

مطالعات اسلامی: فقه و اصول، سال چهل و یکم، شماره ۸۲/۱،
بهار و تابستان ۱۳۸۸، ص ۲۰۴-۱۶۹

مبنای مسؤولیت مدنی یا ضمان ناشی از تخلف از اجرای تعهد*

دکتر سیدحسن وحدتی شبیری
استادیار دانشکده حقوق دانشگاه قم

چکیده

مسؤولیت مدنی به معنای تعهد به جبران خسارت به دو قسم مسؤولیت قراردادی و مسؤولیت قهری تقسیم می‌شود. تفاوت این دو در وجود رابطه قراردادی میان دو طرف قبل از ایراد خسارت است. این‌که تفاوت یاد شده منشاء فرق اساسی در مبنا و آثار دو نوع مسؤولیت می‌شود مورد اختلاف بین حقوقدانان است. نظریه جا افتاده، منشأ مسؤولیت قراردادی را اراده صریح یا ضمنی دو طرف عقد و منشأ مسؤولیت قهری را حکم قانون‌گذار می‌داند. همین تفاوت باعث می‌شود دامنه مسؤولیت در مسؤولیت قراردادی تابع اراده دو طرف قرار گیرد و آنان بتوانند گستره تعهد به جبران خسارت را بر فرض تخلف از محدوده قانون، فراتر یا محدودتر سازند. نظریه جدیدتر، این تفاوت را انکار و سایر تفاوت‌ها را امور فرعی قلمداد می‌کند.

مقاله حاضر دیدگاه نخست را تقویت می‌کند و نگارنده معتقد است چون منشأ مسؤولیت قراردادی اراده طرفین عقد است پس آنان می‌توانند با اراده صریح یا ضمنی خود، مسؤولیت را شدیدتر یا خفیف‌تر از آنچه در مقررات آمده قرار دهند و این توافق برخلاف احکام امری شارع و قانون‌گذار نیست.

کلید واژه‌ها: مسؤولیت مدنی، مسؤولیت قراردادی، نقض قرارداد، اجرای تعهد.

* . تاریخ وصول: ۱۳۸۷/۴/۱؛ تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۸۷/۹/۴.

درآمد

مسئولیت به معنای پاسخگو بودن نسبت به تعهد و تکلیف از نظر حقوقی عبارت از «تعهد یا الزامی است که به دستور قانون برای رفع تجاوز متجاوز مقرر شده است» (جعفری لنگرودی، *تاریخ حقوق ایران*، ص ۲۹۷). در برابر واژه مسئولیت در زبان بیگانه، دو واژه «Liability» و «Responsibility» به کار می‌رود. هر دو به معنای حالت پاسخگو بودن فرد نسبت به یک تعهد است ولی واژه نخست کاربرد بیشتری دارد (Blacks' law dictionary, p: 974, 1312).

مسئولیت، انواع گوناگون اخلاقی، کیفری و مدنی دارد: مسئولیت اخلاقی، مسئولیتی است که شخص در وجدان خویش نسبت به خود یا خانواده و یا جامعه احساس می‌کند بدون آن که قانون‌گذار نسبت بدان موضع‌گیری خاصی داشته باشد. مسئولیت کیفری، مسئولیتی است که براساس آن، مرتکب جرم، به این دلیل که یکی از حدود الهی یا قوانین مربوط به نظم اجتماعی را زیرپا نهاده است به یکی از کیفرهای مصرح در قانون محکوم می‌شود. و بالاخره مسئولیت حقوقی یا مسئولیت مدنی که شخص به این دلیل که تکلیف قانونی و یا تعهد قراردادی را نقض کرده به پرداخت خسارت ملزم می‌گردد (جعفری لنگرودی، *ترمینولوژی حقوق*، ص ۶۴۴).

مسئولیت مدنی به دو قسم مسئولیت قراردادی و مسئولیت خارج از قرارداد تقسیم می‌شود. تفاوت این دو در وجود رابطه قراردادی قبل از ایراد خسارت است. بدین معنا که در قسم نخست، شخص در ضمن عقد، تعهدی را بر دوش می‌گیرد و سپس در اثر عدم اجرای تعهد و یا اجرای نامناسب آن، به طرف تعهد زیانی را وارد می‌سازد در حالی که در مسئولیت خارج از قرارداد، هیچ گونه رابطه قراردادی که خسارت در نتیجه تخلف از اجرای آن باشد، میان دو طرف وجود ندارد. اکنون پرسش آن است که اگر در اثر عدم اجرا یا اجرای نامناسب قرارداد، به طرف ذی‌نفع خسارت

وارد شده، مبنای مسؤولیت متخلف چیست تا براساس آن، دامنه مسؤولیت مشخص شود. بنابراین، موضوع بحث در این مقاله «مبنای مسؤولیت ناشی از تخلف از اجرای تعهد» است. در این راستا، ابتدا مفهوم مسؤولیت یاد شده را بررسی و سپس اثر هر یک از مبنای بر قلمروی مسؤولیت را مورد اشاره قرار خواهیم داد.

أ- مفهوم مسؤولیت ناشی از تخلف از اجرای تعهد

هر یک از انواع مسؤولیت، دارای ارکانی است که شناخت آن بدون بررسی ارکان مزبور امکان پذیر نیست. به عنوان مثال، مسؤولیت کیفری، پایه در وجود قانون و تخلف از آن دارد. بدین معنا که بایستی پیش از ارتکاب عمل از سوی متهم، قانونی که حدود جرم و مجازات را به دقت تعیین کند وجود داشته و متهم با داشتن سوء نیت، اقدام به انجام عمل مجرمانه کرده باشد.

مسؤولیت ناشی از تخلف از اجرای تعهد نیز دارای ارکانی است که با فقدان هر یک از آنها، مسؤولیت یاد شده نیز منتفی خواهد بود. این ارکان عبارتند از: وجود رابطه قانونی ناشی از یک عمل حقوقی، ورود خسارت، رابطه سببیت میان تخلف از اجرای تعهد و خسارت وارده. اینک به منظور آشنایی بیشتر با مسؤولیت ناشی از تخلف از اجرای تعهد به بررسی هر یک از ارکان سه گانه بالا می پردازیم.

۱. تعهد ناشی از یک عمل حقوقی

برای آن که مسؤولیت به معنای مورد بحث پدید آید، می بایست پیش از ایراد خسارت از سوی عامل زیان، تعهدی وجود داشته و این تعهد بر اثر یک عمل حقوقی به وجود آمده باشد. منظور از عمل حقوقی هر نوع عقد یا ایقاعی است که تحقق آن منوط به قصد انشا بوده و قانون گذار بر اثر آن، تعهداتی را بر دوش یک و یا هر دو طرف گذاشته است (شهیدی، شماره ۱۷). برخلاف واقعه حقوقی که پدیده ای است خارجی و ارتباطی با جهان اعتبار ندارد، ولی قانون گذار بدون آن که قصد انشا در تحقق

آن دخیل باشد، آثار قانونی بر آن بار کرده است. الزامات خارج از قرارداد همچون غصب، اتلاف و تسبیب هر کدام یک واقعه حقوقی است.

در رابطه با رکن اول از ارکان مسؤولیت ناشی از تخلف از اجرای تعهد، توجه به چند نکته ضروری است:

یکم. تعهد انواع گوناگون دارد. گاهی تعهد، «موضوع مستقیم» عقد است. همچون عقد ضمان، حواله و كفالت که در آنها مفاد عقد، ایجاد یا انتقال تعهد است. و گاهی نیز تعهد، از «آثار» موضوع عقد به شمار می‌رود بدون آنکه در متن عقد، نسبت بدانها تصریحی صورت گرفته باشد. مثلاً تعهد خریدار و مشتری نسبت به تسلیم مبیع و ثمن از آثار تملیک آنهاست که موضوع مستقیم عقد را تشکیل می‌دهد (شهیدی، شماره‌های ۹۸ و ۹۹).

دوم. تعهدات یکطرفه در حقوق ما نمی‌تواند سر منشأ یک تعهد باشد؛ تعهدی که قانون‌گذار از آن حمایت کرده باشد و تخلف از آن را مبنای مسؤولیت قلمداد کند. تعهد یکطرفی هر چند که با اراده انشایی یک شخص همراه است، نمی‌توان آن را با ایقاع مقایسه کرد. در ایقاع، یک ماهیت حقوقی همچون طلاق یا ابراء انشا می‌شود، ماهیتی که قانون‌گذار از پیش، تحقق آن را با یک قصد پذیرفته است. به دیگر سخن، ایقاع از منابع عمومی تعهدات به شمار نمی‌آید و فرد نمی‌تواند صرفاً با اراده خود، خویشتن را در برابر دیگران ملتزم سازد. این که اراده یک فرد به طور کلی بتواند به نفع دیگری ایجاد تعهد کند، نیاز به دلیل شرعی یا تأیید قانونی دارد که هیچ یک ثابت نیست. عموماً نفوذ شرط همچون «المؤمنون عند شروطهم» نیز نمی‌تواند شامل مورد باشد زیرا کلمه «شرط» در جایی است که توافق دو اراده انشایی هست هر چند فقط یک طرف متعهد می‌شود و به اصطلاح فقهی «شرط ابتدایی» پدید می‌آید (نائینی و خوانساری، ص ۱۲۳؛ آل کاشف الغطاء، ص ۵۳؛ جلیل قنواتی و ...، ص ۹۵؛ شهیدی، شماره ۱۶۸). بدین ترتیب رجوع از ایجاب و تخلف از قرارداد باطل نمی‌تواند موجب

خسارت قراردادی باشد چرا که در این دو مورد قرارداد یا عمل حقوقی در عالم اعتبار تحقق نمی‌یابد.

در یک تقسیم دیگر، تعهد گاه ناشی از عقد لازم است و گاه از یک عقد جائز سرچشمه می‌گیرد. در همه این اقسام تخلف از اجرای تعهد موجب مسؤلیت مدنی متعهد است، اعم از آن که تعهد موضوع مستقیم عقد و یا مفاد شرط صریح یا شرط ضمنی بوده باشد. چنانکه عقد جائز مادام که یکی از دو طرف آن را بر هم نزنند، ایجاد تعهد و تخلف از اجرای آن برای متعهد تولید مسؤلیت می‌کند. علامه حلی از فقیهان امامیه، عقود جائز را نیز همچون عقود لازم، مشمول دلیل وجوب وفا به عقد می‌شمارد (حلی، *مختلف الشیعة*، ج ۶، ص ۲۱۹؛ مراغی، ص ۲۰۹).

۲. ورود خسارت

برای اینکه مسؤلیت، تحقق پیدا کند، باید خسارتی به متعهد له وارد شود. مقصود از خسارت چیست؟ آیا واژه «خسارت» با «ضرر» یکی است یا بین آنها فرق است؟ برای پاسخ به این پرسشها نیز به چند نکته اشاره می‌کنیم:

یکم. واژه «خسارت» در لغت به معنای آسیب، تباهی و از دست دادن دارائی یا حق است (محمد معین، ج ۲، ذیل واژه خسارت). ولی در متون قانونی ما، گاهی به همین معنا و گاه به معنای مالی که زیان را جبران می‌کند به کار رفته است. واژه «خسارت» در ماده ۲۲۱ ق.م. به معنای نخست و در دو ماده ۲۲۶ و ۲۲۷ این قانون به معنای دوم به کار رفته است.

خسارت به معنای اول خود بر دو گونه است: گاهی به صورت از دست دادن مال است. خواه آن مال، عین خارجی یا منفعت و یا حق مالی نظیر حق تحجیر باشد. و زمانی به صورت ممانعت از وجود پیدا کردن نفعی است که مقتضی آن حاصل شده است. مثل توقیف غیرقانونی شاغل به کار که موجب حرمان او از گرفتن مزد شده است و از آن به خسارت «عدم النفع» تعبیر می‌کنند.

واژه ضرر (که به نظر می‌رسد مترادف با واژه خسارت است) در برابر منفعت به معنای پیدایش نقصانی است که در اثر یک عامل خارجی در بدن یا مال یا عرض و یا حق قانونی شخص پدید آید (ابن اثیر، ص ۸۱؛ فیروزآبادی، ص ۱۰۷؛ جوهری، ص ۷۱۹). درباره صدق عنوان ضرر بر از دست دادن منفعت در صورتی که مقتضی آن کامل باشد، میان فقیهان اختلاف نظر است. برخی برآنند که ضرر مالی در جایی صادق است که نقصانی در اموال فعلی شخص پدید آید خواه آن مال، عین باشد یا منفعت. مثلاً وقتی یک فرد را که در استخدام دیگری است بدون جهت حبس می‌کند و یا خانه‌ای را بدون رضای مالک غصب می‌کند، به وی ضرر زده است ولی وقتی تاجری را از فروش کالای خود منع می‌کند تا قیمت کالا در بازار پایین می‌آید، یا مالک را از بازسازی قنات بایر خویش باز می‌دارد، تنها مانع منفعت و تحصیل سود شده ولی به او ضرری وارد نیامده است (نراقی، ص ۵۰؛ مراغی، ج ۱، ص ۳۱۰).

برخی نیز عدم النفع را در صورتی که مقتضی آن تمام بوده و نفع در معرض وصول باشد ضرر دانسته‌اند، هر چند که در شمول قاعده لاضرر نسبت به آن تردید کرده‌اند (روحانی، ص ۳۹۵). عده‌ای هم نه تنها عدم النفع با وجود مقتضی را ضرر دانسته بلکه آن را مشمول حدیث لاضرر نیز تلقی کرده‌اند (طباطبائی، ص ۳۰۲؛ شهید مدرس، ص ۳۱۰؛ وحید بهبهانی، ص ۶۱۴). در این باره بعد از این سخن خواهیم گفت.

دوم. خسارت ناشی از تخلف از اجرای تعهد، شکل‌های گوناگون به خود می‌گیرد: گاهی در اثر تخلف، قراردادی مالی از بین می‌رود. مثلاً شخصی تعهد می‌کند درختان مالک را آبیاری و از آنها مراقبت نماید و در نتیجه سهل‌انگاری و تخلف از اجرای تعهد خویش، درختان خشک می‌شوند و از بین می‌روند. و همچنین در حکم تلف است جایی که متعهد له به اعتماد انجام تعهد، هزینه‌هایی را متحمل شده و آن

هزینه‌ها با تخلف متعهد، بی‌فایده گشته‌اند. مثلاً شرکتی تعهد می‌کند ماشین‌آلات مورد نیاز برای تأسیس کارخانه‌ای را بسازد و تحویل دهد. متعهد له با اعتماد بر این تعهد، زیرسازی لازم برای نصب ماشین‌آلات را به انجام می‌رساند ولی شرکت از انجام تعهد خودداری می‌کند و در نتیجه هزینه‌های انجام شده بلا استفاده می‌ماند.

گاهی نیز خسارت به صورت تلف مال نیست ولی در اثر تخلف قراردادی، نفع مسلمی که در صورت اجرای تعهد، به متعهد له می‌رسیده است از میان می‌رود. به قسم اخیر، خسارت عدم النفع می‌گویند. در یک مثال، تاجر لوازم خانگی، تعهد می‌کند ده دستگاه یخچال با ویژگی‌های معین و در تاریخ مشخص به خریدار که خود یک فروشنده خرده‌پاست، تحویل دهد. تاجر از تحویل یخچالها خودداری می‌کند و بر اثر تخلف او، فروشنده خرده‌پا، مشتریان خویش را از دست می‌دهد و هم مجبور می‌شود همان نوع یخچال را از تاجر دیگری با قیمت بیشتر خریداری کند.

در مثال یاد شده، متعهد له از دو جهت زیان دیده است: از یک سو چندین معامله را که در هر یک سود می‌برده از دست داده و از سوی دیگر ما به التفاوت میان قیمت قراردادی و قیمت بازار را پرداخته است. آیا می‌توان تاجر لوازم خانگی را به دلیل تخلف از اجرای تعهد به پرداخت این خسارتها ملزم ساخت؟ پاسخ این سؤال را در بحثهای آینده خواهیم دید. نیز خسارت گاهی به صورت *اجرة المثل* است همچون جایی که شخص در ضمن عقد تعهد کرده عملی را انجام دهد و از انجام آن خودداری می‌کند. متعهد له در صورتی که انجام عمل از دیگری برآید و زمان انجام عمل نگذشته باشد می‌تواند از دادگاه بخواهد تا به هزینه متعهد، آن عمل توسط شخص دیگری انجام یابد (سید محمد کاظم طباطبائی، ص ۶۱۱، مسأله ۴؛ سید ابوالقاسم خوئی، کتاب *اجاره*، ص ۲۹۸، و *منهاج الصالحین*، ص ۱۱۲).

۳. رابطه سببیت

برای این که خسارت وارده در نتیجه تخلف از اجرای تعهد، قابل جبران باشد،

بایستی میان تخلف از قرارداد و ورود خسارت، رابطه سببیت وجود داشته باشد. متعهد له که از تخلف متعهد زیان دیده است، برای مطالبه خسارت خویش باید علاوه بر اثبات ورود ضرر، رابطه سببیت مستقیم را نیز اثبات نماید. در این باره نیز به چند نکته اشاره می‌کنیم:

یکم. در تعریف سبب در باب مسئولیت مدنی، میان فقیهان وفاق نظر وجود ندارد. برخی سبب را عبارت از کاری دانسته‌اند که با وجود آن، پیدایش خسارت، هر چند به علتی دیگر، انتظار می‌رود. به عبارت دیگر سبب چیزی است که در قصد ضرر زننده بین آن و ورود ضرر ملازمه عرفی وجود دارد، (محقق کرکی، ج ۶، ص ۲۰۶؛ علامه حلی، **تحریر الاحکام**، ج ۴، ص ۵۱۹) برخی دیگر، سبب را انجام کاری دانسته‌اند که لازمه آن، علت خسارت خواهد بود (فخرالمحققین، ج ۲، ص ۱۶۶). در تعریف نخست، قصد عامل زیان در تحقق سبب دخیل دانسته شده است به این معنا که عامل زیان با انجام عمل خویش باید قصد تحقق ضرر داشته باشد، در حالی که قصد، هیچ دخالتی در صدق عنوان سبب ندارد. مثلاً فردی که بدون مجوز قانونی در مسیر عبور مردم چاه می‌کند و احتیاطات لازم را مراعات نمی‌کند، ضامن هر گونه خسارتی است که از حفر چاه به دیگران وارد می‌شود هر چند که قصد ایراد خسارت هم نداشته باشد.

به نظر می‌رسد که آنچه در تحقق رابطه سببیت دخالت دارد استناد عرفی خسارت به عامل زیان می‌باشد. در تحقق این استناد عوامل گوناگون تأثیرگذار است. عنصر تقصیر از سوی عامل زیان در موارد تسبیب از جمله عوامل یاد شده است. چنانکه قابل پیش‌بینی بودن خسارت، در مواردی، در استناد عرفی زیان به عامل آن تأثیر می‌گذارد.

دوم. این گونه نیست که هر نوع خسارتی در حین اجرای عقد و یا به مناسبت آن، خسارت ناشی از تخلف از اجرای تعهد قلمداد شود. مثلاً وقتی یک پیمانکار

ساختمانی در حین تخریب، به منزل همسایه خسارت وارد می‌کند، خسارت قهری است و نه قراردادی.

اکنون سؤال آن است که آیا در تخلف از اجرای تعهد به نفع ثالث نیز قواعد مسؤلیت قراردادی حکم فرماست؟ به عنوان مثال در جایی که خیاطی ضمن قرارداد متعهد می‌شود تا روز معینی یک دست لباس برای شخص ثالث بدوزد ولی از تعهد خویش سرباز می‌زند. آیا ذی‌نفع ثالث می‌تواند بدون دخالت طرف عقد، از خیاط خسارت بخواهد؟ رویه قضایی فرانسه در این زمینه مردد بوده است (اریک ساو، ص ۱۳۳). ولی در حقوق ما با توجه به ماهیت تعهد به نفع ثالث می‌توان گفت حق ثالث سرمنشأ قراردادی دارد. و از عقد سرچشمه گرفته است، بنابراین خودداری از اجرای تعهد، نقض قرارداد به شمار می‌آید (کاتوزیان، مسؤلیت مدنی، شماره ۱۱).

ب- نظریه‌ها دربارهٔ مبنای مسؤلیت

پرسش از این‌که چرا باید متخلف از اجرای تعهد از نظر مدنی مسئول قلمداد شود، از اهمیت خاصی برخوردار است. زیرا پاسخ به این پرسش در تعیین حدود مسؤلیت تأثیر فراوان دارد. پاسخ به پرسش یاد شده همان مبنای مسؤلیت قراردادی است که دربارهٔ آن نظریهٔ واحدی میان حقوقدانان وجود ندارد. نظرات ارائه شده در این باب را می‌توان به دو دسته: کلاسیک و جدید تقسیم کرد. در نظریهٔ کلاسیک از اختلاف ماهوی میان دو مسؤلیت قراردادی و قهری حمایت شده و در نظریهٔ جدید، از وحدت دو نوع مسؤلیت، سخن به میان آمده است. در ذیل به بیان نظریات مطرح شده می‌پردازیم.

۱. نظریهٔ اختلاف مبنای دو نوع مسؤلیت

قائلین به این نظریه، در پاسخ به این پرسش که چرا متخلف از اجرای تعهد را نسبت به خسارت ناشی از نقض عهد، مسئول می‌دانیم می‌گویند: چون قبلاً در مورد

این مسئولیت توافق شده و متعهد پذیرفته است که در صورت تخلف از اجرای تعهد، خسارت طرف دیگر را جبران کند. این در حالی است که در مسئولیت قهری، چنین توافقی از پیش، میان عامل زیان و زیان دیده وجود ندارد. بلکه این قانون و نظم عمومی است که وارد کننده خسارت را به دلیل آن که احتیاط لازم را در رفتار خویش نداشته مسئول می‌شناسد. حقوق ایران و حقوق فرانسه در مختلف بودن مبنای مسئولیت اشتراک دارند، ولی به نظر می‌رسد که در توجیه اختلاف مبنای دو نوع مسئولیت و تبیین مسئولیت قراردادی با یکدیگر متفاوتند. در ذیل، هر یک از دو نظام حقوقی را مورد مطالعه قرار می‌دهیم.

حقوق فرانسه

در ماده ۱۱۴۲ قانون مدنی فرانسه، خسارت ناشی از تخلف از اجرای تعهد مورد تصریح قرار گرفته است. از این ماده چنین برمی‌آید که ضامن بودن متخلف از اجرای تعهد، لازمه تعهد است. ترجمه این ماده چنین است: «هر تعهدی به انجام یا ترک انجام کاری در صورت عدم ایفای آن از سوی متعهد، مستوجب خسارت است» (Art. 1142: Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêt, en cas d'inexécution de la part de débiteur.

عبارت *se résout en dommages* که به زبان انگلیسی *resolve itself* ترجمه شده است می‌رساند که ضمان متعهد به خسارات، لازمه ذات تعهد است. و این، ریشه در نگرش حقوق روم باستان درباره تعهدات دارد. چرا که در نظام روم قدیم، متعهد چنان پای بند به تعهد خویش بود که در صورت خودداری از اجرای آن، متعهد له می‌توانست او را به بردگی خویش درآورد (صبیح مسکونی، ص ۲۲۱).

اکنون که نظام برده‌داری منسوخ گردیده، ضمانت اجرای تعهد (sanction) به صورت پرداخت خسارت جلوه‌گر شده است.

بدیهی است این ماده قانونی در جایی صدق می‌کند که تعهد، زمان

مشخصی برای اجرا داشته و آن مدت سپری شده باشد. چرا که در حقوق فرانسه آنچه در درجه اول اهمیت قرار دارد اجرای تعهد است و تا هنگامی که امکان عمل به تعهد و استفاده از ابزارهای اجبار وجود دارد نوبت به جبران‌های دیگر نمی‌رسد (ر. ک: مبحث سوم از فصل سوم *قانون مدنی فرانسه* تحت عنوان اثر تعهدات).

این در حالی است که در حقوق کامن لا، نخستین جبران، پرداخت خسارت است و اجرای عین تعهد (Specific enforcement) در درجات بعدی اهمیت قرار دارد. به تعبیر برخی از نویسندگان، تفاوت اساسی تر حقوق فرانسه و حقوق انگلیس در تأکید حقوق کامن لا بر روی «جبران‌ها» و تأکید حقوق نوشته بر «حقوق و تکالیف» طرفین است (The French law of contract, Barry Nicholas FBA, second Edition, p: 211).

به هر حال، جدا ساختن مواد قانونی مربوط به مسؤلیت قراردادی (مواد ۱۱۴۲ تا ۱۱۴۵ ق. م. ف.) از مواد مربوط به ضمان قهری (مواد ۱۳۸۲ تا ۱۳۸۶ ق. م. ف.) در قانون مدنی فرانسه و قرار دادن مواد مربوط به مسؤلیت قراردادی در ذیل عنوان اثر تعهدات، (Chapitre III: De l'effet des obligation) نشانه آن است که از نظر قانون‌گذار مدنی این کشور، مسؤلیت قراردادی و مسؤلیت قهری هر یک مبنای جداگانه دارند. به همین دلیل به نظر می‌رسد که نمی‌توان از مواد مربوط به مسؤلیت قراردادی الغای خصوصیت کرد و احکام مربوط را به ضمان قهری سرایت داد (به عنوان مثال در ماده ۱۱۴۲ ق. م. ف. منافع (interêts) در کنار خسارات (dommages)، مورد تصریح قرار گرفته و بر این اساس متخلف از اجرای تعهد، ضامن منافع شمرده شده است. در مواد ۱۳۸۲ تا ۱۳۸۶ سخن از منافع به میان نیامده مگر آنکه با تفسیر وسیع، واژه خسارت، شامل منافع نیز بشود).

این در حالی است که حقوقدانان فرانسوی در زمینه مبنای مسؤلیت قراردادی نظر واحدی ندارند. می‌توان گفت نظریه مرسوم میان حقوقدانان پیشین فرانسه به دنبال

قانون مدنی این کشور، تفاوت بنیادین بین دو نوع مسؤولیت قراردادی و قهری بود. به نظر آنان همه تعهدات به طور ضمنی این حق را به طلبکار می‌دهد که برای جبران زیان‌هایی که در نتیجه عدم اجرای تعهد به وجود آمده است از مدیون خسارت بخواهد (ابری ورو، *حقوق مدنی*، چاپ ششم، ج ۴، ص ۱۳۶، کولن و کاپیتان ولامور اندیر، ج ۲، شماره ۱۰۴۲؛ استارک، *حقوق مدنی*، ج ۲، (تعهدات)، ش ۲۰۵۱، کاربینه، ج ۲، ش ۱۵۴، به نقل از کاتوزیان، *مسؤولیت مدنی*، ش ۲۲ و نیز *نظریه تعهدات*، ص ۳۹۳، ش ۲۶۶).

پاره‌ای از نویسندگان نیز در توجیه جدایی دو نظام مسؤولیت گفته‌اند: مسؤولیت قراردادی در همه حال، نتیجه تجاوز از قرارداد است ولی مسؤولیت غیر قراردادی، گاه نتیجه تجاوز از تکلیف اخلاقی و گاه ناشی از تجاوز از تکلیف قانونی و زمانی هم اثر خطری است که شخص ایجاد کرده است (ساواتیه، رساله *مسؤولیت مدنی در حقوق فرانسه*، چاپ دوم، ج ۱، ش ۱۰۹، به نقل از کاتوزیان، *مسؤولیت مدنی*، ش ۲۲). ولی حقوقدانان متأخر، تفاوت ماهوی بین دو نوع مسؤولیت را انکار کردند (آندره تنک، *مسؤولیت مدنی*، شماره ۴۰). امروزه میان حقوقدانان فرانسوی این نظریه مطرح است که دیگر مسؤولیت قراردادی باید کنار گذاشته شود چرا که هدف از مسئول دانستن متعهد، جبران خسارت وارده به متعهد له نیست بلکه هدف، پرداخت «معادل تعهد» به طلبکار متعهد له می‌باشد (اریک ساو، ص ۱۳۳). در مطالب آینده به بیان این دیدگاه خواهیم پرداخت.

حقوق ایران

بررسی مواد قانون مدنی ایران نشان می‌دهد که قانون‌گذار الگوی خویش را قانون مدنی فرانسه قرار داده و تلاش وافری به خرج داده است تا محتوای آن را با فقه امامیه منطبق سازد.

متن ماده ۲۲۱ ق.م. در زمینه مسؤولیت ناشی از تخلف از اجرای تعهد، ترجمان ماده ۱۱۴۲ ق.م. ف. است، با این تفاوت که امکان مطالبه خسارت را مشروط به وجود

شرط صریح یا ضمنی می‌سازد. ماده مزبور چنین می‌گوید: «اگر کسی تعهد اقدام به امری را بکند یا تعهد نماید که از انجام امری خودداری کند، در صورت تخلف، مسئول خسارت طرف مقابل است، مشروط بر این‌که جبران خسارت، تصریح شده و یا تعهد عرفاً به منزله تصریح باشد و یا بر حسب قانون موجب ضمان باشد».

ماده بالا مصداق بارزی از تلفیق میان حقوق فرانسه با فقه امامیه است چرا که بخش نخست را از ماده ۱۱۴۲ ق.م.ف. گرفته و تلاش کرده است با ضمیمه ساختن بخش دوم و با استمداد از نهاد فقهی «شرط ضمن عقد» آن را با مبانی فقهی سازگار سازد.

برای داوری درباره این اختلاط که به منظور پیوند میان حقوق اروپایی با فقه اسلامی انجام گرفته بایستی به چند نکته توجه داشت:

۱. در فقه اسلامی در ابواب معاملات، همه مطالب، حول محور «معامله» دور می‌زند و مرکز مباحث «عقد» است و تعهد یا دین به عنوان امری فرعی مورد گفتگو قرار می‌گیرد (به عنوان نمونه ر.ک: ملا احمد نراقی، *عوائد الایام*، ص ۱۱؛ مولی محمد نراقی، *مشارق الاحکام*، ص ۷۹؛ میرفتاح مراغی، *العناوین*، ج ۲، ص ۷۰؛ سید کاظم حائری، *فقه العقود*، ج ۲، ص ۸۲). در حالی که در حقوق فرانسه، مرکز مطالعه و عنوان اصلی، «تعهد» است و عقد همچون سایر اعمال و وقایع حقوقی، در شمار منابع تعهد قرار می‌گیرد. و اگر در متون اسلامی و فقهی، سخنی از «عهد» یا «تعهد» به میان آمده در معنای وسیعتر آن مرادف با عقد استعمال شده است (کاتوزیان، *نظریه عمومی تعهدات*، ص ۱۸).

۲. واژه تعهد در ادبیات حقوقی کشور ما دو نوع کاربرد دارد: گاهی به معنای مصدری استعمال می‌شود یعنی به عهده گرفتن انجام یا ترک انجام عملی در برابر دیگری، خواه در برابر آن عوض باشد یا نباشد. مثل آن‌که صنعتگری تعهد می‌کند ماشین‌آلات مورد نیاز کارخانه‌ای را بسازد و تحویل دهد. گاهی نیز به معنای اسم مصدری به کار می‌رود و آن عبارت از وظیفه حقوقی است که بر عهده شخص، ثابت می‌شود، و در صورت

خودداری از سوی مراجع قضایی به انجام آن الزام می‌گردد. این تعهد ممکن است به اراده شخص پدید آید و یا بدون دخالت اراده، مستقیماً به حکم قانون ثابت شود. چنانکه در مبحث ضمان قهری، تعهد به جبران خسارت چنین حالتی دارد (برای توضیح بیشتر ر. ک: دکتر مهدی شهیدی، *تشکیل قرار دادها و تعهدات*، ص ۴۲).

به نظر می‌رسد واژه «تعهد» در ماده ۲۲۱ ق. م. به معنای اول به کار رفته زیرا در ذیل ماده، سخن از شرط ضمنی و صریح به میان آمده و شرط صریح صرفاً در اعمال حقوقی قابل تصور است.

افزون بر این، عبارت «اگر کسی تعهد اقدام به امری نماید...» تعهد به معنای مصدری است. در حالی که واژه «obligation» در ماده ۱۱۴۲ ق. م. ف. تعهد به معنای اسم مصدری می‌باشد. بدین ترتیب، قانون‌گذار مدنی ایران برای تطبیق حقوق اروپایی بر مبانی فقهی امامیه، دو کار انجام داده است: نخست تعهد را به معنای مصدری آن به کار گرفته که همان عقد و قرارداد است، و دوم از آنجا که فقه، لزوم پرداخت خسارت ناشی از تخلف قراردادی را لازمه ماهیت تعهد نمی‌داند تلاش کرده تا به نحوی آن را به اراده طرفین منتسب سازد و خویشتن را از مخالفت با مشهور فقیهان برهاند.

بدین ترتیب، تفاوت اساسی میان حقوق فرانسه و حقوق ایران آشکار می‌شود، هر چند که هر دو نظام، در مختلف بودن مبنای مسئولیت قراردادی و مسئولیت قهری مشترکند. بیان مطلب این‌که حقوق فرانسه مسئولیت متخلف از اجرای تعهد را امری اصیل قلمداد می‌کند، در حالی که حقوق ایران با آن بسان یک امر استثنایی برخورد کرده است. تعبیر دیگر ماده ۲۲۱ ق. م. آن است که اصولاً متخلف از اجرای تعهد، مسئولیتی نسبت به خسارات حاصله ندارد مگر آنکه شرط صریح یا شرط ضمنی عرفی و یا قانونی مبنی بر ضمان یاد شده وجود داشته باشد.

۲. نظریه وحدت مبنای مسئولیت

این نظریه به شکلهای مختلف تبیین شده که ذیلاً به بیان حقوقدانان معاصر

در فرانسه و حقوقدانان آمریکا اشاره می‌کنیم:

حقوق جدید فرانسه

در برابر حقوقدانان پیشین فرانسه، از یک قرن پیش، مخالفت با نظریه مرسوم که اختلاف مبنای دو نظام مسؤلیت بود شروع شد. پلانپول، حقوقدان معروف فرانسوی، یک مفهوم عام از تقصیر ارائه کرد. به نظر او تقصیر به معنای نقض تعهد است. نهایت، گاهی تعهد قانونی است که نقض آن جرم مدنی و ضمان قهری به بار می‌آورد و زمانی نیز تعهد قراردادی است که نقض آن، مسؤلیت قراردادی ایجاد می‌کند. به نظر وی، با تخلف متعهد (خواه تعهد قانونی یا قراردادی) تعهدی جدید به منظور جبران خسارت و مستقل از تعهد قراردادی پدید می‌آید.

به این وسیله بود که پلانپول، زمینه را برای تغییر بنیادین در ماهیت حق جبران ضرر و زیان فراهم ساخت. زیرا به نظر او، منبع حق جبران ضرر، قرارداد نیست بلکه «عدم اجرای قرارداد» است. نقض قرارداد یک واقعه حقوقی است و ارتباطی با متن عقد ندارد (André Tunc, N: 42).

نظریه بالا امروزه نظریه مدرن قلمداد می‌شود و کسانی چون هوک (HUC) و اریک ساو از این نظریه طرفداری و گاهی از آن به نظریه طرد مسؤلیت قراردادی تعبیر می‌کنند. براساس نظریه یاد شده، منظور از جبران خسارت متعهد له، ترمیم ضرر وارد به او نیست، ضرری که به دنبال عدم ایفا یا ایفای نامناسب متعهد به متعهد له تحمیل شده است. بلکه منظور، جلب رضایت متعهد له می‌باشد (اریک ساو، ص ۱۳۳).

بدین ترتیب، مسؤلیت قراردادی و مسؤلیت قهری، هر دو «نقض تعهد» اند و هر دو منبع تعهد جدید به شمار می‌روند. مبنای هر دو یکی است و تفاوت ماهوی میان آنها وجود ندارد.

نظریه حقوقدانان آمریکا

حقوقدانان آمریکا وحدت مبنای دو نوع مسؤلیت را به گونه‌ای دیگر تبیین

کرده‌اند. به نظر آنان، در تعهد قراردادی نیز، این «قانون» است که اثر را بر آن بار می‌کند. به تعبیر دیگر، نقش دو طرف در حین انعقاد عقد، صرفاً ساختن یک «قالب» است که در پی آن قانون‌گذار، محتوا را در این قالب می‌ریزد و بدان اثر قانونی می‌بخشد (Jolowicz and winefield, law of torts, p: 12; as quoted by André Tunc, p: 22). در نگاه حقوقدانان آمریکایی، تعهد، ناشی از توافق دو طرف و قصد انشای آنها نیست. همیشه تعهد ناشی از حکم قانون است خواه وسیله آن، عمل حقوقی و یا واقعه حقوقی باشد. به همین دلیل است که در عقد، تعهداتی بر دوش دو طرف نهاده می‌شود در حالی که هیچ یک، آنها را قصد نکرده‌اند.

در الزامات خارج از قرارداد نیز، این قانون است که در اثر تقصیر عامل زیان، برای وی تعهد به جبران خسارت را پدید می‌آورد. بدین ترتیب، در هر دو نوع مسئولیت، تعهد به حکم قانون به وجود آمده چه سرمنشأ آن، عمل زیان‌بار و یا تخلف از اجرای عقد باشد (Ibid). اکنون باید دید هدف حقوقدانان برای تلاش در جهت ایجاد اتحاد میان مبنای مسئولیت قراردادی و قهری چیست.

ج- تأثیر مبنای مسئولیت در قلمرو مسئولیت

اهمیت بحث از مبنای مسئولیت ناشی از تخلف از اجرای تعهد، در قلمرو مسئولیت یاد شده پدیدار می‌شود. زیرا انتخاب هر یک از نظریه‌ها تأثیری شگرف در میزان مسئولیت متعهدی دارد که از اجرای تعهد خویش تخلف ورزیده است. ذیلاً به اثر هر یک از آنها اشاره می‌کنیم:

۱. تأثیر نظریه اختلاف مبنای مسئولیت در قلمرو مسئولیت

از بحث‌های گذشته مشخص شد که این نظریه، خود به دو شاخه تقسیم می‌شود: نظریه اصل بودن مسئولیت قراردادی و نظریه استثنایی بودن آن. پس باید هر یک را جداگانه مورد کنکاش قرار داد.

قلمرو مسؤولیت براساس نظریه اصل بودن مسؤولیت قراردادی

مطابق این نظریه که از قانون مدنی فرانسه استنباط می‌شود، اراده طرفین تأثیری در پیدایش مسؤولیت ندارد. به دیگر سخن، حتی اگر ثابت شود که دو طرف هیچ تصمیمی درباره اصل مسؤولیت و میزان آن نداشته‌اند باز هم متخلف از اجرای تعهد نسبت به خسارات و منافع ضامن خواهد بود. زیرا ضمان نسبت به خسارات و منافع، از ذات تعهد برمی‌خیزد و تعهد، بدون مجازات متخلف، امری بی‌محتوا تلقی می‌گردد. این نکته از واژه «se resout» در ماده ۱۱۴۲ ق. م. فرانسه به دست می‌آید که به معنای انحلال خود به خود است (resolve itself).

از سوی دیگر براساس این نظریه، هدف از جبران خسارت، ترمیم ضرری است که به متعهد له از ناحیه عدم اجرای تعهد وارد گشته است. از این رو قلمروی مسؤولیت تا اندازه‌ای است که وضعیت متعهد له را به حالت پیش از انعقاد عقد باز می‌گرداند. نیاز به توضیح ندارد که از نظر قانون مدنی فرانسه با توجه به ماده ۱۱۴۲ این قانون، عدم النفع در مسؤولیت قراردادی خود، ضرری است که بر متعهد له وارد شده و بازگشت به حالت پیشین، جبران خسارت و عدم النفع می‌باشد.

با این حال، باید توجه داشت که قانون فرانسه، مبنای مسؤولیت قراردادی را از مسؤولیت قهری جدا ساخته و پیامد این جداسازی آن است که قواعد مربوط به هر یک از دو نظام مسؤولیت را اصولاً نمی‌توان به دیگری سرایت داد مگر آن‌که دلیل خاص، آن را اقتضا کند. از این نکته در بحثهای آینده سخن خواهیم گفت.

قلمرو مسؤولیت براساس نظریه استثنایی بودن مسؤولیت قراردادی

بر طبق این نظریه که از قانون مدنی ایران مستفاد می‌شود، تخلف از اجرای تعهد در صورتی موجب مسؤولیت است که شرط صریح یا ضمنی (عرفی یا قانونی) مبنی بر جبران خسارت وجود داشته باشد. در صورتی که شرط یاد شده احراز نگردد و یا قانون مبنی بر ضمان متعهد نباشد، نمی‌توان متعهدی را که از اجرای تعهد خویش تخلف

ورزیده است، ضامن خسارت طرف مقابل دانست.

نتیجه این مطلب آن است که دو طرف نه تنها می‌توانند در اندازه مسؤولیت، کاهش و یا افزایش ایجاد کنند بلکه ممکن است با شرط صریح، عرف و یا قانون مبنی بر ضمان متخلف را نادیده انگارند.

ماده ۲۲۱ ق.م. نشان می‌دهد که از نظر قانون‌گذار مدنی ایران، قواعد مربوط به ضمان قهری قابل اعمال نسبت به خسارت ناشی از تخلف از اجرای تعهد نیست. زیرا در نتیجه تخلف قراردادی، در اغلب موارد مالی از بین نرفته و ضمان قهری از دید قانون مدنی منحصر در از بین رفتن مال است. ملاحظه موادی چون ۳۲۸ و ۳۳۲ و ۳۳۲ این قانون نشان می‌دهد که هر نوع خسارتی موجب ضمان نیست بلکه باید بر آن، اتلاف یا تسبیب در تلف مال صدق کند.

مثلاً وقتی یک فروشنده جزء، ده دستگاه لوازم خانگی از یک تاجر خریداری می‌کند و تاجر از تحویل کالا خودداری کرده و فروشنده جزء، مشتریان خویش و نفعی را که از طریق فروش به آنان دستگیر او می‌شده از دست می‌دهد و یا مجبور می‌شود همان کالا را از تاجر دیگر با قیمت بالاتر خریداری کند، مالی تلف نشده، هر چند که فروشنده جزء، از این تخلف قراردادی زیان دیده باشد.

بدین ترتیب، خسارت ناشی از تخلف قراردادی از اراده طرفین و متن عقد برمی‌خیزد و چون معمولاً مصداق این خسارت، عدم النفع است نمی‌توان با استناد به قواعد ضمان قهری و اتلاف و تسبیب آن را مطالبه کرد.

۲. تأثیر نظریه وحدت مبنا در قلمرو مسؤولیت

براساس نظریه وحدت مبنا، می‌توان قواعد مربوط به هر یک از دو نظام مسؤولیت را به دیگری تسری داد. مثلاً اگر قانون‌گذار در مواد مربوط به ضمان قهری سخنی از عدم النفع به میان نیاورده ولی در مواد مربوط به خسارت قراردادی آن را

مورد تصریح قرار داده است.^۱ براساس نظریه یاد شده می‌توان عدم النفع را در ضمان قهری نیز موجب مسؤلیت دانست. در این رابطه به حقوق کامن لا و قانون تعهدات سویس اشاره می‌کنیم.

حقوق کامن لا

در حقوق کامن لا، وقتی یک طرف، از اجرای تعهد خودداری می‌کند یا به طرف مقابل می‌فهماند که قصد اجرای تعهد قراردادی خود را ندارد، نقض قرارداد (breach of contract) رخ می‌دهد. نقض قرارداد، حداقل برای طرف بی‌تقصیر، حق مطالبه خسارت ایجاد می‌کند. نقض‌های جدی‌تر، علاوه بر حق مطالبه خسارت، به طرف بی‌تقصیر اجازه می‌دهند که خود را مبراً از قرارداد محسوب کند. چنانکه ممکن است نقض را نشانه فسخ گرفته و یا تصمیم به تأیید کردن قرارداد بگیرد. (حسین میر محمد صادقی، مروری بر حقوق قراردادها در انگلستان، ص ۱۹۰).

در حقوق کامن لا، خسارت معمولاً بر این اساس مورد حکم قرار می‌گیرند که طرف متضرر در همان وضعیت مالی قرار گیرد که در صورت اجرای صحیح قرارداد در آن وضعیت قرار می‌گرفت. یعنی باید غرامت از دست رفتن معامله یا از دست رفتن منافع مورد انتظار او به وی اعطا گردد.

در موارد استثنایی برای جبران هزینه‌هایی که خواهان با تکیه بر قرارداد متحمل شده است و این هزینه‌ها به دلیل نقض خواننده بی‌فایده شده‌اند، حکم به پرداخت خسارت داده می‌شود. در چنین موردی هدف، قرار دادن خواهان در وضعیتی است که پیش از انعقاد قرارداد در آن وضعیت قرار داشت (همان، ص ۲۰۱).

قواعد خاصی برای اندازه‌گیری میزان خسارت وجود ندارد. این امر بسته به نظر

۱. (قانون مدنی فرانسه در مواد ۱۱۴۲ و ۱۱۴۹ منافع را در خسارت قراردادی صریحاً مورد ضمان دانسته ولی در مواد مربوط به ضمان قهری (مواد ۱۳۸۲ تا ۱۳۸۶) سخنی از منافع به میان نیاورده است. چنانکه قانون آیین دادرسی مدنی سابق ایران نیز در ذیل ماده ۷۲۸، ضرر را اعم از عدم النفع دانسته بود ولی موضوع این ماده صرفاً خسارات ناشی از عدم اجرای تعهد را شامل نمی‌گشت).

دادگاه است. البته براساس قانون بیع کالا مصوب ۱۹۷۹ وقتی فروشنده از تحویل کالا خودداری می‌ورزد و بازاری برای تهیه اجناس وجود دارد، میزان خسارت، ما به التفاوت میان قیمت قراردادی و قیمت جاری بازار خواهد بود.

در جایی که بایع، فروشنده حرفه‌ای باشد، خسارت ناشی از روند معمولی امور عبارت خواهد بود از فوت شدن منفعتی که در صورت فروخته شدن کالاها به آن خریدار خاص به دست می‌آمده است. بدیهی است که اگر او توانسته باشد خریدار دیگری به همان قیمت یا بالاتر از آن به دست آورد، خسارت پرداختی بسیار اندک خواهد بود (همان، ص ۲۰۷، دعوی Charter V. Sullivan در دادگاه استیناف در سال ۱۹۵۷).

آنچه از آرای صادره در دادگاههای کامن لا استفاده می‌شود آن است که مبنای مسئولیت قراردادی همان مبنای مسئولیت قهری است. همانگونه که وقتی عامل زیان، مال زیان دیده را تلف می‌کند باید بدل آن را بپردازد، در تخلف از اجرای تعهد نیز باید بدل تعهد را بپردازد تا آنجا که وضعیت متعهد له به حالت پس از اجرای عقد درآید (ر. ک: رأی قاضی Lord Reid در پرونده Hediey Byrne V. Heller).

قانون تعهدات سویس

یکی بودن مبنای مسئولیت قراردادی و قهری در قانون تعهدات سویس به وضوح نمایان است. این قانون مواد ۹۷ تا ۱۰۹ را به آثار عدم اجرای تعهدات و مواد ۴۱ تا ۶۷ را به مسئولیت مدنی خارج از قرارداد اختصاص داده است. پیداست که بیشتر قواعد مربوط در ذیل عنوان مسئولیت خارج از قرارداد آمده است از جمله ضمان عدم النفع در مواد ۴۵ و ۴۶ و ۴۹ در مبحث ضمان قهری مطرح شده است.^۱ بدین ترتیب، نظام مسئولیت قراردادی، تفاوت ماهوی با نظام مسئولیت قهری

۱. (بند ۲ ماده ۴۵ در خصوص خسارات ناشی از مرگ می‌گوید: «اگر مرگ بلافاصله رخ ندهد، خسارات مزبور بخصوص هزینه معالجه و نیز زیانهای ناشی از عدم توانایی بر انجام کار را دربرمی‌گیرد» و بند ۱ ماده ۴۶ می‌گوید: «در مورد صدمات جسمی، صدمه دیده حق دریافت هزینه‌ها و خسارات ناشی از محروم شدن از انجام کار را خواه کلی و خواه جزئی دارد و نیز حق دارد جبران لطمات وارده به وضع اقتصادی آینده خود را مطالبه کند». و بند ۱ ماده ۴۹ می‌گوید: «هر کس به منافع شخصی‌اش لطمه وارد شود می‌تواند در صورت وجود تقصیر، مطالبه خسارت کند...» ولی در بند ۳ ماده ۹۹ می‌گوید: «مقررات مربوط به مسئولیت ناشی از جرم مدنی، بنا بر قیاس، در مورد آثار تقصیر قراردادی قابل اجرا خواهد بود».

ندارد و در نتیجه، قواعد هر یک قابل تسری به دیگری خواهد بود. این در حالی است که در قانون مدنی فرانسه یا قانون مدنی ایران، مقررۀ مشابهی به چشم نمی‌خورد.

د- مبنای مسؤلیت قراردادی از نظر فقه

پرسش اصلی در این زمینه آن است که آیا خسارت ناشی از تخلف از اجرای تعهد را می‌توان بر قواعد فقهی نظیر اتلاف، تسبیب و قاعدۀ لاضرر که همگی مصادیق ضمان قهری می‌باشند استوار ساخت یا این‌که مسؤلیت یاد شده فقط می‌تواند براساس ارادۀ دو طرف برقرار گردد؟

از عبارات فقیهان استفاده می‌شود که قاعدۀ اتلاف و تسبیب، صرفاً در مورد از بین رفتن اموال، جریان می‌یابد،^۱ عبارت معروف «من اتلف مال الغیر فهو له ضامن» نیز شاهدی بر این مدعاست.

بدین ترتیب، در جایی که نتیجۀ تخلف از اجرای تعهد، از بین رفتن مال است مثل آن‌که شخصی در ضمن عقد، متعهد می‌شود درختان باغ متعهد له را آبیاری کند و از انجام آن خودداری می‌کند و درختان خشک می‌شوند و از میان می‌روند، تردیدی در لزوم جبران خسارت نیست. یعنی باید قیمت اصله‌های درخت را که خشک شده به متعهد له بپردازد. ولی آیا ضامن میوه‌هایی که در صورت آبیاری به عمل می‌آمد نیز هست؟ به ویژه اگر هنوز میوه‌ها بر درخت، ظهور و بروز نیافته‌اند، مسؤلیت متخلف از اجرای تعهد از نظر فقهی، جای تردید است. زیرا قاعدۀ اتلاف و تسبیب به شرح بالا جاری نیست ولی از لحاظ قاعدۀ لاضرر هر چند برخی بر این عقیده‌اند که می‌توان به

۱. (به عنوان نمونه ر. ک: میرزا حبیب‌الله رشتی، کتاب غصب، ص ۴، ایشان در نقصان قیمت بازار به این دلیل که «تلف مال» رخ نداده اشکال می‌کند، و ص ۲۰ در مورد منع شخص از فروش کالای خویش و نقصان قیمت بازار می‌گوید: «ان التسبیب الموجب للضمان عبارة عن اعدام مال موجود عيناً أو منفعة و النفع فی هذه المقامات ليس اعداماً لموجود بل هو دفع لوجود مال»؛ نیز *جواهر الکلام*، ج ۳۷، ص ۴۰، ایشان نیز تصریح می‌کند که تسبیب در صورتی موجب ضمان است که به تلف اموال تعلق گیرد؛ نیز: علامه حلی، *قواعد الاحکام*، ج ۲، ص ۲۲۹، ایشان هم کاهش قیمت مال مغضوب در بازار را موجب مسؤلیت غاصب نمی‌شمارد).

استناد قاعده مزبور، تفویت منفعت مسلم را خسارت دانست و مسبب را مشمول جبران آن شناخت، (سید حسن امامی، *حقوق مدنی*، ج ۱، ص ۲۴۵). ولی هم از جهت صدق عنوان ضرر بر عدم النفع و هم از نظر دلالت قاعده لاضرر بر مسؤولیت مدنی و ضمان، اختلاف فقهی وجود دارد. ذیلاً به طور اجمال به اختلاف یاد شده می‌پردازیم:

أ- صدق ضرر بر عدم النفع

در اصطلاح فقهی، تفویت منفعت با عدم النفع تفاوت دارد و آنچه از کتابهای مفصل فقهی برمی‌آید، ضمان نسبت به تفویت منفعت است و نه عدم النفع. توضیح مطلب آن‌که وقتی شخص، مالی را غصب می‌کند، منفعت آن را تفویت کرده است هر چند از آن بهره‌برداری نکرده باشد. و یا هنگامی که یک صنعتگر را که در استخدام دیگران است حبس می‌کند، منفعت او را از بین برده و ضامن اجرت اوست چرا که با انعقاد قرارداد استخدام، منفعت او به طور مستقل، مال محسوب می‌شود.

ولی در جایی که روند معمولی امور، حاکی از رسیدن نفعی به شخص است و عامل زیان، این روند را قطع می‌کند، مثلاً اگر درختان آبیاری می‌شدند به طور معمول، به میوه می‌نشستند و ثمر می‌دادند، ولی متعهد با تخلف خویش روند جاری را از بین برده و مانع رسیدن میوه‌ها و سود متعهد له گشته است، برخی از فقیهان امامیه در صدق عنوان ضرر یا اضرار بر آن تردید کرده‌اند. (نراقی، *عوائد الایام*، ص ۵۰؛ *العناوین*، ج ۱، ص ۳۱۰؛ خویی، *مصباح الاصول*، ج ۲، ص ۵۲۲ و *مستند العروة*، کتاب اجاره، ص ۴۱۷. ایشان ضرر را نقص در مال معنا کرده‌اند؛ *مشارق الاحکام*، ص ۲۷۰).

با این حال، به نظر می‌رسد اگر از نظر عرف، منفعتی مسلم فرض شود، منع از رسیدن آن به شخص، ضرر و خسارت انگاشته می‌شود. مثلاً وقتی یک فروشنده حرفه‌ای که شغل او فروش لوازم خانگی است، بر اثر تخلف کارخانه سازنده و تحویل کالا از فروش محروم می‌شود، عرف او را زیان دیده می‌بیند (سید محمد روحانی، *منتقى الاصول*، ج ۵، ص ۳۹۵).

ب- دلالت لاضرر بر مسؤلیت مدنی

فقیهان امامیه درباره دلالت حدیث نبوی «لاضرر و لا ضرار» بر مسؤلیت مدنی و ضمان عامل زیان، وفاق نظر ندارند. برخی به این دلیل که لسان روایت، صرفاً نفی حکم است نه ثبوت حکم، دلالت حدیث بر مسؤلیت مدنی را انکار کرده‌اند. (نراقی، ملااحمد، *عوائد الایام*، ص ۵۵). به نظر آنان، بر فرض که حدیث، دلالت بر ثبوت حکم در مواردی کند که از نبود آن ضرر لازم آید، این در صورتی است که راه جبران ضرر منحصر در ضمان و مسؤلیت باشد، در حالی که جبران از بیت‌المال یا ثواب الهی امکان‌پذیر است و راه جبران ضرر منحصر در «ضمان» عامل زیان نیست تا او را نسبت به خسارت وارده مسؤل سازد.

برخی دیگر عقیده دارند که بر فرض، قاعده لاضرر موجب اثبات حکم در صورت لزوم ضرر از فقدان آن باشد، ناظر به نفی ضرر در جهان تشریح و ظرف قانون‌گذاری است و در باب مسؤلیت مدنی، این عامل زیان است که باعث ورود ضرر گشته است نه حکم به عدم ضمان تا با جریان لاضرر حکم به ثبوت ضمان شود (سید ابوالقاسم خوئی، *مصباح الاصول*، ج ۲، ص ۵۶۰).

در بیان دیگر، گفته‌اند: حدیث لاضرر در جایگاه امتنان بر اُمت اسلامی وارد شده یعنی برای تسهیل بر مردم و منت گذاشتن بر آنها صادر شده است. و در باب مسؤلیت مدنی، حکم به ضمان براساس قاعده لاضرر برخلاف امتنان بر عامل زیان است هر چند برای زیان دیده تسهیل و منت باشد (همان، ص ۵۶۷).

در برابر گروه نخست از فقیهان، عدّه‌ای دیگر با نقد دلایل یادشده، دلالت حدیث بر مسؤلیت مدنی و ضمان را پذیرفته‌اند. به نظر آنان، آنچه در شریعت، نفی شده ضرری است که به نحوی تدارک نشده باشد و الا ضرر در احکام شرعی و در حوزه حکومت اسلامی فراوان یافت می‌شود. احکامی چون جهاد و مالیاتها اصولاً مستلزم نقص در مال و جان افراد است. در میان مردم و در روابط روزمره، زیان به

یکدیگر فراوان یافت می‌شود. پس مقصود، نفی ضرر تدارک نشده است. در نتیجه ضرر زیان دیده باید از اموال عامل زیان، تدارک شود تا حدیث لاضرر صادق آید (فاضل تونی، *الوافیه*، ص ۱۹۳؛ سید علی طباطبایی، *ریاض المسائل*، ج ۲، ص ۳۰۲؛ *حاشیه وحید بهبهانی بر مجمع الفائدة و البرهان*، ص ۶۱۴؛ شهید مدرس، *الرسائل الفقهیه*، ص ۱۱۰).

برای ارزیابی دو نظریه بالا به چند نکته اشاره می‌کنیم:

۱. برای تفسیر حدیث شریف و توضیح هر یک از مفردات آن، اقوال گوناگونی مطرح شده که بررسی و نقد هر یک از آنها به درازا می‌انجامد (برای مطالعه بیشتر ر. ک: *عوائد الایام*، ص ۴۸؛ رساله شیخ انصاری در باب قاعده لاضرر). ولی از میان این اقوال، آنچه صحیح‌تر به نظر می‌رسد این است که ضرر به معنای ایجاد نقص در جان، مال، آبرو و یا حق قانونی است و تفاوت آن با ضرار در این است که ضرر اسم مصدر و در برابر منفعت و ضرار مصدر به معنای اقدام به ضرر دیگری و در مقام زیان رسانیدن به دیگران برآمدن از روی تعهد است، هر چند به نتیجه نرسیده باشد. کلمه «لا» نیز در عبارت «لاضرر و لاضرار» نافی است بدین معنا که پیامبر گرامی (ص) زیان و زیان رسانیدن به غیر را در شریعت اسلامی و در حوزه حکومت خویش نفی نموده است. نتیجه آن که براساس عبارت «لاضرر» احکامی که به خودی خود ضرری نیستند در صورتی که از نظر عرفی در مصداق خاصی، موجب ضرر گردند، برداشته خواهند شد. و بر طبق عبارت «لاضرار» حاکم اسلامی اجازه سوء استفاده از حق را نمی‌دهد و با کسی که در مقام زیان رسانیدن به دیگران برآید برخورد می‌کند و او را نسبت به ضرر وارده مسئول می‌شناسد (ادعای نفی به انگیزه نهی).

۲. حکم به ضمان عامل زیان برخلاف امتنان بر او نیست، چرا که خود باعث مسئولیت خویش گشته است. بی‌مبالاتی و عدم مراقبت در رفتار موجب پدید آوردن خسارت به دیگران شده و شخص بی‌مبالات باید پاسخگوی رفتار خویش باشد. بنابراین نمی‌توان

در دلالت حدیث بر مسؤولیت عامل زیان به دلیل امتنانی بودن حدیث، اشکال کرد. (این اشکال از فاضل نراقی و محقق نائینی است. ر. ک: نراقی، *عوائد الایام*، ص ۵۰ و نائینی، *منیة الطالب*، ج ۲، ص ۲۲۱). البته در جایی که عامل زیان، هیچ تقصیری مرتکب نشده حکم به ضمان برخلاف امتنان بر اوست که در این صورت پاسخ دوم کافی خواهد بود. وانگهی، لازم نیست جریان قاعده لاضرر، مستلزم، عدم امتنان بر دیگران نباشد. بدین معنا که قاعده لاضرر جریان می‌یابد و به نفع زیان دیده اعمال می‌شود هر چند که با امتنان بر دیگران سازگار نباشد. (حدیث رفع به دلیل عبارت «رفع عن امتی...» چون در خصوص امت اسلامی آمده، امتنانی است و اگر با امتنان بر دیگران تنافی داشته باشد جاری نیست. به همین دلیل اگر شخصی در حالت اضطرار از مال دیگران خورده باشد، ضامن مال در برابر مالک است هر چند حرمت تکلیفی تصرف در مال غیر به دلیل حدیث رفع برداشته شود). آنچه مانع اجرای قاعده است، تعارض آن با ضرر دیگری است که موجب سقوط قاعده لاضرر در دو طرف متعارض می‌گردد. ولی اگر تعارضی نباشد صرف تنافی با امتنان بر دیگران موجب کنار گذاشتن قاعده نخواهد گشت.

۳. برای اثبات مسؤولیت مدنی عامل زیان، می‌توان به هر دو فقره «لاضرر» و «لاضرار» استناد کرد. زیرا وقتی شارع پس از ورود خسارت، عامل زیان را مسئول شناخت و او خسارت را جبران کرده و زیان دیده را به وضعیت پیشین بازگرداند، از نظر عرفی، می‌توان گفت بقاءً زیانی متوجه شخص نشده است. در حالی که اگر شارع وی را مسئول نشناسد، این کاشف از وجود ضرر در حوزه احکام شرعی است و هر جا از نبود حکم شرعی، ضرر لازم آید، قاعده لاضرر جریان می‌یابد و حکم را برقرار می‌سازد. چنانکه در بحث از خیار غبن، فقدان خیار، موجب زیان مغبون است و با جریان قاعده، به وی حق فسخ داده می‌شود (محقق داماد، ص ۱۶۷).

از طرف دیگر مطابق فقره «لاضرار» نیز حتی اگر «لا» برای نهی نباشد، باید عامل

زیان را مسئول قلمداد کرد چرا که قطع ریشه فساد با صرف حرمت تکلیفی تحقق نمی‌یابد و شخصی که اراده زیان رسانیدن دارد بایستی از عواقب اجتماعی رفتار خویش هراسناک باشد. پیامبر گرامی اسلام نیز در برخورد با سمرة بن جندب به حرمت تکلیفی اکتفا نکرد و درخت وی را از ریشه برکند (برای مطالعه بیشتر در این زمینه ر. ک: *العناوین*، ج ۱، ص ۳۱۹).

نتیجه مطالب بالا آن است که اولاً تفویض منفعت و هم جلوگیری از رسیدن نفع مسلم به شخص، از نظر عرفی، «خسارت» و «ضرر» محسوب می‌شود. و ثانیاً روایت مشهور لاضرر که اجمالاً تردیدی در درستی سند آن نیست، فی الجمله دلالت بر ضمان و مسؤولیت مدنی عامل زیان می‌کند.

با این همه، مشهور فقیهان با دلالت حدیث به نحوی که گذشت، مخالفت ورزیده‌اند و در مسائلی چون ضمان غاصب نسبت به کاهش قیمت مال مغضوب در بازار و ضمان منافع در توقیف صنعتگر آزاد و مسائلی از این دست، عامل زیان را به این دلیل که تلف مالی صورت نگرفته بلکه جلوگیری از کسب مال، تحقق یافته است، ضامن نشناخته‌اند (محمد حسن نجفی، ج ۳۷، ص ۱۵؛ رشتی، ص ۲۰؛ محقق حلّی، ج ۳، ص ۱۸۴؛ علامه حلّی، قواعد الاحکام، ج ۲، ص ۲۲۹؛ محقق کرکی، ج ۶، ص ۲۶۴؛ سید جواد عاملی، ج ۶، ص ۲۲۵؛ سید ابوالقاسم خوئی، *منهاج الصالحین*، ج ۲، ص ۱۷۹؛ امام خمینی، *تحریر الوسیلة*، ص ۶۴۴، مسأله ۵).

به همین دلیل است که قانون مدنی ایران نه تنها ماده صریحی به ضمان عدم النفع اختصاص نداده است بلکه از برخی مواد قانونی می‌توان استفاده کرد که عدم النفع از دیدگاه قانون‌گذار مدنی موجب ضمان نیست. مثلاً ماده ۳۱۲ ق.م. در جایی که مال مغضوب، مثلی بوده و مثل آن پیدا نشود قیمت حین الأداء را معیار قرار داده است در حالی که اگر بازار نوسان قیمت داشته، بنابر نظر غیر مشهور باید بالاترین قیمت معیار بوده باشد (وحید بهبهانی، ص ۶۱۸؛ محقق اردبیلی، ص ۵۲۸).

علاوه بر اینها، تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ صریحاً، مقرر می‌دارد: «خسارت ناشی از عدم النفع قابل مطالبه نیست و خسارت تأخیر تأدیه در موارد قانونی، قابل مطالبه می‌باشد».

و بدین وسیله، قانون‌گذار، ماده ۷۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی سابق را که مقرر می‌داشت: «ضرر ممکن است به واسطه از بین رفتن مالی باشد یا به واسطه فوت شدن منفعتی که از انجام تعهد حاصل می‌شده است» صریحاً نسخ کرده است. و آنچه در ماده ۹ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۷۸ آمده مبنی بر اینکه منافعی که ممکن الحصول بوده و در اثر ارتکاب جرم، مدعی خصوصی از آن محروم و متضرر می‌شود قابل مطالبه می‌باشد، بر موارد تفویض منفعت مال حمل خواهد شد همچون جایی که مالی غصب شده و منافع آن تفویض شده یا کارمند در استخدام غیر، توقیف شده و از شغل خویش باز مانده است.

با این توجیه، تعارض بین ماده ۹ قانون آیین دادرسی کیفری و تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی از میان می‌رود. و بر فرض که این توجیه را نپذیریم، قانون اخیر نسخ مواد معارض خویش بوده و در نتیجه خسارت عدم النفع قابل مطالبه نخواهد بود.

ج- استناد به قاعده شروط به عنوان مبنای مسؤلیت قراردادی

با توجه به آنچه گذشت برای مطالبه خسارت ناشی از تخلف از اجرای تعهد در جایی که خسارت به صورت عدم النفع است توجیه فقهی از نظر اتلاف و تسبیب یا قاعده لاضرر باقی نمی‌ماند. ولی راه، منحصر به قواعد یاد شده نیست. قاعده شروط، در خصوص خسارت قراردادی، می‌تواند مبنای فقهی مناسبی برای آن دسته از خسارات باشد که از طریق قواعد ضمان قهری قابل مطالبه نیست.

توضیح این‌که شرط یا صریح است یا ضمنی. و شرط ضمنی یا شرط ضمنی عرفی است، و یا شرط ضمنی قانونی. شرط ضمنی تعهدی است که صریحاً در متن

عقد نیامده ولی رویه معمول بین دو طرف، یا عرف خاص و یا عرف عام، چنین تعهدی را بر دوش متعهد می‌گذارد. چنین شرط‌هایی وابسته به زمان و مکان خاص است و از زمانی به زمان دیگر تغییر می‌یابد. گاهی نیز قانون‌گذار برای حفظ تعادل میان دو طرف عقد و حمایت از طرف ضعیف، تعهدی را بر دوش طرف دیگر می‌گذارد.

با این توضیح می‌گوییم: اصولاً دو طرف می‌توانند برای ضمانت اجرای تعهد، خسارات را از پیش تعیین کنند. این خسارت ممکن است مبلغ مقطوع داشته یا تعیین دقیق آن به کارشناس واگذار شود. چنانکه مثلاً در عقد بیع بر فروشنده شرط می‌شود در صورت تأخیر در تحویل کالاهای فروخته شده باید خسارت عدم النفع را نیز بپردازد.

ممکن است اشکال شود که شرط یاد شده برخلاف احکام شرعی است و هر شرطی که مخالف احکام شریعت است باطل قلمداد می‌شود (المؤمنون عند شروطهم الا شرطاً خالف کتاب الله؛ شیخ حرّ عاملی، *وسائل الشیعه*، ج ۱۲، ص ۲۵۳، باب ۶ از ابواب خیار، حدیث ۲) و چون خسارت عدم النفع در ضمان عامل زیان نیست پس شرط ضمان عدم النفع هم برخلاف شریعت و باطل است. پاسخ آنکه ضمان به معنای تعهد به پرداخت مبلغی به عنوان خسارت ممکن است منشأ قانونی و جعل شرعی یا منشأ قراردادی داشته باشد. اینکه از نظر شرعی، عدم النفع مورد ضمان نیست، بر فرض پذیرش، بدان معناست که به خودی خود منشأ قانونی و جعل شرعی نمی‌وان برای آن در نظر گرفت و این منافاتی با امکان برقراری ضمان از طریق شرط ضمن عقد ندارد. به سخن دیگر عدم ضمان نسبت به خسارت عدم النفع یک حکم امری نیست که توافق برخلاف آن ممکن نباشد. چنانکه ضمان و مسؤولیت مدنی نیز نهادی نیست که پدید آمدن آن فقط به حکم شارع امکان‌پذیر باشد. بر همین اساس، معتقدیم شرط ضمان مستأجر نسبت به عین مستأجره برخلاف شرع نیست هر چند اصولاً مستأجر ید او امانی است و ضمانی ندارد.

در خصوص عقد قرض، این خسارت که از آن به «خسارت تأخیر تأدیه» تعبیر می‌شود، براساس قاعده شروط، محلّ تردید و تأمل است. شرط خسارت در عقد قرض به سود مُقرض می‌باشد ولی نفعی را به صورت «معلق» به او می‌رساند یعنی اگر این را در موعد پرداخت، باید مبلغی را علاوه بر میزان دین به قرض دهنده بپردازد و براساس روایات، هر شرطی به نفع قرض دهنده عقد را ربّوی و باطل می‌سازد که اطلاق آنها، شرط معلق را نیز شامل می‌شود (ر.ک: سید حسن وحدتی شبیری، مقاله خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد، فصلنامه حوزه و دانشگاه، سال نهم، پاییز ۱۳۸۲ شماره ۳۶). ولی در سایر عقود، مطابق قاعده لزوم وفا به شرط جای تردید نیست.

شرط خسارت در ضمن قرارداد، شکل‌های گوناگونی دارد: گاهی اصل مسؤلیت را برعهده متعهد می‌گذارد بدون آن‌که نسبت به میزان آن توافقی صورت گیرد. در این صورت دادگاه باید پس از اثبات ورود خسارت، میزان آن را بر طبق نظر کارشناسی معین نماید. گاهی نیز نسبت به حدود و میزان خسارت در متن عقد، تصمیم‌گیری می‌شود یعنی مبلغی مقطوع به عنوان خسارت ناشی از تخلف از اجرای تعهد معین می‌گردد. در صورت اخیر، به نظر می‌رسد صرف اثبات تخلف از قرارداد کافی است تا متعهد له بتواند مبلغ معین را مطالبه کند و دیگر نیازی به اثبات ورود خسارت و میزان آن نمی‌باشد. البته این مبلغ ممکن است کم و یا بیش از میزان خسارت واقعی باشد و حاکم نیز نمی‌تواند متعهد متخلف را به بیشتر یا کمتر از آنچه مُلزم شده است محکوم کند.

برخی در نفوذ شرط اخیر در فرضی که ثابت شود میزان واقعی خسارت کمتر از مبلغ مقطوع است، تردید کرده‌اند (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، ش ۸۳۵). ولی به نظر می‌رسد جایی برای تردید نیست. زیرا تعیین مبلغ، گاهی به عنوان حداکثر خسارت است بدین معنا که مسؤلیت متعهد را تا میزان مشخصی کاهش می‌دهد که در این صورت، زیان دیده باید میزان خسارت وارده را نیز ثابت کند و اگر کمتر از مبلغ

مورد توافق بود همان مبلغ کمتر را می‌تواند مطالبه کند.

و گاهی نیز مبلغ قطعی مشخص می‌شود به گونه‌ای که حتی اگر ثابت شود میزان واقعی خسارت کمتر بوده باز قابل مطالبه است. به عبارت دیگر، شرط یاد شده، شرط تضمین یا وجه التزام است و اثبات خلاف آن امکان‌پذیر نیست.

آنچه گفتیم در رابطه با خسارت قراردادی ناشی از عدم النفع بود. مصداق دیگر خسارت قراردادی، اجرة المثل عملی است که در ضمن قرارداد بر عهده متعهد آمده و او در زمان مشخص شده به تعهد خویش عمل نکرده است. وقتی یک نقاش ماهر تعهد می‌کند تا زمان معینی تابلو را نقاشی کند، در بازار، برای عمل وی ارزش اقتصادی قائلند و کارشناس می‌تواند میزان آن را مشخص کند. بنابراین می‌توان گفت وقتی نقاش از انجام تعهد خویش سرباز می‌زند تا زمان تحویل فرا می‌رسد، در واقع مال متعهد له را که عمل خاص در ذمه متعهد بوده، تلف کرده است پس صرف اعطای حق فسخ و یا خودداری از پرداخت اجرت یا حق استرداد آن کافی برای جبران خسارت متعهد له نیست بلکه او می‌تواند قرارداد را ابقا کند و قیمت عمل مورد تعهد را مطالبه نماید. این حکم در برخی از مصدق آن مورد تأیید عده‌ای از فقیهان قرار گرفته است. به عنوان مثال، اگر در ضمن عقد مساقات، انجام کاری معین برعهده عامل شرط شود و او از انجام تعهد خویش سرباز زند تا وقت عمل سپری شود، برخی عقیده دارند که مشروطاً له می‌تواند علاوه بر حق فسخ، عقد را ابقا کند و اجرة المثل را مطالبه نماید (علامه حلی، *تحریر الاحکام*، ج ۳، ص ۱۵۲؛ سید کاظم طباطبایی، *عروة الوثقی*، کتاب مساقاة، ص ۷۴۰، مسأله ۱۱؛ سید محسن حکیم، *مستمسک العروة*، ج ۱۳، ص ۱۷۸). بلکه برخی از ایشان با الغای خصوصیت از عقد مساقات مسأله را به سایر عقود تسری داده‌اند. (سید محمد کاظم طباطبائی، همان). عده‌ای دیگر نیز با این حکم مخالفت کرده‌اند. به نظر آنان، در صورتی متعهد له می‌تواند قیمت عمل را از متعهد مطالبه کند که ماهیت شرط، تملیک عمل به مشروط له باشد به گونه‌ای که عمل در زمره اموال وی

به حساب آید. در حالی که چنین نیست و اگر بخواهند اموال او را شماره کنند، عمل موضوع تعهد را به حساب نمی‌آورند. بنابراین در درجه نخست می‌توان متعهد را اجبار کرد و اگر اجبار به انجام عمل امکان‌پذیر نبود، عقد را به استناد خیار تخلف شرط، فسخ نمود (جواهر الکلام، ج ۲۷، ص ۶۹؛ سید ابوالقاسم خوئی، مستند العروة، کتاب مسافاة، ص ۲۸، ۲۷).

برخی هم به این دلیل که از دیدگاه مشهور فقیهان، متعهد نسبت به انجام عمل مورد تعهد، مسؤلیت دارد و نه نسبت به قیمت آن، با نظریه نخست مخالفت ورزیده‌اند. در نتیجه هر گاه متعهد از انجام عمل خودداری کرد، حتی اگر از روی عمد هم چنین کرده باشد، نمی‌توان او را نسبت به عملی که بر عهده داشته، ضامن دانست. به دیگر سخن، ارتکاز عرفی، ضمان متعهد نسبت به قیمت عمل را نمی‌پذیرد هر چند که عمل را مملوک متعهد له بدانیم (سید محسن حکیم، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۲۹۶، مسأله ۳).

شاهد بر مدعای ایشان آن است که در اجاره اشخاص، عده‌ای معتقدند اگر اجیر تخلف کند و در زمان مقرر اقدام به انجام عمل نکند، مستأجر، تنها می‌تواند اجرت را باز پس گیرد در حالی که اجاره به معنای تملیک منفعت است. چنانکه در تخلف از شرط فعل نیز در صورتی که اجبار به انجام عمل ممکن نبوده یا بی‌فایده باشد، طرف دیگر، فقط می‌تواند عقد را فسخ کند (ر. ک: سید ابوالقاسم خوئی، مبنای العروة الوثقی، ص ۲۷؛ و سید محسن حکیم، مستمسک العروة، ج ۱۳، ص ۱۷۶).

اما به نظر می‌رسد که ضمان متعهد نسبت به عمل مورد تعهد هر چند برخلاف مشهور میان فقیهان پیشین است ولی امروزه مورد توجه حقوقدانان در همه کشورهای است. (به بحثهای پیشین درباره حقوق بیگانه مراجعه شود، به عنوان نمونه بر اساس حقوق انگلیس، جبران خسارت، طرف زیان دیده را باید در همان موقعیتی قرار دهد که اگر قرارداد اجرا می‌شد در آن وضع قرار می‌گرفت). در عبارات فقهی نیز

علاوه بر آنچه گفته شد، رد پای این نظریه را می‌توان یافت. مثلاً وقتی یک شخص، خود را برای انجام کاری، اجیر دیگران می‌سازد، در صورت تخلف و گذشت زمان عمل، مستأجر می‌تواند اجاره را فسخ و اجرت را باز پس گیرد یا آن را ایفا و اجرة المثل عمل را مطالبه کند. البته مسأله صورتهای گوناگونی دارد. زیرا شخص گاهی تمامی منافع خویش را در زمان معین به طرف دیگر تملیک می‌کند و گاهی منفعت خاصی مثلاً دوخت لباس را ملک او قرار می‌دهد و زمانی هم، عمل خاصی را بر ذمه می‌گیرد بدون آنکه منفعت خارجی تملیک شده باشد (برای دیدن احکام هر یک از صورتهای و اختلافات فقهی. ر. ک: سید ابوالقاسم خویی، *مستند العروة*، کتاب اجاره، ص ۲۹۸، و سید محسن حکیم، *مستمک العروة*، ج ۱۲، ص ۱۰۰).

چنانکه در مبحث شرط نیز، از برخی عبارات فقهی می‌توان استفاده کرد که ضمانت اجرای تعهد، اجرة المثل عملی است که زمان انجام آن گذشته و انجام نشده است. (شیخ انصاری، *المکاسب*، ص ۲۸۵). بدین ترتیب، یکی از راههای جبران خسارت زیان دیده از تخلف قراردادی، مطالبه اجرة المثل عملی است که موضوع تعهد قرار گرفته است.

نتیجه‌گیری

خسارت ناشی از تخلف از اجرای تعهد شکل‌های گوناگون به خود می‌گیرد: گاهی در نتیجه تخلف قراردادی، مال موجودی از بین می‌رود؛ گاه هزینه‌های صورت گرفته بر اثر انجام نشدن تعهد، بلااستفاده می‌ماند و زمانی نیز خسارت به صورت از دست دادن منافع است یعنی منافعی که از اجرای عقد به متعهد له می‌رسید، از دست می‌رود. پاسخ به این پرسش که چرا باید متخلف قراردادی را مسؤول شناخت، اهمیت فراوان داشته و در تعیین قلمروی مسؤولیت، تأثیر به سزا دارد. درباره مبنای مسؤولیت قراردادی، دو نظریه کلی وجود دارد: نظریه نخست، مبنای مسؤولیت قراردادی را اراده

دو طرف و مبنای مسؤولیت قهری را حکم قانون گذار می داند و نظریه دوم، مبنای هر دو مسؤولیت را حکم قانون می شناسد. براساس دیدگاه نخست، اندازه مسؤولیت، اصولاً در اختیار طرفین است و آنچه در قانون آمده حکم تکمیلی است که می توان به اراده صریح یا ضمنی دو طرف، اندازه آن را تغییر داد. ضمناً تسری احکام مربوط به هر یک از دو مسؤولیت به دیگری اصولاً امکان پذیر نیست. حال آن که بنابر نظریه دوم علی الاصول می توان مقررات مربوط به هر یک از دو مسؤولیت را به دیگری سرایت داد. از میان دو دیدگاه، نظریه نخست با حقوق ایران و مبانی فقهی سازگارتر به نظر می رسد زیرا در ماده ۲۲۱ ق. م. خسارت قراردادی را به قاعده شروط مستند ساخته و از سوی دیگر مشهور فقیهان، مصادیق رایج خسارت قراردادی را از این باب که عدم النفع است و نه تلف مال موجود، در ضمان متخلف قراردادی نمی بینند. بنابراین بهترین راه برای اثبات مسؤولیت قراردادی، مبتنی ساختن آن بر اراده صریح یا ضمنی دو طرف عقد می باشد. اراده مزبور برخلاف احکام امری شارع نخواهد بود.

منابع

قرآن کریم.

- آل کاشف الغطاء، محمد حسین، *تحریر المجله*، ج ۱، نجف، مطبعه حیدریه، ۱۳۶۱.
- اردبیلی، *مجمع الفائدة و البرهان*، ج ۱۰، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۳۶۲.
- اریک ساو، *پایان مسؤولیت قراردادی*، ترجمه حسین نوروزی، مجله حقوقی و قضایی دادگستری، شماره ۳۵.
- امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، دوره ۶ جلدی، تهران، کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۶۴.
- انصاری، مرتضی، *المکاسب*، چاپ سنگی، تبریز، ۱۲۷۵ هـ.
- انصاری، مرتضی، *المکاسب*، ج ۴، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۳۸۰.
- بهبهانی، وحید، *حاشیه بر مجمع الفائدة و البرهان*، قم، کنگره بزرگداشت مقدس

اردبیلی، ۱۴۱۷ هـ

بیهقی، ابوبکر احمد بن حسین، *السنن الكبرى*، حیدرآباد، دار المعارف، افست دار الفکر.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *تاریخ حقوق ایران*، تهران، کانون معرفت، بی تا.

_____، *ترمیمولوژی حقوق*، تهران، گنج دانش، ۱۳۶۷.

حرّعاملی، محمدبن الحسن، *وسایل الشیعه*، دار إحیا التراث العربی، ۱۴۱۲ هـ.

حسینی حائری، سید کاظم، *فقه العقود*، قم، مجمع فکر اسلامی، ۱۴۱۲ هـ.

حسینی مراغی، سید میر عبدالفتاح، *العناوین*، ج ۲، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸ هـ.

حکیم، سید محسن، *مستمسک العروة*، ج ۱۲، قم، اسماعیلیان، ۱۴۱۶.

_____، *منهاج الصالحین*، با حاشیه سید محمدباقر صدر، بیروت، دارالتعارف للمطبوعات، ۱۴۱۰ هـ.

حلی (علامه)، *تحریر الاحکام*، قطع رحلی، افست قم، مؤسسه آل البيت.

_____، *قواعد الاحکام*، ج ۲، قم، انتشارات جامعه مدرسین، ۱۴۱۶ هـ.

_____، *مختلف الشیعه*، ج ۶، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۲ هـ.

حلی، یحیی بن سعید، *الجامع للشرایع*، قم، مؤسسه سید الشهداء، ۱۴۰۵ هـ.

خمینی، روح الله، *تحریر الوسیله*، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۸۰ ش.

خوئی، سید ابوالقاسم، *مبانی العروة الوثقی*، ج ۲، قم، لطفی، ۱۴۰۸ هـ.

_____، *مستند العروة*، کتاب اجاره، قم، مطبعه علمیه، ۱۳۶۷.

_____، *مصباح الاصول*، ج ۲، قم، مکتبه داوری، ۱۴۰۹ هـ.

_____، *منهاج الصالحین*، ج ۲، قم، مطبعه علمیه، ۱۳۹۵ هـ.

رشتی، میرزا حبیب الله، *الغصب*، چاپ سنگی، تهران، ۱۳۲۲ هـ.

روحانی، سید محمد، *منتقى الاصول*، ج ۵، قم، الهادی، ۱۴۱۶ هـ.

شبییری زنجانی، حاج آقا موسی، *کتاب نکاح (تقریرات)*، قم، مؤسسه رای پرداز، ۱۳۸۴.

- شهیدی، مهدی، *تشکیل قراردادها و تعهدات*، تهران، نشر حقوقدان، ۱۳۷۷.
- _____، *مجموعه مقالات حقوقی*، تهران، نشر حقوقدان، ۱۳۷۵.
- طباطبائی، سید علی، *ریاض المسائل*، قطع رحلی، ج ۲، چاپ افست، مؤسسه آل‌البیت، ۱۴۰۴ هـ.
- طباطبائی، سید کاظم، *العروة الوثقی*، ج ۲، بیروت، مؤسسه اعلمی، ۱۴۰۹ هـ.
- العالمی، زین‌الدین بن علی (شهید ثانی)، *مسالك الافهام*، ج ۷ و ۸، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیة، ۱۴۱۶.
- عاملی، سید جواد، *مفتاح الكرامة*، ج ۶، بیروت، دار احیاء التراث العربی، بی‌تا.
- فاضل تونی، عبدالله بن محمد، *الواقیة فی اصول الفقه*، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۲ هـ.
- فخر المحققین، *ایضاح الفوائد*، ج ۲، اسماعیلیان، ۱۳۸۸ هـ.
- فیروزآبادی، مجدالدین، محمد بن یعقوب، *القاموس المحیط*، ج ۲، بیروت، دار احیاء التراث، ۱۴۱۲ هـ.
- قنواتی، جلیل و سید حسن وحدتی شبیری و ابراهیم عبدی‌پور، *حقوق قراردادها در فقه امامیه*، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۷۹.
- کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۴، تهران، شرکت انتشارات، ۱۳۷۶.
- _____، *مسؤولیت مدنی*، ج ۱، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۸.
- _____، *نظریه عمومی تعهدات*، تهران، نشر یلدا، ۱۳۷۴.
- کرکی، علی بن الحسین (محقق ثانی)، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، قم، مؤسسه آل‌البیت لاحیاء التراث، ۱۴۱۵.
- مجلسی، محمدباقر، *بحار الانوار*، ج ۱۰۰، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۳ هـ.
- محقق ثانی، *جامع المقاصد*، ج ۸، قم، مؤسسه آل‌البیت، ۱۴۱۴ هـ.
- محقق داماد، سید مصطفی، *قواعد فقه*، ج ۲، تهران، سازمان سمت، ۱۳۷۴.

مدرس، شهید سید حسن، *الرسائل الفقهية*، تهران، ستاد بزرگداشت پنجاهمین سالگرد شهادت مدرس، ۱۴۰۸ هـ.

مراغی، سید میر عبدالفتاح، *العناوین*، ج ۲، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸ هـ.

مروارید، علی اصغر، *سلسله الینایع الفقهية*، ج ۳۸، بیروت، مؤسسه فقه الشیعه، ۱۴۱۳.

مسکونی، صبیح، *القانون الروماني*، ۱۹۷۱، بغداد، مطبعة شفیق.

میر محمد صادقی، حسین (مترجم)، *مروری بر حقوق قراردادها در انگلستان*، رابرت داکسبری، تهران، نشر حقوقدان، ۱۳۷۷.

نائینی، میرزا حسین، *منیة الطالب*، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۲ هـ.

نجفی، شیخ محمد حسن، *جواهر الکلام*، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ۱۳۶۵.

النجفی، محمد حسن، *جواهر الکلام*، ج ۳۱، تهران، کتابفروشی اسلامی، ۱۳۶۶.

نراقی، ملا احمد، *عوائد الایام*، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۷۵.

نراقی، مولی محمد، *مشارق الاحکام*، قم، کنگره بزرگداشت نراقی، ۱۳۸۰.

وحدتی شبیری، سید حسن، خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد، *فصلنامه حوزه و دانشگاه*، سال نهم، پاییز ۱۳۸۲، شماره ۳۶، ص ۷۶.

یزدی، سید محمد کاظم، *سؤال و جواب*، تهران، نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۶.

Barry Nicholas F.B.A. , French law of contract, 2nd ed. , 1992.

André Tunc, International Encyclopedia of comparative law, vol. 6, Torts, London, Martinus publishers, 1983.