



Original Research

Examining The Possibility Of Resorting To Non-Contractual Liability Bases In Claiming Contractual Damages

Milad Rehampour^{1*}, Seyyed Ali Jabar Golbaghi Masuleh²

1 PhD student in private law, department of private law, faculty of literature and humanities, Gilan University, Rasht, Iran.

2 Assistant Professor of Jurisprudence and Islamic Law, Department of Law, Faculty of Humanities, Lahijan Branch, Islamic Azad University, Lahijan, Iran.

Article ID: 1401050138615

Received:

September 30 ,
2021

Accepted:

February 16 ,
2022

Available online:

March 6, 2022

Keywords:

fault, remedies,
jurisprudence,
law, contractual
liability, civil
liability .

Main Subjects:

Civil Law

Abstract

One of the important bases to constitute the liability in remedies is the existence of fault at act and omission. in iranian law subject to the regulations, this matter is practically able to consider and related to an act that the fault would be involved in its notion. nevertheless in this matter there is not unique idea about bases and quality of fault among the lawyers that tends to contractual or not contractual liability. on the side of contractual one with attention to code 221 of civil code of iran because of lacking clear jurisprudential history even with definite breach of contract generate the liability and the remedies from it would be payable by causation. it is easier to discover the elements of contractual liability in comparison with non contractual one and with attention to full compensate of remedies the right to choose between them two seems to be fine. the purpose is that looking for the authority for victim of a damage to choose that what bases noticed above is suitable for him. this article is made by virtue of library searching and related articles.

*Corresponding Author: Milad Rehampour

Address: PhD student in private law, department of private law, faculty of literature and humanities, Gilan University, Rasht, Iran.

Email: roham258@gmail.com

بررسی امکان توسل به مبانی مسئولیت غیرقراردادی در مطالبه خسارات قراردادی

میلاذ رهام پور^{۱*}، سیدعلی جبار گلباغی ماسوله^۲

۱ دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق خصوصی، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه گیلان، رشت، ایران

۲ استادیار فقه و حقوق اسلامی، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، واحد لاهیجان، دانشگاه آزاد اسلامی، لاهیجان، ایران.

کد مقاله: ۱۴۰۱۰۵۰۱۳۸۶۱۵

چکیده	تاریخ دریافت: ۸ مهر ۱۴۰۰
از ارکان مهم ایجاد مسئولیت در قبال خسارات وارده وجود تقصیر در فعل یا ترک فعل است. در حقوق ایران باتوجه به مقررات قانونی این امر نوعاً قابل احراز است و ریشه در فعلی دارد که تقصیر را در بطن خود جای داده است. از منظر قراردادی مطابق ماده ۲۲۱ قانون مدنی ایران با وجود فقد پیشینه روشن فقهی حتی صرف عدم انجام تعهد تقصیر بوده و خسارت ناشی از آن قابل مطالبه است. احراز ارکان مسئولیت قراردادی در مقایسه با مسئولیت خارج از قراردادی سهل تر است و بر مبنای جبران کامل خسارت حق انتخاب برای متضرر جهت مطالبه خسارت منعی به نظر نمی‌رسد. هدف این نوشتار بررسی اختیار متضرر برای نحوه مطالبه خسارت، بر مبنای قواعد مندرج در مسئولیت قراردادی و غیر آن است که با شیوه کتابخانه‌ای و مراجعه به مقالات مرتبط تدوین گردیده است.	تاریخ پذیرش: ۲۷ بهمن ۱۴۰۰
	تاریخ انتشار: ۱۵ اسفند ۱۴۰۰
	کلیدواژه‌ها: تقصیر، ضرر، مسئولیت قراردادی، مسئولیت غیرقراردادی
	محورهای موضوعی: حقوق مدنی

*نویسنده مسئول: میلاذ رهام پور

آدرس: دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق خصوصی، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه گیلان، رشت، ایران.

ایمیل: roham258@gmail.com

۱- مقدمه

شاید تعریفی که از عنصر تقصیر در عالم قراردادی و آنچه که در ضمان قهری وجود دارد تا حدی متفاوت جلوه نماید، مثلاً صرف عدم انجام تعهد را تقصیر تلقی نماییم و مسئولیت ناشی از آن را مجازاتی تلقی کنیم که به دلیل تخلف و اهمال در انجام متعهدات مورد توافق طرفین بروز مییابد. در ضمان قهری بیشتر رابطه شخص و شیء مشهود است اما در قانون مسئولیت مدنی به وصف فعل و رابطه بین دو شخص توجه می‌شود. همانطور که قانونگذار در ماده ۵۲۰ قانون مدنی اشعار میدارد: «در خصوص مطالبه خسارات وارده، خواهان باید این جهت را ثابت نماید که زیان وارده بلاواسطه ناشی از عدم انجام تعهد یا تأخیر آن و یا عدم تسلیم خواسته بوده است...». مشخص می‌شود که باید سبب ورود ضرر پاسخگو بوده و این خود نیز مستلزم شناخت مبانی و تعریف سبب در بحث خسارت و معیارهای تقصیر است. در مواد ۳۳۳ الی ۳۳۵ نیز مسئولیت شخص در جبران خسارت منوط به احراز تقصیر اوست این امر در مسئولیت قراردادی نیز است اما کیفیت احراز آن تفاوتی دارد. در این نوشتار درصدد پاسخ به این سوال هستیم که نقش تقصیر در مسئولیت به چه کیفیت است و آیا میتوان بنای ضمان قهری را جهت تسهیل مطالبه خسارت قراردادی مورد استفاده قرار داد. به عنوان فرضیه میتوان گفت مطالبه خسارت در فقه ریشه در ضمان قهری دارد و کمتر به جبران پرداخت خسارت در قرارداد پرداخته شده است و به دلیل کثرت بحث ضمان قهری در فقه امامیه به صورت محدود میتوان براساس قاعده لاضرر و عرف عقلایی مبنای مطالبه خسارت ولو قراردادی با رویکرد فقهی نیز باشد.

۲- مفهوم تقصیر

عنوان تقصیر موضوعی است که بین حقوقدانان، علیالخصوص حقوقدانان غربی به ویژه فرانسوی‌ها اختلاف است و این اختلاف در حقوق ایران نیز متجلی است. در غرب ابتدا تقصیر را امری ذهنی و شخصی توصیف میکردند و آن را فعل غیرقانونی و بدون مجزی میپنداشتند که منتسب به شخصی شده است و قابل سرزنش است و مفهوم شخصی آن تعدی یا تفریطی است که در رفتار مرتکب رخ میدهد و خود را ملامت کند (باریکلو، ۱۳۹۹: ۴۴). در ماده ۹۵۲ ق.م مقرر گردیده: «تفریط عبارت است از ترک عملی که به موجب قرارداد یا متعارف برای حفظ مال غیرلازم است. این مفهوم از تقصیر در باب مسئولیت مدنی در جامعه صنعتی کارایی مناسبی نداشت؛ زیرا اثبات تقصیر یا فعل زیانبار که از تقصیر ناشی شده بود بسیار دشوار بود و عملاً بسیاری از دعاوی با موضوع مطالبه خسارت در بخش صنعت بی‌نتیجه میماند. به همین دلیل بعدها عنوان شد که منظور از تقصیر مفهوم ذهنی و عرفی آن است. تقصیر به عبارتی انجام یا ترک انجام فعلی که شخص متعارف در شرایط بیرونی و اجتماعی قرار گیرد، مرتکب آن نمی‌شود. اوج‌گیری ضابطه نوعی یا عینی در مفهوم تقصیر امری است که به تدریج برحسب ملاحظات اقتصادی و اجتماعی شکل گرفته است. ریشه این تحول در افکار هلمز، قاضی دادگاه فدرال امریکا و از حامیان مکتب تحقیقی اجتماعی حقوق و در حقوق فرانسه در اندیشه‌های حقوقدانانی مانند ریموند سالی و لویی ژوسران دریافت این که متعهد با اطمینان از انجام کاری وارد قراردادی می‌شود و بعد از چندی از ایفای تعهد خود امتناع می‌کند و این امتناع صرفاً ناشی از فعل یا ترک فعل خود او باشد و از این حیث خسارتی به متعهدله وارد آید (شیروی، ۱۳۸۰: ۲۶) قطعاً می‌توان گفت بنا بر اینکه خسارت وارده و یا منفعت مورد انتظار که میتوانست در اثر اجرای صحیح و کانل مفاد قرارداد برای متعهدله حاصل گردد حال از بین رفته است. انتساب این ضرر به متعهد مسلم و قطعی بوده و مشارالیه باید از پس ضررها، منافع مورد انتظار و حتی فرصت‌های مسلم از دست رفته برآید.

۲-۱- تقصیر در فقه اسلام

نماینده‌گی در معنای لغوی به مفهوم نماینده بودن، استعمال آن در وکالت، کارگزاری، وکالت مجلس معمول است در فقه اسلام، بعضی فقها، فقط به تقصیر امین اشاره کرده‌اند که انتفاع از مال امانی، تودیع آن به دیگری، کوتاهی در دفع خطر از آن تغییر ترتیبات حفاظتی مالک، تضییع آن و انکار مالکیت مالک توسط امین، تقصیر نام دارد (حلی، ۱۴۱۸، ج ۳: ۱۸۴). ولی بعدها تعریفی از تقصیر ارائه شد یعنی تعدی و تفریط. تفریط؛ ترک عملی که امین باید آن را انجام دهد و تعدی یعنی انجام عملی که برای کاری لازم بود (طباطبایی، ۱۴۲۰: ۱۵۶). در عقود امانی مانند ودیعه، اگر مالک ترتیبات خاصی را برای حفظ مال تعیین کرده باشد ولی امین را از برهم زدن ترتیبات خاص منع نکرده باشد به اتفاق اکثر فقها تغییرات در ترتیب معین مالک تقصیر محسوب نمی‌شود (مقدس اردبیلی، ۱۴۲۱: ۲۹۸؛ طباطبایی، ۱۴۲۰: ۱۵۱؛ ابنالبراج، ۱۴۰۶، ج ۲: ۴۲۵). اما اگر مالک امین را از تصرفات خارج از دستور منع کرده باشد و امین ترتیبات مقرر را برهم زند، در حالتی که بیم تلف مال نباشد، مرتکب تقصیر شده است (موسوی خوانساری، ۱۳۵۵، ج ۵: ۲۰۹) و اگر بداند مال طبق دستورات مالک تلف خواهد شد در این صورت مرتکب تقصیر نشده بدین توضیح که اگر مالک صریحاً خواستار طریقی برای نگهداری مال باشد که از قضا ممکن است منجر به زوال آن شود حسب قاعده اقدام مستودع مسئولیتی ندارد، اما اگر چنین صراحت و تأکیدی در طریقه نگهداری از مال نباشد علی‌رغم دستورات مالک در طریقی خاصی برای نگهداری، مستودع می‌تواند به نحوی که خود صلاح میدانند مال را حفظ کند، اما در ماده ۶۱۳ ق.م.مقرر شده است: «هر گاه مالک برای حفاظت مال ودیعه ترتیبی مقرر نموده باشد و امین از برای حفظ مال تغییر آن ترتیب را لازم بداند می‌تواند تغییر دهد، مگر اینکه مالک صریحاً نهی از تغییر کرده باشد که در این صورت ضامن است». بنابراین در فرض اخیر دیدگاه فقها با مقنن ایران تفاوت دارد و به نظر دیدگاه فقها صحیح‌تر و منصفانه‌تر و مبتنی بر قواعد الزام آور فقهی حقوقی از جمله قاعده احسان «و ما علی المحسنین من سبیل» است.

۲-۲- غرور و تقصیر

در اصطلاح فقهی، مراد از قاعده غرور این است که هر گاه غرامتی که در اثر غفلت و جهل شخص به واقع، به سبب شخص دیگری برسد، همان شخص فریبکار ضامن بوده و معامله، در برخی موارد باطل است (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ج ۲: ۲۹۳). مغرور اسم مفعول به معنای فریب خورده و غار اسم فاعل از ریشه این کلمه به معنای فریب دهنده است. در روایات و عبارات فقهی گاهی غرور هم معنای تدلیس نیز به کار رفته است، اما کلمه غرر در دو معنی است. اول اینکه عقد را به خطر می‌افکند و منجر به بطلان آن می‌شود مثلاً غرر ناشی از جهل به عوضین یک عقد معوض و دوم؛ اعمال عملیات متقلبانه جهت اتلاف و تضییع حق دیگری که متضرر اقدامی علیه خود انجام دهد. مثلاً حیوان مملوکی را شخصی ذبح کند و به عنوان مال خود به او بخوراند که مالک مباشر تلف مال خود شود (نجفی، ۱۴۰۱: ۴۴۰). حال این غرور می‌تواند ضمن یک عقد معوض باشد مثلاً اگر شخصی در چنین عقدی دیگری را مغرور کند ضامن خسارات وارده است مانند شخصی که زمینی را از دیگری می‌خرد و بنایی در آن ایجاد میکند و بعد شخص دیگر که مستحق آن است، زمین را تصاحب میکند. در این حالت مشتری قیمت روز تسلیم زمین را از بایع می‌گیرد و همچنین شخص غار تعهد نموده که در عقد بیع مبیع حتماً سالم است و یا غرور در امری باشد که منافع آن به شخص غار برگردد. بعضی فقها قصد و عمد غار را در تحقق غرور و مسئولیت او شرط نمی‌دانند؛ زیرا مانند قیام و قعود و عمل مضارب و موقعیت مضروب نتیجه موردنظر بدون قصد و عمد حاصل می‌گردد. به عبارت دیگر در این گونه موارد اطلاق روایت «المغرور یرجع الی من غره» سببیت

غار برای ورود ضرر و عدم دخول اراده و قصد در صدق عنوان از ادله مسئولیت غار محسوب می‌شود (محقق داماد، ۱۳۹۳: ۳۶). در حقوق کامن لا، عمد در فریب مغرور مبنا است و بدون این عنصر غرور تحقق نمی‌یابد و منشأ اثر حقوقی نیست به نظر میرسد باید مبانی مسئولیت

جزایی از حقوقی جدا باشد و اینکه غرور به نحوی فرع از تقصیر و اخص از آن است لذا باید رابطه سببیت در انتساب خسارت وارده به شخص غار احراز گردد ولو قصد و عمدی نیز در کار نباشد و هدف از وضع قواعد این چنینی و ملاک دانستن ضابطه نوعی در مفهوم تقصیر، جبران خسارت ناروایی است که به حق مالکانه شخصی وارد شده است مگر اینکه حادثه یا علت خارج از اراده و احترازناپذیری رخ دهد و به عبارت کلی تر رابطه سببیت در این امر قطع گردد تا غار از مسئولیت معاف شود.

۳- وصف تقصیر در فعلیت یا فاعلیت

تقصیر، فعل یا ترک فعل یک شخص معتاد، در شرایط اجتماعی و روانی خاصی تعریف می‌شود، بدین طریق که عمل مذمومی را انجام دهد که عرفاً و عقلاً توقع رفتاری درست از او انتظار می‌رود. اما در شخص مجنون، و یا کودک غیرممیز چنین نیست، لذا در مقررات مدنی که اتلاف مال از سوی این اشخاص را نیز موجب مسئولیت تلقی کرده است؛ لذا نمی‌توان گفت بر اساس تقصیر بوده است؛ زیرا در ذهن آنها رفتار متعارف تعریفی ندارد، اما به نظر حسب قاعده تسبیب عمل صغیر یا مجنونی که موجب اتلاف مالی شده‌اند و انتساب فعل مادی به آنها مسلم است تقصیر را شرط و وصف فعل آنها دانسته و قائم به آن است و از رویکرد نوعی در مفهوم تقصیر نیز چنین موردی قابل برداشت است. اینکه قصد نتیجه مفقود بوده اما قصد فعل و قابلیت انتساب آن به آنان محرز است و موجب ضمان، لذا قصد و یا علم شخص که مبتنی بر رویکردی شخصی و ذهنی برای ارتکاب تعدی و تفریط می‌باشد، لازم نیست.

۴- دیدگاه‌های مربوط به نقش تقصیر در مسئولیت

در ارزیابی تقصیر قراردادی بیان شده است که اثبات تقصیر وابسته به محتوای تعهدات قرارداد و سنجش رفتار متعهد در شرایط ویژه آن است. به عبارتی تقصیر قراردادی در هر قرارداد با دیگری متفاوت است و باید شرایط و حدود آن سنجیده شود سپس دریافت که آیا متعهد در آن حالت عرفاً مرتکب تقصیر شده است یا خیر. برای تحقق مسئولیت قراردادی وجود قرارداد معتبر، نقض قرارداد، ورود ضرر و رابطه سببیت لازم است. حال آیا وجود تقصیر و یا احراز آن برای این مهم شرط است؟ و یا تعهد از جنس فعل باشد یا نتیجه چه آثاری دارد. بعضی حقوقدانان بر این عقیده استوارند که تقصیر در ایجاد مسئولیت قراردادی اهمیت ندارد و این مسئولیت، مطلق است. البته این دیدگاه در حقوق کامن لا نیز طرفداران زیادی دارد و رویه قضایی نیز بر همین منوال است (شیروی، ۱۳۸۰: ۱۱). در تأیید این نظر گفته شده است: با توجه به این که قانون مدنی در مبحث مسئولیت قراردادی از تقصیر متعهد سخنی به میان نیاورده است در حقوق ایران، تقصیر در ایجاد مسئولیت قراردادی شرط نیست (عدل، ۱۳۸۵: ۱۳۴). عده‌ای دیگر معتقدند در صورتی که عدم انجام تعهد در مدت مقرر در اثر تقصیر متعهد باشد، خساراتی که متوجه متعهدله گردیده است باید جبران شود؛ زیرا عرفاً متعهد سبب پیدایش خسارت مزبور بوده است، ولی هرگاه توجه خسارات در اثر تقصیر او نباشد و تمام احتیاطات لازم را برای انجام تعهد نموده و با وجود این انجام تعهد مقدور نگردیده است، مسئول نخواهد بود؛ البته میتوان گفت صرف عدم انجام تعهد، مجوز مطالبه خسارت است و این برعهده متعهد است که برای گریز از این ضمان تقصیر متعهدله و یا قوای قاهره را اثبات کند. به عقیده برخی درباره مفهوم تقصیر قراردادی دو نظر است؛ اول اینکه عدم اجرای قرارداد، به نوبه خود، تقصیر است و اگر این تعریف انتخاب شود تفاوت ندارد منبع نقض تعهد قرارداد باشد یا قانون و دوم اینکه عدم اجرای قرارداد اماره بر تقصیر متعهد است (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۲۰۶). که نظر اول اقوی است؛ زیرا در قواعد مربوط به مسئولیت قراردادی نامی از تقصیر به مفهوم مرسوم خود برده نشده

است و همه جا سخن از نقض عهد است و متعهد برای گریز از مسئولیت قراردادی باید قوای قاهره را اثبات کند. به نظر در قانون مدنی ایران مسئولیت عهدی ناشی از اماره تقصیر بوده و دلیل آن نیز صرف نقض عهد در وهله اول بوده که اثبات خلاف آن ممکن است، البته متعهدله از اثبات تقصیر متعهد فارغ است. از طرف دیگر نیز گفته شده است مبانی مسئولیت مدنی با مسئولیت قراردادی متفاوت است و احکام یکی

قابل تسری به دیگری نیست (شیروی، ۱۳۸۰: ۱۱) بدین دلیل که موارد متعددی از مسئولیت بدون تقصیر در حقوق ایران مشاهده می‌شود و مسئولیت قراردادی ریشه در توافق و تعهد طرفین دارد و حدود آن با مسئولیت خارج از قرارداد فرق دارد. با وصف جمیع مراتب در خصوص موضوع مزبور سه رویکرد متصور است: اولاً تقصیر در ایجاد مسئولیت قراردادی نقشی ندارد؛ ثانیاً تقصیر نقش عمده دارد؛ ثالثاً تقصیر شرط بوده و خود اماره‌ای بر فعل یا ترک فعل زیانبار است که متعهدله نیاز به اثبات آن ندارد خلاف آنچه در قواعد عام مسئولیت مدنی وجود دارد.

۵- مسئولیت قراردادی و غیرقراردادی

حسب ماده ۲۲۱ قانون مدنی ایران اگر کسی تعهد به اقدام امری کند یا تعهد نماید که از انجام امری خودداری نماید در صورت تخلف مسئول خسارت طرف مقابل است...» و بعد در خصوص ضمانت اجرای عدم انجام این تعهد اشعار میدارد: «مشروط براینکه جبران خسارت تصریح شده و یا تعهد عرفاً به منزله تصریح باشد و یا برحسب قانون موجب ضمان باشد». همچنین ماده ۲۲۶ ق.م. راجع به عدم ایفای تعهد یکی از متعاملین و اینکه طرف دیگر به این شرط که برای ایفای تعهدات مدت معینی مقرر گردیده باشد و مدت مزبور نیز منقضی شده باشد می‌تواند ادعای خسارت نماید. آیا در خصوص مسئولیت قراردادی، مقرراتی که ناظر بر شکل قراردادها، نحوه اجرا یا عدم اجرای آنها و فسخ وجود دارد، تحدید می‌گردند؟

در باب مسئولیت نظر بر این است که «خسارتی قابل جبران است که ناشی از تقصیر وارد کنند باشد». قطعاً چنین رویکردی برای رفع نیازهای فعلی جامعه کافی نیست و نیاز اصلی را که تأمین امنیت در قراردادها است، فراهم نمیکند، لذا باید قوانین و قواعد دقیق وضع شوند تا حدود تکالیف و حقوق افراد را در تعاملات اجتماعی معین نماید. نیاز آحاد جامعه در داشتن امنیت قراردادی و ادخال اراده‌های آنان در یک توافق، نقش مهمی در مبحث قراردادها دارد. در تأیید این مدعا به موجب ماده ۷ قانون مدنی فرانسه مصوب ۱۹۱۲ مقرر گردیده: «هنگامی که طرفین قسمتی از ثمن یک معامله را برای پرداخت مالیات کمتر، مسکوت بگذارند، مشتری می‌تواند از پرداخت آن مبلغ به بایع امتناع کند». حال اگر مشتری برابر سند ثمن را پرداخته باشد، بایع بعداً نمیتواند الباقی ثمن قرارداد را از مشتری بستاند. در عرف معاملاتی ایران نیز مشاهده می‌شود که اصولاً طرفین برای اینکه هزینه‌های تنظیم سند رسمی و دیگر هزینه‌ها کمتر شود ثمن واقعی قرارداد را در آن درج نمی‌کنند.

مسئولیت قراردادی عمدتاً زمانی متصور است که متعهد، تعهد خود را انجام ندهد و درست در مقابل مسئولیت مدنی بوده که خود منبع تعهد است ولی مسئولیت قراردادی از آثار یک قرارداد صحیح است. البته در مواردی نیز اختلاف است. در عقدی که از ابتدا باطل بوده و یکی از طرفین نیز به این امر آگاهی داشته، حال خسارتی ایجاد گردیده، اما مطالبه خسارت یا فوت منافع که می‌توانست در اثر اجرای قرارداد حاصل شود از چه مبنایی تبعیت میکند؟ اگر مبنای آن، قراردادی باشد که با بطلان آن، اصلاً قراردادی در میان نبوده است و اگر مبنای آن را خارج از قرارداد بدانیم، با انتفای قرارداد، خسارتی بار نمی‌آید. با در خصوص ضمان درک مبیع در بیع فاسد که عده‌ای آن را از اقسام ضمان معاملی دانسته و عده‌ای دیگر نیز معتقد بر خارج از قرارداد بودن مبنای این ضمان هستند. با توجه به مقررات مربوط به قانون مدنی به نظر می‌رسد مسئولیت قراردادی ناشی از یک قراردادی است که متضمن ارکان صحت باشد اما اگر قرارداد اصولاً باطل باشد خسارت ناشی از آن نمیتواند

منشأ قراردادی داشته باشد بلکه باید در قالب خارج از قرارداد و مقررات مربوط به آن بررسی شود. حال اگر برای پرداخت مبلغ خسارت، توافقی صورت گیرد، یک قرارداد جدید و به عبارتی صلح در مقام آن است و ارتباطی با قرارداد اول پیدا نمی‌کند.

۵-۱- اختلاف میان دو مسئولیت

در بعضی نظامهای حقوقی مانند فرانسه، مسئولیت قراردادی اصل محسوب شده و حتی اگر در مورد ضمانت اجرای تخلف از عهد تصریحی در عقد نباشد باز هم ناقض تعهد مسئول جبران خسارت است؛ تا حد اینکه وضعیت زیان‌دیده به حالت قبل از انعقاد عقد برگردد (نعمت‌اللهی، ۱۳۹۵: ۱۰۵). در نظام حقوقی ایران اصل مسئولیت خارج از عقد بوده و تعهد قراردادی در صورت وجود شرط صریح یا ضمنی و یا قانونی در خصوص جبران خسارت خواهد بود. طرفین در مورد عدم یا وجود مسئولیت و حتی کاهش و افزایش آن نیز میتوانند تراضی کنند. قواعد مربوط به حوزه این دو نوع مسئولیت باهم متفاوت است. مسئولیت غیرقراردادی در فقه ناظر به اتلاف مال است و در قانون مسئولیت مدنی مبتنی بر تقصیر و افعال اشخاص نسبت به یکدیگر است، اما مبنای مطالبه خسارت در مسئولیت قراردادی اصولاً نفع از بین رفته است یا نفعی که میتوانست با اجرای قرارداد حاصل شود. البته بعضی فقها نیز بدین موضوع معتقدند که مسئولیت قراردادی بنابر اراده متعاقدین و اما مسئولیت غیرقراردادی مبتنی بر حکم شارع است (وحدتی شبیری، ۱۳۸۸: ۱۷۷).

۵-۲- وحدت دو مسئولیت

از آنجا که پیرامون مسئولیت قراردادی در فقه اسلامی بحث عمده‌ای وارد نشده است باید آنان را طرفدار وحدت این دو نوع مسئولیت دانست؛ زیرا از نظر آنان هدف اصلی جبران خسارات وارده به شخص زیان‌دیده‌ای است که در بروز خسارت نقضی نداشته و ناعادلانه متضرر گردیده است (ایزائلو، ۱۳۸۲: ۴۵) حال طرف ناقض تعهد چه از عمد موجب خسارت باشد چه عمدی نداشته باشد و صرف خلف وعده می‌تواند مبنای مطالبه خسارت باشد منوط بر اینکه زانی به وجود آمده باشد و بتوان آن را به ناقض تعهد نسبت داد، لذا در این حالت اصل بر ضمان قهری است مگر توافق صریحی در بین باشد.

۵-۳- تفکیک تعهد به نتیجه و تعهد به وسیله

اصولاً تعهدات به دو بخش تعهد به نتیجه و تعهد به وسیله قسمت میشوند. این تفکیک ضمن پذیرش از سوی دکترین حقوق داخلی در حقوق خارجی هم سابقه دارد که ابتدا توسط حقوقدان فرانسوی "ژان دموگ" تبیین گردید و پس از آن "مازو" با عناوین «تعهدات معین» و «تعهد کلی احتیاط و هوشیاری» این موضوع را مطرح نمود (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۱۶۸). تعهد به نتیجه بدین معناست که در اثر قرارداد، مدیون متعهد به حصول نتیجه معین در قرارداد است. بدیهی است در صورتی که آن نتیجه حاصل نگردد، تعهد انجام نشده و مدیون ناقض قرارداد است. تعهد به وسیله نیز یعنی متعهد با استفاده از طریق مناسب جهت نیل به نتیجه معین تلاش خود را بکند، حال چه نتیجه حاصل شود چه نشود. اگر چنین موضوعی در قرارداد درج نشود، اصولاً تعیین آن با عرف حاکم در آن قرارداد است. البته طبق نظری اصل بر این است که تعهد به نتیجه است مگر خلاف آن در قرارداد تصریح شود. دلیل دیگر بر این مدعا آن است که در قانون مدنی تعهدات به وسیله در قراردادهایی که ید متعهد امانی است و بر این تصریح نیز گردیده، معین شده است و غیر از آن از جنس تعهد به نتیجه است و به نظر زمانی که قراردادی مکتوب در بین نبوده است به نظر اصل بر تعهد به نتیجه است. اصولاً در عدم انجام تعهد، تقصیر متعهد مفروض است، البته با این توضیح که

در تعهد به نتیجه صرف عدم حصول نتیجه برابر است با تقصیر، ولی در تعهد به وسیله عدم تلاش در راه نیل به هدف، تقصیر است که نیاز به اثبات از سوی متعهدله دارد. برخی حقوقدانان، ابتدا تقصیر را ملاک مسئولیت قراردادی میدانند و از طرف دیگر صرف عدم حصول به نتیجه قرارداد را که معین گردیده بود تقصیر قانونی و مطلق میدانند (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۲۰۱).

۵-۴-عدم اجرای تعهد قراردادی

عدم اجرای تعهدات قراردادی به دو حالت متصور است: ۱- عدم اجرای کامل تعهدات: مثلاً بایع از تحویل مبیع به مشتری امتناع میکند ۲- اجرای ناقص که میتواند حالات مختلف داشته باشد. اول اینکه متعهد قسمتی از تعهد خود را انجام نمیدهد یا تعهد خود را بی کیفیت و معیوب انجام میدهد یا اینکه در انجام آن تأخیر میکند. در تمام این حالات تعهد مطلوب انجام پذیرفته و باید به نحوی جبران شود. این جبران گاهی اجرای مجدد قرارداد است به نحوی که عیناً و برابر مفاد قرارداد باید انجام گیرد و گاهی نیز تعهد معیوب اجرا شده است، اما انجام دوباره آن به نحو مضبوط در قرارداد خسارت زیادی به متعهدله وارد میآورد، مثلاً در قرارداد ساخت یک استخر شنا ۵ متری برای متعهدله، پیمانکار در مهلت مقرر استخری ۴ متری میسازد، حال ساخت مجدد این استخر هزینه هنگفتی برای پیمانکار دارد و متعهدله نیز از آن نهایت استفاده را میکند و عملاً خسارتی برای او ایجاد نشده است و طبق مقررات حقوق ایران نمیتوان حکم به پرداخت خسارت داد، اما در دادگاههای کشور انگلستان در خصوص این موارد از قاعده خسارت فقدان آسایش استفاده میکنند و رأی به پرداخت جزئی خسارت میدهند. این نوع از خسارات در مبحث خسارت معنوی و مسئولیت مدنی میگنجد که مانند آن در حقوق ایران مشاهده نمی شود و به نظر راهکار جالب و منطقی است برای جبران مسائل روانی که از یک قرارداد ناشی می شود.

۶-انواع خسارت

خسارات در این بخش به چند قسمت تقسیم میشوند خسارات متوقع یا مورد انتظار که در حقوق خارجی هم بدان اشاره گردیده است و نیز تلف مورد معامله که ذیلاً به آنها پرداخته می شود.

۶-۱- خسارت مورد انتظار

هدف از انعقاد یک قرارداد تحصیل یک مطلوبی است که برگرفته از نیازهای انسان است. به ثمر رساندن یک قرارداد و اجرای کامل آن قطعاً برای متعهدله امتیازات و منافع در بردارد که ابتدای قرارداد در صدد نیل به آن بوده است و انگیزه و رغبت او در تشکیل قرارداد بوده است. مثلاً شخصی مالک زمین بیاضی است و درصدد است تا بر روی آن ساختمانی احداث کرده و بعد از مدتی به قیمت بالا آن را بفروشد. حال برای این کار با پیمانکاری قرارداد منعقد میکند، اما او در موعد مقرر ساختمان را حاضر نمیکند و عملاً در کار خود اهمال غیرموجهی کرده است و بعد از چندی به دلایلی قیمت ساختمانیها افت میکند و مالک نمیتواند به آن سودی که در اثر اجرای به موقع قرارداد عایدش میشد برسد. یا پیمانکاری جهت ساخت ماشین آلات صنعتی با شخصی قرارداد میبندد که طی شش ماه آن ادوات را بسازد، اما پیمانکار تقصیر کرده و آن ماشین آلات را نمی سازد و یا با تأخیر تحویل میدهد و شخص نیز مناقصه دولتی را از دست میدهد. خساراتی که در بالا بدان اشاره گردید، خسارات متوقع و مورد انتظاری هستند که در اثر انجام صحیح و به موقع قرارداد حاصل میگشت و اکنون متعهدله از آن محروم گشت

که قابل مطالبه هستند (stone, 2002: 434) هر چند در حقوق ایران ممکن است در قالب عدم النفع جای گیرد و قابلیت مطالبه نداشته باشد..

۶-۲ - خسارات اتکایی

منظور از این عبارت مجموع خسارات و هزینه‌هایی هستند که در مقدمه کار و برای شروع تشکیل عقد خرج شده. مثلاً شخصی برای ساخت ماشین صنعتی ادوات و موادی خریداری میکند تا برای مشتری بسازد، اما مشتری خلف وعده میکند و هزینه‌ها را پرداخت نمی‌کند و عملاً

موضوع قرارداد منتفی می‌شود. حال پیمانکار میتواند هزینه‌هایی که برای خرید مایحتاج ساخت ماشین نموده است از مشتری خود مطالبه کند. مطالبه این مبلغ یعنی بازگرداندن وضعیت پیمانکار به ابتدای قرارداد، در حالتی که هیچ هزینه‌های متقبل نشده است.

۶-۳ - تلف مبیع قبل از قبض

موضوعی که در حقوق ایران میتوان گفت استثنایی بزرگ بر تقصیر قراردادی است طبق ماده ۳۸۷ ق.م.آثار تلف مبیع قبل از قبض است. طبق ماده مذکور اگر مبیع قبل از قبض از طرف مشتری تلف شود، این تلف از مال بایع خواهد بود و عقد منفسخ می‌شود و بایع باید ثمن مأخوذه را به مشتری مسترد نماید در حالی که مطابق قواعد عمومی قراردادها در عقد بیع، به مجرد وقوع آن بایع مالک ثمن و مشتری مالک مبیع می‌شود و این تلف باید از مال مشتری باشد نه بایع، اما حسب ماده فوق این تلف از مال بایع است و منافع مبیع نیز برای مشتری است در حالی که طبق قاعده فقهی «الخراج بالضمنان» و «من له الغنم فعلیه الغرم» شخصی که از منافع مالی بهره میبرد نقص و عیب آن مال نیز برعهده او خواهد بود (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۴: ۷۸)، اما در قانون مدنی خلاف این مهم ذکر گردیده است که به نظر دلیل منطقی برای این موضوع به چشم نمی‌خورد و قانونگذار نیز توضیحی در این مورد ارائه نداده است. در حقوق فرانسه، انگلیس و کشورهای دیگر قبض مبیع از ارکان صحت بیع است (صفایی و دیگران، ۱۳۹۲: ۱۰۰) و به عبارتی؛ حسب مقررات این کشورها، مادام که مبیع یا ثمن توسط طرفین قبض و تسلیم نشده باشد عقد بیع جاری نگردیده است و بر این مبنا هیچ اشکالی ندارد که تلف مبیع در این وضعیت از مال بایع باشد و طبق قاعده است.

۷- انتخاب مسئولیت قراردادی یا غیرقراردادی

در تعهدات به وسیله برای زیان دیده مبنا قرار دادن قواعد مسئولیت غیرقراردادی تاحدی راحتتر از مبانی قراردادی آن است و دیگر لازم نیست تقصیر متعهد توسط زیان‌دیده اثبات شود و همچنین اگر خسارت مقطوع قراردادی حسب ماده ۲۳۰ ق.م.ناچیز باشد متعهله نمیتواند آن را تغییر دهد و عرفاً ممکن است متضرر تلقی شود و در این حالت استناد به مبانی مسئولیت غیرقراردادی قطعاً به نفع او خواهد بود. حال آیا زیان‌دیده میتواند به هر کدام از این قواعد که نافع به حال اوست استناد کند؟ این امر در نظامهای حقوقی مختلف، متفاوت است. مثلاً در کشورهای امریکا، آلمان و ایتالیا، این حق به متضرر داده شده است که خود هریک از این مبانی را انتخاب کند، اما در فرانسه چنین حقی برای متضرر لحاظ نگردیده است (صفایی و دیگران، ۱۳۹۲: ۲۱۲). این موضوع در فقه اسلامی هم مورد بحث بوده و اتفاق نظری در آن وجود ندارد هر چند اکثر فقها انتخاب مبنای مطالبه حق را به زیان‌دیده داده‌اند و مخالفتی نکرده‌اند. در موضوع تلف مبیع قبل از قبض مشتری، فقها بیان داشته‌اند که خریدار در این حالت میتواند قواعد عمومی اتلاف و تسبیب را ملاک قرار دهد و قیمت عین را مطالبه کند و عده‌ای دیگر فقط از راه مسئولیت قراردادی ضمان معاوضی را مجری دانسته‌اند (وحدتی شبیری، ۱۳۸۸: ۲۲۷). در نتیجه به نظر میرسد در خصوص مواردی

که ضمانت تخلف از اجرای تعهد صریحاً در قرارداد ذکر شده است حسب قواعد صریح فقهی مانند: «المومنون عند شروطهم» و آیه شریفه «وفوا بالعقود» و اصل لزوم قراردادی و حاکمیت اراده طرفین در عقود، متعهدله نمیتواند به قواعد موجود در مسئولیت غیرقراردادی استناد کند ولو مثلاً خسارت مقطوع ناشی از اجرای ناصحیح قرارداد ناچیز باشد. در قانون فرانسه نیز از ماده ۱۱۵۰ این کشور نیز نتیجه می‌شود که متعهد فقط نسبت به خساراتی که در زمان عقد پیش بینی شده است و یا قابل پیش بینی بوده است مستحق دریافت خسارت است و از طرف دیگر اگر ضمانت اجرایی توسط طرفین تعیین نکرده باشد میتوان حق انتخاب مبنای مطالبه خسارت را به زیان‌دیده اعطا کرد.

استناد به مسئولیت قراردادی متضرر را از بار اثبات تقصیر معاف میکند و مناسبتر به حال اوست ولی گاهی بر حسب شرایط استناد به قواعد مسئولیت غیرقراردادی از باب اتلاف و تسبیب برای زیان دیده بهتر است. اگر یک خسارت مقطوع قراردادی اندک معین شده باشد و خسارتی که از مبنای اتلاف یا تسبیب مطالبه شود به مراتب بیشتر باشد، برای زیان دیده مساعدتر است. البته به نظر انتخاب یکی از دو مبنای مسئولیت قراردادی یا غیر آن منافاتی با اصول حاکم بر قراردادها یا قواعد مطالبه خسارت ندارد و این اختیاری است برای زیان دیده که خود انتخاب کند کدام موضع برایش مناسبتر است اما در خصوص خسارت مقطوع قراردادی که منافاتی با حسن نیت نداشته باشد و یا اینکه با وجود درج شرط خسارت، تقصیر سنگین یا در حکم عمد رخ دهد و یا مفاد قرارداد با قانون یا نظم عمومی مغایرت داشته باشد مثلاً صاحب آژانس مسافری با سرنشینان اتوبوس قرارداد ببندد که مسئول خسارات جانی یا مالی به آنها نیست ولی حسب قانون بیمه اجباری اشخاص ثالث او مسئول باشد و امثال این موارد، میتوان از قواعد عمومی مطالبه خسارت غیرقراردادی استفاده کرد و یا حسب قوانین خاص در آن مورد مطالبه خسارت نمود.

۷-۱ مسئولیت قبل از تشکیل عقد

از مواردی که میتواند موجب خسارت، عدم نفع و یا زوال فرصت برای یک طرف معامله باشد، برهم زدن مذاکرات قبل از تشکیل عقد است. معمولاً قبل از تشکیل عقد برای تبیین و تشریح جزئیات عقد و شروط و شرایط آن از قبل طرفی حقوق اشخاص ثالث مذاکراتی به عمل می‌آورند که البته لزوماً بعد از این مذاکرات عقدی تشکیل نخواهد شد و اصولاً مسئولیتی نیز برای طرفین ایجاد نمیکند، اما گاهی اوقات مذاکرات به طول میانجامد و رفتار طرفین عرفاً گواه بر این است که قطع به بقین عقد تشکیل خواهد شد و هزینه‌هایی نیز بدین جهت به وجود آمده و طرفین یا یکی از آنان آن را متقبل شده است. حال اگر به دلایلی ناموجه یکی از طرفین از انعقاد عقد امتناع کند، تکلیف هزینه‌های مالی که برای انعقاد عقد و عبارتی مقدمه آن صورت گرفته است چگونه جبران خواهد شد؟ فرصتی که طرف زیان‌دیده از دست داده است و شاید نتواند حسب شرایط حاکم اقتصادی چنین عقدی را با شخص دیگر منعقد کند قابل جبران است؟ قانون مدنی ایران پاسخ صریحی برای این سؤال ندارد. در قوانین خارجی علی‌الخصوص در معاهده بیع بین‌المللی کالا مصوب ۱۹۸۰ وین در این خصوص طرفی را که به دلایل واهی و ناموجه از انعقاد قرارداد امتناع میکند مسئول جبران هزینه‌ها و فرصتهای از دست رفته برای طرف زیان‌دیده میداند. البته این امر مبتنی بر داوری عرف حاکم بر عرف آن قرارداد بوده و اثبات آن بر عهده شخص زیان‌دیده است.

۷-۲ مفهوم ضمان

ز نظر لغوی ضمان یعنی چیزی که در چیز دیگر و یا متصل و وابسته به آن است و اگر در مورد اشخاص باشد بدین معنی است که چیزی در ذمه و تعهد شخص بوده و انتظار می‌رود که انجام دهد. این امر به دو حالت متصور است. ضمان از دو قسمت مورد بررسی است یک از باب

قرارداد یا ضمان عقدی که خود به ضمان نقلی، ضمان ضمی (تضامنی) و ضمان وثیقه‌های یا طولی تقسیم میشوند که البته در قانون مدنی ضمان نقلی در تصریح مقنن وارد شده است و دوم از باب ورود خسارت یا ضرر به دیگری که شارع از آن نهی کرده که حسب میزان تقصیر و سببیت در ورود خسارت برآورد شده و قواعدی مانند لاضرر ایزاری کارآمد جهت مطالبه این نوع خسارات در فقه اسلامی عنوان شده اند. حرمت مال انسان یک حکم تکلیفی است که در اثر عدم رعایت آن و ضرر به مال دیگری، زیان زنده مدیون به زیان‌دیده می‌گردد و از باب حکم وضعی مدیون شده و مکلف به جبران است.

۷-۲-۱- قاعده لاضرر

لزوم جبران ضرر و پرداخت کامل خسارات ایجاد شده از مباحثی قدیمی در تمام نظام‌های حقوقی است و در امور حقوقی مسئولیت قراردادی از جریمه شخص خاطی عدول کرده و جبران خسارت کامل جایگزین آن شده و در حالات مختلف قرارداد اعم از ابتدا، حین آن یا بعد از اجرای آن نقض تعهد ضررهای متفاوتی پدید می‌آورد. در حقوق اسلام قاعده «لاضرر» به عنوان مدرک اصلی ضمان در جبران ضرر ایفای نقش میکند و از مهم‌ترین قواعدی است که در شرع انور اسلام موجب برقراری عدالت در قراردادها و حتی در حیطة خارج از آن میگردد. این که انسان نباید ضرری را پذیرا شود و نه به دیگران ضرری وارد نماید، چنین امری اطلاق دارد و کلیه احکام منشأ ضرر در روابط مردم با یکدیگر را شامل می‌شود. وجود اقسام خیارات در عقود دلالت بر همین امر و در نقطه مقابل اصل لزوم در عقود دارد.

ظاهر حدیث نبوی «لاضرر» مشعر بر آن است که هیچ ضرری در اسلام وجود ندارد، اما می‌دانیم چنین نیست و اصولاً فقط خساراتی قابل جبران هستند که مورد حمایت شرع و قانون قرار داشته باشند (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۵۴). بعضی معتقدند هدف از این حدیث نهی از ایجاد ضرر یا اضرار به دیگری است. عده‌ای دیگر عقیده دارند هیچ حکمی در شرع وضع نشده است که موجب زیان بندگان باشد (انصاری، ۱۴۱۱، ج ۳: ۳۶۲). فقیه دیگری معتقد است که برای موضوع ضرری، حکمی وجود ندارد یا اثر آن از بین می‌رود، چنانکه در معامله غبنی، به دلیل اینکه موضوع ضرری است (حلی، ۱۴۱۸، ج ۳: ۱۲۵)، حکم لزوم از بین می‌رود.

در واقع اختیار قانونگذار تشریح و نفی احکام است نه زوال موضوع خارجی به ویژه که صحت خبر نیز با نفی موضوع ضرری منافات دارد و باید به تعبیرهای دور از ذهن توسل جست. گاهی نفی موضوع ضرری با آنچه در قواعد مدون شده است سازگار نیست. مثلاً، اگر در اثر غبن موضوع ضرر (معامله) نفی شود باید این معامله باطل باشد؛ در حالی که آن صحیح بوده و مغبون فقط اختیار فسخ دارد.

در زمینه قراردادهای نیز نفی لزوم از پیمان ضرری به حکم استفاده از خیار فسخ منتهی می‌شود و در شفعه به تملک قهری مال شریک از خریداران آن می‌انجامد. محدود ساختن قلمرو اجرای قاعده لاضرر به نفی احکام از نقش اجتماعی آن در اجرای عدالت می‌کاهد. کسی منکر این نیست که همه ضررها را نمیتوان جبران کرد. هدف، جبران خسارتی است که ناروا وارد شده است و از مبنای عقلایی نشأت می‌گیرد. مفاد قاعده لاضرر، به ویژه اگر نفی حکم ضرری باشد، بر دلایل سایر احکام حکومت دارد: بدین معنی که هرگاه بین اجرای حکمی با این قاعده تزاخم ایجاد شود، باید جبران ضرر را حاکم دانست، چنانکه در مقام تزاخم تسلیط و لاضرر، باید از اختیار مالک کاست تا ضرری به دیگری وارد نشود، مگر برای رفع ضرر یا رفع حاجت مالک باشد (ماده ۱۳۲ ق.م). همچنین جبران ضرر ناروا در قراردادهای نیز بر حکم لزوم وفای به عهد چیره شود و به زیان دیده اختیار میدهد تا گریبان خویش را رها سازد (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۵۵). لزوم جبران ضرر ناروا را عقل نیز لازم میداند و همین امر سبب گسترش قلمرو قاعده به تمام مواردی است که از فعل شخص یا حکمی ضرری به دیگری رسد و ناروا باشد

۲_۲_۷ قاعده تسبیب

در صورتی که شخصی مالی را به طور غیر مستقیم تلف کند و یا خسارتی را به دیگری وارد آورد که بتوان آن را به شخص خاطی منتسب نمود، ضامن خساراتی است که از این راه ایجاد شده است. واژه سبب در اصطلاح فلسفی، به امری گویند که از وجودش وجود و از عدمش عدم لازم آید در حالی که در تسبیب چنین عاملی فراهم نمی‌شود. مسبب به کاری دست می‌زنند که زمینه تلف را آماده می‌سازد، چندان که اگر ارتکاب آن عمل نباشد تلف نیز رخ نمیدهد.

۸- قابلیت انطباق قواعد مسئولیت خارج از قرارداد بر مسئولیت قراردادی

از آنجا که عموماً قواعد مربوط به مسئولیت غیرقراردادی ناظر بر جبران خسارت به اموال یا اتلاف عین خارجی است شاید نتوان به موجب این قواعد مانند اتلاف، غصب، استیفای ناروا، تمام خسارات قراردادی را پوشش داد مثلاً خساراتی که در اثر اجرای ناصحیح و خارج از موعد قرارداد ایجاد می‌شود و یا فوت منفعت ناشی از عدم اجرای قرارداد، تأخیر تأدیه و بعضاً جبران ضررهای معنوی که موجب آن تخلف از مفاد قرارداد است، لذا مشاهده می‌شود در ماده ۲۲۱ و مواد دیگر و حسب توافق طرفین می‌توان مبنایی برای مطالبه خسارت قراردادی مثل وجه التزام یا خسارات مقطوع و معین مورد توافق مقرر نمود و خلاء ناشی از عدم کفایت قواعد مبنای مطالبه خسارت در مسئولیت غیرقراردادی را جبران نمود. در تأیید این نظر آمده است، از یک طرف به دلیل عدم قابلیت اثباتی توجیه‌کنندگی قاعده لاضرر و ناکافی بودن قواعد اتلاف و تسبیب در فقه پیرامون مسئولیت قراردادی مثل صنعتگر برای جبران زیان قراردادی قانونگذار در صدد تدوین چنین ماده‌های برآمد (محقق داماد، ۱۳۹۳: ۴۶۶). در مجموع به نظر می‌رسد آنچه که از تخلف قراردادی با عنوان تقصیر یاد می‌کنیم عمدتاً ناظر بر اجرای ناصحیح قرارداد و یا تخلف از شرایط و مفاد مورد توافق یا عرفی حاکم بر عقد است که انتظار می‌رود توسط متعهد انجام شود و ناظر به تفویض منافع یا موقعیت سودآوری برای متعهدله و بعضاً ضررهای معنوی بوده که متوجه تلف عین اموال نیست که حسب نظر فقها ضمان را در نتیجه تلف اموال اصولاً جایز میدانند و همواره در خصوص عدم النفع مقاومت مینمودند؛ لذا قانونگذار بنا بر اقتضای زمان و تفویض منافی که ممکن است در اثر اجرای ناصحیح و یا عدم اجرای قراردادی ایجاد شود، امکان مطالبه خسارت قراردادی را وضع کرده و آن را منوط به احراز شرط خسارت صریح، ضمنی یا بنایی از سوی قاضی دانسته است. همچنین در مواردی که خسارت مقطوع در زمان انعقاد قرارداد عادلانه موجه بوده و بعد در اثر تحولات چشمگیر اقتصادی میزان آن توجیه خود را از دست می‌دهد می‌توان از مجرای مسئولیت مدنی آن را جبران نمود.

نقض قراردادی در معیت فوت منافع متعهدله موجب خسارت به اموال او نیز شاید بشود که مبتنی بر قواعد مسئولیت غیرقراردادی است، مثلاً اهمال در ساخت یک ساختمان و استفاده از مواد نامرغوب و ایجاد خسارت به ساختمان متعهدله و حتی ساختمان مجاور. برای اینکه تمام خسارات جبران شود آیا باید برای آن توافقی صورت گیرد؟ و اینکه منطقی است قانونگذار جهت جبران برخی از خسارات تمام انواع آن را منوط به اراده و توافق طرفین نماید؟ پس به نظر اگر هدف رفع این عیب باشد در کنار قواعد مسئولیت غیرقراردادی توافق آنان در خصوص ضمانت اجرای تخلف از قرارداد را نیز معتبر می‌پنداشت. برخی استدلال می‌کنند که موجبات ضمان قهری در خصوص اتلاف و تسبیب دریافت خسارت را توجیه می‌کند و شامل خسارات عدمالنفع و تأخیر تأدیه نمیشوند و لذا باید این خلاء در مطالبه خسارت توسط توافق خصوصی طرفین جبران شود، حال آنکه به نظر شرطی که در ماده ۲۲۱ ق.م.آ.م آمده است از شروط ذیل عقد (صفت، فعل و نتیجه) نیست و علت تامه عقد است که از عدمش عدم اما از وجودش لزوماً وجود حاصل نمی‌شود و اگر هم بتوان قاعده لاضرر را مجری دانست بدین دلیل که این قاعده صرفاً برای زیانهای مالی و تلف اموال وضع نشده است، دشواری در جبران زیانهای وارده حس نخواهد شد (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۸۲۸). لذا به نظر می‌رسد همانطور که در مقررات مدنی و رویه قضایی از قاعده مزبور بسیار استفاده می‌شود و همچون در مواد ۱۱۲۹ و ۱۱۳۰ ق.م. به آن اشاره

کرده است، کاربرد و نفوذ این قاعده را در قراردادهای نادیده بگیرد. از نظر مقنن خسارت قراردادی در صورت تصریح، دلالت عرف ناشی از قرارداد میداند، البته شاید بتوان گفت که قانونگذار به موجب وضع این ماده درصد تفکیک بین دو حوزه مسئولیت قراردادی از غیر آن بوده است. تفکیک دو حوزه مسئولیت قراردادی و غیرقراردادی از اهداف مقنن بوده است. در مسئولیت قراردادی هدف تعیین ضمانت اجرا برای متخلفی است که به تعهد خود پایبند نبوده و انتفاعی را که میبایست از قبل اجرای قرارداد به طرف دیگر تأمین مینمود انجام نداده است و وضع موجود را به نفع دیگری بهبود بخشیده است در حالی که هدف از ورود به قرارداد همین بوده و حتی از بعد روانی هم به متعهد زیان وارد نموده

است. حال هیچ اشکالی ندارد همانطور که اراده طرفین منشأ ایجاد قرارداد بوده است، ضمانت اجرای عدم انجام تعهد و یا انجام ناقص و معیوب آن را طرفین تعیین نمایند.

۹- نتیجه

عناصری مانند تقصیر، رابطه سببیت و ورود خسارت از ارکان مهم برای اثبات جهت دعوای خسارت است اعم از قراردادی و غیر آن. در فقه اسلامی صحبت از مسئولیت یا ضمان قراردادی برای مطالبه خسارت، به میان نیامده است و از واژه ضمان در مواردی مانند: ضمان معاملی یا ضمان معاوضی استفاده شده است. اصولاً مبنای مطالبه خسارت قراردادی نیز استناد به مبانی و قواعد ضمان قهری مانند قاعده لاضرر است که البته خلاء حاکمیت طرفین در ضمانت اجرای تخلف از قرارداد به بحث گذاشته نشده است. در مبنا و نقش تقصیر در بروز این قبیل مسئولیت آنچنان صراحتی وارد نشده است و از مفاهیم مواد قانونی نتایجی استنباط می‌شود که استفاده از مبنای تقصیر قراردادی برای مطالبه خسارت از نظر اثبات مساعدتر برای زیان‌دیده قرارداد بوده به رغم اینکه مبنای دو مسئولیت متفاوت است، با توجه به فلسفه جبران زیان منعی ندارد. علی‌الخصوص در حالتی که خسارت قراردادی با توجه به اوضاع و احوال بسیار اندک و ناعادلانه باشد. باید بر آن بود که متضرر در راستای جبران خسارت خود از قواعد مسئولیت غیرقراردادی به نفع خود استفاده کند اما جمع این دو در یک دعوی موجه نیست. بنابر نظر حقوقدانان و قاعده لاضرر می‌توان در این مورد از ضرر ناروای متعهدله جلوگیری کرده و قائل به اجرای ضوابط مسئولیت غیر قراردادی باشیم کما اینکه در مقررات برخی کشورها مانند انگلیس چنین قابلیتی برای جبران ضرر زیان‌دیده وجود دارد که جبران ضرر متعهد به نحو مطلوبتری مرتفع شود زیرا هدف جبران کامل خسارات به نحوی است که برای زیان‌دیده آسانتر باشد به ویژه در شرایط تورمی که در کشور ایران حاکم است بعضاً شاهد درج وجه التزام‌های عدم انجام تعهد هستیم که با گذر زمان حتی یک ساله در صورت نقض عهد از سوی متعهد کفاف زیان‌های متعهدله را نمی‌دهد هرچند از منظر رویه قضایی مادام که طرفین در خصوص خسارت در قرارداد شروطی مندرج کرده باشند، حسب حاکمیت اراده طرفین، این امر مورد پذیرش محاکم ایران نیست؛ لذا به نظر می‌رسد قانونگذار در این خصوص باید چاره‌ای بیندیشد و خلاء مذکور را که منتج به زیان متعهدله می‌گردد با عنایت به قاعده انصاف و اصل جبران کامل خسارت، مرتفع نماید.

References

- Emami, Seyyed Hassan. (1997). Civil Rights. Eighth edition. Tehran: Mizan.
- Izanlou, Mohsen (2012). Terms limiting and eliminating liability in contracts. second edition. Tehran: Publishing Company.
- Bariklo, Alireza (2019). Civil liability. Ninth edition. Tehran: Mizan.
- Shahidi, Mehdi (2006). Effects of contracts and obligations. Third edition. Tehran: Majd Publications.
- Safai, Hossein; Kazemi, Mahmoud; Adel, Morteza; Mirza Nejad, Akbar (2012). International sales rights. The seventh edition. Tehran: Tehran University Press.
- Adl, Mustafa (2000). Civil Rights. Third edition. Qom: Taha Publications.
- Katouzian, Nasser (1997). General rules of contracts. Volume 4. second edition. Tehran: Publishing Company.
- Katouzian, Nasser (2014). Obligations outside the contract (civil liability). first volume. 13th edition Tehran: University of Tehran.
- Mohaghegh Damad, Seyed Mostafi (2012). The rules of jurisprudence. first volume. Tehran: Majd.
- Vahdati Shabiri, Seyyed Hassan (2009). Basics of contractual civil liability. Third edition. Tehran: Humanities Research Institute.
- Khazaei, Hossein, (2015), Business Law, Commercial Companies, Volume 2, Tehran, Law Publishing.
- Khomeini, Ruhollah, (2006), translated by Tahrir al-Wasila, Qom, Institute for editing and publishing the works of Imam Khomeini (RA).
- Demarchili, Mohammad, Hatami, Ali, Qaraei, Mohsen, (2012), Trade Law in the Current Legal System, Tehran, Dodastan Publications.
- Bigdeli, Saeed (2016). "Subsequence of contractual liability to the will of the parties in Iran's civil law". Journal of Fiqh and Islamic Law Studies. Number 17. Year 9. Semnan: Semnan University. pp. 59-89.



- Shiravi, Abdul Hossein (2001). "Criticism and review of the provisions of the civil procedure regarding the claim for contractual damages and late payment". Qom Higher Education Complex Magazine. Number 9. Year 6, spring and summer. pp. 5-18.
- Katouzian, Nasser (2008). "Evolution of the concept of influence in civil liability law". Islamic Law Quarterly. Number 1. Volume 39. Tehran: Research Institute of Islamic Culture and Thought, pp. 189-214.
- Nematollahi, Ismail (2014). "The originality of compulsory guarantee and its precedence over contractual liability in Imami jurisprudence". Islamic Law Quarterly. Number 51. Winter. Thirteenth year. Tehran: Research Institute of Islamic Culture and Thought. pp. 10-127
- Qanawati, Jalil, Essian Tafarshi, Mohammad, (2015), "Relationship between the representative body and the right-of-work, agency and brokerage institutions", Higher Education Complex Journal, No. 11, pp. 55-82.
- Katouzian, Nasser, (1995), General Theory of Obligations, Tehran, Yalda Publishing.
- Morsi Badr, Jamal, (1980), Al-Nayaba fi Al-Qaunayat al-Qawani, Cairo, Al-Masriyyah al-Masriyyah al-Katab.
- Madrasi, Mohammad Reza, (2013), Al-Bay (Madrasi), Qom, Volume 3, (Amirkhani, Abdullah), Dar al-Tafsir.
- Moin, Mohammad, (1992), Farhang Moin, Volume 4, 8th edition, Tehran, Amir Kabir Publications.
- Naimi, Imran, (2016), "Commercial Representation (Study and Review in Domestic and Foreign Laws)", Doctoral Dissertation in Private Law, University of Tehran.
- Bowstead W. and Reynolds F, (1996), the Law of Agency, 16th ed, London, Sweet & Maxwell.
- Daniel Kleinberger and Peter Knapp,(2002), Apparent Servants and Making Appearances Matter, A Critique of Bagot v. Airport & Airline Taxi Cab Corporation, Williatin Mitchell Law Review, Vol. 28, No. 4.
- Drew Britcher, and Abbotts Brown, (2018), the Doctrine of Apparent Authority In Medical Malpractice Cases, New Jersey Law Journal, Vol. CXCIV, No. 4.



Edwin. R. Holmes, (1974), Apparent Authority and Undisclosed principal under German Law, California western Interactional Law Journal, Vol. 4.

Fridman G.H.L,(2016), the law of agency, 6th ed, london, Butter worths.

Ibn al-Baraj, judge (1985). Mahdab al-Bara' Volume 2. Qom: Al-Nashar al-Islami Institute.

Ansari, Morteza bin Muhammad Amin (1990 AH). Al Makasab Volume 3. Qom: Dar Al-Zakhaer.

Hali, Hassan bin Yusuf (1917). Al-Ahkam rules. Volume 3. Qom: Al-Nashar al-Islami Institute.

Tabatabai, Ali (1999). Riyad al-Masal Qom: Al-Nashar al-Islami Institute.

Moghuls Ardabili, Ahmed (2000). Assembly of benefits and evidence. Volume 10. Qom: Al-Nashar al-Islami Institute.

Makarem Shirazi, Nasser (1990). Jurisprudential rules. Volume 3. Qom: Amir al-Momenin (AS) School.

Mousavi Khansari, Ahmed bin Yusuf (1936). Jame al-Madarak in Sharh al-Mukhtasar al-Nafi. Volume 5. Tehran: Al Sadouq School.

Najafi, Mohammad Hassan (1981). Jawaharlal Kalam in the description of the laws of Islam. Volumes 7 and 22. Beirut: Dar al-Ahiya al-Trath al-Arabiya.

Stone, richar (2002). The modern law of contract. 5th edition. London: Cavendish publishing.