

Original Article

The Effect of Economic Waste on the Compensatory Method of Payment for Damages and Specific Performance in American and Iranian Law

Zohreh Najafi^{*1} , Esmail Nematollahi² 

¹ PhD student in private law, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran.

² Associate Professor, Department of Private Law, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran.



[10.22080/LPS.2025.26432.1585](https://doi.org/10.22080/LPS.2025.26432.1585)

Received:

December 12, 2023

Accepted:

April 9, 2025

Available online:

September 22, 2025

Keywords:

Breach of contract,
Specific performance,
expectation damages,
cost of repair, economic
waste, American law

Abstract

One important aspect of addressing breaches of contractual obligations is through compensatory methods. Compensation, or monetary damages, is a fundamental remedy for breach of contract and is recognized as the basic rule in American law. These damages are categorized into three types: expectation, reliable and restitution damages. There are two criteria for the assessment of expectation damages: the cost of repair and the difference in value. In construction contracts where performance deviates from contractual specifications, expectation damages are typically calculated according to the cost of repair. However, if the majority of the work has been completed and the cost of repair would result in unreasonable economic waste, the cost of repair criterion is set aside in favor of the economic waste rule. In Iranian law, specific performance is the primary remedy for breach of contract. One challenge to specific performance in Iranian law is the theory of economic waste. This principle is indirectly referenced in various laws, including Note 2 of Article 100 of the Municipal Law, provisions related to usurpation in civil law, and judicial procedure. Therefore, by carefully studying the relevant laws of Iran, we can identify instances that demonstrate the legislator's attention to the principle of economic waste. After examining the concept and background of this principle, this article aims to analyze its position and role in the methods of addressing breach of contract in both Iranian and American law. Additionally, the conditions for applying this principle and its effects on compensation methods for breach of contract are also examined.

*Corresponding Author: Zohreh Najafi

Address: University of Qom, Qom, Iran.

Email: zohrehnajafism@gmail.com



Extended Abstract

1. Introduction

One of the major topics in contract law is the breach of contractual obligations and the methods to address it. In civil law systems, specific performance—requiring the breaching party to fulfill the Specific Performance the same obligation is the primary remedy for breach of contract. In contrast, common law systems primarily rely on damages as compensation. Damages are generally divided into three categories: expectation damages, reliable damages, and restitution damages. Expectation damages are the most common type of damages that the common law. Generally, the calculation of expectation damages involves determining the position the claimant would have been in had the contract been properly performed. There are two criteria for assessing expectation damages: the cost of repair and the difference in value. The authority to choose between these criteria rests with the court, granting judges considerable discretion over the amount of the final damages awarded.

2. Method

This article presents a comparative study of the theory of economic waste in the American and Iranian legal systems. It also analyzes the concept and background of the economic waste doctrine, explores its position and role among the methods for addressing breach of contract, and examines the conditions under which it applies and its effects.

3. Results

According to this theory, in cases of breach of contract involving construction contracts where the defendant has performed the work incompletely but the majority of the work has been completed,

and where the cost of repair would result in economic waste, the rule of economic waste is applied.

4. Conclusion

The theory of economic waste in American law originates from the 1921 decision of the Court of Appeals in the case of *Jacob Youngs v. Kent*. According to this theory, when performance deviates from contractual specifications in construction contracts, expectation damages are typically awarded based on the cost of repair. However, if the defendant has substantially completed the work and the cost of repair would result in unreasonable economic waste, the cost-of-repair criterion is set aside, and the rule of economic waste is applied. A review of Iranian law reveals that the concept of economic waste has also been recognized by the legislature in certain statutes. For example, under the legal bill concerning the removal of encroachments and compensation for property damage, if a judge determines that demolishing a building would cause significantly greater harm, demolition will not be ordered. This principle is reflected in Note 2 of Article 100 of the Municipal Law. Furthermore, regarding loans and leases, if a lessee or borrower constructs a building with the lessor's permission, the lessor and the assessor do not have the right to demolish the building at the end of the lease term without compensating the lessee or borrower for the building's value. The lessee or borrower may also choose to retain the building by paying the same price. In this case, the owner will not have the right to demolish the building. Also, in terms of loans and leases, if the lessee or borrower builds a building with the permission of the lessor, after the end of the lease term, the lessor and the assessor do not have the right to demolish except

after paying for the building. If the lessee or borrower wants to, they can keep the building by paying the appropriate fee. In this case, the owner will not have the right to demolish the building. Therefore, in these cases, as long as the necessity does not require, the legislator does not consider wasting the building and spending a lot of money to demolish and modify the building.

Funding

There is no funding support.

Authors' Contributions

All of the authors contributed equally to the conceptualization and writing of the article, approved the content of the manuscript, and agreed on all aspects of the work.

Conflict of Interest

The authors declare no conflicts of interest.

Acknowledgments

The authors appreciate all the scientists who contributed to this paper.

علمی پژوهشی

تأثیر اتلاف اقتصادی بر شیوه جبرانی پرداخت خسارت و الزام به اجرای تعهد در حقوق آمریکا و ایران

زهرة نجفی*^۱، اسماعیل نعمت‌اللهی^۲ 

^۱ دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران.
^۲ دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم، ایران.

[10.22080/LPS.2025.26432.1585](https://doi.org/10.22080/LPS.2025.26432.1585)

چکیده

یکی از شیوه‌های مهم مقابله با نقض قرارداد، پرداخت غرامت یا خسارت پولی (Damages) است که به عنوان قاعده اولیه در حقوق آمریکا پذیرفته شده است و خود به سه دسته خسارت انتظار، اعتماد و استرداد تقسیم می‌شود. در خصوص ارزیابی خسارت انتظار دو معیار وجود دارد: هزینه اصلاح و تفاوت ارزش. در صورت اجرای خلاف مشخصات قراردادی در خصوص قراردادهای ساخت و ساز، طبق قاعده اولیه، خسارت انتظار باید بر مبنای معیار هزینه اصلاح پرداخت شود. با این حال چنانچه در قراردادهای ساختمانی بخش عمده کار انجام شده و هزینه اصلاح مستلزم اتلاف اقتصادی نامتعارف باشد، معیار هزینه اصلاح کنار گذاشته و قاعده اتلاف اقتصادی اعمال می‌شود. در حقوق ایران، قاعده اولیه مقابله با نقض قرارداد، الزام به اجرای عین تعهد است. با این حال، می‌توان ادعا کرد که در حقوق ایران نیز یکی از موانع الزام به اجرای تعهد اتلاف اقتصادی است. در برخی قوانین از جمله تبصره ۲ ماده ۱۰۰ قانون شهرداری و موادی از غصب در قانون مدنی و همچنین در رویه قضایی به گونه غیرمستقیم به این قاعده اشاره شده است. از این رو، با مطالعه دقیق در حقوق موضوعه ایران می‌توان به مواردی دست یافت که توجه قانونگذار را به قاعده اتلاف اقتصادی نشان می‌دهد. این مقاله با استفاده از روش تحلیلی و ابزار کتابخانه‌ای می‌کوشد که پس از بررسی مفهوم و پیشینه قاعده اتلاف اقتصادی، جایگاه و نقش این قاعده را در بین شیوه‌های مقابله با نقض قرارداد در حقوق ایران و آمریکا تحلیل کند و شرایط اعمال و آثار آن را بررسی نماید.

تاریخ دریافت:

۲۱ آذر ۱۴۰۲

تاریخ پذیرش:

۲۰ فروردین ۱۴۰۴

تاریخ انتشار:

۳۱ شهریور ۱۴۰۴

کلیدواژه‌ها:

نقض قرارداد، الزام به اجرای عین تعهد، خسارت انتظار، هزینه اصلاح، اتلاف اقتصادی، حقوق آمریکا

* نویسنده مسئول: زهرة نجفی
آدرس: دانشگاه قم، قم، ایران.

ایمیل: zohrehnajafism@gmail.com

۱ مقدمه

یکی از مباحث عمده در حقوق قراردادهای، نقض تعهدات قراردادی و شیوه‌های مقابله با آن و به تعبیر دیگر، ضمانت اجرای نقض تعهد، است. برای مقابله با نقض قرارداد، شیوه‌های مختلفی در نظام‌های حقوقی پیش بینی شده است. در نظام حقوقی نوشته از جمله ایران و فرانسه، الزام به اجرای عین تعهد، راه حل اولیه برای جبران نقض قرارداد است. در حالی که در نظام کامن لا، پرداخت خسارت (Damages)، اصلی‌ترین شیوه جبران محسوب می‌شود. پرداخت خسارت، نوعی شیوه جبران است که همواره در قالب مبلغ پولی مورد حکم واقع می‌شود. (Oosterhunis, 2011: 10). در این نظام، شیوه جبران عینی یک راه حل استثنایی و ثانویه شمرده می‌شود و در کنار شیوه پرداخت خسارت، نقش مکمل را ایفا می‌کند؛ به نحوی که اگر خسارت کافی باشد طرف ناقض ملزم به اجرای عین تعهد نمی‌شود. (McKendrick, Maxwell, 2013: 5). شیوه جبران عینی در نظام کامن لا، بسته به مثبت یا منفی بودن مفاد تعهد، به دو شاخه فرعی تقسیم می‌شود. چنانچه موضوع تعهد مثبت باشد نقض آن موجب الزام به اجرای عین تعهد (Specific Performance) می‌شود؛ به این صورت که دادگاه به طرف ناقض دستور می‌دهد که قرارداد را مطابق با شرایط آن اجرا کند. (Beatson, Burrows, Cartwright, 2010: 575). در صورت منفی بودن، دادگاه دستور یا قرار منع (Injunction) صادر می‌کند. در این شیوه متعهد می‌تواند قرارداد را فسخ کند یا آثار بقای قرارداد را از بین ببرد. (Rowan, 2012: 17, Treitel, 2015: 1504).

غرامت یا خسارت پولی (Damages) در کامن لا به سه دسته خسارت انتظار، خسارت اعتماد، خسارت استرداد تقسیم می‌شود. خسارت انتظار رایج‌ترین نوع خسارت است که نظام کامن لا در وهله اول از آن حمایت می‌کند. هدف آن عبارت است از قرار دادن زیان دیده در وضعیتی که اگر قرارداد اجرا می‌شد در آن وضعیت قرار می‌گرفت.

(نعمت اللهی، ۱۳۹۵: ۲). به طور کلی محاسبه سود انتظار مستلزم بررسی این مطلب است که اگر قرارداد به درستی اجرا می‌شد خواهان به چه چیزی دست می‌یافت (Stone & Devenney, 2015: 475). در خصوص ارزیابی خسارت انتظار دو معیار وجود دارد: هزینه اصلاح (cost of cure) و تفاوت ارزش (Difference in Value). اختیار انتخاب یکی از این دو معیار با دادگاه است و این اختیار صلاحیت قابل ملاحظه‌ای در مورد میزان خسارت نهایی به قاضی اعطا می‌کند. (نعمت اللهی، ۱۳۹۷: ۱۵). در خصوص ارزیابی خسارت انتظار اصل اولیه در قراردادهای بیع، معیار تفاوت ارزش و در قراردادهای ساخت و ساز، معیار هزینه اصلاح است. با این حال، چنانچه اعمال هزینه اصلاح، نامتناسب و نامعقول باشد، به دلیل عدم تناسب هزینه گزاف و نامعقول برای تخریب و تعویض جزء مورد نظر با نفعی که زیان دیده بعد از اصلاح آن خواهد داشت، نظریه اتلاف اقتصادی مطرح گردیده است که با اعمال آن، معیار هزینه اصلاح کنار گذاشته می‌شود. (Treitel, 2003: 945). بنابراین در حقوق آمریکا و به طور کلی در نظام کامن لا این نظریه در خصوص هزینه اصلاح مطرح می‌شود.

در حقوق ایران و نیز در نظام حقوقی رومی ژرمنی، با توجه به این که اصل اولیه در مقابله با نقض قرارداد الزام به اجرای عین تعهد است، نظریه اتلاف اقتصادی در خصوص الزام به اجرای عین تعهد مطرح می‌گردد و باید در این حوزه مورد بررسی واقع شود. در نظام کامن لا به دلیل اولویت شیوه پرداخت خسارت (Damages) در شیوه‌های جبرانی نقض، جایگاه تئوری اتلاف در خصوص معیارهای ارزیابی خسارت انتظار مطرح می‌گردد. این مطلب در راستای بحث توصیف در شاخه بین الملل خصوصی و تعارض قوانین است که بر اساس آن، موضوعات حقوقی در دسته‌های ارتباط قرار می‌گیرند و دسته‌های ارتباط با توجه به نهادهای ملی ایجاد می‌شوند. این نهادهای ملی در صورت اقتضا باید در خصوص نهادهای خارجی که نسبت به آن بیگانه



۲ اتلاف اقتصادی در حقوق آمریکا

در این بخش، ابتدا مفهوم، پیشینه، قلمرو و شرایط نظریه اتلاف اقتصادی، و سپس آثار و کارکرد آن در پرداخت خسارت در حقوق آمریکا بررسی می‌شود.

۲.۱ مفهوم

دادگاه‌ها، نظریه اتلاف اقتصادی (Economic Waste Doctrine) را به عنوان توجیهی برای عدم اعطای هزینه اصلاح (Cost of Cure) به طرف زیان‌دیده در خصوص خسارت ناشی از نقض قرارداد ساخت و ساز اتخاذ کرده‌اند. هرچند قاعده این است که هزینه اصلاح به طور کلی معیار مناسبی برای مقابله با اجرای ناقص قرارداد ساخت و ساز است، با این حال، ممکن است ارزش عینی اتمام کار به شدت با هزینه اصلاح مورد نظر نامتناسب باشد. این اختلاف فاحش معمولاً اتلاف اقتصادی نامیده می‌شود که ممکن است در شرایطی مانع توسل به شیوه پرداخت هزینه اصلاح گردد. (Lowder, Daniel & Marshall, 2007: 4).

۲.۲ پیشینه نظریه اتلاف اقتصادی

در سال ۱۸۹۹ دادگاه بدوی ویسکانسین در پرونده Ashland Lime, salt & Cement Co. v. shores 1899 در خصوص اجرای معیوب ساختمان توسط پیمانکار، دادگاه بدوی حکم کرد که مبلغ ۱۸۰۰ دلار به عنوان خسارت (هزینه اصلاح) به طرف غیرناقض پرداخت شود اما دادگاه عالی ویسکانسین با خاطر نشان کردن مفهوم اتلاف اقتصادی، استدلال نمود که هزینه تخریب و اصلاح، متناسب با قرارداد نیست و با نقض رای دادگاه بدوی، حکم به پرداخت هزینه معقول رفع عیب به اندازه کاهش ارزش ساختمان نمود.

پرونده دیگری که به عنوان پیشینه تئوری اتلاف اقتصادی مطرح می‌شود دعوی آمریکایی Champion Co of Wisconsin Inc. v. Stafford Development LLC است. در این پرونده خواهان

هستند مورد استفاده قرار گیرند؛ به این نحو که با معادل آنها در نهادهای خارجی سنجیده می‌شوند و در نهایت قلمرو دسته‌های ارتباط جهت پذیرش نهادهای خارجی گسترده خواهد شد. (قدک، ۱۳۷۵: ۱۳).

کارکرد اجرای عینی در حقوق ایران و پرداخت خسارت در حقوق آمریکا تا حدی به یکدیگر شباهت می‌یابند چرا که الزام به اجرای عین تعهد از این لحاظ که اولین شیوه مقابله با نقض قرارداد در حقوق ایران است برابر با پرداخت خسارت (Damages) در حقوق آمریکا است. از این رو بحث از الزام به اجرای عین تعهد در حقوق ایران در بسیاری موارد مستلزم بحث از خسارت در حقوق آمریکا و بالعکس، مقایسه بحث خسارت در حقوق آمریکا به بحث الزام به اجرای عین تعهد در حقوق ایران منتهی می‌شود. بنابراین، بحث توصیف اقتضا می‌کند که اثر نظریه اتلاف اقتصادی بر پرداخت خسارت در حقوق آمریکا با الزام به اجرای عین تعهد در حقوق ایران مقایسه شود. با توجه به نکات بالا، در این مقاله، بحث مذکور در دو حوزه مختلف بررسی می‌شود.

چنانکه گفته شد، در حقوق ایران اولین شیوه مقابله با نقض قرارداد، الزام به اجرای عین تعهد است. با این حال الزام به اجرای عینی با موانعی چند روبرو است که می‌توان ادعا کرد در حقوق ایران، اتلاف اقتصادی به عنوان یکی از آنها مورد پذیرش قرار گرفته است. در حقوق ایران نظریه‌ای با عنوان اتلاف اقتصادی دیده نمی‌شود، با این حال در مقررات حقوقی، نظریات حقوقی و آراء قضایی می‌توان به مواردی دست یافت که توجه قانونگذار را به قاعده اتلاف اقتصادی نشان می‌دهد. در این مقاله سعی بر آن است که نظریه اتلاف اقتصادی در حقوق آمریکا در زمینه مفهوم، پیشینه، قلمرو، شرایط اعمال و اثر این قاعده مورد بحث واقع شود و پذیرش این قاعده در خصوص شیوه اجرای عینی تعهد در حقوق ایران بررسی شود.

به منظور تعویض لوله‌ها را مستلزم اتلاف دانست. از این رو، نظریه اتلاف اقتصادی پدید آمد. (Bouchier, 2019: 6, Eisenberg, 2005: 5). این نظریه در حقوق آمریکا یک امر پذیرفته شده است و به عنوان یک قاعده مطرح می‌شود و مستند دعوای بالا را همین قاعده دانسته‌اند. علاوه بر این، در سال ۱۹۳۲ Restatement اول در ماده ۱۳۴۶ با شرایطی، طرف غیرناقض را مخیر بین هزینه اصلاح و تفاوت ارزش دانست و همانند رای دعوای Jacob & young. V. Kent محدود کرد. (Marshal, Lowder Daniel, 2007:). (7)

۲،۳ قلمرو نظریه اتلاف اقتصادی

هدف اصلی از پرداخت خسارت ناشی از نقض قرارداد اعطای منفعت مورد انتظار طرف غیرناقض است و از این رو، در وهله اول از خسارت انتظار حمایت می‌شود. برای جبران خسارت انتظار دو شیوه وجود دارد هزینه اصلاح و تفاوت ارزش. از آنجا که در قراردادهای ساختمانی معیار هزینه اصلاح رواج بیشتری دارد (Treitel, 2003: 945) و هدف تئوری اتلاف اقتصادی محدود کردن هزینه اصلاح به منظور جلوگیری از اتلاف اقتصادی است، از این رو نظریه اتلاف اقتصادی عمدتاً در خصوص قراردادهای ساخت و ساز مطرح می‌شود. حتی در قراردادهای دولتی که تحت حاکمیت شرایط خاصی قرار دارد می‌توان این نظریه را به عنوان یک قاعده حقوقی قابل اعمال دانست. تئوری اتلاف اقتصادی چندین دهه است که در کشورهای کامن لا در این نوع قراردادهای موفقیت علیه دولت مطرح شده است.

۲،۴ شرایط اعمال قاعده اتلاف اقتصادی

شرایط اعمال قاعده اتلاف اقتصادی را می‌توان به طور خلاصه در سه بند بیان کرد: وجود قرارداد

در خانه‌ای که باید طبق قرارداد برای خوانده می‌ساخت از آجرهای معیوب استفاده کرد. خواهان مبلغ ۳۴۴۰۰۰ دلار به عنوان هزینه اصلاح مطالبه نمود. اما دادگاه استدلال نمود که حفظ سازه و پرداخت هزینه‌ای بسیار کمتر از هزینه اصلاح، خواهان را در موقعیتی قرار می‌دهد که گویی قرارداد به طور کامل اجرا شده است.

پیشینه نظریه اتلاف اقتصادی منحصر به رویه قضایی ویسکانسین نیست. اگرچه دادگاه‌های ویسکانسین در چندین پرونده به مفهوم این تئوری پرداخته بودند اما نظر قاضی مشهور دادگاه تجدید نظر نیویورک، بنجامین کاردوزو (Judge Benjamin Cardozo) در پرونده Jacob & Young. V. kent در سال ۱۹۲۱ در نیویورک، موجب به رسمیت شناختن این تئوری در آمریکا شد. (Hinkston, 2011: 2). از این رو تصمیم قاضی دادگاه تجدیدنظر در این دعوا در سال ۱۹۲۱ موجب شد که این دعوا به عنوان منشأ نظریه اتلاف اقتصادی مشهور گردد. در این دعوا، پیمانکار براساس قرارداد موظف بود از لوله‌هایی با برند خاص استفاده کند اما پس از اتمام ساخت و ساز مشخص شد که وی از لوله‌هایی با سایر برندها نیز استفاده کرده است. مالک به پیمانکار دستور داد که لوله‌های غیرمطابق با قرارداد را برداشته و لوله‌هایی با برند مورد نظر جایگزین آنها کند. پیمانکار از این کار خودداری و از مالک باقی‌مانده مبلغ قرارداد را مطالبه نمود و با این استدلال که تقاضای مالک مستلزم تخریب بخش قابل توجهی از ساختمان است، از دادگاه بدوی درخواست کرد که اجازه دهد ادله خود را درخصوص تخریب بخش قابل توجهی از ساختمان در صورت بازسازی و اجرای لوله برند مورد نظر، ارائه کند. دادگاه بدوی حاضر به پذیرش این ادله نشد و حکم به بازسازی و تکمیل ساختمان با استفاده از لوله‌های مورد نظر در قرارداد کرد. قاضی دادگاه تجدیدنظر، بنجامین کاردوزو، حکم بدوی را نقض نمود و تخریب ساختمان

بازسازی و تکمیل تنها در صورتی که مستلزم اتلاف نامعقول نباشد، اجرا می‌گردد (Bouchier, 2019: 7).

۱. بر اساس این ماده: در مورد نقض ساخت و ساز طرف ناقض حق دارد هزینه‌های معقول آن را بپردازد و اصلاح و



انجام شده است، حتی اگر پیمانکار به طور عمد این نقض کوچک یا بسیار جزئی را مرتکب شده باشد. (Corbin, 2005: 1-2).

۲،۴،۳ نامعقول بودن هزینه اصلاح

در برخی مواقع نقایص یک سازه، بدون این که مستلزم هزینه گزاف تخریب و بازسازی باشد قابل رفع است. در این موارد برای ارزیابی خسارت معیار هزینه اصلاح اعمال می‌گردد. اما در برخی موارد اصلاح اجرای معیوب بدون تخریب اموال با ارزش و بازسازی بنا ممکن نیست، چنانکه در پرونده جیکوب علیه کنت در سال ۱۹۲۱ تعویض لوله‌های به کاررفته در ساختمان با برند مورد نظر مالک، مستلزم برداشتن سقف و تیرهای فولادی تقویت شده به منظور اصلاح ارتفاع سقف بود و تخریب آنها اتلاف محسوب می‌شد. این در حالی است که ارزش بازاری و کیفیت لوله‌های به کاررفته و لوله‌های مقرر در قرارداد یکسان بود (Perloff, 1993: 6). علاوه بر این، ممکن است تفاوت بین آنچه که پیمانکار اجرای آن را وعده داده بود و سازه معیوب از نظر ارزش بازاری بسیار ناچیز باشد و معیار هزینه اصلاح منجر به اتلاف اقتصادی ناعادلانه گردد. (Corbin, 2005: 3). به طور کلی می‌توان گفت پیمانکار ناقض ملزم به پرداخت هزینه اصلاح است مگر این که اثبات نماید هزینه اصلاح متضمن اتلاف اقتصادی نامعقول است.

۲،۵ آثار نظریه اتلاف اقتصادی

اثر اولیه اعمال اتلاف اقتصادی توسط دادگاه‌ها، پرداخت تفاوت ارزش به جای هزینه اصلاح است. در این موارد دادگاه‌ها با کنار گذاشتن معیار پرداخت هزینه اصلاح برای بازسازی ساختمان، تنها به پرداخت تفاوت ارزش بازاری سازه سالم و معیوب حکم می‌دهند. اثر دیگر این قاعده منع از دارا شدن بلاجهت مالک است. در ادامه به بررسی این دو اثر پرداخته می‌شود.

ساختمانی، اتمام بخش عمده کار، و نامعقول بودن هزینه اصلاح.

۲،۴،۱ وجود قرارداد ساختمانی

همانطور که درخصوص مفهوم اتلاف اقتصادی ملاحظه شد، اتلاف اقتصادی عنوانی است که دادگاه‌ها به عنوان توجیهی برای عدم اعطای هزینه اصلاح به طرف زیان‌دیده به عنوان خسارت ناشی از نقض قرارداد ساخت و ساز اتخاذ کرده‌اند. اگرچه به طور کلی و به عنوان یک قاعده پذیرفته شده است که هزینه اصلاح به طور کلی معیار مناسبی برای مقابله با اجرای ناقص قرارداد ساخت و ساز است، با این حال، ممکن است ارزش عینی اتمام کار به شدت با هزینه اصلاح مورد نظر نامتناسب باشد. و این اختلاف فاحش است که معمولاً به عنوان اتلاف اقتصادی نامیده می‌شود. (Lowder Daniel & Marshall, 2007: 4). بنابراین هزینه اصلاح بیشتر در قراردادهای ساختمانی رایج است. و هدف تئوری اتلاف اقتصادی محدود کردن هزینه اصلاح به دلیل اتلاف و اسراف اقتصادی است.

۲،۴،۲ اتمام بخش عمده کار

یکی از شرایط اعمال قاعده اتلاف اقتصادی اتمام بخش عمده کار (Substantial performance) است. سوالی که در این خصوص مطرح می‌شود این است که در چه مواردی می‌توان گفت بخش عمده کار انجام شده است؟ در مواردی که پیمانکار طبق قرارداد متعهد به احداث بنا شده است، باید بخش عمده کار ساخت انجام شده باشد تا بتوان گفت برای جبران نقض قرارداد، معیار هزینه اصلاح کنار گذاشته و قاعده اتلاف اقتصادی اعمال می‌گردد. به عنوان مثال پیمانکاری که بخش بزرگی از ساخت را انجام داده باشد، حتی اگر کار را با تمامی شرایط و مشخصات قراردادی به طور کامل اجرا نکرده باشد گفته می‌شود بخش عمده کار انجام شده است. بنابراین اتمام بخش عمده کار، معادل اجرای کامل ساخت نیست. از این رو چنانچه نقض (Breach) جزئی باشد و عرفاً بتوان آن را نقض بی اهمیت شمرد مانع از این نیست که گفته شود بخش عمده کار

۲/۵/۱ پرداخت تفاوت ارزش به عنوان قاعده اولیه

چنانچه اصلاح اجرای معیوب با معیار هزینه اصلاح، بدون اتلاف اقتصادی نامعقول امکان‌پذیر باشد، هزینه اصلاح، معیار مناسبی برای خسارت انتظار است. اما در صورتی که بخش عمده کار ساختمانی انجام شده باشد و هزینه اصلاح مستلزم اتلاف اقتصادی نامعقول باشد، قاعده اتلاف اقتصادی اعمال می‌گردد و معیار هزینه اصلاح کنار گذاشته می‌شود. بنابراین اثر اصلی این قاعده، اجرای معیار تفاوت ارزش است، به این صورت که تفاوت ارزش بازاری سازه معیوب و سالم اندازه‌گیری می‌شود و پیمانکار باید مابه‌التفاوت را به عنوان خسارت به مالک بپردازد. همچنین ممکن است با مواردی مواجه شویم که این تفاوت ارزش حتی به صفر نیز برسد. در این گونه موارد دادگاه تنها حکم به پرداخت خسارت اسمی می‌دهد (Corbin, 2005: 3). در واقع به دلیل اینکه زیانی به متعهدله نرسیده، دادگاه صرفاً به پرداخت خسارت اسمی بسنده می‌کند. (Corbin, 2005: 5)

در برخی موارد ممکن است بتوان معیار تفاوت ارزش و هزینه اصلاح را همزمان و برای خسارت‌های متفاوت اعمال کرد. برای مثال، در دعوی Plante V. Jacobs سازنده اجزاء خاصی از ساختمان را که به راحتی قابل تعویض بود به ارزش ۱۶۰۱ دلار حذف کرده بود و دیوار حائلی با ارتفاع یک فوت را به اشتباه احداث کرده بود. نقص اخیر نه تأثیری بر کاربری ساختمان داشت و نه ارزش بازاری آن را کاهش داد. دادگاه رای داد که در خصوص اصلاح تکمیل می‌توان این دو نوع نقض را از یکدیگر تفکیک کرد و هم قاعده هزینه اصلاح و قاعده تفاوت ارزش (ثمن تقلیل یافته) را در این خصوص اعمال کرد (Corbin, 2005: 3). اما در صورتی که هزینه اصلاح مستلزم اتلاف اقتصادی نامعقول باشد صرفاً قاعده تفاوت ارزش اعمال می‌شود.

۲/۵/۲ جلوگیری از داراشدن ناعادلانه متعهدله

یکی از دلایل و در عین حال، آثاری که دادگاهها به هزینه اصلاح به علت اتلاف اقتصادی حکم نمی‌دهند، مسئله دارا شدن بلاجهت است. دارا شدن بلاجهت یا دارا شدن ناعادلانه (unjust enrichment) در این خصوص زمانی رخ می‌دهد که متعهد برای جبران نقض قرارداد، مجبور به پرداخت کل هزینه اصلاح و به تعبیری، هزینه کامل ساخت شود. در این صورت، غرامتی که متعهدله دریافت می‌کند بیش از زیانی است که به او وارد گردیده است. بنابراین، برای جلوگیری از این بی‌عدالتی، دادگاهها با رعایت قاعده اتلاف اقتصادی، طرف متخلف را تنها به پرداخت تفاوت ارزش بر مبنای کاهش ارزش بازاری (Value market) ملزم می‌نمایند. (Chomsky, 1991: 8, 19).

۳ حقوق ایران

قبل از ورود به مباحث حقوق ایران ذکر مقدمه کوتاهی سودمند است. در کشورهایی با نظام حقوقی رومی ژرمنی همانند فرانسه، هلند و آلمان اولین شیوه مقابله با نقض قرارداد، الزام به اجرای عین تعهد است و تفاوت اساسی بین قوانین مدنی این گونه کشورها و نظام کامن لا در همین نکته است. (Oosterhuis, 2011: 13, 14). از این رو، به عنوان نمونه، در حقوق آلمان در مواردی که طرف ناقض ملزم به انجام اقدامی مثبت باشد، طلبکار می‌تواند اجرای عین تعهد را مطالبه کند. بنابراین در حقوق آلمان شیوه عینی مقابله با نقض قرارداد به عنوان قاعده کلی پذیرفته شده است و این شیوه تنها در صورتی کنار گذاشته می‌شود که الزام به اجرای عین تعهد ناممکن باشد (Neitzel, 1909: 5).

الزام به اجرای عین تعهد در زمینه تجارت بین‌الملل به عنوان شیوه عینی مقابله با نقض قرارداد قابل بررسی است. براساس کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰ وین طرفین در انتخاب شیوه‌های مقابله با نقض قرارداد مختار هستند. بنابراین خریدار می‌تواند فروشنده ناقض را ملزم به اجرای

اجرای عین تعهد است. نقش نظریه اتلاف اقتصادی در حقوق ایران در مواردی که اجرای عین تعهد موجب اتلاف مال می‌گردد مطرح می‌شود و ممکن است با شرایطی شیوه الزام به اجرای عین تعهد به عنوان اصل اولیه کارایی خود را از دست بدهد.

در ادامه، نظریه اتلاف اقتصادی به صورت جداگانه در مقررات حقوقی، نظریات فقهی و حقوق و نیز آراء قضائی بررسی می‌شود.

۳/۱ مقررات حقوقی

چنانکه گذشت، در حقوق ایران، اولین شیوه جبران نقض تعهد در حقوق قراردادهای، الزام به اجرای عین تعهد است. این شیوه در تعهدات مربوط به مسئولیت مدنی نیز قابل اجرا است. از این رو، اگر شخصی بنای متعلق به دیگری را خراب کند، باید به صورت اول آن را بنا نماید (ماده ۳۲۹ ق.م). با این حال، الزام به اجرای عین تعهد در حقوق ایران ممکن است با موانعی از قبیل تعهدات قائم به شخص، مخالفت با نظم عمومی، منع قانونی، عدم قدرت بر تسلیم یا ناممکن شدن اجرای تعهدات مواجه گردد. مورد دیگری که می‌تواند به عنوان عامل ممنوعیت الزام به اجرای عینی تعهد بررسی شود، اتلاف است. مسئله این است که پس از نقض قرارداد و در جهت اصلاح اجرای معیوب، در مواردی که بیم اتلاف موضوع تعهد رود، آیا اتلاف می‌تواند به عنوان مانعی بر الزام به اجرای عینی در نظر گرفته شود؟ در قوانین موضوعه، موارد پراکنده‌ای وجود دارد که از مجموع آنها می‌توان ممنوعیت تخریب و قلع و قمع بنا یا شیء مورد نظر را استنباط کرد، و می‌توانند در تایید ادعای عدم کارایی الزام به اجرای عینی مطالعه شوند. برخی از این موارد در ادامه ذکر می‌شود.

اگر در ملک مورد تصرف عدوانی، زراعتی انجام گرفته باشد، در صورت رسیدن محصول، متصرف باید محصول را برداشت و در غیر این صورت، محکوم‌له مخیر است بین پرداخت قیمت زراعت و تصرف ملک، و باقی‌گذارن ملک در تصرف متصرف و دریافت اجرت المثل آن. (ماده ۱۶۵ ق.آ.د.م). در این

تعهد کند. (بند ۱ ماده ۴۶ کنوانسیون بیع بین المللی کالا وین ۱۹۸۰). همچنین فروشنده می‌تواند خریدار را ملزم به پرداخت هزینه یا انجام دادن سایر تعهدات خود کند. (ماده ۶۲ کنوانسیون). در بیع بین الملل ممکن است جایگزینی کالا به راحتی انجام نگردد و یافتن کالای جایگزین برای خریداری که با نقض قرارداد توسط فروشنده مواجه شده مستلزم صرف زمان زیادی باشد. از این رو خریدار به احتمال زیاد با ضرر و زیان روبه رو می‌شود و به نفع او است که بتواند فروشنده را ملزم به اجرای عین تعهد کند. (Piliounis, 2000: 10).

در حقوق ایران نیز الزام به اجرای عین تعهد، به عنوان یک اصل حقوقی (شهیدی، ۱۳۹۳: ۲۷) در زمینه نقض تعهد قراردادی به صراحت بیان شده است (مواد ۲۳۷ و ۳۷۶ ق.م). هرچند در عمل امروزه به دلیل حجم بالای پرونده‌ها و رسیدگی طولانی مدت درخصوص الزام به اجرای عینی، این روش در اکثر موارد منجر به ضرر متعهدله می‌گردد (فرزانگان، ظهوری؛ تقی پور، ۱۴۰۱: ۶)، با این حال به لحاظ نظری، رعایت ترتیب مقرر شده در مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی ضروری است. بر مبنای این مواد در صورت عدم اجرا یا اجرای ناقص قرارداد، طرف غیرناقص باید ابتدا اجرای عین تعهد را مطالبه نماید و چنانچه الزام ممکن نباشد، شیوه‌های دیگر مقابله با نقض قرارداد از جمله، انجام تعهد با هزینه متعهد توسط ثالث اعمال می‌شود و در مرحله بعد، طرف غیرناقص می‌تواند قرارداد را فسخ کند. با این حال این ترتیب مطلق نیست و در موارد استثنائی، متعهدله می‌تواند از ابتدا شیوه فسخ را برگزیند. از جمله این که: هرگاه در عقد شرط شده باشد که ضامن یا رهن (به طور مطلق) داده شود و از شرط تخلف گردد، مشروط‌له حق فسخ معامله را خواهد داشت. (ماده ۲۴۳ و ۳۷۹ ق.م). همچنین به صرف تخلف از شرایطی که بین موجر و مستأجر مقرر است برای طرف مقابل حق فسخ (کاتوزیان، ۱۳۹۰: ۲۲۶) ایجاد می‌شود. بنابراین قاعده اولیه در شیوه‌های مقابله با نقض قرارداد در حقوق ایران، الزام به

تخریب، پرداخت قیمت اضافی براساس مندرج در اولین سند انتقال و سایر هزینه‌های قانونی را مقرر کرده است.

مطابق ماده ۷ قانون پیش‌فروش ساختمان، در صورت کمتر یا بیشتر بودن مساحت، ما به التفاوت مورد محاسبه قرار می‌گیرد و خریدار تنها زمانی حق فسخ خواهد داشت که اختلاف مساحت با آن چه در قرارداد ذکر شده بیشتر از پنج درصد باشد (همان، ۲۷۸).

قانون دیگری که قلع و قمع بنا را ممنوع می‌نماید قانون ممنوعیت قلع ساختمان‌های آموزش و پرورش تابع وزارت آموزش و پرورش است که به موجب ماده یک آن، ساختمان‌های مذکور مصون از قلع و قمع می‌باشند. (قانون ممنوعیت قلع ساختمان‌های آموزش و پرورش).

۳/۲ نظریات فقهی و حقوقی

برخی از حقوق‌دانان تصریح کرده‌اند که اجرای نادرست و معیوب قرارداد در حکم اجرا نکردن آن است و متعهد را مسئول جبران خسارت طلبکار می‌دانند. منتها چنانچه کیفیت مطلوب تعهد با صرف هزینه‌ای نه چندان گزاف قابل تأمین باشد، نمی‌توان متعهد را به خسارت خودداری از انجام تمام تعهد محکوم کرد. باید مسئولیت او را به تناسب ضرری که به طلبکار وارد شده است تعدیل نمود. (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۱۴۴ و ۱۴۵). به گفته برخی دیگر، در صورت اثبات معیوب بودن اجرای تعهد، متعهد باید از ابتدا وفای به عهد کند مگر آنکه عیب اجرا جزئی و قایل اغماض باشد. به عنوان مثال، چنانچه شخصی متعهد به ساخت یک ساختمان با بنای باکیفیت باشد و ظاهراً ساختمان را تکمیل کند ولی مصالح و شیرآلات و تجهیزات نامرغوب به کار برده باشد، در این صورت فقط به میزان ضرری که به متعهد وارد شده مسئولیت جبران خسارت خواهد داشت. (جرعه نوش، ۱۳۹۷: ۲۰۲ و ۲۰۳)، چرا که تخریب بنا و ساخت مجدد آن با مصالح مرغوب

ماده، سعی قانونگذار بر این است که تا قبل از رسیدن محصول، محکوم‌له اجازه قلع نداشته باشد و او را صرفاً با جلب رضایت متصرف، مخیر بین پرداخت قیمت زراعت و تملک آن، و ابقای آن با اخذ اجرت المثل و قلع زراعت کرده است.

در قانون شهرداری مصوب ۱۳۵۸ می‌توان به ماده‌ای اشاره نمود که توجه قانونگذار را به مسئله مانعیت اتلاف نشان می‌دهد. براساس تبصره ۲ (اصلاحی ۱۳۴۵/۱۱/۲۷) ماده ۱۰۰ قانون شهرداری، در صورتی که بنای ساخته‌شده، اضافه بر مساحت مندرج در پروانه ساختمانی باشد، چنانچه تخریب ضرورت نداشته و با اخذ جریمه بتوان رفع ضرر نمود، شهرداری مکلف به اخذ جریمه است. می‌توان گفت که قانونگذار، در خصوص تخریب و قلع تاسیسات و بناهای خلاف مشخصات مندرج در پروانه، معیار ضرورت را پذیرفته است و در صورت عدم ضرورت تخریب و قلع اضافه بنا، تنها به جریمه‌ای متناسب با نوع استفاده از فضای ایجادشده و نوع ساختمان از نظر مصالح مصرفی علیه طرف ناقض بسنده کرده است. (شمس، ۱۳۹۴: ۱۵۳). بنابراین، در این موارد تا زمانی که ضرورت قلع و تخریب بنا اقتضا نکند، قانونگذار نظر به اتلاف بنا و صرف هزینه‌های بسیار برای تخریب و اصلاح آن ندارد.

همچنین به موجب ماده ۳۸۵ قانون مدنی، چنانچه مبیع به شرط مقدار معینی فروخته شود و تجزیه مبیع (مانند خانه یا فرش) بدون ضرر مقدور نباشد، در صورت کمتر بودن، مشتری حق فسخ خواهد داشت و در صورت بیش‌تر بودن، بایع. برای نمونه شخصی ساختمانی بنا می‌کند و در زمان تحویل مشخص می‌شود که به جای ۱۰۰ متر، ۹۰ متر است. در این مورد لزومی به تخریب ساختمان نیست بلکه بر طبق مواد عام قانون مدنی، مشتری حق فسخ به استناد خیار تخلف از شرط صفت را دارد. (جرعه نوش، ۱۳۹۷: ۲۷۷).

در خصوص مواردی که ملک اضافه مساحت دارد، قانونگذار در ماده ۱۴۹ قانون ثبت به جای

امری بیهوده و متضمن صرف هزینه‌ای هنگفت است.

از بین مسائل فقهی می‌توان به مواردی اشاره کرد که موجر یا معیر، اجازه قلع و قمع بنای ساخته‌شده توسط مستأجر و مستعیر را ندارد. چنانچه موجر به مستأجر درخصوص غرس اشجار و احداث بنا اجازه داده باشد، احداث بنا در ملک مورد اجاره یا عاریه جایز است. (شیخ طوسی، بی‌تا: ۲۳۸؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴: ۲۳۷؛ عاملی، ۱۴۲۸: ۶۹۵؛ نجفی، ۱۳۹۴: ۳۲). حال اگر پس از انقضای مدت قرارداد، موجر قصد قلع و قمع بنا را داشته باشد، در فقه نظرات مختلفی در این خصوص ارائه شده است:

نظر اول آن است که مالک می‌تواند مستحذات را قلع کند اما باید ارش آن را به مستأجر بپردازد. (عاملی، ۱۴۲۸: ۶۹۹؛ خویی، ۱۳۶۶: ۳۸۱). ولی برخی در صورت قلع، پرداخت ارش را لازم ندانسته‌اند. (علامه حلی، ۱۴۱۴: ۳۰۱؛ عاملی، ۱۴۲۸: ۶۹۵ و ۶۹۹).

نظر دوم: برخی فقیهان معتقدند موجر از قلع، منع می‌شود. در این صورت او مخیر است بین پرداخت قیمت بنا و تملک آن و بین تخریب آن با پرداخت ارش و بین ابقای آن با اخذ اجرت المثل از مستأجر. (عمیدی، ۱۴۱۶: ۲۸ و ۲۷؛ محقق کرکی، ۱۴۱۴: ۲۳۷).

قانون مدنی در عقد اجاره، قلع و قمع بنای احداثی توسط مستأجر را جایز ندانسته است (ماده ۵۰۴). در اثر عقد اجاره عین مستأجره از طرف موجر برای استیفاء منفعت به مستأجر داده می‌شود و در تمامی مدت اجاره در دست مستأجر به عنوان امانت مالکانه باقی می‌ماند و با انقضای مدت، عنوان اجاره زائل ولی به عنوان امانت تا زمان مطالبه موجر، در ید مستأجر باقی است. ازاین رو، برخی حقوقدانان معتقدند چنانچه مستأجر در زمین مورد اجاره اقدام به ساخت بنا نموده باشد چه به موجب عقد اجاره مجاز در بنا در زمین بوده و چه مجاز نبوده ولی عرف محل چنین اقتضایی داشته باشد، تا قبل از انقضای مدت مالک از قلع بنا منع می‌گردد (امامی،

۱۳۸۴: ۵۷). اما پس از انقضای مدت اجاره آیا می‌توان مستأجر را به قلع بنا اجبار نمود؟ به نظر برخی از حقوقدانان، نمی‌توان مستأجر را ملزم به قلع بنا کرد چرا که اذن موجر در ایجاد بنا، تنها ایجاد اباحه نمی‌کند، بلکه به مستأجر حق داشتن بنا را بر روی زمین می‌دهد. (کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۴۴۳).

همچنین درخصوص مستعیری که با اجازه معیر در زمین به ساخت بنا اقدام می‌کند و معیر، پس از اتمام مدت، با بنای ساخته شده توسط مستعیر مواجه می‌شود، نظرات مختلفی مطرح گردیده است. برخی معتقدند رجوع معیر به مستعیر در خصوص قلع و قمع بنا جایز است (بجنوردی، ۱۳۷۷: ۴۲) چرا که قلع بنا موجب اضرار مستعیر و عدم امکان قلع بنا، موجب اضرار معیر است (نجفی، ۱۴۳۲: ۳۲۲ و ۳۲۴)، و برای جمع دو حق، باید به معیر حق داد که با پرداخت ارش، بنا را تخریب کند (طوسی، بی‌تا: ۵۴ و ۵۵؛ ابن ادریس حلی، بی‌تا: ۴۳۳؛ نجفی، ۱۴۳۲: ۳۲۴؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ج ۱: ۵۶۵). بر مبنای دلیلی دیگر، مستعیر با احداث بنا با اجازه معیر، ظلم نکرده است و احداث بنا برطبق مفاد عقد، ظلم نیست و مشمول قاعده عرق ظالم («لیس لعرق ظالم حق») (عمیدی، ۱۴۱۶: ۲۷)، نمی‌گردد. (نجفی، ۱۴۳۲: ۳۲۴). برخی حقوقدانان نیز با تأیید نظرات فقهی، تخریب بنا پیش از پایان مدت را در مواردی که عاریه برای ساخت بنا داده می‌شود عادلانه نمی‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۹۸).

مورد دیگری که می‌توان ادعا کرد در خصوص آن قاعده اتلاف اقتصادی اجرا می‌شود مسئله تبدیل رد عین به بدل در غصب است. ماده ۳۱۱ قانون مدنی غاصب را مکلف به رد عین مغضوب می‌کند. با این حال، هرگاه رد عین مستلزم تلف جانی یا از بین رفتن اموال مورد احترام دیگران باشد، به جای رد عین، بدل آن برگردانده می‌شود و غاصب می‌تواند با پرداخت قیمت یا جنس معادل آن بریء الذمه شود. مانند آن که مالک مال خود (قطعه چوب) را مطالبه کند، در حالی که قطعه چوب مغضوب در قایقی بکار رفته و قایق یا کشتی بر روی آب باشد (محقق داماد، ۱۳۶۴: ۱۸۰).

اراضی تغییر کاربری داده شده به عنوان عوارض دهد.

در پرونده دیگر، دادگاه تجدید رای دادگاه بدوی را که متضمن قلع و قمع بنای احداثی قسمتی از پلاک ۲۱۰۶/۹۸۲ بخش ده تهران بوده که توسط متصرف در زمین غیر ساخته شده بود نقض کرده و به جای قلع و قمع، به پرداخت بهای ملک حکم نموده است. دادگاه تجدیدنظر با این استدلال که اجرای رأی دادگاه بدوی مبنی بر خلع ید و قلع و قمع بنای احداثی باعث بروز خسارات جبران ناپذیر به متصرف می‌گردد و ضرر آن بیش از اجرای حکم خلع ید می‌باشد و با توجه به اینکه میزان خسارات وارده ناشی از اجرا بسیار بیشتر از مبلغ ملک تحت تصرف دانسته است، حکم دادگاه بدوی را نقض نمود (دادنامه قطعی شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۸۰۱۳۳ به تاریخ ۱۳۹۱/۱۰/۶ صادره از شعبه ۱۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران).

۳/۴ نصوص و روایات

یکی از موانع مهم در خصوص قلع و قمع بناهایی که باید مورد تخریب واقع شوند مسئله اسراف است. اتلاف هر چیزی که قابلیت استفاده برای نیازی را دارد اسراف محسوب می‌شود، چه از نظر فقهی مال شمرده شود یا به علت ناپیچ بودن مال شمرده نشود. (رجایی، خطیبی، ۱۳۹۱: ۴). از دلایل ممنوعیت اسراف می‌توان به موارد زیر اشاره کرد:

اول: آیات و روایات

اسراف یکی از مواردی است که در آیات و روایات بسیار مذموم شمرده شده است. در آیه ۱۴۱ سوره انعام آمده است که خداوند اسرافکاران را دوست ندارد («إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ»). حکم این آیه تمام مصادیق کوچک و بزرگ اسراف را صرف نظر از درجه و اندازه قبح آن در بر می‌گیرد. (صادقی نیری، نقی زاده: ۱۴۰۱: ۱۶). همچنین، در آیه ۳۱ سوره اعراف به صراحت از اسراف در خوردن و آشامیدن نهی شده است («كُلُوا وَاشْرَبُوا وَلا تُسْرِفُوا»). در آیه ۱۵۱ سوره شعرا نیز آمده است که نباید فرمان مسرفان

(۷۸). اگرچه حرمتی برای بنا یا شی ساخته شده با اموال غصبی نیست و می‌توان حکم به رد آن داد، اما چنانچه بیم تلف کل مال یا خطر جانی رود مانند آنکه با بازگرداندن تخته چوب غصبی بکار رفته در کشتی، کشتی تلف و غرق شود، مالک از تخریب کشتی منع می‌گردد و بدل مال به او داده می‌شود. (محقق حلی، ۱۴۰۸: ۱۸۸؛ شهید ثانی، ۱۳۸۲ هـ ش: ۱۱۱؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ج ۲: ۱۶۹). همچنین است موردی که تیرآهن مغضوب در پل یا گذرگاه عمومی به کار رفته باشد. چنانچه مالک بر رد عین مال خود اصرار ورزد و تخریب محل مورد نظر موجب اخلال در عبور و مرور مردم گردد، دادگاه در این موارد دادگاه به جای حکم به استرداد عین، به جبران خسارت حکم خواهد داد (محقق داماد، ۱۳۶۴: ۷۹). همچنین است در موردی که فروشنده فضولی زمینی را بفروشد و خریدار جاهل در زمین ساختمان بسازد. در این صورت مشتری مجبور به خراب کردن بنا نمی‌شود با اینکه نسبت به زمین ضامن است (علیشاهی قلعه جوقی، ۱۳۹۱: ۱۲).

۳/۳ آراء قضائی

آراء متعددی را می‌توان به عنوان مصداقی از اعمال قاعده اتلاف اقتصادی یاد کرد که در ادامه به برخی از آنها پرداخته می‌شود.

در دعوایی در خصوص شکایت اداره جهاد کشاورزی علیه متهم مبنی بر تغییر کاربری غیرمجاز، دادگاه بدوی، متهم را به قلع و قمع اراضی زراعی به استناد مواد ۲ و ۳ قانون حفظ کاربری اراضی زراعی و باغ ها و پرداخت سی میلیون ریال جزای نقدی در حق دولت محکوم کرده است. اما دادگاه تجدیدنظر، با حذف قلع و قمع، تنها با محکوم کردن متهم به پرداخت ۸۰ درصد قیمت اراضی تغییر کاربری داده شده، رأی را ابرام نمود. (شعبه ۳۸ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، شماره دادنامه ۹۳۰۹۹۷۰۲۲۳۸۰۰۸۶۴ مورخ ۱۳۹۳/۶/۳۰). بنابراین دادگاه می‌تواند در موارد تغییر کاربری اراضی و باغ ها به جای قلع و قمع مستحدثات، حکم به پرداخت ۸۰ درصد قیمت



امانت در اختیار ما قرار گرفته و نباید موجبی برای اتلاف و اسراف آن فراهم کنیم.

۴ نتیجه گیری

از نوشته حاضر می‌توان نکات زیر را نتیجه گرفت:

۱. نظریه اتلاف اقتصادی در حقوق آمریکا ریشه در تصمیم دادگاه تجدیدنظر در دعوای جیکوب یانگ علیه وی کنت در سال ۱۹۲۱ دارد. براساس این نظریه، در صورت اجرای خلاف مشخصات قراردادی درخصوص قراردادهای ساخت و ساز معمولاً باید خسارت انتظار بر مبنای معیار هزینه اصلاح پرداخت شود. با این حال چنانچه در قراردادهای ساختمانی که متعهد به طور ناقص کار را اجرا کرده است، بخش عمده کار انجام شده و پرداخت هزینه اصلاح مستلزم اتلاف اقتصادی نامعقول باشد، در این صورت معیار هزینه اصلاح کنار گذاشته می‌شود و قاعده اتلاف اقتصادی اعمال می‌گردد. در این موارد دادگاه‌ها به تفاوت ارزش سازه ناقص و کامل (مطابق با قرارداد)، حکم می‌دهند و این مطلب اثر اصلی قاعده اتلاف اقتصادی به شمار می‌رود. در مواردی که تفاوت ارزش سازه معیوب یا غیرمطابق با اوصاف قرارداد و سازه سالم به صفر می‌رسد، دادگاه صرفاً به پرداخت مبلغ اسمی و ناچیزی توسط متعهد حکم می‌کند.

۲. در کشورهایی با نظام حقوقی رومی ژرمنی همانند فرانسه و آلمان، اولین شیوه مقابله با نقض قرارداد، الزام به اجرای عین تعهد است. الزام به اجرای عین تعهد در حقوق ایران با مانعی همانند اتلاف اقتصادی مواجه است. چنانچه شخصی متعهد به انجام کاری شود اما در نتیجه بدعهدی و اجرای ناقص، بنای احداث شده با مفاد قرارداد متفاوت باشد، و اصلاح سازه معیوب مستلزم تخریب، قلع و قمع باشد، در این موارد می‌توان ادعا نمود که الزام به اجرای عین تعهد یا به عبارت دیگر، قلع و قمع بنا و ساخت مجدد آن مطابق با مفاد قرارداد، موجب اتلاف اقتصادی و اسراف منابع به کار

را اطاعت نمود («و لاتطیعوا امر المفسرین»). همچنین در سوره نساء، آیه ۶ «و لاتأکلوا اسرافاً» «اموالشان را از روی اسراف نخورید.» و در سوره فرقان «والذین إذا انفقوا لم یسرفوا و لم یقتروا» «و کسانی که هرگاه انفاق می‌کنند نه اسراف می‌کنند و نه زیاده روی.» به صراحت از اسراف نهی شده است.

علاوه بر آیات، روایات متعددی نیز درخصوص نهی ناپسند بودن اسراف وجود دارد که تنها به برخی از آنها اشاره می‌شود: مروک بن عمید از پدرش نقل کرده است که امام صادق (ع) فرمود: «یا عبید إنّ السرف یورث الفقر و إنّ القصد یورث الغنی»؛ «ای عبید، اسراف باعث فقر و میانه روی موجب ثروت می‌شود.» (حر عاملی، ۱۴۳۱: ۳۴۶). امام صادق (ع) در جایی دیگر فرموده است: «إنّ القصد أمر یحبّه الله، و إنّ السرف أمر یرفضه الله.» «میانه روی چیزی است که خداوند آن را دوست دارد و اسراف چیزی است که خداوند کراهت دارد.» (همان: ۳۵۰).

دوم: اجماع

در مورد نهی از اسراف بحثی نیست چرا که بارها در کلمات فقها آمده است که اسراف از محرمات به شمار می‌رود. بلکه درخصوص حرمت اسراف اجماع قطعی (نراقی، ۱۴۰۸: ۲۱۶ و ۲۱۷) وجود دارد. برخی نیز به صراحت اعلام کرده‌اند که اسراف گناه کبیره به شمار می‌رود. (موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱: ۲۵۹).

سوم: عقل

یکی دیگر از دلایل ممنوعیت اسراف، عقل است. چنانچه آدمی به عقل خود رجوع نماید، مذموم بودن اسراف را به سادگی درک می‌کند. اسراف چه در سطح فردی باشد چه اجتماعی، به این معنا که موجب کاهش رفاه عمومی جامعه شود، ناپسند است و موجب هدر رفتن منابع می‌شود. لذا قلع و قمع ساختمان که موجب هدر رفتن مصالح و مواد ساختمانی می‌گردد مصداقی از اسراف است و عقل آن را طرد می‌کند، چه اینکه عقل حکم می‌کند نعمت‌هایی که خداوند اعطا کرده است به عنوان

رفته می‌شود و تخریب ساختمان و ساخت مجدد آن عادلانه به نظر نمی‌رسد.

۳. با تدقیق در قوانین موضوعه ایران می‌توان دریافت که اتلاف اقتصادی در برخی قوانین مدنظر قانونگذار بوده است. این قاعده، در تبصره ۲ ماده ۱۰۰ قانون شهرداری مورد توجه قانونگذار قرار گرفته است. در مواردی که شخصی در حین ساخت و ساز به اشتباه به ملک غیر تجاوز نموده و ساختمان ساخته است، با توجه به قواعد کلاسیک حقوق مدنی برای مقابله با نقض قرارداد، باید ساختمان تخریب گردد اما با توجه به تبصره ۲ ماده ۱۰۰ قانون شهرداری، قانونگذار، تخریب و قلع تاسیسات و بناهای خلاف مشخصات مندرج در پروانه را مشروط

به عدم ضرورت آن می‌داند و چنانچه تخریب و قلع اضافه بنا، ضرورت نداشته باشد تنها به جریمه‌ای متناسب با نوع استفاده از فضای ایجاد شده و نوع ساختمان از نظر مصالح مصرفی علیه طرف ناقض، بسنده کرده است. همچنین در عاریه و اجاره، چنانچه مستأجر و مستعیر با اذن موجر اقدام به ساخت بنا کند، پس از پایان مدت اجاره موجر و معیر حق قلع و قمع ندارد مگر پس از پرداخت ارزش بنا. مستأجر یا مستعیر نیز چنانچه بخواهند می‌توانند با پرداخت اجرت المثل بنا را باقی گذارند. در این صورت، مالک حق قلع و قمع بنا را نخواهد داشت. بنابراین، در این موارد تا زمانی که ضرورت اقتضا نکند قانونگذار نظر به اتلاف بنا و صرف هزینه های بسیار برای تخریب و اصلاح ساختمان ندارد.



منابع

- Amidi, Seyyed Amidoddin, (1995), Kanzol favaed, Qom, volume 2, Islamic Publications Office, first edition.
- Alishahi Qalejouee, A. (2013), Criticism and analysis of jurisprudential opinions about the rule of "The usurper has the most severe responsibility" and its scope, Islamic Studies of Fiqh and Principles, 44th year, number 89, pp. 125-150.
- Ameli, A.b.h. (Karaki researcher), (1414 AH), Jame Al-Maqasad, Qom, Volume 7, Al-Bayt Institute for Revival of Heritage, second edition.
- Ameli, S.J.H, (1428), Miftah al-Karamah fi Sharh al-Qasas al-Allamah, volume 19, Qom, Islamic Publishing House of Jama'ah al-Madrasin, first edition.
- Ameli, Z. D, al-Rawda al-Bahiyyah fi Sharh al-Lama' al-Dameshghiyah, Qom, volume 3, Dar al-Tafsir, fourth edition, 1382 H.Sh
- Ashley, D. (1906), Specific Performance by Injunction, Columbia Law Review, Vol.6, No. 2, 82-92
- Beatson, J & Burrows, A & Cartwright, J. (2010), Anson's Law of Contract, Oxford University Press, 29 Th Edition.
- Bouchier, J. (2019), Is the Doctrine of Economic Waste a Waste of Time? Adelaide Law Review, Vol.40, No 2. 599-608.
- Carol Chomsky, C. (1991), Of Spoil Pits and Swimming Pools: Reconsidering the Measure of Damages for Construction Contracts, Minnesota Law Review ,7ol 75. pp 1445
- Corbin, A. (2005), Corbin on Contract, Damages, Fordham University school of law, Vol 11.
- Eisenberg, A. (2005), Actual and Virtual Specific Performance, The Theory of Efficient Breach and The Indifference Principal in Contract Law, California Law Review, Vol.93, No.4, p.p 975- 1050.
- Emami, H. (1384), Civil Rights, Vol. 2, Ch. 18, Tehran, Islamiyah bookstore.
- Farzangan, Mohammad & Zohuri, Somaye & Taghipour Darzi Naqibi, Mohammad Hossein, how to arrange for the enforcement of a breach of obligation in Iranian law; The Convention on the International Sale of Goods and British Law. Journal of Comparative Law of Mazandaran University, Volume 6, Number 10, Pages 165 to 183
- Heli, A. (Bita). Kitab SaRaer, vol. 2, Qom, first edition, published by Al-Nashar al-Islami Institute.
- Helli, H. (Allameh Helli), (1414), Tazkare al-Foqaha, vol. 16, first edition, Qom, Al-Bayt Institute for Revival of Heritage.
- Hinkston, M. (2011), Wisconsin Lawyer Journal, Vol 84.

- Hor Ameli, M. (1431). Al-Wasal al-Shia and Mostadrekha, vol. 18, first edition, published by al-Islami Institute.
- Jore Noush, M. (2017), Legal Practices and Obligations, 4th Ed, Tehran, Da-dafrin.
- Katouzian, N. (2008), Civil Laws: Transactions of Exchange - Ownership Contracts, 8th Ed, Tehran, Publishing Company.
- Katouzian, N. (2012), Civil Laws: Permissive Contracts - Debt Pledges, 4th Ed, Tehran, Publishing Company.
- Katouzian, N. (2014), General Rules of Contracts, Contract Execution, 4th Ed, Chapter 9, Tehran, Publishing Company.
- Katouzian, N. (2018), Civil Law in the Current Legal Order, 29th Ed, Tehran, Mizan.
- Rajaei, Seyyed Mohammad Kazem & Khatibi; Mehdi (2013), jurisprudential criteria of extravagance, scientific research quarterly of Islamic economics, year 12, 45number, 55-76.
- Marshal, K. & Lowder Daniel, J. (2007), Avoiding Economic waste in Contract Damages: Myths, Misunderstanding, Malcontent, Nebraska Law Review, Vol 85, ISS 4. Article 2, 875-911.
- McKendrick, E. & Maxwell, I. (2013), Specific Performance in International Arbitration, The Chinese Journal of Comparative Law, Vol.1, No 2. 195-220
- Mohaghegh Heli, J. (1408), Islamic Laws in Halal and Haram Issues, Volume 4, 2th Ed, Qom, Ismailian Institute.
- Mohagheq Damad, S.M. (1364), Jurisprudence Rules, vol.1, 12th Ed, Islamic Sciences Publishing Center, Tehran.
- Mousavi Bojnourdi, S.H. (1377), Al-Qavaed Ol-Faqih, vol.7, first edition, Qom, Al-Hadi publication.
- Mousavi Khoei, S.A. (1366). Misbah al-Feqhahe, vol. 6, first edition, Qom, Al-Davari School Publications.
- Mousavi Khomeini, S.R. (1421), Tahrir ol-Wasila, Qom, vol.1, first edition, Al-Aruij Institute Publications.
- Mousavi Khomeini, S.R. (1421). Tahrir ol-Wasila, Qom, vol. 2, first edition, Al-Aruij Institute Publications.
- Najafi, M.H. (1394). JawaherolKalam, Vol27, Qom, 6th edition, Publications of Islamic Institute
- Najafi, M.H. (1432). JawaherolKalam, Vol28, Qom, first edition, published by Nashr al-Islami Institute
- Naraghi, M.A. (1408), Awaed Ol-Ayam, Qom, Propaganda Office, third edition.
- Neitzel, Walter. (1909), Specific Performance; injunction and Damages in the German Law, Harvard Law Review, Vol. 22, No.3, 161-181.



- Nematollahi, E. (2016), investigation of expected damage caused by breach of contract in common law and Iranian law, *Comparative Research Quarterly of Islamic and Western Laws*, third year, third issue. pp. 131-156.
- Oosterhuis, J. (2011), *Specific Performance in German, French and Dutch Law in the Nineteenth Century*, NIJHOFF Publishers, 2th edition
- Perloff. J.H (1993), The Economic Waste Doctrine in Government Contract litigation, *DePaul Law Review*, Vol.43, ISS1, Article5, 185-243.
- Piliounis, A. (2000), The Remedies of Specific Performance, Price Reduction and Additional Time under the CISG: Are These Worthwhile changes or Additions to English Sales Law? *Pace International Law Review*, Vol. 12, ISS 1. Article 2, 1-47.
- Qadak, A. (1375), description and private international law, Bernar Edi, translated by Abdul Rasul Qadak, *Journal of Legal Research*, No. 16 and 17, pp. 13-3.
- Rowan, S. (2012), *Remedies for Breach of Contract*, Oxford University press, First published.
- Safai, S.H. (2019), *International Sales Law*, Ch9, Tehran, Tehran University Press
- Treitel. G.H (2003), *The Law of Contract*, sweet & Maxwell, Eleventh Edition.
- Treitel. G.H (2015), *The Law of Contract*, Edwin Peel, Thomson Reuters, Fourteenth Edition.
- Tusi, M.b.H, *al-Mabsut fi Fiqh ol-Imamiyah*, volume 3, bi-ja, Mortazavi, bi-ta.