

Paradigmatic Eclecticism of the System of Non-Fulfillment of Obligations and Its Resulting Damages in Iranian Law: A Comparative Study with Imamiyah Jurisprudence and French Law

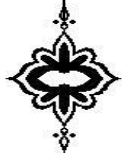
Ataollah Bigdeli¹

Received: 16/12/2020; Accepted: 11/09/2021

Abstract

In the Romano-Germanic legal system, the process of contractual liability is transparent and clear: the concept of loss is a broad concept and fault plays a major role in creating civil liability. Failure to do so will result in direct coercion, indirect compensation, the possibility of judicial termination, and compensation for all damages for late payment. In Imamiyah jurisprudence, too, the non-fulfillment of the provisions of the contract has clear concepts, rules and process: the concept of loss is a narrow concept and relating to property, fault has no role in creating civil liability, in case of non-fulfillment (if its meaning is conceivable) there is a possibility of direct coercion by the ruler, and damages due to late payment are not counted as damages. But the sanction system of non-fulfilment in Iran intends to combine these two coherent systems. Concepts such as loss, role of fault, and the process of non-fulfillment are ambiguous because the Iranian legal system both has accepted the guarantee for violating the conditions of the contract in Islamic jurisprudence and Articles 221 and 222 of the Civil Code as to the violation of the obligation. Combining these two systems together is essentially impossible and the Iranian system must move towards one of them only. The method of this research is material content analysis and historical analysis of the legislation process. In content analysis, an attempt is made to examine the central sign along with the surrounding concepts of the problem of discovering and comparing signs in two different texts.

KeyWords: Eclectic System of Contractual Compensation, System of Damages Resulting from Non-Fulfillment of Obligation, Remedy, Fault in Civil Liability



التقاط پارادایمی نظام عدم اجرای تعهد و خسارت حاصله از آن در حقوق ایران، مطالعه تطبیقی با فقه امامیه و حقوق فرانسه

عطاء الله بیگدلی^۱

تاریخ دریافت ۱۳۹۹/۰۹/۲۶ - تاریخ پذیرش ۱۴۰۰/۰۶/۲۰

چکیده

در نظام رومی ژرمنی مفاهیم، احکام و فرایند مسئولیت قراردادی و ضمانت اجراهای عدم انجام تعهد، شفاف و روشن است: مفهوم ضرر مفهومی وسیع است و تقصیر نقش عمده‌ای در ایجاد مسئولیت مدنی دارد، فرایند اجرای تعهد با درخواست کتبی اجرا آغاز و در صورت مواجه شدن با عدم اجرا، مشمول اجبار مستقیم، اجبار غیر مستقیم، جبران خسارات، امکان فسخ قضائی و سرانجام جبران تمامی خسارات ناشی از تأخیر تأدیه می‌گردد. در فقه نیز عدم انجام مفاد عقد و شروط، مفاهیم، احکام و فرایند روشنی دارد: مفهوم ضرر مفهومی مضیق و ناظر به مال است، تقصیر نقشی در ایجاد مسئولیت مدنی ندارد، در صورت عدم اجرای مفاد عقد (اگر معنای آن در مواردی قابل تصور باشد) امکان اجبار مستقیم توسط حاکم وجود دارد و در صورت امتناع، نوبت به امکان فسخ می‌رسد و خسارات ناشی از تأخیر در تأدیه، خسارت شمرده نمی‌شود. اما نظام ضمانت اجراهای عدم اجرای مفاد تعهد در حقوق ایران قصد جمع نمودن بین این دو نظام منسجم را داشته و لذا دچار اختلاط شده است. مفاهیمی چون ضرر، نقش تقصیر، فرایند عدم اجرا در حقوق ایران مبهم هستند، زیرا نظام حقوقی ایران هم ضمانت اجرای تخلف از شروط ضمن عقد را از فقه پذیرفته است و هم در مواد (۲۲۱) و (۲۲۲) ق.م.تخلف از تعهد را. جمع این دو نظام با هم به صورت بنیادین ناممکن است و نظام ایران باید به سوی یکی از این دو حرکت نماید. روش این پژوهش تحلیل مضمون مواد و تحلیل تاریخی سیر تقنین است. در تحلیل مضمون، تلاش می‌گردد دال مرکزی به همراه مفاهیم پیرامونی مسأله کشف و تطبیق دال‌ها در دو متن متفاوت بررسی گردد.

کلیدواژه‌ها: نظام التقاطی جبران خسارت قراردادی، نظام خسارت ناشی از عدم انجام تعهد، جبران ضرر، تقصیر در مسئولیت مدنی.





مقدمه

تعهد ایجاد می‌گردد تا مفاد آن محقق شود؛ این مقتضای جدیت و قصد و رضای واقعی طرفین است، اما جهان واقع، جهانی انتزاعی و آرمانی نیست و همواره تعهدات در معرض عدم اجرا هستند، حال یا با سوء نیت، یا بر اثر فورس ماژور و عوامل غیر ارادی. هر نظام حقوقی بر اساس بنیادهای تفکری و فرا حقوقی خود نظامی را برای «ضمانت اجرای عدم انجام تعهد» پیش‌بینی می‌کند تا طرفین تعهد در صورت مواجه شدن با عدم اجرا، از آن نظام بهره ببرند. ادعای ما در این مقاله آن است که دو نظام رومی- ژرمنی و نظام فقه امامیه توانسته‌اند بر اساس مبانی و مفاهیم بنیادین خود چنین نظامی را طراحی نمایند و مفاهیم، احکام و فرایندی روشن را در موارد عدم اجرای تعهد (رومی- ژرمنی) و عدم تحقق مفاد عقد یا شرط ضمن آن (فقه امامیه) ارائه دهند، اما این دو نظام در مبانی و مفاهیمی چون چرائی جبران خسارت، مفهوم ضرر، نقش تقصیر و... با یکدیگر اختلافات بنیادین دارند و ما شاهد دو نظام متمایز از هم در بحث جبران خسارات هستیم.

اما حقوق ایران به دلایل تاریخی و اجتماعی، سعی در پیوند زدن این دو درخت ناهمگون داشته است و ثمره این تلاش تاریخی، ایجاد یک نظام مبهم و ناکارآمد بوده است در این نظام، ساده‌ترین مفاهیم، چون: ضرر، خسارت، عقد، عهد، تقصیر، خسارات تأخیر تأدیه، ضمانت اجرای غیر مستقیم و... به مفاهیمی مبهم و مردد بین چند معنا بدل شده‌اند. ما ابتدا بحث را در دو نظام رومی- ژرمنی و فقه پی خواهیم گرفت و سرانجام به تحلیل این مواد در حقوق ایران خواهیم پرداخت.

۱. عدم اجرای تعهد در حقوق رومی- ژرمنی

۱-۱. گزارشی از احکام و دکترین

حقوقدانان فرانسوی موضوع مباحث خود را به تبع قانون مدنی فرانسه عدم اجرای Obligation قرارداده‌اند و نه عقد یا قرارداد؛ زیرا اثر قرارداد ایجاد تعهد است و عدم





اجرای آن معنا ندارد، چرا که با هر قراردادی بلافاصله تعهد ایجاد می‌شود و قرارداد امری حقوقی و اعتباری است که با جاری شدن ایجاب و قبول محقق می‌شود و اثر آن همانا ایجاد تعهد است که باید اجرا شود (Terré et al, Weill et Terré, 1980: 434, n: 385)؛ (2005: 548, n: 558). البته وضعیت دوگانه و مبهم مفهوم بیع در حقوق فرانسه در دسرساز بوده است، زیرا از سویی فرانسویان تمایل دارند سنت رومی در عهدی دیدن بیع را حفظ کنند و از سویی بنا به نیازهای مدرن، به تملیکی بودن آن تمایل دارند و به این ترتیب بیع ماهیتی «تسلیطی» گرفته است. در حقوق فرانسه بیع تعهدی است که به محض وقوع اجرا شده فرض می‌شود و این با کلیت قواعد عدم اجرای فرانسوی هماهنگ نیست، لذا یکی از نقاط آسیب خیز حقوق فرانسه تحلیل امکان یا عدم امکان طرح بحث عدم انجام بیع است، چیزی که با فاصله گرفتن از سنت رومی به نظریه عقد در فقه امامیه شبیه شده و سخن گفتن از عدم اجرای عقد بیع را ناموجه می‌کند (Aynès et Malaurie, 2011: 593؛ وایت تیکر، ۱۳۸۵: ۱۱۵).

قانون مدنی جدید فرانسه^۱ مواد (۱۲۱۷) به بعد خود را به عدم اجرای مفاد تعهد اختصاص داده است، طبق این مواد اگر متعهد به مفاد تعهد عمل ننماید یا به صورت کامل عمل ننماید، متعهدله می‌تواند اقدامات ذیل را انجام دهد: ۱- از انجام تعهد خود امتناع ورزد (شبه حق حبس) ۲- اجرای اجباری تعهد را درخواست نماید ۳- کاهش قیمت را مطالبه نماید ۴- فسخ قرارداد را خواستار شود ۵- خواهان جبران نتایج عدم اجرا شود، طبق ماده (۱۲۱۷) ق.م.ف متعهدله می‌تواند هم‌زمان هریک از این اقدامات را که مانع‌الجمع نباشد درخواست نماید؛ و به خصوص درخواست جبران خسارت‌های وارده یا منافع از دست رفته همواره می‌تواند طرح شود.

۱. قانون مدنی فرانسه در سال ۲۰۱۶م بازنگری کلی شد و شماره مواد به صورت کلی تغییر نمود، ارجاعات این متن منطبق با قانون جدید است.





در حقوق فرانسه، متعهدله (دائن) باید اجرای قرارداد را از متعهد بخواهد؛ این عمل مشهور به *mise en demeure* (م ۱۲۳۱ ق.م.ف) است. (در حقوق سوئیس مشهور به *l'interpellation* (پساگرد) (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۹: ۲۷۴) است.) «درخواست اجرا» می‌تواند با اظهارنامه، احضارنامه و یا به هر صورت مکتوب دیگری باشد البته در برخی موارد درخواست اجرا لازم نیست، مانند وجود توافق (مواد ۱۳۴۴ و ۱۳۴۵ ق.م.ف) یا سپری شدن زمان در تعهدات موقت، انجام موضوع تعهد به عدم انجام کاری، یا در مورد تعهد مستمر (نگهداری عین) و یا آن‌که قانون درخواست را لازم نداند و فرض مسئولیت را از زمان عدم اجرای تعهد فرض کند (Colin et Capitan, 1932, T:2:89, n: 99)؛ Terré et al, 2005: 1037, n:1079).

پس از مطالبه و استنکاف متعهد، متعهدله می‌تواند متعهد را به اجرای مفاد تعهد مجبور کند. در قانون مدنی فرانسه این حق صراحتاً برای متعهدله پیش‌بینی نشده بود ولی اصول حقوقی، دکترین^۲ و رویه قضائی مستنبط از مواد (۱۱۴۲)، (۱۱۴۳) و (۱۱۴۴) قانون قدیم این حق را به متعهدله می‌داد (Colin et Capitan, 1932, T:2:92, n: 100)؛ Larombière, 1862: 210؛ 143 – 145 n: 143-646؛ Carbonnier, 1956, T:4:638-646؛ اوبر و دوتیول، ۱۳۹۰: ۱۳۴؛ وایت تیکر، ۱۳۸۵: ۱۱۲)؛ اما در قانون جدید ماده ۱۲۲۱ این نقیصه را رفع نمود و به متعهد حق اجبار متعهد له را اعطا نمود.

برخی حقوق‌دانان فرانسوی قلمرو امکان اجبار تعهد را صرفاً در تعهد به انتقال و تسلیم مال دانسته‌اند و تعهد به انجام یا عدم انجام کاری را غیر قابل اجبار می‌دانند (Mazeud(s), 1955, T:II: n: 933؛ Colin et Capitan, 1932, T:2:92, n: 100) مانند اجبار به تمکین زن نسبت به شوهر و یا انجام اثر هنری توسط یک هنرمند، اما این گرایش تعدیل شده و در موارد امکان، می‌توان اجبار را نیز مدنظر داشت (Rouvière, 2014; Mazeud(s), 1955, T:II: n: 933). در مورد تعهد به انتقال، در صورت استنکاف، دادگاه انتقال را انجام

۱. برای دیدن سیر تاریخی این مفهوم در حقوق فرانسه رک:





می‌دهد و یا در صورت انجام انتقال و عدم تسلیم، مال از دارایی‌های متعهدله اخذ می‌شود یا وجه مورد تعهد از دارایی‌های او برداشته می‌شود. چنانچه شخص مالی نداشته باشد، مورد از موارد اعسار در حقوق فرانسه محسوب می‌شود (Weill et Terré, 1980:919, n: 831). در مورد تعهد به انجام عمل و عدم انجام آن، اصل بر عدم امکان اجبار مستقیم متعهد است (Terré et al, 2005: 1060, n:1108)؛ اما در مورد اعمال حقوقی، غالباً دادگاه‌ها جایگزین متعهد شده و آن عمل را انجام می‌دهند یا مثلاً در مورد تعهد به تخلیه، مقامات عمومی ملک را تخلیه می‌کنند. (قانون نهم ژوئیه ۱۹۹۱م).

طبق ماده (۱۲۲۳) ق.م.ف اگر موضوع تعهدت انجام خدماتی باشد و متعهد کمتر از میزان مورد تعهد خدمات را انجام داده باشد، متعهدله، با الام کتبی می‌تواند بلافاصله از پرداخت مابقی دستمزد خودداری نماید.

اما یک راهکار جالب توجه در حقوق فرانسه در حوزه اجبار متعهد در مورد انجام عمل یا عدم انجام عمل، اجبار غیر مستقیم متعهد است. این راه حل معروف به *l'astreinte* است که تئوری بسیار پر مناقشه‌ای را در فرانسه پدید آورده است (Weill et Terré, 1980: 924, n: 834؛ Carbonnier, 1956, T:4:678؛ Mazeaud(s), 1955, T:II: n: 945؛ Colin et Capitan, 1932, T:2:109, n: 115؛ Terré et al, 2005: 1067, n:1120؛ Ripert et Boulanger, 1965, T:II: 589, n: 1614). طبق این تئوری هرگاه مدیون از انجام تعهد خود طفره برود، دادگاه او را به پرداخت مبلغی به صورت روزانه محکوم می‌کند تا تعهد را انجام دهد. مثلاً اگر نقاشی از کشیدن نقاشی خودداری کند دادگاه او را به پرداخت روزانه ده فرانک جریمه می‌کند تا نقاشی را بکشد.

نهاد *astreinte* نهادی اجباری، تهدید آمیز و نامعین از نظر مبلغ است. این نهاد از حدود ابتدای قرن نوزدهم وارد رویه قضائی فرانسه شد (به موجب رأیی در ۲۹ ژانویه ۱۸۳۴م) اما موارد اجرای آن بسیار محدود بود و صرفاً ناظر به تعهد به پرداخت مقداری پول؛ اما آرام آرام به تعهد به انجام دادن کاری، عدم انجام تعهدات ناشی از جرم و شبه جرم،





تعهدات ناشی از همسایگی و... گسترش یافت (Weill et Terré, 1980: 925, n: 835)؛
Ripert et Boulanger, 1965, T:II: 590, n: 1616؛ Carbonnier, 1956, T:4:678
وایت تیکر، ۱۳۸۵: ۱۱۳).

در فرانسه همیشه این بحث بود که آیا *astreinte* همان خسارت است یا جریمه‌ای است که دادگاه برای عدم اجرای حکم خود مقرر می‌دارد و مستقل از خسارت و تعهد ایجاد شده است؟ سرانجام کد آیین دادرسی مدنی (قابل اجرا در ۱۹۷۶) تکلیف این نهاد را روشن کرد. طبق ماده پنجم این قانون دادگاه‌ها می‌توانستند برای تضمین اجرای تصمیمات خود *astreinte* صادر کنند. ماده شش کد آیین دادرسی سابق نیز مقرر داشت *astreinte* از خسارات مستقل است؛ این مقرر توسط قانون نهم ژوئیه ۱۹۹۱ (ماده ۳۴) تأیید و تکمیل شد. در تحولات قضائی اخیر فرانسه در سال ۲۰۱۲م، مواد (L131-1 تا L131-4) کد آیین دادرسی مدنی جایگزین قوانین قدیمی شد و مقررات روشن و مفصلی را راجع به این نهاد وضع نمود^۱. در قانون مدنی ۲۰۱۶م این نهاد حقوقی بیشتر مورد توجه قرار گرفت، در ماده ده مقرر داشته است اگر کسی حقیقتی را برای رسیدن به عدالت می‌داند و از ابراز آن خودداری می‌نماید، حسب مورد می‌تواند مشمول جریمه مدنی و البته تعیین *astreinte* شود. قاضی خانواده نیز برای تضمین تصمیمات خود می‌تواند از این نهاد بهره‌بردار (ماده ۶-۲-۳۷۳) مبلغ به متعهد پرداخت می‌شود و در مواردی به نفع دولت ضبط می‌شود. (ماده ۱۲۵۰ ق.م.ف) این نهاد در شرکت‌ها (ماده ۱۸۳۹ و ۳-۱۸۴۳ ق.م.ف) نیز کاربرد یافته است. *astreinte* می‌تواند موقت (غیر قطعی)^۲ یا قطعی^۳ باشد. جریمه دیرکرد قطعی از ابتدا مشخص است و دادگاه نمی‌تواند آن را تغییر دهد، اما جریمه دیرکرد غیر قطعی به دست دادگاه است ولی می‌تواند آن را کاهش و یا بسیار افزایش دهد و از این لحاظ مانند شمشیر دو لبه و خطرناک‌تر است (شمشیر داموکلس). امروزه این نهاد در قوانین و موضوعات دیگری نیز گسترش یافته است، از جمله در قوانین بانکی، جزایی و دعاوی تخلیه (Weill



۱. برای دیدن مقررات جاری رک: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGISCTA000025026698>

۲- provisoire

۳- definitive



836 n: 930 - 927, Terré, 1980; et Terré, 2005: 1078, n:1129) و حتی قوانین عدالت اداری (مواد 1-R921 تا 7-R921 قانون عدالت اداری) البته اکنون رویه قضایی این نهاد را بیشتر به مواردی اختصاص می‌دهد که انجام تعهد به خرج متعهد و توسط دیگری ممکن نباشد و عملی کاملاً مشخص باشد مانند دعاوی خانوادگی، هنری و شخصی.

پس از طی مرحله اجبار (مستقیم و غیر مستقیم) متعهد می‌تواند با اجازه دادگاه و به هزینه خود تعهد را انجام دهد (اوبر و دوتیول، ۱۳۹۰: ۱۳۴) و در این صورت تأدیه وجوه لازم برای چنین اجرایی به عهده متعهد است (ماده ۱۲۲۲ ق.م.ف). در حقوق فرانسه تحصیل اجازه دادگاه برای انجام تعهد توسط خود متعهد لازم است (رای دیوان کشور فرانسه، شماره ۶۰۱، ۱۹۵۳ و آراء متعدد دیگر (Terré et al, 2005: 1065, n:1116)؛ Ripert et Boulanger, 1965, T:II: 590, n: 1617). این آراء در ماده ۱۲۲۲ قانون جدید صورت قانونی یافتند.

در مورد این که آیا متعهد می‌تواند قرارداد را فسخ کند یا خیر در حقوق فرانسه سخت‌گیری می‌شود. بر خلاف نگاه فقهی که حق فسخ، یک حق دارای اولویت در بسیاری از موارد عدم اجرای تعهد است، در حقوق فرانسه اصولاً طرفین حق فسخ قرارداد را ندارند و باید یا قرارداد اجرا شود یا اخذ خسارت شود. متعهدله در صورت اصرار بر فسخ باید دادخواست فسخ را به دادگاه ارائه دهد؛ لذا اگر متعهد بگوید که تعهد را انجام خواهد داد علی‌رغم درخواست متعهدله، تعهد فسخ نخواهد شد؛ لذا در فرانسه فسخ اصولاً فسخ قضایی است و اثر آن نیز غالباً از ابتدا شبیه بطلان است. مورد استثناء فسخ قضایی تنها شرط فاسخ است که طرفین در ضمن قرارداد حق فسخ را بدون مراجعه به دادگاه مورد توافق قرار می‌دهند (Aynès et Malaurie, 2011: 433؛ وایت تیکر، ۱۳۸۵: ۴۵). قانون مدنی جدید فرانسه (۲۰۱۶) این موازین را در مواد (۱۲۲۴) تا (۱۲۳۰) مورد تصریح قرارداده است.





در حقوق فرانسه پس از فراز و نشیب فراوان مجازات زندان و الزام و اجبار بدنی حذف شده است و اکنون برای تعهدات مالی فردی به زندان نمی‌رود (Mazeaud(s), 1955, T:II:, n: 942؛ شهیدی، ۱۳۹۱: ۱۹۲، ش: ۱۰۶).

اگر تمامی موارد برای اجبار متعهد به اجرای قرارداد و فسخ منتفی بود، نوبت به جبران خسارت می‌رسد؛ مواد (۱۱۳۱) تا (۱۱۵۵) و (۱۲۳۰) و (۱۲۳۱) قانون مدنی قدیم فرانسه همگی در ماده (۱۲۳۱) قانون جدید ادغام شده‌اند (مصوب ۲۰۱۶م) تمام مفاد این تک ماده مفصل، ناظر به جبران خسارت است. این مواد مقررات روشن و واضحی دارند و غالب حقوقدانان فرانسوی نیز همین مقررات را شرح زده‌اند.

مهم‌ترین نکات این ماده به شرح زیر است:

- ۱- شرط رسیدگی به خسارت، تقدیم درخواست است، تا زمانی که عدم اجرا قطعی نشده، خسارت به صورت دین محتمل باقی می‌ماند.
- ۲- از عدم اجرای تعهد باید زیانی حاصل شده باشد. گفتنی است عدم النفع نیز زیان محسوب می‌شود. (بند دوم)
- ۳- در تحقق خسارت، تفصیر متعهد شرط و انتساب ضرر به متعهد نیز لازم است، لذا مقصر با اثبات علت خارجی غیر منتسب به او که قاطع نسبت است و یا با اثبات بی‌تقصیری خود (اثبات عدم سوءنیت یا اثبات حسن نیت) می‌تواند از تأدیه خسارت معاف شود (بند اول ماده؛ Larombière, 1862: 216).
- ۴- فورس ماژور و حادثه غیر مترقبه مانع تحقق خسارت است.

۱. در حقوق فرانسه تقریباً تمامی وجود عنصر تقصیر یا سوءنیت را در تحقق مسئولیت قراردادی شرط می‌دانند (هاشمی، ۱۳۸۷: ۶۸) تنها در مورد نحوه اثبات آن اختلاف وجود دارد. برخی معتقدند عدم اجرای تعهد، خود، تقصیر است برخی معتقدند عدم ایفاء تعهد اماره تقصیر است برخی نیز قائل به تفکیک بین تعهد به وسیله و نتیجه در مقام اثبات نفس مسئولیت شده‌اند و البته برخی عدم ایفاء تعهد اماره مطلق تقصیر است، برای توضیحات بیشتر رک: وایت تیکر، ۱۳۸۵: ۹۹؛ سماواتی، ۱۳۶۸: ۱۲۶ و:

Larombière, 1862: 210; Colin et Capitan, 1932, T:2:71, n: 78; Carbonnier, 1956, T:4:286 n: 71; Weill et Terré, 1980: 441, n: 396; Bénabent, 1991, n: 406; Mazeaud(s), 1955, T:II: n: 394; Mazeaud(s), 1955, T:II: n: 436; Ripert et Boulanger, 1965, T:II: 785; Terré et al, 2005: 558, n:571; Aynès et Malaurie, 2011:465; Aynès et Malaurie, 2011: 465





- ۵- متعهد صرفاً ضامن خسارت قابل پیش‌بینی است.
- ۶- متعهد صرفاً ضامن خسارت مستقیم و بی‌واسطه است.
- ۷- وجه التزام بین طرفین نافذ است و دادگاه نمی‌تواند میزان آن را تغییر دهد مگر آن‌که مبلغ آن به صورت گزاف یا مسخره‌ای زیاد و کم باشد، که در این صورت دادگاه می‌تواند این موارد را تعدیل کند.
- ۸- خسارت تأخیر تأدیه مبلغ معینی پول پذیرفته شده و به میزان نرخ بهره قانونی است، مگر در موارد خاص. صرف اثبات تأخیر برای وصول آن کافی است. این خسارت مستقل از سایر خسارات وارده بر اثر تأخیر در تأدیه است.
- ۹- به شرط گذشت یک سال از تاریخ تأخیر، به بهره متعلق به اصل دین نیز بهره تعلق می‌گیرد.

طبق رویه، کلیه خسارات، اعم از خسارات مادی و معنوی (مانند اضطراب روحی و از بین رفتن اعتبار) قابل مطالبه است (Aynès et Malaurie, 2011:482).
به صورت خلاصه فرآیند بحث عدم اجرای تعهد در حقوق فرانسه به شکل زیر است:



۱. برای دیدن پیشنهاداتی اصلاحی و یک فرایند کم و بیش روشن‌تر و جدیدتر به مواد پیشنهادی طرح اصلاحی قانون تعهدات زیر نظر کاتالا مواد (۱۱۵۷) تا (۱۱۶۰) مراجعه کنید: Catala, ۲۰۰۴: ۹۲



۲. عدم اجرای عقد در فقه امامیه

۲-۱. گزارشی از احکام و فتاوی

در فقه غالباً از اصطلاح «وفاء بالعقد» یا «وفاء بالعهد» در مورد اجرا یا عدم اجرای مفاد عقد سخن می‌گویند (عاملی کرکی، ۱۴۱۴، ج ۵: ۳۲۸؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۳، ج ۵: ۲۲۲؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۵: ۲۰۸؛ یزدی، ۱۴۲۱، ج ۱: ۱۶۷؛ غروی اصفهانی، ۱۳۷۳، ج ۲: ۱۳۲؛ حکیم، بی‌تا: ۴۹؛ حسینی حائری، ۱۴۲۳، ج ۱: ۲۸۱) و منظور آنان اعم از عمل به مقتضای عقد و عدم نقض و عدم فسخ است.

در فرانسه از آن رو که تمامی قراردادها تأویل به تعهد می‌شوند (به زبان حقوق امروز ایران همه قراردادها عهدی هستند) برای عدم انجام همه تعهدات از فرایند و مراحل مشخصی تبعیت می‌شود اما در فقه فقها ضمانت اجرای تخلف از عقود را در عقود مختلف بحث نموده‌اند و این، نوعی تقسیم‌بندی و تکثر ایجاد می‌نماید. لذا به نظر می‌رسد ما ضمانت اجرای عدم اجرا را باید در موارد زیر بررسی کنیم:

۱- عقود تملیکی ۲- عقود عهدی و شبه‌عهدی^۱ ۳- شرط نتیجه و فعل ۴- شرط

ابتدائی.

۱-۱-۲- ضمانت اجرای عدم اجرای عقود تملیکی: به نظر می‌رسد این فرض در فقه معنای محصلی نداشته باشد زیرا اثر عقد تملیک است که نوعی اثر شرعی و خودبه‌خودی و ناظر به مقتضای عقد است. همین که بیع با مبرزی مانند ایجاب و قبول منعقد شد، مالکیت محقق است و چیز دیگری برای اجرای مفاد خود عقد نمی‌ماند؛ آری، عقد موجب آثار فرعی‌ای خواهد بود که التزاماتی به عهده بایع و مشتری می‌گذارد ولی عدم اجرای آن التزامات به معنی عدم اجرای مفاد خود عقد نیست و ملکیت حاصل است.. روشن است که ضمانت اجرای عدم تسلیم، اجبار او به تسلیم و در صورت تلف مبیع، اخذ از مال او است

۱. برخی اساتید قواعد عدم وفای به شروط را با قواعد عدم اجرای تعهدات یکی نموده و همان قواعد را بر این مورد

جاری نموده‌اند (خوئینی، ۱۳۷۹: ۱۹۱ به بعد)





ولی این امکان اجبار و اخذ و مطالبه خسارت، ناشی از ماهیت و ذات عقد نیست بلکه ناشی از قواعدی چون «الغاصب یؤخذ بأشد الاحوال»، قاعده اتلاف، قاعده ید، قاعده تسبیب، قاعده لا ضرر و... است.

۲-۱-۲- عقود عهده و شبه عهده: به نظر ما تمامی عقود عهده را می توان با ادبیات ملکیت موجه نمود و منظور از عقود عهده در فقه همان مالکیت ذمه است و در واقع این عقود ماهیتاً تملیکی است، زیرا ملکیت را در فقه به معنایی وسیع فهم می کنند که موضوع آن می تواند عین، کلی، منفعت و ذمه باشد (بیگدلی، ۱۳۹۳: ۱۳۶)، اما به هر حال با مسامحه در عقود عهده یا عقود تملیکی که شبیه عقود عهده هستند (مانند اجاره اشخاص) عدم اجرای مفاد عقد صورت روشن تری دارد. فردی اجیر می شود تا درختان باغی را آب دهد ولی از این عمل خودداری می کند، چه باید کرد؟ ظاهراً در اینجا نیز می توان فرایندی شبیه حقوق فرانسوی را پیگیری کرد، اما مبنا ملکیت است (فعالاً در مثال اجاره) یعنی منافع اجیر در ملکیت موجر است و او عملاً منافع خود را تسلیم نمی کند، لذا به نظر می رسد می توان:

الف: او را مجبور به عمل کرد (مجبور به تسلیم)

ب: در صورت عدم امکان اجبار، به هزینه او عمل را انجام داد. این اجبار نه تنها از باب امر به معروف که همه در آن مشترک هستند بلکه از باب اشتغال ذمه است (یزدی، ۱۴۱۹، ج ۵: ۸۱، مسأله ۴؛ طباطبائی قمی، ۱۴۲۳، ۱۴۰؛ طباطبائی قمی، ۱۴۲۶، ج ۷: ۲۷۷)، لذا حتی می توان برای اجبار به دادگاه های عرفی نیز رجوع کرد (حسینی روحانی، بی تا، ج ۱۵: ۲۴).

ج: اگر در صورت عدم انجام کار، مالی تلف شد اجیر ضامن قیمت اموال تلف شده است (مثل آن که درختی را آب نداد و خشک شد) این ضامن از باب اتلاف است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۷: ۱۵) لذا متعهد، ضامن اموال تلف نشده مانند عدم النفع و نقصان قیمت بازار... نخواهد بود (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۷: ۱۵؛ حلی (محقق)، ۱۴۰۸، ج ۳: ۱۸۴؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۶: ۲۲۵).





د: موجر حق فسخ معامله را خواهد داشت (یزدی، ۱۴۱۹، ج ۵: ۴۶؛ حسینی روحانی، ۱۴۲۹، ج ۲: ۱۷۲).

این فرایند در قانون مدنی ایران ذیل ماده (۵۳۴) در مساقات آمده است.

عقود عهدی محض مانند کفالت و ضمانت نیز به همین ترتیب خواهد بود. کفیل باید مکفول را حاضر نماید و الا باید از عهده حقی که بر عهده مکفول ثابت می شود برآید و اگر ملتزم به مالی شده باشد باید مال را پرداخت نماید و اگر نکند از اموالش برداشته می شود و در صورت اعسار طرف مقابل حق فسخ خواهد داشت^۱.

۱-۲-۳- شرط نتیجه و فعل: شرط نتیجه نیز مانند عقود ملکی دارای موضوع لازم التحقق نیستند بلکه به صرف ایجاد، اثر حقوقی آن ایجاد می گردد و التزامات، فرعی و تبعی است و لذا حکم آن همان حکم عقود تملیکی است. اما ظاهراً مهم ترین مصداق بحث، شرط فعل و خسارات ناشی از ترک آن است. برخی فقها صرفاً قائل به حرمت ترک شرط فعل بودند. برخی علاوه بر حرمت، امکان اجبار را قائل هستند. برخی اجبار و فسخ و سرانجام برخی ترک فعل را موجب ضمان می دانند (جبعی عاملی، ۱۴۱۰، ج ۳: ۵۰۶؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۱۹: ۷۰؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۱۳: ۶۲۹؛ نجفی (کاشف الغطا)، ۱۴۲۲: ۲۵۲؛ نراقی، ۱۴۱۵، ج ۱۴: ۴۱۰؛ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶: ۶۲؛ یزدی، ۱۴۲۱، ج ۲: ۱۲۶؛ الموسوی الخوئی، ۱۴۱۹، ج ۷: ۳۶۶).

در مواردی مانند این که نقاش ماهری شرط نموده که نقاشی معینی را بکشد و از آن ابا می کند، طبق نظر صاحب عروه در واقع مال متعهدله را که عمل خاص در ذمه متعهد بوده تلف کرده و ضامن است و صرف دادن حق فسخ و عدم پرداخت اجرت، کافی در جبران خسارت نیست بلکه متعهدله می تواند قرارداد را ابقاء نماید و قیمت عمل مورد تعهد را

۱. در مورد ضمانت اجرای شرط ترک فعل اعم از فعل مادی و به خصوص حقوقی نیز همین قواعد کم و بیش جاری است، اما این قواعد صورت خاصی می گیرند و چون برای ترک فعل و تخطی از آن صورت اجبار متصور نیست فقها بیشتر به ابطال و عدم نفوذ، یعنی بی اثر کردن یا امکان بی اثر کردن فعل انجام شده گرایش دارند (خیاری شدن معامله اول یا امکان بطلان معامله دوم) برای بحث مفصل رک: (سعادت مصطفوی، ۱۳۸۳: ۱۷۳).





مطالبه کند (وحدتی شییری، ۱۳۸۸، ۱۹۹). برخی فقها در مورد شرط ضمن عقد مساقات این سخن را پذیرفته‌اند. اگر عامل از انجام شروط ذیل عقد مساقات استنکاف کند، مشروطه می‌تواند هم عقد را فسخ کند و هم می‌تواند عقد را ابقاء کند و اجرت‌المثل را مطالبه کند (یزدی، ۱۴۱۹، ج ۵: ۳۶۲، کتاب المساقات، مسأله ۱۱؛ حلی (علامه)، ۱۴۲۰، ج ۳: ۱۵۳). بلکه صاحب عروه این قاعده را کلی می‌داند و عقد مساقات را دارای خصوصیت خاصی نمی‌داند و مسأله را در سایر عقود سیاله (جاری) می‌داند (یزدی، ۱۴۱۹، ج ۵: ۳۶۲). اما مشهور، شرط را موجب ضمان مالی نمی‌داند و معتقد است ماهیت شرط جزء اموال نیست لذا صرفاً می‌توان متعهد را به عمل به شرط مجبور کرد و اگر اجبار ممکن نبود عقد را به استناد خیار تخلف از شرط می‌توان فسخ کرد (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۷: ۶۹؛ الموسوی الخوئی، بی‌تا، کتاب المساقاه: ۲۸). برخی نیز با مالیت داشتن شرط موافق هستند اما ضمان را محقق نمی‌دانند لذا در صورت ترک فعل (هر چند عمل، مملوک متعهد است) اما ارتکاز عرفی ضمان مالی را محقق نمی‌داند (حکیم، ۱۴۱۰، ج ۲: ۱۳۶، مسأله ۷۷؛ وحدتی شییری ۱۳۸۸: ۱۹۹). به این ترتیب طبق قول مشهور برای ترک شرط فعل مراحل زیر طی می‌شود:

۱- اجبار ۲- در صورت عدم امکان اجبار، فسخ ۳- در صورت اتلاف مال در نتیجه ترک فعل، ضمان مالی بنا به قواعد اتلاف و لاضرر. و بنا به قول صاحب عروه یک مرحله نیز به این مراحل اضافه شده و ۴- مشروطه حق مالی نیز داشته و می‌تواند مبلغی پول از متعهد بگیرد.

۴-۱-۲ شرط ابتدائی: شرط ابتدائی شبیه‌ترین نهاد به تعهدات در معنای رومی- ژرمنی آن است. مشهور فقهاء شرط ابتدائی را اصولاً الزام‌آور نمی‌دانند، هر چند عمل به آن را مستحب می‌دانند. لذا خسارت ناشی از عدم اجرای آن نیز طبق قول مشهور قابل مطالبه نیست.





از آن چه تا کنون گفته شد منطبق کلی فقه در برخورد با عدم اجرای عقد از سوی معقود علیه روشن می شود: در فقه به مقتضای آیه «اوفوا بالعقود»، طرف عقد ملزم به رعایت مفاد عقد است (لازم یا جائز). در عقود تملیکی مفاد عقد بلافاصله ایجاد می شود و التزامات فرعی را طرف باید اجرا کند (مانند تسلیم). در عقود عهدی (با مسامحه در تعبیر) نیز باید کار مورد تعهد انجام شود. شروط نیز به همین گونه هستند. در صورت تخلف از انجام مفاد عقد و شرط، معقود له و مشروط له بنا بر مشهور ابتدا باید او را مجبور کرد (توسط حاکم) و اگر نشد، با خرج خود توسط دیگری انجام شده و طرف ضامن قیمت است و اگر این مورد نیز ممتنع بود، معقود له یا مشروط له حق فسخ خواهد داشت (عاملی کرکی، ۱۴۱۴، ج ۷: ۷۲؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۳، ج ۴: ۱۲۷؛ انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶: ۲۶۲؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ج ۴: ۷۱۹؛ رشتی، ۱۳۱۱: ۱۱۱؛ غروی نائینی، ۱۳۷۳، ج ۱: ۳۶۷؛ اصفهانی، ۱۴۲۲، ۷۷۲، مسأله ۱۴؛ مغنیه، ۱۴۲۱، ج ۳: ۲۵۱؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۱: ۸۵ و ج ۲۹: ۸۰؛ بصری بحرانی، ۱۴۱۳، ج ۴: ۲۵۰ و ج ۶: ۳۳؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۲: ۲۸۱؛ قاسمی و همکاران، ۱۴۲۶، ج ۱: ۸۵ به بعد). این ضمانت اجرا در برخی موارد با اجبار غیر مستقیم (یعنی حق حبس)، رهن و به خصوص حبس متعهد تکمیل می شود (گلبایگانی، ۱۴۱۳، ج ۱: ۲۹۷؛ طبسی، بی تا: ۳۰۶؛ شهیدی، ۱۳۹۱: ۴۷، ش: ۲۸). لذا ضمان اجیر، حمال، صنعتگر، پزشک، امین و مستعیر همه بر اساس اتلاف و تسبیب حل می شود نه نقض عهد (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۷: ۳۲۲)

همان گونه که ملاحظه می شود در فقه سخنی از خسارات ناشی از عدم انجام تعهد وجود ندارد و بحث هایی مانند تفصیر قراردادی و عدم النفع و خسارت دیر کرد... نیز بحث نشده است. شاید دلیل این مطلب آن باشد که موضوع خسارت در فقه «مال» است و قواعد ناظر به تعیین تکلیف این مسأله قواعد اتلاف و تسبیب و لاضرر و... است و تفاوت ماهوی بین تلف شدن مال بین موارد قراردادی و خارج از قرارداد وجود ندارد و همه انواع تلف اموال با همان قواعد حل می شود و البته خسارات ناشی از عدم انجام تعهد (خسارات قراردادی) نیز مصداقی از انواع آن قواعد است. لذا اگر فردی قراردادی منعقد نمود و بر اثر عدم انجام آن عقد، به طرف مقابل خسارت وارد شد و مالی تلف شد، شخص طرف





معامله به استناد اتلاف و تسبیب و با وجود شرائط آن ضامن است (سماواتی، ۱۳۶۸: ۱۲۰). مثال‌های فراوانی در فقه نشان می‌دهد که قاعده اتلاف صرفاً در مورد از بین رفتن اموال است، مانند غصب مال و منع از فروش آن و عدم ضمان نقصان قیمت بازار، حبس فرد کسوب، ضمان غاصب به قیمت یوم ادا و نه اعلی‌القیم و... (عیسایی تفرشی و محقق داماد، ۱۳۸۱: ۳۳).

۲-۲. نقش تقصیر در مسئولیت

آیا در تحقق این مسئولیت، تقصیر شرط است یا خیر؟ به عبارتی در فقه با فرض ایجاد خسارت و از بین رفتن مال به دلیل عدم اجرای مفاد عقد (تعهد) فرد خاطی مسئولیت محض دارد و صرفاً با اثبات عدم انتساب فعل به او (مانند قوه قاهره) از مسئولیت مبری می‌شود یا وجود عنصر تقصیر نیز در تحقق مسئولیت شرط است؟ اگر ما ضرر را همان‌گونه که فقها فهم می‌نموده‌اند یعنی «تلف مال موجود» بدانیم، یا به بیان دیگر منظور ما از «خسارت»، در ترکیب «خسارت قراردادی» آن باشد که بر اثر عدم اجرای عقد و تعهد، مال موجودی از بین رفته باشد، می‌توان گفت صرف از بین رفتن مال، ذیل قاعده اتلاف و تسبیب است و می‌توان علی‌رغم تمام اشکالات، قاعده لاضرر را در آن جاری دانست و گفت صرف وجود ضرر (یعنی تلف شدن مال) کافی است و قطعاً متعهدله نیازی به اثبات تقصیر نخواهد داشت و اصولاً تفاوتی بین مسئولیت قراردادی و مسئولیت خارج از قرارداد وجود ندارد؛ زیرا در فقه در هیچ‌یک از این دو نوع مسئولیت به دلیل وجود قاعده لاضرر و قاعده اتلاف وجود عنصر تقصیر لازم نیست و صرف انتساب عمل مضر به شخص کافی است و اگر هم در فقه از تقصیر سخن گفته می‌شود برای اثبات رابطه سببیت است و لاغیر (نجفی (کاشف الغطاء)، ۱۳۵۹، ج ۳، ۱۴۸، نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۰: ۴۰؛ محقق داماد، ۱۳۸۱، ج ۱: ۱۷۲ و ج ۲: ۲۳۸؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۲: ۴۳۵؛ وحدتی شبیری، ۱۳۸۸: ۱۷۶؛ بهرامی احمدی، ۱۳۸۸: ۶۱-۵۲؛ رحمانی، بی‌تا، شماره ۱۱-۱۲: ۲۸۱ و شماره ۱۵: ۴۲؛ هاشمی، ۱۳۸۷: ۷۸).

به عبارتی در فقه چند اختلاف با حقوق فرانسوی قابل پیگیری است:





اول: آن که معنای ضرر در فقه، مضیق است و در حقوق فرانسه، موسع.
دوم: آن که برای تحقق امکان اخذ خسارات (ضرر) در فقه صرف انتساب کافی است ولی در حقوق فرانسه وجود تقصیر قراردادی نیز لازم است.

سوم: در فقه تمایز بنیادین بین مسئولیت قراردادی و خارج از قرارداد وجود ندارد ولی در حقوق فرانسه علی‌رغم انتقاداتی به این تقسیم‌بندی همچنان از این تفکیک به خصوص در مقام اثبات استفاده می‌شود.

چهارم: چون مبنای تحقق امکان جبران خسارت در فقه اتلاف و لاضرر است اثبات وجود ضرر و رابطه سببیت کافی است و طرف مقابل تنها با اثبات وجود مانع سببیت مانند قوه قاهره، از مسئولیت بری می‌شود اما در فرانسه چون تقصیر لازم است این بحث پیش می‌آید که آیا اماره تقصیر یا فرض تقصیر از سوی قانون ایجاد شده است یا خیر و اثبات بی‌تقصیری چه تأثیری بر بی‌مسئولیتی دارد.

ضمانت اجرای عدم انجام تعهد در فقه در مواردی کم‌تر و نادرتر از حقوق فرانسه متصور است، زیرا عقد غالباً بلافاصله ایجاد می‌شود و باید از عدم انجام الزامات و التزامات فرعی عقود در فقه بحث کرد و در ضمن در این موارد نیز ضمانت اجرا اولاً اجبار و ثانیاً حق فسخ است (برای توضیحات مفصل‌تر رک: وحدتی شییری، ۱۳۸۸: ۱۷۴ و ۱۸۹؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۰: ۲۷؛ محقق داماد و همکاران، ۱۳۸۹: ۵۹).

۳- عدم اجرای تعهد و خسارات حاصله از آن در حقوق ایران

۳-۱- گزارشی از احکام و قوانین

مواد (۲۲۱) و (۲۲۲) ق.م.ا قوانین و قواعد کلی ناظر بر عدم اجرای تعهد را مدنظر قرار داده است. مواد (۲۲۱) و (۲۲۲) به صورت روشنی تنها در مورد تعهدات است و در مورد

۱. ماده (۲۲۱): 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 (۲۲۲): در صورت عدم ایفاء تعهد با رعایت ماده فوق حاکم





عقود هیچ سخنی نمی‌گوید. با آن‌چه در مورد حقوق فرانسه گفته شد، روشن است که این مواد ترجمه و تدوینی از مواد (۱۱۴۴)، (۱۱۴۳)، (۱۱۴۲) و (۱۱۴۷) قانون مدنی فرانسه است. صدر ماده (۲۲۱) در مورد تعهد به انجام یک فعل یا ترک یک فعل است و متضمن ماده (۱۱۳۶) ق.م.ف که تعهد به انتقال و دادن است نیست، زیرا تدوین‌کنندگان توجه داشته‌اند که این دسته از تعهدات در حقوق ایران ذیل عقود تملیکی طبقه‌بندی می‌شوند و اصولاً تعهد نیستند. اینجا اولین دوگانگی رخ می‌دهد، زیرا عنوان باب «در اثر معاملات» است و توقع آن است که قواعد عمومی در برگیرنده قواعد همه انواع معاملات و عقود باشند اما هیچ نشانی از آثار عقود تملیکی نیست، زیرا مبدأ ترجمه این متن که قانون فرانسه بوده است عقود تملیکی را نمی‌شناخته است و لذا ما تنها شاهد ضمانت اجرای عدم انجام فعل یعنی تعهد به معنای خاص آن هستیم.

اما نکته جالب‌تر در مورد ماده (۲۲۱)، مشروط نمودن ایجاد ضمان و لزوم جبران خسارت به سه شرط «تصریح»، «عرفاً به منزله تصریح» و «حسب قانون» بودن می‌باشد. ماده (۱۱۴۲) ق.م.ف فاقد این ذیل است و ظاهراً تدوین‌کنندگان این ذیل را از نظریه «ابتناء خسارت بر شروط ضمن عقد» که در فقه سابقه داشته است اخذ کرده‌اند و نفس خودداری از تعهد را مثبت خسارت ندانسته‌اند، بلکه آن را مقید به تصریح شدن، اعم از تصریح عرفی یا تصریح قانونی نموده‌اند و معتقد بوده‌اند قواعد لاضرر و اتلاف نمی‌تواند خسارات ناشی از عدم انجام تعهد را پوشش دهد^۱. این نظر قابل تأمل است و این قید ظاهراً برای ایجاد

میتواند به کسی که تعهد به نفع او شده است اجازه دهد که خود او عمل را انجام دهد و متخلف را به تادیبه مخارج آن محکوم نماید.

۱. مشهور فقها قائل به تفسیری مضیق از قاعده لاضرر هستند که طبق آن این قاعده تنها در پی نفی حکم است و نمی‌تواند حکم یا موضوعی را اثبات نماید. از جمله مهم‌ترین شارحان این نظر مشهور ملا احمد نراقی و میرزای نائینی هستند (رک: نراقی، ۱۳۷۵: ۵۵؛ نائینی، ۱۳۷۳، ج ۲: ۲۲۰) نائینی جمله مشهوری دارد که اگر نظر مثبت بودن قاعده را بپذیریم: مضافاً الی ان الالتزام بهذا مستلزم لتاسیس فقه جدید. در برابر مشهور، برخی قاعده را مثبت حکم می‌دانند مانند عبدالفتاح مراغی. جهت توضیحات تفصیلی رک: بهرامی احمدی، ۱۳۸۸: ۱۴) در مورد





هماهنگی بین ماده (۱۱۲۴) ق.م.ف و فقه امامیه به آن اضافه شده است، هرچند امروزه به دلیل انصراف عرف به الزام جبران خسارات این قید لازم نیست اما به هر حال ارجاع به قواعد لاضرر و اتلاف نیز بی‌وجه نمی‌نمود. احتمال دیگر آن است که ذیل ماده نیز از تفاسیر فرانسوی در مورد ماده (۱۱۵۰) ق.م.ف و توجیه نمودن آن بر اساس اراده طرفین وارد حقوق ایران شده باشد.

به هر حال تدوین‌کنندگان از سویی تفاوت مسئولیت قراردادی و خارج از قرارداد را پذیرفته بودند (مواد ۲۲۱ و ۳۰۱) که در فقه سابقه نداشت و از سویی مبنای لاضرر و اتلاف برای مسئولیت‌های قراردادی مناسب نبود، ضمن آن که معنای موسع ضرر را از نظام فرانسوی الهام گرفته بودند و نمی‌توانستند با قواعد فقهی که ناظر به اتلاف عین است ضررهای عرفی را که تلفی در کار نیست موجه نمایند! لذا تصمیم گرفته‌اند مبنای مسئولیت و جبران خسارات قراردادی را شرط ضمنی، عرفی و قانونی قرار دهند. این دوگانه تا جایی مشکل‌ساز شده است که برخی حقوق‌دانان حقوق این ماده را به گونه‌ای تفسیر کرده‌اند که قاعده عمومی جبران خسارت معلق به شرط ذیل ماده نشود و معتقدند مسئولیت قراردادی امری ناظر به قواعد عمومی است: «هر کس ضرری زد باید جبران کند»

امکان استناد به لاضرر، معنای ضرر و دایره شمول آن در موارد مسئولیت‌های قراردادی و دایره قواعد اتلاف و تسبیب و به خصوص این نکته که موضوع این قواعد چیستند و آیا صرفاً مال موجود هستند، یا شامل منافع و عدم النفع نیز می‌شود و یا شامل هزینه‌های انجام شده از سوی متعهدله نیز می‌گردد رک: وحدتی شبیری، ۱۳۸۸: ۱۷۴ و ۱۸۹؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۰: ۲۷، هم‌چنین در این که آیا قاعده لاضرر در مسئولیت قراردادی جاری است یا خیر و مباحث مفصل آن رک: وحدتی شبیری، ۱۳۸۸: ۱۹۱؛ محقق داماد و همکاران، ۱۳۸۹: ۵۹.

۱. تقریباً اکثر فقهای امامیه تصریح نموده‌اند که معنای ضرر عرفی است (رک: البجنوردی، ۱۳۸۶، ج ۱: ۲۱۵) اما در مقام تطبیق عرفی، گرایش عمومی در بین فقها تفسیر مضیق از ضرر بوده است که غالباً مشمول عدم النفع و یا خسارات غیر از تلف مال موجود نمی‌شود. (اصفهانی، ۱۳۷۴ق، ج ۲: ۷۴۵؛ خالصی، ۱۴۱۵ق: ۱۸؛ الموسوی الخمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۱: ۵۲۵؛ الموسوی الخوئی، ۱۴۱۷ق، ج ۳: ۵۳۲؛ نراقی، ۱۴۱۷ق: ۱۸، عائده چهارم) برخی اساتید در این موارد که لاضرر و قواعد اتلاف و تسبیب شامل خسارات ناشی از عدم انجام تعهد نمی‌شود پیشنهاد نموده‌اند بر اساس قاعده شروط و بر اساس شرط ضمنی یا صریح جبران کلیه خسارات اعم از مادی و معنوی و عدم النفع و... را توجیه نمایند. (وحدتی شبیری، ۱۳۸۸: ۱۹۶)





و این اصل نیازی به ذکر و تصریح و توافق ندارد. پس ذیل ماده (۲۲۱) ق.م ناظر به خسارات فراتر از متعارف است (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۴: ۲۵۶، ش: ۸۱۲). برخی از حقوقدانان نیز بر لزوم این شرط و مبتنی کردن کل نظام قواعد خسارات قراردادی بر شروط تأکید می‌کنند (محقق داماد، ۱۳۸۹: ۳۱۹؛ صفائی، ۱۳۸۳: ۲۲۰؛ بهرامی احمدی، ۱۳۹۰: ۳۸۸)^۱. برخی دیگر نیز تصریح کرده‌اند که موضوع این ماده در مورد تعهد به نتیجه است و تنها قید «یا برحسب قانون موجب ضمان باشد» را ناظر به تعهد به وسیله دانسته‌اند. (افتخاری، ۱۳۸۳: ۱۸۷). به‌رحال این ماده دارای صدر و ذیلی ترکیبی (فقه و فرانسه) و مبهم است.

اما مهم‌ترین ماده در بخش ضمانت اجرای عدم اجرای تعهد ماده ۲۲۲ است. طبق این ماده هرگاه تعهد ایفاء نشود، طرف متعهدله می‌تواند با اجازه دادگاه، خود، عمل را انجام دهد و متخلف باید هزینه‌ها را تأدیه کند. کل ضمانت اجرای عدم اجرای تعهد در این بخش و در حقوق ایران همین دو ماده است و اکنون ما با پرسش‌های مهمی مواجه می‌شویم:

آیا در حقوق ایران قاعده عمومی ضمانت اجرا آن است که ابتدا انجام تعهد درخواست شود، سپس در صورت استنکاف، طرف متعهدله به خرج خود و با اجازه دادگاه، مورد تعهد را انجام می‌دهد و در صورت عدم امکان اجرای شخصی و بروز ضرر، متعهد باید خسارت بدهد؟ آن هم در صورت تصریح در عقد. آیا اجبار ممکن نیست؟ آیا حق فسخ وجود ندارد؟ در مواردی که تعهد شخصی است و یا مباشرت مدیون شرط شده باشد چه باید کرد؟ در مواد (۲۳۷)، (۲۳۸) و (۲۳۹) که در مورد تخلف از انجام شرط فعل ذیل

۱. از آن رو که در ماده (۴۷) قانون اجرای احکام مدنی به مفاد ماده (۷۲۹) ارجاع داده شده است برخی نسخ صریح و یا ضمنی این مقرر را نمی‌پذیرند و از وجود این نهاد در حقوق ایران دفاع می‌کنند. رک: (رودیجانی، ۱۳۸۹: ۱۶۵). برای دیدن نظر مخالف همراه با اظهار تأسف از نسخ این مواد و بدون ضمانت اجرا شدن ترک فعل شخصی در حقوق ایران رک: (شهیدی، ۱۳۹۱: ۱۸۳، ش: ۱۰۳)





عقود است ترتیب دیگری مشتمل بر ۱- وجوب انجام ۲- اجبار توسط حاکم ۳- انجام توسط شخص دیگر و با هزینه متعهد با اجازه دادگاه ۴- ایجاد حق فسخ در صورت عدم امکان اجبار پیش‌بینی شده؛ نسبت مواد (۲۲۱) و (۲۲۲) با این مواد چیست؟ آیا آن‌ها در مورد تعهدات غیرمعین و ماده (۱۰) است و مواد (۲۳۷) تا (۲۳۹) تنها ناظر به شروط؟ نسبت ماده (۲۲۱) و (۲۲۲) با ماده (۵۳۴) ق.م که ترتیب مقرر در باب شروط را پذیرفته چیست؟ به‌خصوص آن که در باب شروط (۲۳۷ تا ۲۳۹) و ماده (۵۳۴) امکان خسارت را پیش‌بینی نکرده، آیا منظور آن است که در تخلف از شروط امکان اخذ خسارت وجود ندارد (طبق نظر مشهور فقها) و تنها حق فسخ آخرین چاره است؟ حق حبس (موضوع ماده ۳۷۷ ق.م) در کجای این فرایند است؟ امکان اجبار ممتنع به تسلیم موضوع ماده (۳۷۶) در کجای فرایند مواد (۲۲۱) و (۲۲۲) آمده است؟ آیا ضمانت اجراهای مندرج در ماده (۳۹۵) ق.م منحصر است و چه نسبتی با فرایند کلی عدم اجرای تعهدات پیدا می‌کند؟ آیا اجرای نهاد *Astreinte* در ایران ممکن است؟ (موضوع ماده ۷۲۹ آ.د.م سابق). الزام بدنی مدیون تا چه میزان در حقوق ایران جاری است و نسبت آن با موازین فقهی چگونه است؟ (شهبیدی، ۱۳۹۱: ۱۸۸، ش: ۱۰۴)

همان‌گونه که روشن است وجود این دو ماده بسیار مبهم است و به هیچ روی فرایند ضمانت اجرای عدم انجام تعهد را روشن نمی‌کند؛ به خصوص سکوت در مقام بیان رهاکردن حق اجبار مستقیم^۱ و حق حبس دو مشکلی است که نمی‌توان با قیاس با مواد ذیل شروط آن را حل کرد. این مواد (۲۲۱ و ۲۲۲) عجلانه تنظیم شده‌اند و به سختی می‌توان حکم منقحی از آن‌ها برداشت نمود. معلوم نیست چرا تدوین‌کنندگان، قواعد مندرج در مواد (۲۳۷) تا (۲۳۹) را که از فقه گرفته شده و بسیار منظم است جایگزین این مواد نکرده

۱. به عنوان مثال برخی اساتید با سرهم کردن تمامی مواد ناظر به ضمانت اجرای تعهدات یک جدول دوازده مرحله‌ای را تنظیم کرده‌اند: درخواست اجرای تعهد، الزام، انجام به وسیله ثالث، فسخ، درج حق فسخ یا استفاده از اختیارات، پرداخت خسارت، وجه التزام، استفاده از حق حبس، درج حق تفاسخ، وثیقه، قرار توقیف اموال، ایفاء از عین اموال (نوبین، ۱۳۸۴: ۱۱۶). همان‌گونه که روشن است این نکات نیز هیچ فرایندی را ایجاد نمی‌کند و صرفاً احصاء برخی ضمانت اجراها است.





یا یک فرایند شفاف را از حقوق فرانسه ترجمه نموده‌اند. به هر حال وجود یا عدم وجود حق اجبار متعهد، حق حبس و حق فسخ در ابهام است و موجب ایجاد تعارض مواد (۲۲۱) و (۲۲۲) با مواد تخلف از شرط که موادی فقهی است شده است.

از این مبهم‌تر خسارات حاصله از عدم اجرای تعهدات است. بر فرض پذیرش یک فرایند برای ضمانت اجرای عدم اجرای تعهدات، آخرین مرتبه بحث، تحقق خسارات و اخذ خسارت است. قانون ایران در طول سده گذشته مبهم بوده است و دادن حکمی در این باره را مشکل نموده است. ابهام از چند جهت است: اول: خسارت چیست و چه ضررهایی قابل جبران است؟ دوم: آیا برای تحقق مسئولیت قراردادی، تقصیر لازم است؟

در نظام حقوقی ایران ضرر و خسارت معنای واحدی دارند. در قانون مدنی مصوب ۱۳۰۷ تعریفی از خسارت نشده بود، لذا بحث مفصلی در گرفت که آیا عدم‌النفع ضرر است یا نه. مشهور فقهای امامیه قائل بودند «عدم‌النفع لیس بضرر» (اصفهانی، ۱۳۷۴، ج ۲: ۷۴۵؛ خالصی، ۱۴۱۵: ۱۸؛ الموسوی الخمینی، ۱۴۲۱، ج ۱: ۵۲۵؛ الموسوی الخوئی، ۱۴۱۷، ج ۳: ۵۳۲؛ نراقی، ۱۴۱۷: ۱۸، عائدة چهارم) هر چند فقها اصل معنای ضرر را عرفی می‌دانستند، ولی در مقام تبیین عرف قائل بودند عدم‌النفع ضرر نیست (بهرامی احمدی، ۱۳۹۰: ۲۷۴). ولی در برخی موارد مصادیق عدم‌النفع را پذیرفته و آن را ضرر می‌دانند مانند منع رجل کسوب و حر (الموسوی الخمینی، ۱۴۲۱، ج ۱: ۲۰؛ رحمانی، بی‌تا، شماره ۴۲: ۱۳۰؛ مغنیه، ۱۴۲۱، ج ۵: ۱۵؛ عمیدی، ۱۴۱۶، ج ۱: ۵۲۹؛ عاملی، ۱۴۱۴، ج ۲: ۳۹۶؛ صیمری، ۱۴۲۰، ج ۴: ۸۴؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴، ج ۵: ۸۲) و یا عدم نفعی که مقدمات آن قطعی و خود نفع قطعی‌الحصول باشد را قابل استدراک می‌دانند (غروی نائینی، ۱۳۷۳، ج ۲: ۱۹۸)، اما به‌رحال مشهور عدم‌النفع را ضرر نمی‌دانند. در مقابل در نظام رومی- ژرمنی ماده (۱۱۴۹) ق.م.ف عدم‌النفع را قابل جبران و از سنخ ضرر می‌دانند.

پس از گذشت صد سال هنوز معلوم نیست در حقوق مدنی ایران وضع چگونه است! در ماده (۷۲۸) قانون سابق آیین دادرسی (۱۳۱۸) عدم منفعت را ضرر و آن را قابل جبران





دانسته بود؛ در آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۷۸ در بند دوم ماده نهم مقرر نمود: «منافی که ممکن الحصول بوده و در اثر ارتکاب جرم، مدعی خصوصی از آن محروم و متضرر می‌شود [قابل مطالبه است...].» در سال ۱۳۷۹ در قانون آیین دادرسی مدنی، تبصره دوم ماده (۵۱۵) این گونه مقرر نمود که: «خسارت ناشی از عدم‌النتفع قابل مطالبه نیست...». در سال ۱۳۹۲ آیین دادرسی کیفری اصلاح شد و در ماده (۱۴) مقرر نمود:

« ماده ۱۴ - شاکی می‌تواند جبران تمام ضرر و زیان‌های مادی و معنوی و منافع ممکن‌الحصول ناشی از جرم را مطالبه کند. تبصره ۱: زیان معنوی عبارت از صدمات روحی یا هتک حیثیت و اعتبار شخصی، خانوادگی یا اجتماعی است. دادگاه می‌تواند علاوه بر صدور حکم به جبران خسارت مالی، به رفع زیان از طرق دیگر از قبیل الزام به عذرخواهی و درج حکم در جراید و امثال آن حکم نماید. تبصره ۲: منافع ممکن‌الحصول تنها به مواردی اختصاص دارد که صدق اتلاف نماید. همچنین مقررات مرتبط به منافع ممکن‌الحصول و نیز پرداخت خسارت معنوی شامل جرایم موجب تعزیرات منصوص شرعی و دیه نمی‌شود.»

غالباً این مواد را با سابقه فرانسوی و برخلاف مشهور تفسیر می‌کنند و معتقدند منظور بند دوم ماده (۹) آیین دادرسی کیفری سال ۱۳۷۹ از منافع ممکن‌الحصول، منافع قطعی‌الحصول که مقدمات آن فراهم شده است می‌باشد و منظور از عدم‌النتفع در تبصره دوم ماده (۵۱۵) آیین دادرسی مدنی، عدم‌النتفع احتمالی و ممکن‌الحصول به معنای محتمل‌الوصول است (صفائی، ۱۳۸۳: ۲۱۱؛ بهرامی احمدی، ۱۳۹۰: ۳۷۷). قانون آیین دادرسی مصوب سال ۱۳۹۲ به روشنی دایره عدم‌النتفع را مضیق نموده و صرفاً عدم‌النتفعی که صدق اتلاف بر آن شود را قابل مطالبه دانسته است و عملاً بر ابهامات مسأله افزوده است. روشن است که این تفاسیر درست نیست و حکم دادن به جواز عدم‌النتفع خلاف مشهور و ظاهر مواد، به خصوص ماده آ.د.ک ۱۳۹۲ است. کما این که برخی حقوق‌دانان بنا بر نص تبصره دوم ماده (۵۱۵) آ.د.م خسارت عدم‌النتفع را قابل مطالبه نمی‌دانند هرچند از آن انتقاد می‌کنند (شهیدی، ۱۳۹۱: ۲۵۹، ش: ۱۳۶).





برخی دیگر نیز بین دو مفهوم «عدم النفع» و «منافع ممکن الحصول» به صورت مبنایی تفاوت قائل شده و عدم النفع را در واقع عدم تحقق سود مورد نظر از یک عمل حقوقی می‌دانند ولی منافع ممکن الحصول را منافی می‌دانند که فردی که مثلاً از کار خود منع شده است به صورت قطعی از دست داده است (نوین، ۱۳۸۴: ۲۷۳).

شاید بتوان گفت ماده (۹) آیین دادرسی کیفری که تنها مقرره‌ای است که عدم النفع را نوعی ضرر می‌داند صرفاً ناظر به خسارات ناشی از جرم است و جنبه مجازات دارد و نه روشن نمودن ماهیت حقوقی عدم النفع، اما به هر حال جمع مواد عملاً معقول نیست (به این مواد ماده ۵۳۶ق.م. را هم اضافه کنید) و این نشان می‌دهد که نظام حقوقی ایران تعریف روشنی از ضرر و خسارت ندارد و عملاً جمع این مواد با یکدیگر و با مشهور فقه ناممکن است.

۲-۳. نقش تقصیر در مسئولیت

این مورد نیز از جالب‌ترین و عمیق‌ترین نقاط تعارض دو نظام فقهی و فرانسوی در حقوق ایران است. این بحث در مسئولیت خارج از قرارداد بسیار حاد و جدی شده است اما در مورد مسئولیت‌های قراردادی در حقوق ایران نیز موجد بحث‌ها و چالش‌هایی گردیده است.

قانون مدنی سال ۱۳۰۷ در ترجمه ماده (۱۱۴۷) قانون مدنی فرانسه دقت نمود و عامل تقصیر را وارد حقوق ایران نکرد. طبق ماده (۲۲۷)ق.م خسارت آن‌گاه محقق است که متعهد نتواند ثابت نماید که عدم اجرای تعهد به واسطه علت خارجی بوده است که نمی‌توان مربوط به او نمود و به این ترتیب اصل را بر مسئولیت محض متعهد قرار داد که ظاهراً با مبنای فقهی و اصل لاضرر و به خصوص قاعده اتلاف و تسبیب هماهنگ‌تر بود و با سایر مواد مندرج در قانون مدنی که از فقه آمده بود مانند ماده (۱۱۱۶)ق.م در مسئولیت صغیر و مجنون و مواد (۳۲۸)ق.م به بعد در اتلاف و تسبیب تلائم بیشتری داشت.





اما در سال ۱۳۳۹ ماده اول قانون مسئولیت مدنی، مسئولیت خارج از قرارداد را مبتنی بر عمد و بی احتیاطی یعنی تقصیر نمود و سرانجام در سال ۱۳۷۹ قانون آیین دادرسی مدنی در ماده (۵۱۵)، خسارت ناشی از عدم انجام تعهدات را نیز منوط به احراز تقصیر خوانده کرد. گرایش مقنن ایرانی به دخیل نمودن تقصیر در تحقق مسئولیت با تصویب ماده (۴۹۵) قانون مجازات در سال ۱۳۹۲ در مورد مسئولیت پزشکان به اوج رسید. در این ماده با انشائی مبهم، ضمان و مسئولیتی برای پزشک که مرتکب قصور و تقصیر نشده است شناسائی نشده است، ولو پزشک براءت اخذ نکرده باشد و به این ترتیب مسئولیت پزشک را به صورت کامل منوط به وجود عنصر تقصیر کرد. همین مقرر در ماده (۵۰۴) در مورد رانندگان و سائل نقلیه مورد تأکید قرار گرفته است و برخورد بدون تقصیر را با شرایطی فاقد ضمان معرفی کرده است و این حکم را به تمامی وسائل و ابزار آلات تسری داده است.

حقوقدانان ایران در این زمینه دو دسته شدند: (۱) حقوقدانانی که سعی نمودند از تئوری مسئولیت محض طرفداری کنند (بهرامی احمدی، ۱۳۹۰: ۳۶۳) و (۲) حقوقدانانی که سعی نمودند از نظریه تقصیر دفاع کنند (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۴: ۱۸۵، ش: ۷۷۸؛ شهیدی، ۱۳۹۱: ۲۲۸، ش: ۱۲۱) و این نزاع و بی نظمی هم چنان ادامه دارد.

حقوقدانان طرفدار نظریه مسئولیت محض، مواد ناظر به وجود تعدی و تفریط و تقصیر در قانون مدنی (مانند مواد ۵۸۴، ۵۵۶، ۵۱۶، ۴۹۳، ۴۹۰، ۲۷۸ و...) در باب امانات را منحصر در ید امانی امین می دانند و تقصیر را برای تبدیل ید لازم می دانند و از همه جالب تر ماده (۵۱۵) ق.آ.م. را تفسیر و توجیه می کنند و نفس عدم انجام تعهد را تقصیر می دانند (بهرامی احمدی، ۱۳۹۰: ۳۶۴) هر چند خود معترف هستند که این تفسیر با مسامحه است و با ظاهر ماده سازگار نیست. اما حقوقدانان طرفدار نظریه تقصیر هر چند ظاهر مواد (۲۲۷) و (۲۲۹) را به نفع منکران لزوم تقصیر می دانند؛ ولی تقصیر را قوی تر می دانند و به مواد قانون مدنی که به تقصیر اشاره کرده اند استناد می کنند، ولی این تقصیر خاص است و در واقع همان عهدشکنی است که در تعهد به وسیله رخ می نماید (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۴: ۱۸۶، ش: ۷۷۸؛





امامی، ۱۳۵۵، ج ۳: ۱۳۴). برخی نیز معتقدند تقصیر لازم است اما نقض عهد اماره تقصیر است و با اثبات عدم تقصیر می‌توان از مسئولیت بری شد (شهیدی، ۱۳۹۱: ۶۶، ش: ۴۶ و: ۲۳۷، ش: ۱۲۷)؛ ضمن آن که وجود تقصیر در حقوق ایران اصل است و هر جا استثناء شده (مانند عقود امانی) استثناء بر اصل لزوم تقصیر است. ماده (۵۱۵) آ.د.م نیز با مواد (۲۲۷) به بعد قابل جمع است، زیرا ماده (۵۱۵) آ.د.م در مقام بحث ماهوی بوده و می‌گوید اصل تقصیر برای تحقق مسئولیت کافی است اما ماده (۲۱۷) ق.م در مقام شکلی بوده و ناظر به نحوه اثبات است (!) (شهیدی، ۱۳۹۱: ۲۳۷، ش: ۱۲۷). این حقوقدانان مبنای فرض تقصیر را گونه‌ای اقرار ضمنی متعهد دایر بر ممکن و قابل انجام بودن تعهد می‌دانند (شهیدی، ۱۳۹۱: ۲۴۸، ش: ۱۳۰). برخی از حقوقدانان نیز معتقدند ماده (۲۲۷) ق.م فرض تقصیر کرده و این فرض صرفاً با اثبات فورس‌ماژور و قطع رابطه سببیت قابل رفع است؛ این حقوقدانان این نظر را به قانون فرانسه نیز نسبت می‌دهند (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۹: ۲۸۹، ش: ۳۷۲).

به هر حال در حقوق ایران مشخص و روشن نیست که برای تحقق مسئولیت قراردادی سرانجام تقصیر لازم هست یا خیر! هرچند به نظر می‌رسد قانون‌گذار ما به تدریج هم در مسئولیت قراردادی و هم در مسئولیت خارج از قرارداد به نظریه تقصیر گرایش پیدا کرده است و از سنت فقهی دور شده است.

نتیجه‌گیری

همان‌گونه که روشن است فقه امامیه و حقوق رومی - ژرمنی دو مبنا و فرایند متفاوت را در برخورد با عدم اجرای تعهد پیش گرفته‌اند، از سوی دیگر وضعیت حقوقی ایران نیازمند ایجاد نظام‌های ترکیبی است، امروزه در ایران نمی‌توان کل نظام فقهی یا نظام‌های خارجی را به تمامی اجرا نمود، زیرا هر یک از این نظام‌ها اقتضائاتی در بیرون از نظام حقوقی دارند که تغییر آن‌ها مشکل است. لذا وظیفه حقوقدان ایرانی ایجاد ترکیبی عاقلانه و مفید از





نظام‌های موجود است. ترکیبی که کارآمدی برای وضعیت فعلی ایران داشته باشد. اما این ترکیب از دل اتخاذ یک مبنای نظری ثابت و روشن می‌گذرد، پیشنهاد می‌گردد نظام حقوقی ایران با اصل قرارداد نظام فقهی جبران خسارات ناشی از عدم اجرای قرارداد و با بررسی تجربه دیگر نظام‌های حقوقی مواد (۲۲۱) و (۲۲۲) در تعهدات و مواد (۲۳۷)، (۲۳۸) و (۲۳۹) در شروط، مفاد ماده (۷۲۹) آ.د.م سابق، ماده (۴۷) قانون اجرای احکام مدنی، بند دوم ماده نهم آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۷۸، ماده (۱۴) قانون آیین دادرسی کیفری مصوب سال ۱۳۹۲، متن و تبصره دوم ماده (۵۱۵) ق.آ.د.م، ماده اول قانون مسئولیت مدنی و سایر قوانین متعارض و مغشوش را مجدداً بازنویسی و تنقیح گردد و همه مواد را ذیل فصل «در خسارات حاصله از عدم اجرای تعهدات» قانون مدنی مرتب و منظم نماید.

منابع

۱. اصفهانی، سید ابو الحسن، ۱۴۲۲ق، وسیله النجاه (مع حواشی الإمام الخميني)، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره.
۲. اصفهانی، محمد حسین کمپانی، ۱۳۷۴ق، القواعد الفقهية و الاجتهاد و التقليد (نهاية الدراية)، قم، کتابفروشی سید الشهداء علیه السلام.
۳. افتخاری، جواد، ۱۳۸۲ش، حقوق مدنی (۳): کلیات عقود و حقوق تعهدات (نظری و کاربردی)، تهران، میزان.
۴. امامی، حسن، ۱۳۵۵ش، حقوق مدنی، تهران، کتابفروشی اسلامیه.
۵. انصاری، مرتضی بن محمد امین، ۱۴۱۵ق، کتاب المکاسب، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
۶. اوبر، ژان لوک، دوتیول، فرانسوا کولار، ۱۳۹۰ش، حقوق تعهدات: قراردادها، ترجمه و تحقیق: مجید ادیب، تهران، میزان.





۷. بجنوردی، السید محمد حسن، ۱۳۸۶ش، القواعد الفقهیه، قم، دلیل ما.
۸. بصری بحرانی، زین الدین محمد امین، ۱۴۱۳ق، کلمه التقوی، قم، بی نا.
۹. بهرامی احمدی، حمید، ۱۳۹۰ش، حقوق تعهدات و قراردادهای، تهران، دانشگاه امام صادق.
۱۰. -----، ۱۳۸۸ش، حقوق مدنی ۴، مسئولیت مدنی، تهران، میزان.
۱۱. -----، ۱۳۸۸ش «آیا قاعده لا ضرر بر احکام عدمی حکومت دارد؟»، مجله معارف اسلامی و حقوق، سال دهم، ش ۱.
۱۲. بیگدلی، عطاءالله، ۱۳۹۳ش، تفاوت مبانی نظریه تعهدات در دو نظام رومی-ژرمنی و فقه امامیه و آثار آن در حقوق قراردادهای ایران و فرانسه، رساله دکتری، دانشگاه امام صادق.
۱۳. جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، ۱۴۱۰ق، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة (المحشی کلانتر)، قم، کتابفروشی داوری.
۱۴. -----، ۱۴۱۳ق، مسالك الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیة.
۱۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ۱۳۶۹ش، حقوق تعهدات (دوره حقوق مدنی)، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ج ۱.
۱۶. حسینی حائری، سید کاظم، ۱۴۲۳ق، فقه العقود، قم، مجمع اندیشه اسلامی.
۱۷. حسینی روحانی، سید صادق، ۱۴۲۹ق، منهاج الفقهاهه، قمف انوار الهدی، ج ۶.
۱۸. حسینی عاملی، سید جواد بن محمد، ۱۴۱۹ق، مفتاح الكرامة فی شرح قواعد العلامة، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.



۱۹. حکیم، سید محسن، ۱۴۱۰ق، منهاج الصالحین (المحشی للحکیم)، بیروت، دار التعارف للمطبوعات.
۲۰. -----، بی تا، نهج الفقاهه، قم، انتشارات ۲۲ بهمن.
۲۱. حلی (علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، ۱۴۲۰ق، تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام.
۲۲. حلی (محقق)، نجم الدین، جعفر بن حسن، ۱۴۰۸ق، شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
۲۳. خالصی، محمد باقر، ۱۴۱۵ق، رفع الغرر عن قاعدة لا ضرر، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۴. خوئینی، غفور، ۱۳۷۹ش، حقوق تعهدات: تحلیل فقهی حقوقی، تهران، زهد.
۲۵. رحمانی، محمد، ۱۳۷۷ش، قاعدة اتلاف، مجله فقه اهل بیت، ش ۱۵.
۲۶. روحانی، سید صادق، بی تا، فقه الصادق علیه السلام، قم، بی جا.
۲۷. رودیجانی، محمد مجتبی، ۱۳۸۹ش، حقوق مدنی ۳، مسؤولیت قراردادی (ضمانت اجرای مفاد قرارداد)، تهران، کتاب آوا.
۲۸. سبزواری، سید عبد الأعلى، ۱۴۱۳ق، مهذب الأحکام، قم، مؤسسه المنار.
۲۹. سعادت مصطفوی، سید مصطفی، ۱۳۸۳ش، «ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل حقوقی»، فصلنامه پژوهشی دانشگاه امام صادق (ع)، ش ۲۴.
۳۰. سعد، محمود نبیل ابراهیم، ۱۹۹۸م، النظریه العامه الالتزام، بیروت، دارالنهضة العربیه.
۳۱. سماواتی، حشمت الله، ۱۳۶۸ش، خسارات ناشی از عدم انجام تعهد در حقوق ایران و نظام های حقوقی دیگر، مشهد، انتشارات مولوی.





۳۲. شهیدی، مهدی، ۱۳۹۱ش، آثار قراردادها و تعهدات (حقوق مدنی)، تهران، مجد، ج ۳.

۳۳. صفائی، سید حسین، ۱۳۸۳ش، قواعد عمومی قراردادها، تهران، نشر میزان.

۳۴. طباطبایی قمی، سید تقی، ۱۴۲۳ق، الغایه القصوی فی التعلیق علی العروه الوثقی، کتاب الإجاره، قم، انتشارات محلاتی.

۳۵. -----، ۱۴۲۶ق، مبانی منهاج الصالحین، قم، منشورات قلم الشرق.

۳۶. طبسی، نجم الدین، بی تا، موارد السجن فی النصوص و الفتاوی، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.

۳۷. عاملی کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین، ۱۴۱۴ق، جامع المقاصد فی شرح القواعد، قم، مؤسسه آل البيت علیهم السلام.

۳۸. عاملی، محمد بن مکی، ۱۴۱۴ق، غایه المراد فی شرح نکت الإرشاد، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.

۳۹. عمیدی، سید عمید الدین بن محمد اعرج حسینی، ۱۴۱۶ق، کنز الفوائد فی حل مشکلات القواعد، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

۴۰. عیسایی تفرشی، محمد، محقق داماد، سید مصطفی، ۱۳۸۱ش، «قلمرو مسؤولیت مدنی ناشی از تخلف از اجرای تعهد»، نامه مفید، ش ۳۳.

۴۱. غروی نائینی، میرزا محمد حسین، ۱۳۷۳ق، منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، تهران، المکتبه المحمديه.

۴۲. قاسمی، محمد علی و پژوهشگران دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۴۲۶ق، فقیهان امامی و عرصه‌های ولایت فقیه، مشهد، انتشارات دانشگاه علوم اسلامی رضوی.





۴۳. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۶ش، حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها: اجرای عقد و عهدشکنی، مسئولیت قراردادی، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، ج ۴.
۴۴. گلپایگانی، سید محمد رضا، ۱۴۱۳ق، کتاب القضاء، قم، دار القرآن الکریم.
۴۵. محقق داماد، سید مصطفی، ۱۳۸۱ش، قواعد فقه، بخش مدنی، تهران، مرکز نشر اسلامی، ج ۱.
۴۶. محقق داماد، سید مصطفی، و همکاران، ۱۳۸۹ش، حقوق قراردادها در فقه امامیه، تهران، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه و انتشارات سمت، ج ۲.
۴۷. مغنیه، محمد جواد، ۱۴۲۱ق، فقه الإمام الصادق علیه السلام، قم، مؤسسه انصاریان.
۴۸. الموسوی الخمینی، سید روح الله، ۱۴۲۱ق، کتاب البیع، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره.
۴۹. الموسوی الخویی، سید ابو القاسم، ۱۴۱۷ق، القواعد الفقہیة و الاجتهاد و التقليد (الهدایة فی الأصول)، قم، مؤسسه صاحب الأمر علیه السلام.
۵۰. -----، بی تا، المستند فی شرح العروة الوثقی، بی جا.
۵۱. -----، ۱۴۱۹ق، مصباح الفقاهة فی المعاملات، قم، النشر الاسلامی.
۵۲. موسوی بجنوردی، سید حسن بن آقا بزرگ، ۱۴۱۹ق، القواعد الفقہیة، قم، نشر الہادی.
۵۳. نائینی، محمد حسین، ۱۳۷۳ق، منیة الطالب، بی جا، مکتبه المحمدی.
۵۴. نجفی (کاشف الغطاء)، علی بن جعفر بن خضر، ۱۴۲۲ق، شرح خیارات اللمعة، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.





۵۵. نجفی (کاشف الغطاء)، محمد حسین بن علی بن محمد رضا، ۱۳۵۹ق، تحریر
المجله، نجف: المكتبة المرتضوية، نجف.
۵۶. نجفی، محمد حسن، ۱۴۰۴ق، جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، بیروت، دار
إحياء التراث العربی.
۵۷. نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی، ۱۴۱۷ق، عوائد الأيام فی بیان قواعد
الأحكام، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۵۸. -----، ۱۴۱۵ق، مستند الشیعة فی أحكام الشریعة،
بیروت، مؤسسه آل البيت علیهم السلام.
۵۹. نوین، پرویز، ۱۳۸۴ش، حقوق مدنی (۳) در عقود و تعهدات بطور کلی: انعقاد و
انحلال قراردادها، تهران، تدریس.
۶۰. وایت تیکر، سایمون، ۱۳۸۵ش، اصول قراردادها در حقوق فرانسه، ترجمه حسن
ره پیکن، تهران، خرسندی.
۶۱. وحدتی شبیری، سید حسن، ۱۳۸۸ش، «مبنای مسئولیت مدنی یا ضمان ناشی از
تخلف از اجرای تعهد»، مجله فقه و اصول، ش ۸۲.
۶۲. هاشمی، سید علی، ۱۳۸۷ش، «تفاوت تقصیر در مسئولیت قراردادی و مسئولیت
خارج قرارداد»، مجله معارف اسلامی و حقوق، ش ۲۷.
۶۳. یزدی، سید محمد کاظم، ۱۴۱۹ق، العروة الوثقی (المحشی)، قم، دفتر انتشارات
اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۶۴. -----، ۱۴۲۱ق، حاشیه المکاسب، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
65. Aynès(L.); Malaurie(Ph.) et Stoffel-Munck(Ph) (2011), Droit civil -
Les obligations, éd. Defrénois, 5ème edition, Paris.
66. Bénabent, Alain (1991), Droit civil: les obligations, Montchrestien.

67. Carbonnier, Jean (1956), Droit civil,T. 4, Les Obligations. PUF Paris.
68. Catala, Pierre (2006), et al, L'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, Paris.
69. Colin, Ambroise, Capitant, H (1932), Cours elementaire de Droit Civil Francais, T: 2, 7em edition, Paris: Dalloz.
70. Demogue, René (1923),Traité des Obligations en général, Paris: Rousseau.
71. Larombière, Léobon (1862), Théorie et pratique des obligations, ou commentaire des titres III & IV, livre III du Code Napoléon, Art. 1101 à 1386,T: 1, Bruxelles: Durand.
72. Mazeaud(s),(Henri, Jean, Léon), Chabas, François (1995), Leçons de droit civil, tome 2, premier volume: Obligations: theorie generale. Edition 7, par Chabas, François, Publisher Montchrestien, paris.
73. Ripert, Georges, Boulanger, Jaen (1965); Traite de droit civil: d'apres le traite de planiol, Paris: Librairie Generale de droit et de jurisprudence.
74. Rouvière, Frédéric. Le paiement des obligations de faire et ne pas faire. Le paiement, 2014, Strasbourg, France. p.47-63. ffhal-01316751f
75. Terré, Francois; Simler, philippe; Lequette, Yves (2005); Droit civil - Les obligations, 10e édition, Paris: Dalloz.
76. Weill, Alex. Terré, François (1980), Droit civil:les obligations, Dalloz.

