

## An Investigation into the Nature and Basis of Contractual Liability; A Comparative Study of Islamic and Western Law

Received: 12/07/2021; Accepted: 12/05/2022

Mahmoud Kazemi<sup>1</sup>  
Ali Zarei<sup>2</sup>

### Abstract

Contractual liability in the strict sense of the word is the obligation to compensate for damages arisen from breach of contract. The main question is about the nature and basis of this obligation. Shall we consider it as a form of compliance of the contract; meaning that promisor has to give the equivalent of the contract to aggrieved party and perform the contract indirectly; or shall it be considered a separate nature of the contract and as a compensation which is imposed by the law? In the past, western legal systems; specially in France, contended that the claim to compensate for damages is an alternative to the contractual obligation and presumed specific performance. But this view changed, so today, contractual liability like non-contractual liability is considered as a compensatory function, and its basis is considered to be in breach of the contractual obligation so it is separated from the main obligation of the contract. This different view leads to different effects; particularly it denies the the distinction between contractual and non-contractual liability and causes the unification of civil liability. This view corresponds to Islamic law rudiments. It seems that in the Iranian legal system- emanating from Islamic Law, both contractual and non-contractual liability have a same nature and subsequently there is no duality in civil liability. In the present study, we have tried to examine this issue in the Islamic *and* French law. An interpretation of Article 221 of Civil Code concludes our perspective on Iranian law.

**Key words:** Breach of Contract, Contractual Liability, Unity of Contractual and Non-contractual Fault, Article 221 of Civil Code.



---

1. Associate Professor of Private Law, Faculty of Law and Political Science; Tehran University; (Corresponding author); Email: makazemy@ut.ac.ir  
2. Ph.D. Student of Private Law, Faculty of Law and Political Science, Tehran University, Tehran.







## مقدمه

«مسئولیت»<sup>۱</sup> یا «ضمان»<sup>۲</sup> در حقوق خصوصی به معنای الزام به جبران خسارت است که به طور معمول همراه با واژه «مدنی» استعمال می‌شود. این واژه به این معنا در قانون مدنی فرانسه سال ۱۸۰۴ به کار نرفته بود (Viney, 1995:16) و نخستین بار ژاک نکر سیاستمدار فرانسوی قرن هجدهم میلادی برای بیان تعهدات سیاسی وزرا از آن استفاده کرد و به مرور در طول سده نوزدهم به ادبیات حقوقی فرانسه راه یافت. (Henriot, 1977: 59) سورداد حقوقدان فرانسوی در کتاب مفصلی که تحت عنوان «رسالة عمومی مسئولیت، یا مطالبه خسارات خارج از قرارداد»<sup>۳</sup> در سه جلد نگاشت، نخستین کسی بود که این واژه را در مورد «الزامات خارج از قرارداد» استعمال کرد. در آن دوران الزام متعهد به جبران خسارات ناشی از نقض قرارداد را یک نوع «تعهد»<sup>۴</sup> می دانستند و برای بیان مفهوم «مسئولیت قراردادی»، از واژه «تعهد» استفاده می‌کردند. در قانون مدنی فرانسه هم برای بیان این مفهوم، واژه «تعهد» استعمال شده است.

در فقه اسلامی و به تبع، قانون مدنی ایران نیز عبارت «مسئولیت مدنی» به کار نرفته و به جای آن واژه «ضمان قهری» استعمال شده است (جزایری، ۱۴۱۶: ۲۲۷، نائینی، ۱۴۲۴: ۲۳۲، بحرالعلوم، ۱۴۰۳: ۳۴۵، موسوی خمینی، ۱۴۲۱: ۴۷۳؛ ماده ۳۰۷ به بعد ق.م.). نخستین بار در سال ۱۳۳۹ با تصویب قانون «مسئولیت مدنی» این واژه وارد ادبیات حقوقی ایران شد.

<sup>۱</sup> Responsabilité

<sup>۲</sup> . در فقه اسلامی ضمان به معانی مختلف استعمال شده است که بازگشت همه آنها به دو معنای کلی و البته شبیه به هم است: نخست به معنای تعهد؛ چنانکه در ماده ۶۸۴ ق.م. بیان شده و دوم به معنای مسئولیت جبران خسارت وارد بر دیگری؛ چنانکه در ماده ۳۲۸ ق.م. به این معنا استعمال شده. (برای مطالعه معانی مختلف ضمان در فقه اسلامی، رک: علی عبدالحکیم الصافی، ۱۴۳۱: ۲۹ به بعد).

3. Sourdat, A, Traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats, 1852.

4 Obligation





در حقوق فرانسه به تبعیت از حقوق رُم، «حق مالی» از یک جهت به عینی و دینی (شخصی) تقسیم شده (Ghestin et Goubeaux, 1990: n° 213 et s) و «حق دینی» یا «تعهد» (weill, 1971:1) نیز بر حسب منبع به ارادی (توافقی) و غیر ارادی تقسیم می‌شود. در فرضی که شخص تعهد خود را نقض کند، برای جبران خسارت ناشی از نقض تعهد، یا ایجاد موقعیتی که بر فرض اجرای تعهد، متعهدله در آن قرار می‌گرفت، یک تعهد ثانویه علیه او ایجاد می‌شود که در دکترین به «مسئولیت» یا «مسئولیت مدنی» تعبیر می‌شود. بر حسب آن که منبع تعهد اولیه، قرارداد یا قانون باشد، آن را «مسئولیت قراردادی»<sup>۱</sup> و «مسئولیت غیر قراردادی»<sup>۲</sup> نامیده‌اند. این امر به عنوان یک روش تقریباً جهانی پذیرفته شده است. (Viney, 1995: 277, n°163)

در حقوق باستان تفکیک بین مسئولیت قراردادی و غیر قراردادی وجود نداشت. (Planiol, 1902: 268, n° 876) پیدایش اصطلاح «مسئولیت قراردادی» در حقوق فرانسه، ظاهراً به سال‌های ۱۸۸۰ تا ۱۹۰۰ م. و همزمان با پذیرش «مسئولیت بدون تقصیر»<sup>۳</sup> برمی‌گردد. پلنیول حقوقدان شهیر فرانسوی با تعریفی که از تقصیر و منابع تعهدات ارائه داد، زمینه پیدایش مفهوم «مسئولیت قراردادی» را به وجود آورد. (Planiol, 1902: 268, n° 876) این تفکیک، متأثر از قانون مدنی (۱۸۰۴) فرانسه هم بود؛ زیرا در آن قانون، اگرچه واژه «مسئولیت قراردادی» استعمال نشده، اما احکام مربوط به آن تحت عنوان «در خسارات ناشی از عدم اجرای تعهد قراردادی»<sup>۴</sup> در یک فصل در مواد (۱۱۴۶) تا (۱۱۵۵) و احکام مسئولیت غیرقراردادی در فصلی جداگانه و تحت عنوان «در الزاماتی که بدون قرارداد ایجاد می‌شوند»<sup>۵</sup> در مواد (۱۳۷۰) تا (۱۳۸۶) ذکر شده بود. از آن زمان، تمیز بین دو نوع مسئولیت در اکثر نظام‌های حقوقی دنیا پذیرفته شد و امروزه «مسئولیت مدنی» در معنای عام، دارای دو نظام «قراردادی» و «خارج از قرارداد» است.



1 Responsabilité contractuelle  
 2 Responsabilité délictuelle  
 3 Responsabilité sans faute  
 4 Des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation  
 5 Des engagements qui se forment sans convention



اما از اواخر سده بیست میلادی جنبش‌هایی به سمت وحدت دو نظام مسئولیت مدنی در کشورهایی که منشأ ایجاد آن بودند، نظیر فرانسه ایجاد شده (Savaux, 1999: 1et s.) اما چنانکه آن‌ها گفته‌اند حذف «مسئولیت قراردادی» نیازمند زمان است؛ «کنار نهادن مسئولیت قراردادی به منزله برداشتن گامی بیش از حد بلند در یک تصمیم‌گیری است که هنوز اندیشه کافی در خصوص آن صورت نگرفته» (Savaux, 1999: 7). به این دلیل هنوز هم این تفکیک وجود دارد و آثاری که در طی چند قرن بر مبنای تمییز بین این دو نوع مسئولیت در حقوق مسئولیت مدنی به وجود آمده تا حدودی حفظ شده است؛ به نحوی که به رغم اصلاح قسمت تعهدات قانون مدنی فرانسه در سال ۲۰۱۶ م. تفکیک بین دو نظام مسئولیت مدنی همچنان حفظ شده است.<sup>۱</sup>

گروهی از نویسندگان حقوقی تلاش کرده‌اند برای تفکیک بین این دو نوع مسئولیت، مبانی فلسفی بیان کرده و ضرورت آن را بر مبنای عقلی توجیه کنند. به اعتقاد آنها مبنا و ماهیت این دو نوع مسئولیت از یکدیگر متمایز است؛ مسئولیت قراردادی ریشه در اراده طرفین قرارداد دارد؛ در قراردادهای تعهدات قراردادی و هرآنچه مربوط به قرارداد است از

۱. قانون مدنی سال ۱۸۰۴ فرانسه تعهدات را بر حسب منبع به دو دسته «ارادی» (قراردادی) و «غیر ارادی» (غیر قراردادی) تقسیم کرده. در عنوان سوم از کتاب سوم قانون، با نام «در قراردادهای تعهدات توافقی به طور کلی» (Des contrats est des obligations conventionnelle en général) قواعد عمومی ایجاد تعهد ارادی را در مواد ۱۱۰۱ تا ۱۳۶۹ بیان کرده و در عنوان چهارم از همان کتاب با نام «در الزاماتی که بدون توافق ایجاد می‌شوند» (Des engagement qui se forment sans convention)، در مواد ۱۳۷۰ تا مواد ۱۳۸۶ قواعد واحکام الزام‌های خارج از قرارداد (از جمله مسئولیت مدنی) بیان شده، بدون این که ذکری از واژه «مسئولیت مدنی» بشود. احکام «مسئولیت مدنی» به معنای خاص نیز با عنوان «تعهدات ناشی از «جرم» (Délit) و شبه جرم (Quasi délit) در مواد ۱۳۸۶-۱۳۸۲ مطرح شده است. بخش تعهدات قانون مدنی ۱۸۰۴ فرانسه (از مواد ۱۱۰۱ تا ۱۳۸۶) در سال ۲۰۱۶ میلادی اصلاح و تغییرات شگرفی در آن ایجاد شد و تبویب مواد و شماره آنها نیز تغییر کرده است؛ اما در مورد مسئولیت قراردادی به جز تغییرات جزئی که در نحوه بیان و تنظیم مواد ایجاد شده، مشی کلی قانونگذار سال ۱۸۰۴ مبنی بر شناسایی دو نظام مسئولیت مدنی همچنان حفظ شده است. با توجه به این که بررسی همه جانبه موضوع مقاله و روند تاریخی تحول آن، مستلزم بررسی دکتترین و کتاب‌های کلاسیک حقوق فرانسه، حتی قبل از تدوین آن است و منظور از واژه «قانون مدنی» در نوشته‌های حقوقی، قانون سال ۱۸۰۴ م. است و همان قانون مبنای اقتباس قانونگذار ایرانی در زمان تدوین قانون مدنی بوده است، شماره‌های مواد استنادی در این مقاله، بر مبنای آن قانون (قبل از اصلاحات) بوده و خواننده در صورت لزوم و نیاز به آگاهی از تغییرات احتمالی و شماره‌های جدید مواد آن می‌تواند قانون اصلاحی سال ۲۰۱۶ را مطالعه و آن را تطبیق دهد. البته در مواردی که به بحث مرتبط بوده به مواد قانون جدید اشاره شده است.





جمله تعهد به جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد، متناسب به اراده اشخاص است. متقابلاً در مسئولیت‌های غیرقراردادی احترام به مفاد پیمان و تراضی طرفین قرارداد مطرح نیست و هرکس به طور نامشروع به دیگری زبانی وارد کند، باید آن را جبران کند و این الزام ناشی از حکم قانون است نه اراده عامل زیان، هر چند عمل او ارادی باشد. (Le Tourneau, 2003 : 39)

در مقابل گروهی از حقوقدانان بین این دو نظام، تفاوت بنیادین نمی‌بینند و معتقدند ارکان و ماهیت تشکیل دهنده هر دو نوع مسئولیت یکسان است. به اعتقاد این گروه درست است که تعهدات اولیه قراردادی ناشی از اراده طرفین است، اما وقتی تعهد نقض شد، مسئولیت ناشی از آن به اراده بر نمی‌گردد، بلکه منشأ آن حکم قانون است. (Remy, et s., 1997 : 328, n° 6, Savaux, 1999: 5).

تردید نیست که متخلف از انجام تعهد قراردادی ملزم به جبران خسارات ناشی از آن است که به متعهدله تحمیل می‌شود، اما پرسش بنیادین آن است که ماهیت و مبنای این الزام چیست؟ آیا باید آن را نوعی اجرای قرارداد دانست؟ به این معنا که متعهد معادل تعهد اصلی قراردادی را به متعهدله داده و به نوعی تعهد قراردادی خود را اجرا می‌کند یا باید ماهیت آن را جبران ضرری دانست که در نتیجه عدم انجام یا اجرای نادرست قرارداد به متعهدله وارد شده است.

در حقوق ایران نویسندگان قانون مدنی ایران تحت تأثیر قانون مدنی فرانسه، مباحث مربوط به خسارات ناشی از نقض تعهد قراردادی (مسئولیت قراردادی) را تحت عنوان «در خسارات حاصله از عدم اجرای تعهدات» در فصل مربوط به آثار قراردادها و معاملات آورده‌اند (مواد ۲۲۱ به بعد ق.م.) و احکام مربوط به مسئولیت غیرقراردادی را تحت عنوان «در الزاماتی که بدون قرارداد حاصل می‌شود» در بابی جداگانه در مواد (۳۰۱) به بعد ق.م ذکر کرده‌اند.

این نوع تقسیم‌بندی، ممکن است این تصور را ایجاد کند که در قانون مدنی ما نیز همانند قانون مدنی فرانسه، مسئولیت قراردادی از غیرقراردادی متمایز است. اما نحوه انشای ماده (۲۲۱) ق.م. که اساس مسئولیت قراردادی در قانون مدنی ایران را تشکیل می‌دهد،





به گونه ایست که چنین استنباطی را بعید می نماید. عبارات این ماده اعجاب مفسران قانون مدنی را برانگیخته و سبب شده که برخی ضمن خرده گرفتن بر نویسندگان قانون مدنی درصدد توجیه آن بر آیند. روشن است که شناخت ماهیت و مبنای شکل گیری و تحول مسئولیت قراردادی در حقوق غرب به ویژه فرانسه در جهت درک بهتر این مفهوم واحکام و آثار آن در حقوق داخلی راهگشا خواهد بود. بر این اساس ابتدا ماهیت مسئولیت قراردادی در حقوق فرانسه را بررسی کرده، سپس وضعیت آن را در حقوق اسلام و ایران بیان می کنیم.

### ۱- مبنا و ماهیت مسئولیت قراردادی در حقوق فرانسه

در حقوق فرانسه در مورد ماهیت مسئولیت قراردادی دو تحلیل متفاوت در دکترین کلاسیک وجود دارد.

#### ۱-۱- تعهد به پرداخت خسارت به عنوان اجرای قرارداد و بدل تعهد اصلی

حقوقدانان قدیم فرانسه، الزام متعهد به جبران خسارات ناشی از عدم اجرای تعهدات قراردادی را ذیل عنوان «آثار تعهدات و قراردادها» بحث کرده اند. از نظر دوما، حقوقدان قدیم فرانسه، هر تعهد قراردادی دارای دو اثر است که می توان آن را اثر اولیه و ثانویه آن نامید. به موجب اثر اولیه تعهد، متعهد ملزم به اجرای موضوع تعهد است و اگر کوتاهی کند، متعهدله می تواند الزام او به اجرای آن را بخواهد. اما اگر متعهد به تعهد خود عمل نکرد و -حسب یک نظر- الزام او به اجرای آن ممکن نبود، یک تعهد ثانویه برای او ایجاد می شود که موضوع آن جبران زیان هایی است که از نقض تعهد حاصل شده است و میزان و نحوه اجرای آن بر حسب ماهیت قرارداد و تعهد نقض شده و کیفیت نقض تعهد و اوضاع و احوال دیگر معین می شود. (Domat, 1892: 245)<sup>۱</sup>

۱. مع الوصف دوما به هنگام بحث از تعهداتی که بدون قرارداد حاصل می شود (الزامات خارج از قرارداد)، عدم اجرای قرارداد را تقصیری می داند که در صورت ورود خسارت، پیمان شکن را به جبران زیان های ناشی از آن ملزم می کند؛ یعنی عدم اجرای قرارداد را به منزله تقصیری که از جرم و شبه جرم ناشی می شود، تلقی می کند.

(Domat Les lois civiles dans leur ordre naturel, livre 2, des engagements qui se forment sans convention, Titre 8, section 4, p. 136)



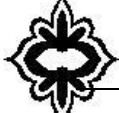




پوتیه دیگر حقوقدان قدیم فرانسوی نیز جبران خسارات ناشی از عدم اجرای تعهد و یا تأخیر در اجرای آن را ذیل عنوان «اثر تعهدات» آورده و از آن بحث کرده است. (Pothier, 1824 : 80, n°159)

از دیدگاه این گروه از نویسندگان، «عدم اجرای تعهد»، فی نفسه منبع تعهد جدیدی نیست؛ بلکه این قرارداد است که منبع تعهد اصلی و تعهد ثانوی (جبران خسارات ناشی از عدم اجرای آن) محسوب می‌شود. قانون مدنی ۱۸۰۴ فرانسه نیز به پیروی از پوتیه، حق متعهدله برای مطالبه خسارات ناشی از عدم اجرای تعهد قراردادی را ذیل عنوان «آثار تعهدات» در مواد (۱۱۴۶) به بعد آورده است و ماده (۱۱۴۷) که تعهد به جبران خسارت ناشی از نقض تعهد قراردادی در مورد عدم اجرا یا تأخیر در اجرای قرارداد را مقرر داشته، برخلاف آنچه در مسئولیت ناشی از جرم و شبه جرم (مسئولیت مدنی غیر قراردادی) وجود دارد، از تقصیر متعهد قراردادی ذکری به میان نیاورده است. (Savaux, 1999 : 3)

بر این اساس روشن است که در نظر دکترین قدیم فرانسوی مبانی مسئولیت ناشی از نقض قرارداد به کلی از مسئولیت مبتنی بر جرم و شبه جرم (مسئولیت غیر قراردادی) متمایز بوده و تحت تأثیر آن، قانون مدنی فرانسه هم تفکیک بسیار واضحی از منابع تعهدات صورت داده و مسئولیت قراردادی را از آثار قرارداد (تعهدات قراردادی) دانسته است. اکثر نویسندگان متقدم فرانسوی هم به دقت، اصول حاکم بر جبران خسارات ناشی از عدم اجرای قرارداد را از اصول حاکم بر مسئولیت قهری جدا کرده و هریک را با توجه به احکام و آثار ویژه خود بررسی کرده‌اند. (Savaux, 1999 : 3) به نظر این گروه از نویسندگان، «مقررات باب چهارم از عنوان سوم از کتاب سوم قانون مدنی فرانسه (از ماده ۱۱۵۵-۱۱۴۶) تنها در مورد خساراتی است که از عدم اجرای تعهدات قراردادی ناشی می‌شود و در مورد خسارات ناشی از جرم<sup>۱</sup> و شبه جرم<sup>۱</sup>، قابل اعمال نیست». (Acollas, 1874 : 794, Laurent, 1875 : n° 312)



توضیح آن که در قانون مدنی ۱۸۰۴ فرانسه مسئولیت مدنی با عنوان «مسئولیت ناشی از جرم (Délit) و شبه جرم (Quasi délit) در مواد ۱۳۸۶-۱۳۸۲ مطرح شده بود، اما در اصلاحیه سال ۲۰۱۶ تحت عنوان «مسئولیت خارج از قرارداد» (Responsabilité extracontractuelle) در مواد ۱۲۴۵-۱۲۴۰ بیان شده است.



به این ترتیب، از دیدگاه این گروه از نویسندگان، پرداخت خسارات ناشی از عدم اجرای قرارداد، به منزله نوعی وفای به عهد<sup>۲</sup> و اجرای اجباری قرارداد<sup>۳</sup> است.

توضیح آن که ضمانت اجرای تخلف از اجرای تعهدات قراردادی به چند دسته تقسیم می‌شود که در قانون مدنی سال ۱۸۰۴ به طور پراکنده در فصل‌های مختلف بیان شده بود؛ اما در اصلاحیه سال ۲۰۱۶ این موارد به طور یکجا در ماده (۱۲۱۷) احصاء شده است. این ضمانت اجراها حسب مورد یکی از پنج مورد است: خودداری یا تعلیق اجرای تعهد، اجرای مطالبه اجباری عین تعهد، تقلیل ثمن، فسخ قرارداد و بالاخره مطالبه خسارت. اجرای عین تعهد قراردادی کامل‌ترین و مناسب‌ترین شیوه برای متعهدله است، اما گاه اجرای عین تعهد ممکن نیست؛<sup>۴</sup> در این صورت باید معادل تعهد (exécution par equivalent) به متعهدله داده شود (Malaurie et Aynès, 1992: n° 808 et s.) که آن را «اجرای غیرمستقیم»<sup>۵</sup> تعهد نامیده‌اند و منظور از آن، پرداخت خساراتی است که در نتیجه عدم اجرای تعهد به متعهدله وارد شده است. این «خسارات» اعم است از ضرری که در اثر عدم اجرای تعهد به او تحمیل شده و منفعتی که از تحصیل آن محروم شده است. (Josserand, 1940: 36, n°581)

به این ترتیب، تعهد به پرداخت خسارت از سوی متعهدی که نقض عهد کرده، جایگزین و معادل تعهد قراردادی او و دنباله آن است و «اجرای غیرمستقیم تعهد قراردادی» نامیده می‌شود.<sup>۶</sup> طبیعی است که اجرای معادل تعهد قراردادی و به تعبیر ژوسران «اجرای

1 Quasi délit

2 paiement

3 l'exécution forcée

۴. به نظر برخی از نویسندگان هنگامی که اجرای عین موضوع تعهد ممکن باشد، مسئولیت قراردادی پیش نمی‌آید؛ بلکه محل اجرای این مسئولیت صرفاً جایی است که اجرای عین موضوع تعهد ممکن نیست و معادل آن به متعهدله داده می‌شود؛ پس در تعهداتی که موضوع آن پرداخت مبلغی وجه نقد است، چون همواره این امکان وجود دارد که عین موضوع تعهد یعنی مقداری پول از مدیون اخذ شده، به دائن پرداخت گردد، هیچ گاه بحث مسئولیت قراردادی پیش نمی‌آید. (سنه‌وری، ۱۹۸۶: ۶۵۴، ش ۴۲۴).

5 l'exécution indirecte

۶. اصطلاح «اجرای غیرمستقیم» تعهد در کلام برخی از نویسندگان حقوقی ما هم استعمال شده است. (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۷۱)؛ وی در این خصوص نوشته است: «هرگاه به جهتی از جهات به جای مورد تعهد چیز دیگری





غیرمستقیم» تعهد، تنها از طریق پرداخت مبلغ معینی وجه نقد به زیان دیده (متعهدله) صورت می‌گیرد؛ زیرا پول بهترین وسیله برای جبران خسارت است، اما این امر ماهیت آن را تغییر نمی‌دهد، زیرا سبب آن تغییر نکرده است. (Josserand, 1940: 36, n°581, Remy, 1997: 326, n° 3) اگرچه موضوع تعهد و مسئولیت در هر دو مورد (نقض قرارداد و ارتکاب جرم و شبه جرم) یکسان و مبلغی وجه نقد است، اما ماهیت حقوقی این دو از یکدیگر متمایز است، چون سبب و منبع آن‌ها متفاوت است؛ منبع یکی قرارداد و منبع دیگری قانون است. (Josserand, 1940: 36, n°581, Remy, 1997: 326, n° 3)

برخی از شارحان متقدم قانون مدنی فرانسه در تبیین مبنا و ماهیت تعهد به جبران خسارات ناشی از نقض قرارداد، بین انواع نقض عهد تفاوت قائل می‌شدند؛ به این ترتیب که اگر عدم اجرای قرارداد ناشی از تقصیر ساده و اهمال متعهد در اجرای تعهد بوده و متعهد در عدم اجرای قرارداد عمدی نداشته باشد، منشأ تعهد ثانوی دایر بر جبران خسارات ناشی از نقض عهد، ارادهٔ ضمنی طرفین قرارداد است و می‌توان آن را به یک شرط ضمنی قراردادی نسبت داد. به این معنا که بنای طرفین قرارداد این بوده که در صورت عدم اجرای تعهد اصلی، متعهد خسارات متعهدله را جبران نماید. در این صورت منشأ تعهد به جبران خسارات نیز همانند تعهد اصلی ناشی از قرارداد و تراضی طرفین است. اما اگر متعهد عمداً از اجرای قرارداد خودداری کند، منشأ و سبب تعهد به جبران خسارات ایجاد شده، ارادهٔ طرفین عقد و شرط ضمنی آن‌ها در قرارداد نیست؛ زیرا ممکن نیست در قرارداد شرطی گنجانده شود که به موجب آن طرفین، تدلیس و فریب یکدیگر را پیش‌بینی کرده و بر اساس آن بخواهند مسئولیت ناشی از عمل عمدی و فریب‌آمیز هریک را تعیین نمایند و یا از حدود آن مسئولیت بکاهند. (Demolombe, 1877 : n° 577) به عبارت دیگر عمد متعهد در عدم اجرای قرارداد، سبب ایجاد تعهد جدیدی می‌شود که از تعهد قراردادی به



داده شود می‌گویند تعهد به طور غیر مستقیم اجرا شده است. عوضی که داده می‌شود بدل اضطراری (pice aller) نامیده می‌شود. این بدل اضطراری غالباً پول است و عنوان «خسارت» (dommages-intérêts) را دارد.»



کلی متمایز است. منشأ این تعهد جدید، اراده طرفین نیست؛ بلکه او به حکم قانون باید تمام خسارات ناشی از عدم اجرای قرارداد را جبران کند. (Demolombe, 1877 : n° 577)

صرف نظر از این تفکیک، از دیدگاه دکترین کلاسیک و نویسندگان حقوقی متقدم فرانسه، تعهد به جبران خسارت، ماهیت وفای به عهد داشت و دنباله اجرای تعهد قراردادی محسوب می شد. این امر مبنای اصلی ایجاد دو نظام مسئولیت قراردادی و غیر قراردادی بود. (Savaux, 1999: 31, Gaudemet, 1965: 378 et 390, Remy, 1997: 328, n°6 et s)

**۲-۱- تعهد به پرداخت خسارت، به عنوان جبران خسارت متعهدله**

بر مبنای تحلیل دیگر، مسئولیت قراردادی (تعهد به جبران خسارت) از آثار قرارداد نیست؛ بلکه اثری است که قانون گذار بر نقض تعهد قراردادی بار می کند. به تعبیر کربونیه استاد فرانسوی: «متعهد در صورت عدم اجرای تعهد باید خساراتی را که به متعهدله وارد شده، جبران نماید؛ همان گونه که بر اساس مواد (۱۳۸۲) و (۱۳۸۳) قانون مدنی فرانسه هرکس ملزم به جبران زیانی است که در نتیجه تقصیر او به دیگری وارد می شود». (Carbonnier, 1956: 257)

این دیدگاه به ظاهر مخالف دیدگاه قانون مدنی فرانسه و نویسندگان متقدمی همچون پوتیه و دوما است که معتقد بودند مسئولیت قراردادی، دنباله اجرای تعهد قراردادی و چهره دیگری از اجرای قرارداد است. در نظریه جدید که به رویه قضائی فرانسه هم راه پیدا کرد، الزام به جبران خسارت ناشی از عدم اجرای قرارداد، مستقل از قرارداد بوده و با تعهد اولیه تفاوت بنیادین دارد. (Mazeaud, 1998: 794 et s, n° 931 et s.) مطابق این نظریه، بین مسئولیت قهری و قراردادی تفاوت جوهری وجود ندارد و هر دو کارکرد جبران کننده داشته و تابع شرایط واحد بوده، آثار مشابهی دارند. (ژوردن، ۱۳۹۱: ۶۷-۶۶)

**۳-۱- مبنای تغییر ماهیت مسئولیت قراردادی از اجرای تعهد قراردادی به جبران خسارت**

سؤال بنیادین آن است که چرا با اینکه قانون مدنی فرانسه، خسارات حاصله از عدم اجرای تعهد قراردادی را از آثار قرارداد دانسته و به تعبیر ژوسران و نویسندگان متقدم فرانسوی «اجرای غیرمستقیم» قرارداد است، مفهوم «مسئولیت قراردادی» تغییر پیدا کرد و رویه قضائی و دکترین به سمت نفی تمییز بین دو نوع مسئولیت مدنی گام برداشت.





### ۱-۳-۱- طرح اولیه وحدت مبنای دو مسئولیت توسط برخی از نویسندگان متقدم فرانسوی

به رغم غلبه دکتربین تمییز مسئولیت قراردادی از غیر قراردادی، برخی از نویسندگان قدیم فرانسه، به آن انتقاد داشتند. توله یکی از این حقوقدانان است که از تفکیک بین تقصیر قهری و قرارداد<sup>۱</sup> انتقاد کرده است. در نظر او ماده (۱۱۴۷) قانون مدنی فرانسه دقیقاً بر همان مبنای و اصولی بنا شده که مواد (۱۳۸۲) و (۱۳۸۳) آن قانون قرار دارد؛ زیرا ماده (۱۱۴۷) در مقام بیان جبران خسارات حاصل از عدم اجرای قرارداد نیز، به «تقصیر» توجه دارد و فعل و ترک فعلی را که سبب ورود خسارت به دیگری شود و بتوان آن را به عامل آن منتسب کرد، سبب مسئولیت می‌داند. (Toullier, 1824 : n°. 233) از نظر توله ماهیت مسئولیت قراردادی از مسئولیت مبتنی بر جرم و شبه جرم جدا نیست؛ زیرا قانون مدنی مبنای هر دو مسئولیت را فعل آمیخته با تقصیر دانسته که به فاعل آن قابل انتساب باشد. (Toullier, 1824 : n°. 233)

هوک دیگر حقوقدان فرانسوی، ضمن انتقاد از وجود دو نوع تقصیر و دو نظام مسئولیت، از آن با عنوان دو دکتربین تکراری و شبیه به هم یاد کرده و با استدلالی دیگر می‌گوید: «قواعدی که در خلال مواد (۱۱۴۹) تا (۱۱۵۱) قانون مدنی فرانسه بیان شده، در مورد خساراتی که از تقصیر غیر قراردادی ناشی می‌شود نیز، قابل اعمال است. بنابراین باید آن‌ها را به‌طور مشخص در مورد جرم مدنی<sup>۲</sup> اعمال کرد؛ یعنی نقض ارادی و عمدی یک تکلیف عمومی مشترک». (Huc, 1894 : n° 95)

چنین اظهارنظرهایی در اواخر قرن هجدهم و سال‌های آغازین قرن نوزدهم میلادی اگرچه در زمان خود با انتقاد شدید سایر نویسندگان رو به رو شد: (Aubry et Rau, 1942 : note 25)، اما زمینه را برای طرح نظریه وحدت تقصیر در اواخر قرن نوزدهم میلادی و به تبع آن وحدت مسئولیت قراردادی و قهری فراهم ساخت.



1 la faute contractuelle et la faute délictuelle

2 Délit civil



## ۲-۳-۱- طرح نظریه وحدت تقصیر در اواخر قرن نوزدهم میلادی

در مواد (۱۳۸۲) و (۱۳۸۳) قانون مدنی ۱۸۰۴ فرانسه، تقصیر به عنوان یکی از شرایط ایجاد مسئولیت قهری بیان شده، اما در مواد (۱۱۳۷) و (۱۱۴۷) این قانون که صحبت از شرایط مسئولیت قراردادی است از تقصیر ذکری به میان نیامده و تنها از عدم اجرای قرارداد و مسئولیت ناشی از آن صحبت شده است. این امر سبب شده که برخی از نویسندگان تعریف جداگانه‌ای برای هر یک از تقصیر قراردادی و قهری ارائه دهند و تا اواسط قرن نوزدهم میلادی؛ یعنی در فاصله سال‌های ۱۸۵۰ تا ۱۸۷۰ دو مفهوم «تقصیر قراردادی» و «تقصیر قهری» کاملاً متمایز از هم مطرح بود. دکترین غالب این بود که تقصیر قراردادی برخلاف تقصیر قهری، مفروض است و مدیون برای معاف شدن از مسئولیت تنها می‌تواند به قوه قاهره متوسل شود. زیرا ماده (۱۱۴۷)، متعهد قراردادی را در فرض نقض تعهد مسئول دانسته و تنها در صورتی از تأدیبه خسارات معاف می‌کند که وجود علت خارجی و حسن نیت خود را ثابت کند. مضافاً چنین تعبیری از تقصیر قراردادی با اصول حاکم بر وفای به عهد نیز هماهنگ می‌نمود؛ زیرا بر اساس ماده (۱۳۱۵) قانون مدنی فرانسه: «هرکس که اجرای تعهدی را مطالبه می‌کند باید آن را اثبات نماید و متقابلاً هرکس که مدعی برائت ذمه خود است باید ایفای تعهد یا امری که موجب سقوط تعهد او شده را اثبات کند». با وجود قرارداد، طلب متعهدله به اثبات رسیده و این وظیفه مدیون است که با اقامه دلیل ثابت کند ایفای تعهد کرده است. با این تعبیر «تقصیر قراردادی» تنها زمانی از بین می‌رفت که قوه قاهره و علت خارجی به اثبات می‌رسید. تمام این تعابیر از «تقصیر قراردادی» زمانی مطرح بود که الزام متعهد به جبران خسارات ناشی از نقض قرارداد را از آثار تعهد می‌دانستند. اما طرح نظریه‌های وحدت تقصیر با استدلال‌های مختلف - که در ادامه می‌آید-، این مفهوم از «تقصیر قراردادی» را دگرگون ساخت.

## ۱-۲-۳-۱- نظریه وحدت تقصیر لوفور - تشبیه قرارداد به قانون

لوفور نویسنده فرانسوی در مقاله‌ای که در سال ۱۸۸۶ در مجله انتقادی قانون‌گذاری و رویه قضایی فرانسه منتشر کرد، گفته است: «فقط تقصیر است که سبب ایجاد مسئولیت می‌شود؛ دو مفهوم «تقصیر» و «مسئولیت» از یکدیگر جدایی ناپذیرند و یکی بدون دیگری





قابل تصور نیست. مسئولیت قراردادی شیوه‌ای معیوب و تعبیری نادرست است؛ زیرا مسئولیت در هر حال، ضرورتاً قهری است.... ما مدعی نیستیم که قراردادی که سبب ایجاد رابطه حقوقی بین اشخاص است بر مسئولیت تأثیری ندارد، بلکه می‌گوییم قرارداد ماهیت مسئولیت را تغییر نمی‌دهد و مسئولیت ویژه‌ای ایجاد نمی‌کند». (Lefebvre, 1886: 485-486) به نظر لوفور تمام نظریه‌های حقوقی مسئولیت مدنی در ماده ۱۳۸۲ قانون مدنی فرانسه خلاصه می‌شود. قانون این اصل را ایجاد کرده که هر کس به دیگری ضرری وارد کند مسئول جبران آن باشد. قرارداد، به منزله قانون طرفین است و نقض آن تقصیر محسوب می‌شود؛ زیرا «تقصیر» به نقض تکالیف و تعهدات عمومی مقرر از جانب قانون‌گذار محدود نمی‌شود. از سوی دیگر شرایط و آثار قراردادها را نیز قانون معین می‌کند، از این رو نقض قرارداد به منزله نقض قانون تلقی می‌شود. به نظر او تقصیر در معنای عام، «ارتکاب عمل نامشروع» است و نقض قرارداد هم عملی نامشروع محسوب شده و سبب مسئولیت است. (Lefebvre, 1886: 486-487)

لوفور قرارداد را به قانون تشبیه کرده تا نشان دهد که نقض قرارداد وقانون ماهیت یکسانی دارند؛ نقض هر دو نوعی تقصیر محسوب شده و آثار یکسان داشته و سبب ایجاد مسئولیت است.

#### ۲-۳-۱- نظریه وحدت تقصیر گراندمولن - تشبیه قانون به قرارداد

گراندمولن یکی دیگر از طرفداران نظریه وحدت مسئولیت قراردادی و غیرقراردادی در رساله خود با عنوان «وحدت مسئولیت، یا ماهیت قهری مسئولیت در صورت نقض قرارداد» که در سال ۱۸۹۲ منتشر شده، برای اثبات ادعای خود دایره بر وحدت مسئولیت و وحدت تقصیر، قانون را به قرارداد تشبیه کرده است؛ به این معنا که قانون ناشی از توافق شهروندان است؛ خواه این توافق به‌طور مستقیم یا با واسطه از طریق نمایندگان آنها وضع شده باشد. به نظر وی قانون و قرارداد و به تبع، تعهدات ناشی از آنها دارای جوهر یکسانند (Viney, 1995:276, n°163). او به ویژه تأکید می‌کند تعهد ابتدایی ناشی از قانون یا قرارداد، با تقصیر متعهد منتفی یا غیرقابل اجرا شده و تعهد به جبران خسارت، از تعهد اولیه متمایز بوده و در هر حال ناشی از حکم قانون است (Viney, 1995:276, n°163). گراندمولن با





تشبیه قانون به قرارداد، ماهیت این دو را یکسان دانسته و معتقد است نقض هر یک از قانون و قرارداد موجب یک نوع تقصیر و مسئولیت است. (Grandmoulin, 1892: 25 et s.) به نظر وی توافق طرفین ممکن است بر قلمرو و میزان مسئولیت مؤثر باشد، اما بر منبع مسئولیت تأثیری ندارد.

### ۳-۲-۳-۱- نظریه وحدت تقصیر پلنیول

به نظر برخی از نویسندگان، (Remy, 1997 : 328 et s, n° 6 et s; Savaux, 1999:31) این پلنیول، حقوقدان شهیر فرانسوی بود که نخستین بار ارکان اصلی مسئولیت قراردادی را به آن مفهومی که امروز می‌شناسیم بنا نهاد. او در ضمن دفاعی که از نظریه «تقصیر» به عنوان مبنای مسئولیت مدنی در برابر نظریه «تضمین» که توسط سنک تلت<sup>۱</sup> مطرح شده بود، انجام داد، تفاوت و تضاد سستی که بین تقصیر قراردادی و تقصیر قهری وجود داشت را به چالش کشید. به نظر پلنیول در هر دو مورد مسئولیت قهری و قراردادی، تقصیر، تعهد به جبران خسارت ایجاد می‌کند و در هر دو مورد «تقصیر» نقض تعهد اصلی است. بدینسان پلنیول مفهوم عامی از «تقصیر» ارائه داد که شامل مسئولیت‌های قراردادی و غیر قراردادی می‌شد. (PlanioI et Ripert, 1931: n° 447 et s.; Malaurie et Aynès, 1992 : n° 50 et s.) به نظر وی «تفاوتی که ادعا می‌شود بین دو نوع تقصیر وجود دارد، بنیادی ندارد و توهمی است که از نگاه سطحی و ظاهری به موضوع ناشی شده. هر دو نوع تقصیر ماهیت یکسان داشته و یک تعهد را ایجاد می‌کند که جبران خسارات زیان دیده است. در هر دو مورد تقصیر نقض یک تعهد است؛ تفاوتی نمی‌کند که منبع آن تعهد قرارداد باشد یا قانون.» (PlanioI, 1902 :268, n°876) به نظر پلنیول منبع تمام تعهدات، قرارداد یا قانون است و نقض هر نوع تعهد صرف نظر از منبع آن، سبب ایجاد تعهد جدیدی می‌شود که عبارت از «جبران خسارت» است.

1. Sainc- Telette, De la resposabilité et de garantie, accident du transport et du travail; Bruxelles, 1884







چنانکه گفته شد، قبل از طرح نظریه پلنیول، نظریه «وحدت تقصیر»<sup>۱</sup> از جانب نویسندگانی همچون گراندمولن و لوفور بیان شده بود، اما به نظر پلنیول استدلالی که این دو نویسنده بیان داشته‌اند، اشتباه است. (Planiol, 1902: 268, n° 877) تفاوت نظر پلنیول با دو نویسنده قبلی در آنست که پلنیول تفاوت بین قانون و قرارداد را نفی نمی‌کند، اما از نظر او تفاوت این دو کم اهمیت است؛ زیرا اگر «تقصیر» را «نقض یک تعهد» بدانیم، ماهیت منبع تعهد نقض شده، نباید بر تقصیر موثر باشد». (Planiol, 1902: 268, n° 876) نظریه «وحدت تقصیر» در ربع آخر سده نوزدهم شکل گرفت و منجر به ایجاد مفهوم جدیدی از «مسئولیت قراردادی» شد. بر این اساس، پلنیول تمامی ارکان و مقدمات مورد نیاز برای تغییر ماهیت جبران خسارات ناشی از عدم اجرای قرارداد را فراهم کرد. مطابق تعریفی که او از تقصیر ارائه داد، منبع و مبنای تعهد به «جبران خسارات ناشی از عدم اجرای قرارداد»، قرارداد نیست، بلکه عدم اجرای قرارداد است و موضوع این تعهد هم اجرای معادل تعهد قراردادی و ایفای آن نیست، بلکه جبران خسارتی است که به متعهدله تحمیل شده است. (Savaux, 1999: 32-33) مطابق این نظریه، تقصیر قراردادی (نقض قرارداد) چهره‌ای از تقصیر مدنی است که در مواد (۱۳۸۲) و (۱۳۸۳) قانون مدنی فرانسه، برای آن ضمانت اجرا تعیین شده است.

در نظر پلنیول نقض تعهد (قراردادی و قانونی) به منزله «تقصیر مدنی»<sup>۲</sup> بوده و سبب ایجاد تعهد جدید و یکسانی می‌شود که موضوع آن وجه نقد است که برای جبران خسارت پرداخت می‌شود. (Planiol, 1902: 260, n° 860 et s.) بر این اساس منشأ تعهد اولیه هر چه باشد بر ماهیت و طبیعت تقصیری که از نقض آن رخ می‌دهد بی‌تأثیر است. صرف نظر از منبع تعهد اولیه و این که «قانون» یا «قرارداد» باشد، منبع تعهد ثانوی تنها یک چیز است، «نقض تعهد»<sup>۳</sup> و سبب آن زیان ناروایی است که به زیان‌دیده وارد شده و



1 La doctrine de l'unité de faute

2 faute Civile

۳. ظاهراً پلنیول این نظریه را از حقوقدانان آلمانی و از نوشته‌های سالی (salleilles) وام گرفته است. (Remy,

op.cit : 336, n° 12 et s)



موضوع آن هم جبران این زیان از طریق پرداخت مبلغی وجه نقد است. (Planiol, 1902 : 274, n° 891)

به دنبال طرح نظریه پلنیول، حقوقدانان زیادی از آن پیروی کردند. (Mazeaud, 1998: 5) 298, n°.376, Esmein, 1933:627 et s, n° 5) و این نظریه که مسئولیت قهری و قراردادی بر بنیاد و اصول مشترکی قرار دارند و تنها در برخی موارد فرعی و جزئی از هم متمایزند، کم کم گسترش یافت. چنانکه برخی از طرفداران تفکیک بین دو نوع مسئولیت اذعان دارند، صرفاً تفاوت‌های جزئی در تعهدی که نقض شده است (تعهد عمومی در مسئولیت قهری و تعهد قراردادی در مسئولیت قراردادی) مطالعه جداگانه آنها را سبب شده است. (Mazeaud, H et L,1983: n° 100 et s.;Viney, 1995 : n° 234 et s.) از آن زمان دکترین غالب در حقوق فرانسه در جهت وحدت دو نوع مسئولیت و نفی هر نوع تمایز بنیادین بین مسئولیت قهری و قراردادی بوده،<sup>۱</sup> هر چند این امر به فرجام نرسیده و به طور کلی موجب نفی مسئولیت قراردادی از صحنه حقوق نشده است.

به‌هرحال چه آنان که معتقد به وحدت این دو نوع مسئولیت هستند، (Mazeaud, 1998 : n° 376, Marty et Raynaud, 1992 : n° 364-365, Viney, 1995 : n° 1 et 2) و چه کسانی که طرفدار تعدد و تمایز آنها (Tunc, 1989 : 44, Jourdain, 2007: 123 et s.) در حال حاضر تصویری از مسئولیت قراردادی دارند که با آنچه در دکترین کلاسیک فرانسه وجود داشت، بسیار متفاوت است. بر این اساس اگرچه نظریه پلنیول در مورد تقصیر، بعدها مورد انتقاد برخی از نویسندگان قرار گرفت و نظریه‌های گوناگونی

۱. هر چند در این زمان نویسندگانی هم بوده‌اند که از دکترین کلاسیک حمایت کرده‌اند. اوژن گودمه در کتاب «نظریه عمومی تعهدات» خود می‌گوید: «خساراتی که از نقض قرارداد حاصل می‌شود، ماهیتاً از خساراتی که در مسئولیت قهری وجود دارد، متفاوت است. در مسئولیت قراردادی به واسطه قرارداد، رابطه‌ای حقوقی بین طرفین وجود دارد و تعهد به جبران خسارات هم ادامه و دنباله همان رابطه و تعهد پیشین قراردادی است که اجرای آن ناموفق مانده است و در واقع موضوع تعهدات قراردادی عوض شده است. در حالیکه در مسئولیت قهری چنین رابطه و تعهد پیشینی بین زیان‌دیده و عامل زیان وجود ندارد». (Gaudemet,1956: 393 et s.). علاوه بر این نویسنده باید از دیدگاه متأخرینی یاد کرد که مسئولیت قراردادی را جزء حقوق قراردادها و خارج از قلمرو مسئولیت مدنی می‌دانند. (Terré, Simler, Lequette 2009: 663 et s.)





ابراز شد، اما بدون شک سبب ایجاد مفهوم جدیدی از «مسئولیت قراردادی» شد که با دکترین کلاسیک متفاوت بود؛ یعنی مسئولیت قراردادی از «وفای به عهد» به «جبران خسارت» تغییر ماهیت داد.

این تحول موجب شد تا برخی از نویسندگان چهره‌ای دوگانه از مسئولیت قراردادی ترسیم کنند. بدین بیان که مسئولیت قراردادی، یا تعهد ناشی از نقض تعهد قراردادی، دارای دو موضوع متفاوت است؛ یکی جبران زیانی که از عدم اجرای قرارداد حاصل می‌شود و دیگری مطالبه معادل منافی که از اجرای قرارداد مورد انتظار بوده است. روشن است که موضوع دوم طبیعتی ممتاز از مسئولیت قهری دارد و به مفاد قرارداد وابسته است ولی موضوع نخست (جبران زیان) در هر دو نظام مسئولیت قهری و قراردادی مشترک است. (Malaurie et Aynès, 1992 : n° 812). تحت تأثیر این دیدگاه مسئولیت قراردادی در حقوق امروز کارکردی دوگانه دارد؛ هم معادل تعهد قراردادی را برای متعهدله فراهم می‌کند؛ یعنی چهره‌ای از وفای به عهد است و هم زیان‌هایی را که از عدم اجرای تعهد به متعهدله تحمیل شده جبران می‌کند؛ یعنی خاصیت جبران‌کننده دارد. (Huet, 1978. Cité par Saveaux, 1999: 33)

نشانه‌های این نظریه را در قانون مدنی ۱۸۰۴ فرانسه نیز می‌توان یافت. زیرا اولاً، قانون مدنی در سرفصل مواد مربوط به مسئولیت قراردادی از واژه (Des dommages et intérêts) استفاده کرده است که به معنای «زیان‌ها و منافع» است و در فارسی به مطلق «خسارت» ترجمه شده است. این بدان معناست که خسارت ناشی از نقض تعهد قراردادی دارای دو جنبه است؛ «ضرر» و «فوت منفعت»؛ ثانیاً، ماده ۱۱۴۹ قانون مدنی فرانسه، در مقام بیان خسارات ناشی از نقض قرارداد مقرر داشته: «به طور کلی خساراتی که متعهدله مستحق جبران آنست، عبارتند از تلف مال یا فوت منفعت، با رعایت استثنایها و تغییراتی که در مواد آتی بیان می‌شود».<sup>۱</sup> این حکم عیناً در اصلاحیه سال ۲۰۱۶ در ماده (۲-۱۲۳۱) بیان شده است.



1. Art. 1149: "Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après".



در دهه های اخیر دکترین حقوق فرانسه متمایل به نفی تمایز بین دو نوع مسئولیت است. اما اینکه این تحول چه زمانی به فرجام برسد باید صبر کرد. نهادی که در چند سده در ذهن حقوقدانان و رویه قضائی ریشه دوانده زمان می برد تا از بین رود. می توان گفت در حال حاضر به رغم اعتقاد اکثر نویسندگان فرانسوی به وحدت دو نوع مسئولیت، به دلیل آثاری که در طی چند سده از تفکیک این دو نوع مسئولیت ایجاد شده در عمل قادر به نفی آن نیستند.

#### ۴-۱- ماهیت مسئولیت قراردادی در اصلاحیه ۲۰۱۶ ق.م. فرانسه

با اصلاح بخش تعهدات قانون مدنی فرانسه در سال ۲۰۱۶ به رغم ایجاد تغییرات، در مورد ماهیت مسئولیت قراردادی تغییر عمده ای انجام نشده است. این امر حاکی از آنست که تحولات انجام شده در دکترین توانسته طراحان اصلاحیه قانون مدنی را وادار به دست کشیدن از سنت های حقوق رم و قدیم فرانسه کند. در قانون جدید همچنان مسئولیت قراردادی متمایز از مسئولیت غیر قراردادی دانسته شده و ذیل عنوان «آثار قرارداد» ذکر شده است. در این قانون در قسمت پنجم از مباحث مربوط به آثار قرارداد، ذیل عنوان «عدم اجرای قرارداد»<sup>۱</sup> در ماده (۱۲۱۷) پنج ضمانت اجرا در فرض عدم اجرای تعهد قراردادی ذکر شده که عبارتند از: خودداری یا تعلیق اجرای تعهد، مطالبه اجرای اجباری قرارداد، تقلیل ثمن، فسخ و مطالبه خسارت. در باب پنجم، ضمانت اجرای «مطالبه خسارت» تحت عنوان «جبران زیان های ناشی از عدم اجرای قرارداد»<sup>۲</sup> و در واقع مسئولیت قراردادی به معنای خاص، در مواد (۱۲۳۱-۱۲۳۱-۷) بیان شده است. اما در مواد (۱۲۴۰-۱۲۴۵) تحت عنوان «مسئولیت خارج از قرارداد»<sup>۳</sup> قواعد مسئولیت غیر قراردادی (قهری) بیان شده است. بدین ترتیب روشن است که در قانون جدید هم بین مسئولیت قراردادی و غیر قراردادی تفکیک شده است. (Maurie, 2016: 530)

1 Inexécution du contrat

2 La réparation de préjudice de l'inexécution du contrat

3 La responsabilité extracontractuelle





اما نوآوری قانون جدید در آن است که برای نخستین بار واژه «مسئولیت» در مورد مسئولیت غیرقراردادی استعمال شده است، اما در خصوص «مسئولیت قراردادی» قانونگذار از عبارت «جبران زیان ناشی از عدم اجرای قرارداد» صحبت کرده و از بکار بردن واژه «مسئولیت قراردادی» خودداری نموده است. همچنین قانون جدید بین «مسئولیت مدنی» به معنای خاص (اضرار به غیر) و سایر تعهدات غیرقراردادی، تمیز قائل شده و مسئولیت مدنی را در یک باب و تحت عنوان «مسئولیت خارج از قرارداد» و سایر تعهدات را تحت عنوان «سایر منابع تعهدات» در مواد (۱۳۰۱-۱۳۰۴-۴) بیان کرده است. به علاوه در حالی که در مسئولیت‌های خارج از قرارداد تقصیر به عنوان مبنای مسئولیت ذکر شده (م. ۱۲۴۰) در مسئولیت قراردادی نفس عدم اجرای تعهد را موجب مسئولیت دانسته (۱۲۳۱) و تنها اثبات قوه قاهره را سبب معافیت متعهد از مسئولیت می‌داند (م. ۱۲۳۲).

## ۲- مفهوم و ماهیت مسئولیت قراردادی در فقه اسلامی و حقوق موضوعه ایران

کتاب دوم از جلد اول قانون مدنی ایران در اسباب تملک است که به چهار قسمت تقسیم شده؛ قسمت دوم آن در «عقود و تعهدات و الزامات»، مشتمل بر سه باب است. عنوان باب اول آن «در عقود و تعهدات بطور کلی» است که چند فصل دارد. فصل سوم با عنوان «در اثر معاملات» نامیده شده که ذیل آن از مسئولیت قراردادی بحث شده است. عنوان این فصل از بخش سوم از عنوان سوم از کتاب سوم قانون مدنی ۱۸۰۴ فرانسه اقتباس شده که با عنوان «در آثار تعهدات»<sup>۱</sup> از ماده (۱۱۳۴) تا ماده (۱۱۵۵) ق.م. فرانسه را دربر گرفته است. نویسنده قانون مدنی ایران به جای «تعهد» از واژه «معامله» استفاده کرده است. چنانکه دیدیم قانون مدنی فرانسه با ایجاد این فصل، به ویژه از ماده (۱۱۴۲) تا ماده (۱۱۵۵) که به بیان احکام و آثار «مسئولیت قراردادی» (مسئولیت ناشی از نقض تعهد قراردادی) اختصاص داده شده، به ظاهر بین مسئولیت «قراردادی» و «غیر قراردادی» که احکام آن در مواد (۱۳۷۰) تا (۱۳۸۶) بیان شده، تفکیک قائل شده و دو نظام مسئولیت





مدنی (قراردادی و غیر قراردادی) ایجاد کرده است. اما باید دید این تفکیک در حقوق موضوعه ایران هم پذیرفته شده و آیا قانون مدنی ما هم اصالت مسئولیت قراردادی در کنار مسئولیت غیر قراردادی را پذیرفته است و در این صورت ماهیت آن چیست. برای تبیین دقیق موضع حقوق ایران باید ابتدا این موضوع در حقوق اسلام بررسی شود.

#### ۱-۲- تردید در خصوص مسئولیت قراردادی در قانون مدنی و دیدگاه های مختلف - ابهام ماده (۲۲۱) ق.م.

نویسنده قانون مدنی ما به تبعیت از قانون مدنی فرانسه، خواسته یا ناخواسته به ظاهر در تقسیم بندی کلی مواد قانون، دو نظام مسئولیت مدنی (قراردادی و غیر قراردادی) را به تفکیک بیان کرده است و ماده (۲۲۱) را با اقتباس از ماده (۱۱۴۲) قانون مدنی ۱۸۰۴ فرانسه و با اعمال تغییراتی در جهت انطباق با فقه امامیه، برای بیان مسئولیت قراردادی وضع کرده و مسئولیت های غیر قراردادی را در مواد (۳۰۱) به بعد بیان کرده است. اما از عبارات این ماده به دشواری می توان وجود مسئولیت قراردادی، متمایز از مسئولیت غیر قراردادی را استنباط کرد. ماده (۱۱۴۲) ق.م. فرانسه مقرر داشته: «در هر تعهد به انجام فعل یا ترک فعل، در صورتی که متعهد نقض عهد کند، ضامن جبران خسارت متعهدله است»<sup>۱</sup>. اما ماده (۲۲۱) ق.م. ایران مقرر داشته است: «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 به این که جبران خسارت تصریح شده و یا تعهد، عرفاً به منزله تصریح باشد و یا بر حسب قانون، موجب ضمان باشد».

این نحوه بیان قانون مدنی اعجاب نویسندگان و مفسران قانون مدنی را برانگیخته است (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۳۰۷)؛ اگر از نقض تعهد قراردادی خسارتی به متعهدله وارد شود، چرا شرط جبران آن، آنست که یا در قرارداد تصریح شده یا عرفاً در حکم تصریح در قرارداد بوده یا به حکم قانون از موجبات ضمان باشد و نویسنده قانون مدنی با این قید در صدد بیان چه چیزی بوده؟

1 - Art.1142 : " Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages intérêt, en cas d'inexécution de la part du débiteur".





به رغم ابهام ماده مزبور نویسندگان حقوقی و مفسران قانون مدنی به راحتی از کنار آن گذشته‌اند. اکثر نویسندگان حقوقی بعد از نقد این ماده اظهار داشته‌اند که این قید زائد است و در حال حاضر حکم عرف به جبران خسارات ناشی از نقض قرارداد، قاطع و عام است. (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۳۰۶) این نظر از کتاب منصورالسلطنه عدل نیز قابل استنباط است (منصورالسلطنه عدل، ۱۳۳۱: ۱۳۶ به بعد) و مرحوم دکتر امامی نیز به این امر تصریح کرده است (امامی، ۱۳۷۲: ۲۴۷). اما سؤال این جاست که آیا در زمان تدوین قانون مدنی چنین عرفی وجود نداشته است؟!

نویسندگان متأخر نیز بدون توجه به ابهامات مزبور و تلاش در جهت کشف نظر قانونگذار، و مبنای وضع آن ماده به این کیفیت، با مسلم دانستن اصالت مسئولیت قراردادی در کنار مسئولیت غیر قراردادی، نوعاً با اقتباس از حقوق غرب (فرانسه) به شرح و تفصیل احکام و آثار تمییز بین آن دو پرداخته‌اند. (صفری، ۱۳۸۹: ۲۶۶-۲۴۷؛ ایزانلو، ۱۳۹۱: ۸۷-۶۷؛ بیگدلی، ۱۳۹۶: ۸۲-۵۶؛ کریمی، ۱۳۹۹: ۳۱۰-۲۹۱).

اما همداستان با مرحوم دکتر کاتوزیان باید بر این اعتقاد بود که بی تردید حکم ماده (۲۲۱) بر اندیشه و هدفی استوار بوده که باید آن را کشف کرد (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۳۰۷). ایشان در پاسخ به این سؤال ضمن اذعان به این که با توجه به در دسترس نبودن مذاکرات مقدماتی تهیه قانون مدنی، اظهار نظر در این خصوص دشوار است، اظهار داشته‌اند که دو احتمال در این زمینه وجود دارد: یک احتمال آنست که نویسندگان قانون مدنی ضمن پیروی از آن نظریه فرانسوی که ماهیت مسئولیت مدنی را نوعی اجرای تعهد و از آثار قرارداد دانسته، خواسته‌اند بگویند برای تحقق این امر باید جبران خسارت صراحتاً در قرارداد بیاید یا در شمار لوازم عرفی یا قانونی قرارداد باشد تا بتوان آن را از آثار قرارداد محسوب کرد. احتمال دیگر آنست که چون جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد در فقه عنوانی ندارد، نویسندگان قانون مدنی خواسته‌اند آن را به دو منبع اصلی تعهد (قرارداد و قانون) منتسب کنند. (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۳۰۸-۳۰۷). در نهایت ایشان احتمال دوم را ترجیح داده‌اند، اما آن را راه حلی انحرافی دانسته و به نقد کشیده و در نهایت مردود دانسته‌اند و بیان می‌کنند که «چرا باید مسئولیت قراردادی در شمار قواعد عمومی در نیاید و جبران





خسارت مشروط به تصریح در عقد یا حکم عرف و قانون باشد؟» (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۳۰۸-۳۰۷).

به نظر می‌رسد برای بررسی و تحلیل این ماده و علت وضع آن به این کیفیت باید موضوع در فقه اسلامی بررسی شود.

## ۲-۲- عدم تمییز مسئولیت قراردادی از غیر قراردادی در فقه اسلامی

واقعیت آنست که تفکیک بین مسئولیت قراردادی و غیر قراردادی آنگونه که در نظام حقوقی جدید وجود دارد، در فقه اسلامی وجود نداشته است.

در حقوق اسلام که نظام حاکم بر ضمان قهری یک نظام کثرت گراست (کاظمی، ۱۳۹۸: ۱۹۶۴ به بعد) به این معنا که منابع متعدد ضمان وجود دارد که از سوی فقیهان بر مبنای نصوص و سایر منابع فقهی احصاء شده است؛ نظیر ائتلاف (اعم از مباشرت و تسبیب) (اعم از غصب و شبه غصب)، استیفاء، غرور، ضمان مقبوض به عقد فاسد (مراعی، ۱۴۱۸: ۴۱۶ به بعد). مع الوصف «نقض قرارداد» به عنوان یک منبع مستقل ضمان شناسایی و مطرح نشده؛ یعنی نفس نقض قرارداد در کنار سایر موارد از منابع ضمان نیست. بر این اساس برای این که نقض قرارداد موجب ضمان باشد باید لزوماً منطبق با یکی از عناوین ضمان قهری باشد. (گرچی، ۱۳۷۲: ۴۴). این حکم که نفس «نقض تعهد»، صرف نظر از این که مصداق یکی از عناوین ضمان قهری باشد، از منابع ضمان نیست، نظر اکثر حقوقدانان اسلامی پیرو مذاهب عامه نیز هست. (الخفیف، ۲۰۰۰: ۱۸-۱۷؛ السنهوری، ۱۹۹۸: ۱۶۸؛ سراج، ۱۹۹۸: ۲۵۳ به بعد)

به این ترتیب روشن است که در حقوق اسلام جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد بر مبنای قواعد ضمان قهری صورت می‌گیرد. در فرضی که نقض قرارداد سبب تلف مالی از متعهدله شود، او از باب ائتلاف (بالتسبیب) ضامن است؛ مانند این که متصدی حمل به موقع به تعهد خود در حمل کالا عمل نکند و فرستنده مجبور شود که هزینه انبارداری بدهد. همچنین در فرضی که شخص به موجب قرارداد ودیعه متعهد به محافظت از مال دیگری شده و در انجام تعهد خود کوتاهی می‌کند و مال مورد امانت تلف یا ناقص می‌شود حسب این که زیان منتسب به وی باشد یا خیر بر مبنای ائتلاف یا ضمان ید، ضامن است.







بدینسان در اکثر مواردی که متعهد نقض قرارداد می کند و به متعهدله زیان می رسد مصداق تلف یا اتلاف مال بوده و او بر مبنای «اتلاف» یا «ید» ضامن است. اما ممکن است در مواردی از نقض تعهد به متعهدله زیان برسد، اما این زیان مصداق هیچ یک از عناوین ضمان نباشد، در این فرض اگرچه او نقض تعهد کرده، اما در برابر متعهدله ضامن نیست. مانند زیان های ناشی از از بین رفتن موقعیتی که اگر متعهد قرارداد را اجرا می کرد، متعهدله به آن موقعیت می رسید؛ یعنی نقض تعهد موجب «تفویت منفعت» مورد انتظار متعهدله شده است. در این فرض «فوت منفعت» نه مصداق اتلاف است و نه ید و نه استیفاء و نه هیچ یک از دیگر منابع ضمان؛ بر این اساس از دیدگاه فقهی در این فرض دلیلی برای ضمان متعهدی که نقض عهد کرده وجود ندارد. اما در حقوق غرب بر مبنای مسئولیت قراردادی متعهد ضامن و مسئول است و چنانکه گفتیم مطابق ماده (۱۱۴۹) قانون مدنی ۱۸۰۴ فرانسه (ماده ۱-۱۲۳۱ جدید) در فرض نقض تعهد قراردادی خسارات قابل جبران اعم است از تلف مال و فوت منفعت.

البته روشن است در حقوق اسلام عقد یکی از منابع تعهد و ضمان است؛ به این معنا که هر شخص در قالب عقد می تواند تعهدی را بر عهده بگیرد که قبل از آن وجود نداشته است یا با انعقاد قرارداد ضامن خسارتی شود که بدون آن ضامن نبوده. (مراغی، ۱۴۱۸: ۴۶۸) بر این اساس ممکن است در ضمن عقدی شخص متعهد شود که در صورت نقض تعهد قراردادی، به طرف دیگر خسارت بدهد، یا مبلغ معینی پرداخت نماید. در این فرض نقض تعهد قراردادی موجب ایجاد ضمان و مسئولیت برای متعهد می شود، اما منبع تعهد همان عقد اصلی است و نقض تعهد شرط تحقق آنست.

در این خصوص فرعی از کتاب سؤال و جواب سید محمد کاظم طباطبایی بسیار گویاست. سؤال اینست که: «زید ملکی می فروشد و در قباله می نویسد: بایع حسب عقد لازم، ملتزم شد الی ۵۰ سال قمری از عهده عوض ما ظَهَرَ فسادُه و غرامت وارده بر مشتری الی ضِعْفِ الثَّمَنِ از عهده برآید. این التزام چه صورت دارد؟...» در پاسخ اینگونه آمده است: «بلی التزام مذکور در ضمن عقد ضرر ندارد. بلکه مؤکد ضمان در کی است که اگر این التزام هم نبوده ثابت بود». (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۶: ۱۷۳) حسب سؤال، بایع ضمن عقد





ملتزم شده که اگر مبیع مستحقاً للغير درآید، دو برابر ثمن را به مشتری مسترد نماید. اگر این شرط نبود حسب موازین شرعی وقانونی او ضامن استرداد عین ثمن بود ولی با این شرط او ملتزم به پرداخت دو برابر ثمن شده .

### ۳-۲- تفسیر ماده (۲۲۱) ق.م.ایران

با توجه به آنچه گفته شد، اکنون می‌توان از ماده ۲۲۱ ق.م. تفسیر واقعی و منطقی ارائه کرد. نویسندگان قانون مدنی با تغییر عبارات ماده ۱۱۴۲ ق.م. فرانسه خواسته‌اند ماده ۲۲۱ را به گونه‌ای تنظیم کنند که با فقه امامیه منطبق باشد. بنابراین از دیدگاه قانون مدنی هم، نفس «نقض قرارداد» از موجبات ضمان نیست و برای اینکه سبب ضمان و مسئولیت تلقی شود، باید مصداق یکی از موجبات ضمان قهری؛ یعنی اتلاف، تسبیب، ید، استیفاء و... باشد؛ مثلاً اگر در اثر نقض قرارداد مالی از متعهد تلف شود، متعهد بر مبنای ماده (۳۲۸) یا (۳۳۵) ق.م. از باب اتلاف یا تسبیب ضامن است؛ همچنین اگر عقد امانی باشد و متعهد به تعهد خود عمل نکند ید او از امانی به ضمانی تبدیل شده و بر مبنای ماده (۳۰۸) و (۶۳۱) ق.م. ضامن تلف مال است (دیلمی و دیگران، ۱۳۹۵: ۵۸)؛ به علاوه اگر نقض قرارداد مصداق استیفاء باشد، او از باب استیفاء ضامن خواهد بود. اما اگر نقض قرارداد مصداق عناوین ضمان نباشد، به رغم ورود خسارت به متعهد، متعهد در برابر او ضامن نیست، مگر آن که در قرارداد تصریح شود که او ضامن بوده یا عرفاً به منزله تصریح در قرارداد باشد. مصداق بارز این فرض «تفویت منفعت» است. چنانکه گفته شد خسارات ناشی از نقض قرارداد دارای دو جنبه است: تلف مال و فوت منفعت؛ در مورد تلف مال، متعهد از باب اتلاف ضامن است، اما در خصوص فوت منفعت او ضامن نیست مگر آن که در قرارداد تصریح شود یا عرفاً به منزله تصریح باشد. به این دلیل مفاد ماده (۱۱۴۹) ق.م. فرانسه که به دو جنبه فوق (تلف مال و فوت منفعت) از خسارات ناشی از قرارداد اشاره کرده در قانون





مدنی ایران نیامده و بعدها در سال ۱۳۱۸ در قانون آیین دادرسی مدنی در فصل مربوط به خسارات ناشی از عدم اجرای تعهد قراردادی در ماده (۷۲۸) به آن تصریح شده است.<sup>۱</sup> به این ترتیب می‌توان گفت که در قانون مدنی ایران همانند فقه اسلامی، مسئولیت قراردادی مستقل و متمایز از مسئولیت قهری وجود ندارد؛ مگر در فرضی که در قرارداد تصریح شده (تعیین وجه التزام) یا از لوازم عرفی قرارداد منظور شود؛ یعنی مسئولیت قراردادی در حقوق ایران و اسلام منحصر به فرض تعیین وجه التزام در قرارداد است.

#### ۴-۲- ماهیت مسئولیت قراردادی در حقوق موضوعه ایران و فقه اسلامی

برخی از نویسندگان بر مبنای ظاهر ماده (۲۲۱) ق.م. که جبران خسارت را منوط به تصریح در قرارداد یا عرف نموده، چنین استنباط کرده‌اند که مسئولیت قراردادی ناشی از اراده طرفین و مسئولیت قهری ناشی از حکم قانون است و از این رو در حقوق ما می‌توان ماهیت این دو نوع مسئولیت را از هم جدا دانست. (محقق داماد و همکاران، ۱۳۸۱: ۱۹۶ به بعد). این نظریه همانند آن نظری در حقوق فرانسه است که مسئولیت ناشی از نقض قرارداد را از آثار قرارداد می‌دانست و برخی از اساتید نیز چنین احتمالی را مطرح کرده‌اند. (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۳۰۷) برخی نیز «مسئولیت متعهد به جبران خسارت در فرض نقض عهد را التزام دیگری دانسته که در نتیجه عهدشکنی به وجود می‌آید و منجیم آن، عدم اجرای عقد است» و معتقدند «نباید آن را با مسائل مربوط به اجرای عقد مخلوط کرد». (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۴۶؛ صفایی، رحیمی، ۱۳۹۵: ش ۵۳ به بعد، جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹: ش ۳۷۱ به بعد؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۴۲: ۲۹)

با توجه با آن چه گفته شد، به نظر می‌رسد باید بین دو فرض تفاوت قائل شد؛ در فرضی که نقض قرارداد مصداق یکی از عناوین ضمان قهری است، ماهیت آن همانند ماهیت ضمان قهری جنبه جبرانی داشته و نمی‌توان آن را از آثار قرارداد دانست. اما در



۱. ماده (۷۲۸) ق.آ.د.م. سال ۱۳۱۸ بعد از بیان شرایط جبران خسارت ناشی از عدم اجرای تعهد قراردادی مقرر داشته بود: « ضرر ممکن است به واسطه از بین رفتن مالی باشد یا به واسطه فوت شدن منفعتی که از انجام تعهد حاصل می‌شده است».



فرضی که نقض قرارداد مصداق عناوین ضمان نبوده و شرط تحقق آن، تصریح در قرارداد است یا اینکه از لوازم عرفی قرارداد باشد، باید آن را از آثار قرارداد دانسته و یک نوع وفای به عهد تلقی کرد؛ زیرا شخص به این وسیله تعهد قراردادی خود را اجرا کرده است.

### نتیجه گیری

به عنوان نتیجه از مباحث مطرح شده باید گفت:

در حقوق قدیم فرانسه مسئولیت متعهد به پرداخت خسارات ناشی از نقض قرارداد از آثار قرارداد و بدل انجام تعهد اصلی تلقی می شد و به مثابه اجرای اجباری تعهد به حساب می آمد. بدینسان تعهد به جبران خسارت ریشه در اراده طرفین قرارداد داشت. مطابق این نظر، «عدم اجرای تعهد» منبع جدید تعهد نیست؛ بلکه نفس «قرارداد» منبع تعهد به جبران خسارات ناشی از عدم اجرای آن محسوب می شود. نویسندگان قانون مدنی فرانسه نیز تحت تأثیر این نظر، حق مطالبه خسارات ناشی از عدم اجرای تعهد قراردادی را در قسمت مربوط به «آثار تعهدات» در مواد (۱۱۴۶) (مواد ۱۲۳۱ قانون جدید) به بعد آورده اند.

با طرح نظریه «وحدت تقصیر» توسط پلنیول، دیدگاهها راجع به ماهیت «الزام متعهد به پرداخت خسارات ناشی از نقض قرارداد»، متحول شد. مطابق نظر جدید، الزام به جبران خسارات ناشی از عدم اجرای قرارداد، مستقل از قرارداد بوده و با تعهد قراردادی تفاوت بنیادین دارد و منبع آن قانون است.

در حقوق اسلام در اصل تمییز بین مسئولیت قراردادی از غیر قراردادی تردید جدی وجود دارد و باید بر آن بود که در آن نظام واحد مسئولیت مدنی حاکم است. این بدان معناست که با توجه به محدود بودن منابع ضمان قهری در مصادیق معین (اتلاف، تسبیب، ید و...)، «نقض تعهد» منبع مستقل ضمان نیست؛ مگر آن که در قرارداد تصریح شده یا عرفاً به منزله تصریح در قرارداد باشد؛ یعنی در قرارداد تصریح شود که در صورت نقض قرارداد متعهد ضامن است. بر این اساس اگر نقض قرارداد سبب تلف مالی از متعهدله شود، متعهد از باب اتلاف یا تسبیب ضامن است؛ همچنین اگر نقض قرارداد موجب تبدیل ید او از امانی به ضمانی شود او بر مبنای ضمان ید ضامن است و بالاخره اگر عمل او مصداق





استیفاء باشد بر آن اساس ضامن خواهد بود و تمام این عناوین، مصادیق ضمان قهری هستند. اما اگر «نقض تعهد» سبب تلف مال نشود، بلکه صرفاً موجب تفویت منفعت شود، بطور قطع بر مبنای منابع شناخته شده ضمان در فقه اسلامی، متعهد ضامن نخواهد بود؛ زیرا مطابق نظر مشهور فقیهان اسلامی «تفویت منفعت» مصداق «اتلاف»، «ید» یا «استیفاء» نیست. اما اگر در همین فرض در قرارداد به ضمان متعهد تصریح شده باشد، یا عرفی وجود داشته باشد، او ضامن «تفویت منفعت» خواهد بود. ماده (۲۲۱) در صدد بیان این حکم بوده است. نویسندگان قانون مدنی، ماده (۲۲۱) را بر مبنای دیدگاه غالب و مشهور فقیهان امامیه تدوین کرده اند. اما فقه امامیه از یک قرن گذشته تاکنون تحولات شگرفی به خود دیده است. در حال حاضر دیدگاه «محدود بودن ضمان به منافع مشخص و معروف» مورد تردید قرار گرفته و تمایل به سمت جبران منافع مفوت بر مبنای وجود یک قاعده عام مسئولیت و ضمان، یا جبران آن بر مبنای بنای عقلا وجود دارد. به علاوه در مفهوم اتلاف توسعه ایجاد شده به گونه‌ای که آن را شامل تفویت منفعت هم دانسته‌اند. تصویب تبصره (۲) ماده (۱۴) قانون آ.د. ک. سال ۱۳۹۲ در مورد «منافع ممکن‌الحصول» هم در این راستا بوده است.

در قانون مدنی ایران اگرچه با اقتباس از قانون مدنی فرانسه احکام راجع به مسئولیت ناشی از نقض تعهد قراردادی در بابی مستقل (مواد ۲۲۱ به بعد)، جدای از مسئولیت غیرقراردادی - ضمان قهری - (مواد ۳۰۱ به بعد) بیان شده، اما تغییراتی که در مواد اقتباس - شده از قانون مدنی فرانسه به ویژه ماده (۲۲۱)، به منظور انطباق با فقه اسلامی صورت گرفته، پذیرش اصالت و تمایز مسئولیت قراردادی در کنار مسئولیت غیرقراردادی را دشوار می‌نماید و باید گفت که در قانون مدنی ایران به تبع حقوق اسلام، علی‌الاصول مسئولیت قراردادی با غیر قراردادی تابع نظام واحد بوده و تنها در فرضی که در قرارداد به عنوان وجه التزام به مسئولیت ناشی از نقض قرارداد تصریح شود، یا به طور ضمنی قابل استنباط باشد مسئولیت قراردادی جدای از ضمان قهری صدق کرده و از آثار قرارداد تلقی می‌شود و ماده ۲۲۱ قانون مدنی هم چنین حکمی را بیان کرده است.





## منابع

۱. امامی، حسن، ۱۳۷۲ش، حقوق مدنی، تهران، انتشارات اسلامی، ج ۱۲، ج ۱.
۲. ایزانلو، محسن، پاک طینت، حسن، ۱۳۹۱ش، «مطالعه ماهوی و آیین دادرسی جمع و انتخاب مسئولیت قهری و قراردادی»، فصل نامه حقوق، دوره ۴۲، ش ۱.
۳. بحر العلوم، محمد بن محمد تقی، ۱۴۰۳ق، بلغه الفقیه، تهران، منشورات مکتبه الصادق، ج ۴، ج ۳.
۴. بیگدلی، سعید، ۱۳۹۶ش، «تبعیت مسئولیت قراردادی از اراده طرفین در قانون مدنی ایران»، مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال ۹، ش ۱۷.
۵. جزایری، سید محمد جعفر، ۱۴۱۶ق، هدی الطالب فی شرح المکاسب، قم، دارالکتاب، ج ۱، ج ۳.
۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۸۸ش، دائره المعارف حقوق مدنی و تجارت، تهران، گنج دانش، ج ۱.
۷. -----، ۱۳۸۹ش، حقوق تعهدات، تهران، کتابخانه گنج دانش، ج ۴.
۸. -----، ۱۳۴۲ش، «مسئولیت قراردادی»، مجله حقوقی دادگستری، سال ۳، دوره جدید، ش ۱.
۹. الخفیف، شیخ علی، ۲۰۰۰م، الضمان فی فقه الاسلامی، المجلد الاول، قاهره، دار الفکر الاسلامی.
۱۰. خمینی، سید روح الله، ۱۴۲۱ق، کتاب البیع، تهران، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ج ۱، ج ۱.
۱۱. دیلمی، احمد، رستمی، محمد زمان، رستمی، محمد هادی، تعدی و تفریط به عنوان رفع کننده مانع مسئولیت مدنی در فقه امامیه و اختلاف آن با نهاد تقصیر در کامن لا، ۱۳۹۵ش، فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، سال سوم، ش ۳.
۱۲. سراج، محمد احمد، ۱۹۹۸م، نظریه العقد والتعسف فی استعمال الحق من وجهه الفقه الاسلامی، اسکندریه، دارالمطبوعات الجامعیه.





۱۳. السنهوری، عبدالرزاق احمد، ۱۹۹۸م، مصادر الحق فی فقه الاسلامی، دراسه مقارنه بالفقه الغربی، بیروت، منشورات الحلبي، ج ۲، ج ۶.
۱۴. -----، ۱۹۸۶م، الوسيط فی شرح القانون المدني، المجلد الاول، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
۱۵. الصافی، علی عبدالحکیم، ۱۴۳۱ق، الضمان فی فقه الاسلام، تهران، المجمع العالمی للتقريب بين المذاهب، ج ۱.
۱۶. صفایی، سید حسین، رحیمی، حبیب الله، ۱۳۹۲ش، مسئولیت مدنی، تهران، انتشارات سمت، ج ۵.
۱۷. صفری، محسن، پاک طینت، حسن، ۱۳۸۹ش، «مسئولیت قهری و قراردادی؛ تفاوت ها و کارکردها»، فصل نامه حقوق، دوره ۴۰، ش ۴.
۱۸. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، ۱۳۷۶ش، سؤال و جواب، به اهتمام: سید مصطفی محقق داماد، سید محمود مدنی بجنستانی، سید حسن وحدتی شبیری، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.
۱۹. عدل (منصور السلطنه)، مصطفی، ۱۳۳۱ش، حقوق مدنی، تهران، مؤسسه مطبوعاتی امیر کبیر، ج ۵.
۲۰. کاتوزیان، امیر ناصر، ۱۳۷۶ش، قواعد عمومی قراردادها، تهران، شرکت سهامی انتشار، ج ۲، ج ۴.
۲۱. کاظمی، محمود، اسکویی، مجید، ۱۳۹۸ش، «نظام مسئولیت مدنی در قانون مدنی و فقه امامیه: خلاصه قانون مدنی در زمینه مسئولیت مدنی» مجموعه مقالات همایش ملی تجلیل از مقام استاد محمد جعفر جعفری لنگرودی، تهران، گنج دانش، ج ۱.
۲۲. کریمی، عباس، صمدی، افروز، ۱۳۹۹ش، مطالعه تطبیقی ضابطه تمیز مسئولیت قراردادی و خارج از قرارداد و اثر آن بر تشدید یا تخفیف میزان خسارت در حقوق ایران و فرانسه»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۱۱، ش ۱.
۲۳. گرجی، ابوالقاسم، ۱۳۷۲ش، مقالات حقوقی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ج ۲، ج ۱.



۲۴. محقق داماد، سید مصطفی، عیسائی تفرشی، عیسی، وحدتی شبیری، سید حسن  
۱۳۸۱ش، «قلمرو مسئولیت مدنی ناشی از تخلف در اجرای قرارداد»، نامه مفید،  
ش ۳۳.

۲۵. مراغی، میرفتاح، ۱۴۱۸ ق، العناوین، قم، موسسه نشر اسلامی، چ ۱، ج ۲.

۲۶. نائینی، میرزاحسین، ۱۴۲۱ ق، منیه الطالب، مقرر: موسی نجفی خوانساری، قم،  
موسسه نشر اسلامی، چ ۱، ج ۱.

27. Acollas, émile, (1874), Manuel de droit civil; Commentaire philosophique et critique du code Napoléon, 2<sup>ém</sup> édition, T. II, Paris
28. Aubry et Rau, (1942) Cours de droit civil français, traduit de l'allemand de M.C.S Zacharie, T III, IV, 6 édition; par Bartin, Paris
29. Carbonnier, J. (1956), Droit Civil, T IV, les obligations, Paris, Presses Universitaire de France
30. Demolombe, C. (1877), Cours de code Napoléon, T V, XXIV, Traité des contrats et des obligations conventionnelles en général, Paris, imprimerie général.
31. Domat, jean, (1892) Oeuvres complètes de j. domat par Joseph Remy; T. I, Les lois civiles dans leur ordre naturel, Paris
32. Esmein, paul, (1933), Le fondement de la responsabilité contractuelle rapproché de la responsabilité délictuelle, RTD civ, p. 627 et s.
33. Gaudemet, E, (1965), Théorie générale des obligations, Paris, sirey.
34. Ghestin et Goubeaux, (1990), Traité de droit civil, introduction générale, Paris, L. G. D. J.
35. Grandmoulin, J. (1892), De l'unité de la responsabilité ou nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles, thèse, Rennes.
36. Henriot, J. (1977), Note sur la date et le sens de l'apparition du mot responsabilité, archive philosophy de droit, p 59 et s.
37. Josserand, Louis (1940), Cours de droit civil positif français, T II, paris, librairie de recueil sirey.
38. Jourdain, P. (2007), la distinction des responsabilité délictuelle et contractuelle; état du droit français, n° 2, R.T.D. civil, 2007, p. 123 et s.
39. Laurent, F, (1875), Principes de droit civil, T. XVI, Bruxelles, paris
40. Lefebvre (1886), De la responsabilité: délictuelle, contractuelle, Revue critique de législation et de jurisprudence, paris, librairie cotillion, p. 485 et s.
41. Le Tourneau, philippe (2003), la responsabilité civil, Que sais-je?, Paris, PUF.







42. Malaurie, Ph., Aynès, L. et Stoffel-Munck, Ph., (1992), Droit civil, les obligations, Paris, L.G.D.J.
  43. Malaurie, Ph., Aynès, L. et Stoffel-Munck, Ph., (2016), Droit civil, les obligations, 8<sup>er</sup> edition, Paris, L.G.D.J.
  44. Marty, G. et Raynaud, P. (1992), Droit civil, T II, les obligations, Paris, sirey.
  45. Mazeaud, Henri, léon, Jean et Chabas, F. (1998), Leçons de droit civil, T II, obligations et biens, Paris, Montchrestien.
  46. Mazeaud, Henri et léon et Tunc, André (1983), Traité théorique et pratique de la responsabilité civil; Contractuelle et délictuelle , T I, Paris, Montchrestien.
  47. Planiol, Marcel, (1902), Traité élémentaire de droit Civil, T. II, Paris, librairie cotillion.
  48. Planiol, M. et Ripert, G ;(1931), Traité pratique de droit civil français, T VI, les obligations, avec le concours de P.Esmein, J.Radouant et G.Gabolde, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence.
  49. Pothier, Robert Joseph, (1824), Oeuvre complètes de Pothier, T I, Traité des obligations, par M.dupin, paris.
  50. Remy, Ph., (1997), la Responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept, RTD civ. (avr-juin)1997.
  51. Savaux, Eric (1999), La fin de la responsabilité contractuelle?, RTD.civ.,(janv.-mars)1999.
  52. Terré.F., Lequette, J. et Simler, Ph. (2009), Droit civil, les obligations, Paris, Dalloz.
  53. Toullier, Charles-Bonaventure-Marie (1824-1828), Le droit civil français ; suivant l'ordre de Code civil, T VI, Paris.
  54. Tunc, André (1989), La responsabilité civile, Paris, Economica.
  55. Viney, G. (1995), Traité de droit civil ; introduction à la responsabilité, Paris, L.G.D.J.
  56. Weill, Alex (1971) Droit civil, Les obligations, Paris, Dalloz.
- Persian Sources:
- Adl, Mansur-ol Saltanah, Mustafa, 1952, Civil Law, 5<sup>th</sup> edition, Tehran, Amir Kabir Publication.
- Ahmad Daylami; Mohammad Zaman Rostami; Mohammad Hadi Rostami, Survey of Ta'ddy and Tafrit as Remover of Barrier of Civil Liability in Imamy' Fiqh and its Difference With the Fault in Common Law, Comparative study on Islamic and western law, v 3, Issue 3 , November 2016, , pp. 51-76
- Bigdeli, Saeed, Subordination of Contractual Liability from the Will of Parties in Iran's Civil Code, Journal of Studies in Islamic Law and Jurisprudence, v 9, issue 17, summer and autumn 2017, pp. 59- 82
- Emami, Hassan, 1993, Civil Law, v 1, 12<sup>th</sup> edition, Tehran, Eslamieh publication

- Gorji, Abolghasem, 1993, Legal Articles, v 1, first edition, Tehran, Tehran University Publication
- Izanloo, Mohsen; Paktinat, Hassan, Procedural Law and substantive study of confluence and choosing tortious and contractual liability with respect to contract parties, Private Law Studies Quarterly, v 42, number 1, April 2012, pp. 67-87
- Jazayeri, Seyyed Muhammad Jaffar Muravej, 1996, Hud-at-taleb fi sharh-el- makasib, v 3, first edition, Qom, Dar-ol Ketab
- Jafari Langroodi, Muhammad Jafar, 2009, An Encyclopedia of Civil and Commercial Law, first edition, Tehran, Gange Danesh
- , Law of Obligations, 4<sup>th</sup> edition, Tehran, Gange Danesh
- , Civil Responsibility, The Judiciary Law Journal, v 3, issue 1, April 1963
- Karimi, Abbas, Samadi, Afrouz, The Comparative Study of the Distinction Criterion between Contractual and Non-contractual Liability in Iranian and French Law, Comparative Law Review, v 11, issue 1, April 2020, pp. 291- 310
- Katouzian, Nasser 1997, The General principles of contracts, second edition, v 4, Tehran, L.T.D Publishing Company
- Kazemi, Mahmoud, Oskuyi Banaei, Majid, Civil Liability System in Iran Civil Code and Imami Jurisprudence; the gap of civil code in the field of civil liability, Quarterly of legal encyclopedias, v 2, issue 3, June 2019, pp. 202-230
- Safaei, Seyyed Hosein, Rahimi, Habibollah, 2013, Civil Liability, 5<sup>th</sup> edition, Tehran, Samt publication
- Safari, Mohsen, Paktinat, Hassan, Tortious and contractual liability: Differents and functions, Private Law Studies Quarterly, v 40, issue 4, January 2012, pp. 247-266
- Seyyed Mostafa Mohaghegh Damad, Mohammad Issaei Tafreshi, Seyyad Hasan Vahdati Shobeiri, The scope of civil liability arising from non-performance, Journal of Comparative Law; Nameh Mofid, n 3, February 2003, pp. 21-40

