



## Damages in Lieu of Performance in German and Iranian Law

Esmail Nematollahi

Associate Professor, Department of Private Law, Faculty of Law, University of Qom, Qom, Iran.  
e.nematollahi@qom.ac.ir

### Abstract

"Damages in lieu of performance" is one of the three types of damages for breach of contract provided by the German Civil Code. The main objective of this research is to examine this remedy in German law. Specifically, this study addresses the question of how, in a legal system that upholds the principle of contractual necessity and considers specific performance as the primary remedy for a breach of contract, damages can substitute for the actual fulfillment of the obligation. While the term "damages in lieu of performance" is not explicitly used in Iranian laws, certain instances of this type of damage have been explored in legal literature. By comparing these two concepts within the German and Iranian legal systems, it becomes evident that the German Civil Code provides precise and effective rules governing damages in lieu of performance, thereby offering a solid foundation for the comparative adaptation of such rules in Iranian law.

**Keywords:** Breach of Contract, Damages, Remedies, Compensatory Damages

---

**Received:** 2022/05/12 ; **Revised:** 2022/12/31 ; **Accepted:** 2023/12/03 ; **Published online:** 2023/12/21

**How To Cite:** Nematollahi, Esmail (2023). Damages in Lieu of Performance in German and Iranian Law, *Comparative Study on Islamic and Western Law*, 10(3), 183-208.  
[doi.org/10.22091/CSIW.2023.8205.2276](https://doi.org/10.22091/CSIW.2023.8205.2276)

**Published by:** University of Qom

© The Author(s)

**Article type:** Research





## خسارت جایگزین اجرا در حقوق آلمان و ایران

اسماعیل نعمت‌اللهی

دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، [e.nematollahi@qom.ac.ir](mailto:e.nematollahi@qom.ac.ir)

### چکیده

«خسارت جایگزین اجرا» یکی از سه نوع خسارتی است که قانون مدنی آلمان برای نقض قرارداد مقرر کرده است. مسئله اصلی این تحقیق بررسی این نوع خسارت در حقوق آلمان به عنوان یکی از نمایندگان مهم نظام رومی ژرمنی است. در واقع، پرسش اصلی این است که در نظامی که به اصل لزوم قراردادها پای بند است و اولین شیوه جبرانی نقض قرارداد را الزام متعهد به اجرای تعهد می‌داند، چگونه اجازه داده می‌شود که پرداخت خسارت جایگزین اجرای تعهد شود. در قوانین کشورمان، اصطلاح خسارت جایگزین اجرا ملاحظه نمی‌شود اما موارد محدودی از این نوع خسارت در ادبیات حقوقی بررسی شده است. مقایسه این دو مفهوم در نظام حقوقی آلمان و ایران نشان می‌دهد که در قانون مدنی آلمان احکام دقیق و قواعد کارآمدی برای این نوع خسارت پیش‌بینی شده است و زمینه مناسبی را برای بحث تطبیقی و نیز اقتباس و تدوین قواعد در حقوق ایران فراهم می‌کند.

**کلیدواژه‌ها:** نقض قرارداد، پرداخت خسارت، شیوه‌های جبرانی، خسارت جبرانی.

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۲/۲۲؛ تاریخ اصلاح: ۱۴۰۱/۱۰/۱۰؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۹/۱۲؛ تاریخ انتشار آنلاین: ۱۴۰۲/۰۹/۳۰  
استناد به این مقاله: نعمت‌اللهی، اسماعیل (۱۴۰۲). خسارت جایگزین اجرا در حقوق آلمان و ایران، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، ۱۰(۳)، ۱۸۳-۲۰۸. doi.org/10.22091/CSIW.2023.8205.2276

نوع مقاله: پژوهشی

© نویسندگان

ناشر: دانشگاه قم



### مقدمه

۱) چنان‌که معروف است، حقوق آلمان، در کنار فرانسه،<sup>۱</sup> یکی از دو نماینده مهم نظام حقوقی رومی‌ژرمنی است و پای‌بندی به اصل لزوم قرارداد و پذیرش الزام به اجرای عین قرارداد از اوصاف بارز این نظام حقوقی است (See: Treitel, 1988: 46). از این‌رو، تصریح قانون مدنی آلمان به خسارتی که بتواند جایگزین اجرای قرارداد شود برای کسانی که با نظام حقوقی رومی‌ژرمنی انس و آشنایی دارند ممکن است موجب تعجب باشد. مسئله اصلی این تحقیق بررسی موارد، شرایط و ماهیت خسارت جایگزین اجرای قرارداد در حقوق آلمان و بررسی وضعیت حقوق ایران در مورد این نوع خسارت است.

۲) ماده (۲۸۰) قانون مدنی آلمان، با عنوان «خسارت ناشی از نقض وظیفه» از سه نوع خسارت نام برده است. بند (۱) این ماده به خسارتی اشاره دارد که حقوقدانان آلمانی آن را «خسارت همراه اجرا» یا «خسارت ساده» نامیده‌اند (Markesinis et al, 2006: 469). به موجب این بند، «اگر متعهد وظیفه ناشی از تعهد را نقض کند، متعهدله می‌تواند خسارت ناشی از آن را مطالبه کند. اگر متعهد مسئول نقض وظیفه نباشد، این مقرر اعمال نمی‌شود». همچنین، بند (۲) این ماده به خسارت ناشی از تأخیر اشاره دارد و به موجب آن: «متعهدله می‌تواند صرفاً با رعایت شرط اضافی ماده (۲۸۶)، خسارت ناشی از تأخیر در اجرا را مطالبه کند».

براساس بند (۳) این ماده، «متعهدله می‌تواند صرفاً با رعایت شروط اضافی مواد (۲۸۱)، (۱۸۲)، یا (۲۸۳) خسارت جایگزین اجرا را مطالبه کند». «خسارت جایگزین اجرا»، اصطلاح جدیدی است که در قانون مدنی جدید به جای اصطلاح سابق و مانوس‌تر «خسارت ناشی از عدم اجرا» به کار رفته است. ۳) در مورد خسارت ناشی از نقض قرارداد به ماده (۲۸۰) و چند ماده بعدی آن استناد می‌شود اما باید توجه داشت که جبران خسارت ناشی از نقض وظیفه در مواد (۲۴۹) به بعد قانون مدنی آلمان مقرر شده است. بر اساس این ماده، قاعده کلی مسئولیت در حقوق آلمان، اعاده به وضع سابق است (Markesinis and Unberath, 2002: 931; Markesinis et al, 2006: 479)، اما استثنای مهم این قاعده، نقض تعهدات قراردادی است که هدف آنها در برخی موارد، بازگرداندن زیان‌دیده به وضعیت بعد از قرارداد یعنی حمایت از منفعت انتظار است.

البته در برخی موارد، طرف زیان‌دیده از نقض قرارداد صرفاً می‌تواند هزینه‌های ازدست‌رفته (منفعت منفی یا خسارت اعتماد) را مطالبه کند. ماده (۲۸۴) قانون مدنی با عنوان «جبران هزینه‌های هدررفته» می‌گوید: «متعهدله می‌تواند به جای خسارت جایگزین اجرا، جبران هزینه‌هایی را که متحمل شده است

۱. برای دیدن مبنا و ماهیت مسئولیت قراردادی در فرانسه، نک: کاظمی و زارعی، ۱۴۰۱.

و به طور منصفانه حق داشته که این هزینه‌ها را با اعتماد به دریافت اجرا متحمل شود مطالبه کند، مگر آن که حتی اگر متعهد مرتکب نقض وظیفه نمی‌شد نیز هدف از این هزینه‌ها تحقق نمی‌یافت». در صورت مطالبه خسارت اعتماد، خواهان در وضعیتی قرار می‌گیرد که اگر قرارداد منعقد نشده بود در آن وضعیت قرار می‌داشت. البته زیان اعتماد ممکن است با حق فسخ قرارداد جبران شود. اما تاجایی که هزینه‌های هدررفته در نتیجه نقض قرارداد مطالبه می‌شود، خسارت به شکل جبران پولی خواهد بود. همچنین، باید توجه داشت که ماده (۲۸۴) نه از اعتماد بر قرارداد بلکه از اعتماد بر اجرا حمایت می‌کند و بنابراین، نباید آن را معادل حمایت از منفعت اعتماد در اصطلاح کامن لایی محسوب کرد.

۴) پرداخت خسارت در حقوق آلمان در وهله اول جنبه جبرانی دارد. در نتیجه، اولاً خسارت مبتنی بر زیان متعهدله است و از آن تجاوز نمی‌کند. ثانیاً خسارت براساس زیان وارده به متعهدله محاسبه می‌شود نه بر اساس نفعی که متعهد از نقض تعهد تحصیل کرده است، و به تعبیر دیگر، خسارت بر مبنای استرداد اعطا نمی‌شود. هدف استرداد محروم کردن خواننده از نفعی است که به هزینه خواهان تحصیل کرده است. ثالثاً هدف از پرداخت خسارت، کیفر دادن به ناقض قرارداد نیست و از این رو، خسارت تیبیهی یا عبرت‌آموز اعطا نمی‌شود. به همین دلیل، دادگاه‌های آلمان حتی با اجرای احکام خارجی (و خصوصاً آمریکایی) که متضمن خسارت تیبیهی هستند مخالفت می‌کنند (Markesinis and Unberath: 443).

۵) چنان‌که می‌دانیم، در نظام کامن برای طرف قرارداد سه منفعت انتظار، اعتماد و استرداد در نظر گرفته می‌شود (نک: کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۲۳۳-۲۳۴؛ نعمت‌اللهی، ۱۳۹۷: ۱۲۹-۱۵۶). از لحاظ نظری، و طبق اصطلاحات کامن لایی، پرداخت خسارت در حقوق آلمان ممکن است یکی از این سه هدف را دنبال کند: ۱) حمایت از منفعت انتظار یا مثبت، یعنی قرار دادن متعهدله در وضعیتی که اگر متعهد وعده خود را اجرا کرده بود در آن وضعیت قرار می‌داشت، ۲) حمایت از منفعت اعتماد یا منفی. در این صورت، طرف زیان‌دیده در وضعیتی که قبل از انعقاد داشته است قرار داده می‌شود، و ۳) حمایت از منفعت یکی از طرفین در تمامیت حقوق و منافع وی (منفعت تمامیت). در صورت اخیر، طرف زیان‌دیده در وضعیتی قرار داده می‌شود که اگر نقض منفعت صورت نگرفته بود، در آن وضعیت قرار می‌داشت. در حقوق آلمان منفعت استرداد با اعطای خسارت مورد حمایت قرار نمی‌گیرد. همچنین، منفعت اعتماد نمی‌تواند بر اساس بند (۱) ماده (۲۸۰) به عنوان خسارت ناشی از نقض قرارداد مطالبه شود. البته در خارج از حوزه حقوق قراردادها، بند (۱) ماده (۲۸۰) از منفعت اعتماد حمایت می‌کند. به عنوان نمونه، دعوی مبتنی بر «تقصیر در انعقاد قرارداد»؛ بند (۲) ماده (۳۱۱) قانون مدنی ممکن است به طلبکار حق دهد که تمام خسارت‌هایی را که با اعتماد به قرارداد نامعتبر متحمل شده است مطالبه کند (Markesinis and Unberath: 469).

۶) همان‌طور که خواهیم دید، نویسندگان آلمانی به صورت مفصل از این نوع خسارت بحث

کرده‌اند و یک حقوقدان آمریکایی نیز مقاله مفصلی را به این نوع خسارت اختصاص داده است (Gotanda, 2006). یکی از حقوقدانان کشورمان (حسینی، ۱۳۹۹: ۱۳۵-۱۶۵) در مقاله‌ای راجع به اقسام خسارت در حقوق آلمان صفحاتی را به بحث از خسارت جایگزین اجرا اختصاص داده است. در مقاله مذکور، مفهوم نقض، شرایط مطالبه خسارت، انواع خسارت برحسب ماهیت، و انواع خسارت برحسب سبب بررسی گردیده و در بحث اخیر به صورت مختصر (حسینی، ۱۳۹۹: ۱۵۴-۱۵۶) به «خسارت به جای اجرا» پرداخته شده است. در مورد حقوق ایران بحث مستقلی ارائه نگردیده و تنها در لابلای مباحث، نکات مختصری راجع به حقوق ایران آمده است. از این رو، هنوز هم مجال زیادی برای بررسی این موضوع خصوصاً در حقوق کشورمان وجود دارد.

در ادامه مقاله، ابتدا خسارت جایگزین اجرا در حقوق آلمان و سپس موضع حقوق ایران در خصوص این نوع خسارت بررسی می‌شود و در انتها مقایسه و نتیجه مباحث ارائه می‌گردد.

## ۱. خسارت جایگزین اجرا در حقوق آلمان

در این بحث، ابتدا موارد خسارت جایگزین اجرا و سپس آثار و در انتها ماهیت این نوع خسارت در حقوق آلمان بررسی می‌شود.

### ۱-۱. موارد خسارت جایگزین اجرا

خسارت جایگزین اجرا به طور کلی در سه مورد<sup>۱</sup> اعطا می‌شود: (۱) تأخیر در اجرا یا اجرای غیر مطابق، (۲) نقض وظایف فرعی، و (۳) ناممکن شدن اجرا (مواد ۲۸۱ تا ۲۸۳ قانون مدنی آلمان (۲۰۰۲)).

#### ۱-۱-۱. تأخیر در اجرا یا اجرای غیر مطابق

این مورد در بند یک<sup>۲</sup> ماده (۲۸۱) مقرر شده است. بند مذکور در واقع مشتمل بر سه مصداق از موارد خسارت جایگزین اجرا است: تأخیر در اجرا، اجرای غیر مطابق، و اجرای ناقص.

---

۱. این سه صورت را می‌توان موارد انحراف از اجرای قرارداد نامید. صورت‌های گوناگون انحراف از اجرای قرارداد در حقوق آلمان در نمودار شماره ۱ در انتهای مقاله ترسیم شده است.

۲. بند یک ماده (۲۸۱): «تأنجاکه متعهد پس از سررسید اجرا، از اجرا خودداری می‌کند یا به درستی اجرا نمی‌کند، متعهدله می‌تواند با رعایت شروط مذکور در بند یک ماده (۲۸۰)، خسارت جایگزین اجرا را مطالبه کند، منوط به این که مهلت متعارفی را برای اجرا یا اجرای تکمیلی به متعهد داده باشد و اعطای مهلت بی‌نتیجه مانده باشد. اگر متعهد تنها بخشی از تعهد را اجرا کرده باشد، متعهدله تنها در صورتی می‌تواند خسارت جایگزین اجرا را مطالبه کند که اجرای بخشی از تعهد منفعتی برای وی نداشته باشد. اگر متعهد به درستی اجرا نکرده باشد، متعهدله در صورتی می‌تواند خسارت جایگزین اجرا را مطالبه کند که مرتکب نقض اساسی وظیفه شده باشد.»

**الف) تأخیر در اجرا.** تأخیر در اجرا،<sup>۱</sup> و به تعبیر دیگر، اجرای با تأخیر، به این معنا است که متعهد در اجرای تعهد تأخیر می‌کند و در نهایت تعهد را اجرا نمی‌کند. «تأخیر در اجرا» را نباید با «خسارت ناشی از تأخیر»<sup>۲</sup> خلط کرد. «تأخیر در اجرا» یکی از اسباب و مصادیق خسارت جایگزین اجرا است. در این نوع خسارت، متعهد به این دلیل که در اجرای تعهد تأخیر و در نهایت تعهد را اجرا نکرده است باید خسارت جایگزین اجرا را بپردازد؛ چراکه از این پس، اجرای قرارداد ناممکن است یا برای متعهدله مطلوبیت ندارد. اما در مورد دوم یعنی «خسارت ناشی از تأخیر»، متعهدله خسارت‌هایی را که از تأخیر در اجرای تعهد ناشی شده است مطالبه می‌کند و بر خلاف مورد نخست، در این مورد ممکن است در نهایت تعهد اجرا شود یا نشود؛ مانند آن که ماجر که متعهد به تسلیم خودرو در روز خاصی بوده، در تسلیم خودرو یک روز تأخیر می‌کند و مستاجر مجبور می‌شود که خودرو دیگری را در آن روز با مبلغ بیشتری اجاره کند. این نوع خسارت، قسم مستقلى از خسارت است و در کنار خسارت جایگزین اجرا قرارداد نه این که مصداق آن محسوب شود، و از این رو، تابع احکام متفاوتی است (بند ۲ ماده ۲۸۰)؛ از جمله این که مطالبه این نوع خسارت منافاتی با مطالبه اجرای تعهد ندارد، در حالی که مطالبه خسارت جایگزین اجرا با مطالبه اجرا قابل جمع نیست.

**ب) اجرای غیر مطابق.** در این مورد متعهد تعهد خود را با کیفیتی متفاوت از آنچه در قرارداد آمده است اجرا می‌کند. به عنوان مثال، پیمان‌کاری که متعهد شده است از لوله ساخت کارخانه مشخصی در ساختمان استفاده کند، لوله ساخت کارخانه دیگری را به کار می‌برد. در این مورد نیز اگر متعهد تعهد خود را مطابق با قرارداد اصلاح نکند، خسارت جایگزین اجرا قابل مطالبه است. در مورد اجرای غیر مطابق، مطالبه خسارت جایگزین اجرا وابسته به این است که نقض قرارداد به قدر کافی شدید باشد.

**ج) اجرای ناقص.** در این مورد نقض تعهد جنبه کمی دارد مانند آن که پیمان‌کار ساختمان از ساختن یکی از طبقات مورد تعهد خودداری کند یا فروشنده مقداری کمتر از مورد معامله تسلیم کند. در این مورد نیز اگر متعهد موضوع تعهد را کامل نکند، متعهدله می‌تواند خسارت جایگزین اجرا را مطالبه کند. در مورد اجرای ناقص، مطالبه مطالبه خسارت به صورت کامل وابسته به این است که اجرای بخشی از تعهد سودی برای متعهدله نداشته باشد، و برای تعیین سودمند بودن اجرا از معیار نوعی استفاده می‌شود.

شرایط مطالبه این سه مصداق یکسان است:

الف) تقصیر متعهد (بند یک ماده ۲۸۱).

ب) متعهدله مهلت اضافی به متعهد برای اجرا یا اصلاح اجرای ناقص یا غیر مطابق داده باشد و

1. late performance  
2. Damages for delay

اعطای مهلت بی نتیجه مانده باشد (بند یک ماده ۲۸۱). البته در برخی موارد ممکن است تعیین مهلت لازم نباشد یا اقدام دیگری بتواند اثر تعیین مهلت را داشته باشد. به موجب بند دو ماده (۲۸۱)، «اگر متعهد با جدیت و قاطعیت از اجرا امتناع کند یا اوضاع و احوال خاصی وجود داشته باشد که، پس از ارزیابی منافع طرفین، مطالبه فوری خسارت را توجیه کند، تعیین مهلت اضافی لازم نیست». به عنوان مثال، اگر در بیعی که مقصود فروشنده از آن کسب سود بوده خریدار مرتکب نقض شود، تعیین مهلت اضافی برای اجرا در صورتی مفید است که مهلت کسب سود هنوز هم برای فروشنده وجود داشته باشد. از این رو، اگر مهلت مذکور سپری شده باشد، تعیین مهلت اضافی برای اجرای فایده است (Markesinis et al, 2006: 453).

ج) عدم اجرای نهایی تعهد.<sup>۱</sup> همان طور که از توضیحات بالا روشن شد، مطالبه خسارت جایگزین اجرا در صورتی امکان پذیر است که متعهد در نهایت تعهد را مطابق با کیفیت یا کمیت مورد قرارداد اجرا نکند. بنابراین، اگر متعهد در اجرای تعهد تأخیر کند اما در نهایت آن را انجام دهد، متعهدله مستحق «خسارت ناشی از تأخیر» است نه خسارت جایگزین اجرا. همچنین، اگر متعهد تعهد خود را مطابق با کیفیت یا کمیت مورد قرارداد اصلاح کند، خسارت جایگزین اجرا منتفی است.

### ۱-۱-۲. نقض وظایف فرعی

یکی از وظائف متعهد این است که حقوق و منافع قانونی طرف دیگر را رعایت کند (بند دو ماده ۲۴۱). در آثار حقوقدانان، از این نوع وظایف به «وظایف فرعی» (Zimmerman, 2002: 23) یا «وظایف حمایتی» (Markesinis et al, 2006: 459) تفسیر شده است. این وظایف بدین جهت فرعی یا ثانوی<sup>۲</sup> محسوب می‌شوند که دلیل اصلی انعقاد قرارداد نیستند (Markesinis et al, 2006: 386). بر اساس این وظائف، متعهد نباید به جان، مال و سایر حقوق متعهدله آسیبی وارد کند (See: Markesinis et al, 2006: 432). از این رو، اگر پیمان کاری که قرار بوده سقف را تعمیر کند، یک کاشی را بایی احتیاطی از بام بر روی ماشین متعهدله که در آن نزدیکی پارک شده بیاندازد، وظیفه مراقبت را نقض کرده و ممکن است بر اساس بند یک ماده (۲۸۰) و نیز بند یک ماده (۲۸۳) مسئول شناخته شود. همچنین، اگر نقاش ساختمان هنگام انجام دادن کار با نردبان خود مکرراً به وسایل خانه آسیب برساند، وظیفه مراقبت خود را نقض کرده است. خسارتی که به این وسائل وارد می‌شود مشمول «خسارت ساده» است و با اجرای تعهد قابل جمع است. اما در صورتی که متعهد به نقض تعهد فرعی ادامه دهد، متعهدله حق دارد که خسارت جایگزین اجرا را

1. Ultimate Failure of performance

2. collateral/auxiliary

مطالبه کند (ماده ۲۸۲<sup>۱</sup>). البته در عمل، حق دریافت خسارت جایگزین اجرا برای نقض وظایف فرعی بسیار محدود و در موارد استثنائی است.

شرایط مطالبه این نوع خسارت عبارت‌اند از: الف) تقصیر متعهد، ب) از متعهدله عرفاً نتوان انتظار داشت که اجرای تعهدات فرعی متعهد در آینده را بپذیرد. ج) نقض تعهدات فرعی تأثیری بر اجرای وظیفه اصلی نداشته باشد؛ به این معنا که متعهد وظیفه اصلی را به درستی انجام دهد اما در انجام وظایف فرعی قصور کند. در صورتی که متعهد وظیفه اصلی خود را نقض کند، خسارت جایگزین اجرا ممکن است مستند به نقض تعهد اصلی باشد.

### ۱-۱-۳. ناممکن شدن اجرا

مطابق ماده (۲۷۵)، در سه مورد متعهد ملزم به اجرای تعهد نیست: ۱) اجرای تعهد برای متعهد یا دیگران ناممکن باشد، ۲) اجرای تعهد مستلزم هزینه و تلاشی باشد که، با توجه به موضوع تعهد و اصل حسن نیت، تناسبی با نفع متعهدله در اجرای تعهد نداشته باشد، و ۳) تعهدی که مقید به مباشرت متعهد بوده با مانع مواجه شود و نتوان متعهد را عرفاً به اجرای تعهد ملزم کرد. در این موارد، طبق ماده (۲۸۳)، متعهدله می‌تواند خسارت جایگزین اجرا را مطالبه کند.

از آنجا که اجرای تعهد در این موارد ناممکن است، تعیین مهلت اضافی برای اجرا بی‌فایده است. تنها شرطی که در ماده (۲۸۳) برای مطالبه خسارت جایگزین اجرا در این مورد مقرر گردیده، تقصیر متعهد است، و البته تقصیر متعهد مفروض است (بند یک ماده ۲۸۰).

باید متذکر شد که مقصود از ناممکن شدن در ماده (۲۷۵)، ناممکن شدن لاحق یا طاری<sup>۲</sup> است یعنی جایی که ناممکن شدن بعد از انعقاد قرارداد رخ دهد. در مورد ناممکن بودن ابتدایی<sup>۳</sup>، یعنی در جایی که اجرای قرارداد از هنگام انعقاد آن ناممکن باشد، ماده (۳۱۱) الف) تصریح می‌کند که اولاً قرارداد معتبر است و ثانیاً متعهدله مخیر است که خسارت جایگزین اجرا (منفعت انتظار)<sup>۴</sup> را مطالبه کند یا هزینه‌هایی را که با اعتماد بر اجرا متحمل شده است (منفعت اعتماد)، مطالبه نماید (Markesinis et al, 2006: 456-459). مقصود از ناممکن بودن در ماده (۳۱۱) الف) جایی که ناممکن

۱. «در صورتی که متعهد وظیفه موضوع بند دو ماده ۲۴۱ را نقض کند، متعهدله می‌تواند با رعایت شرایط مذکور در بند یک ماده ۲۸۰، خسارت بدل اجرا را مطالبه کند، منوط به این که دیگر نتوان از وی به طور متعارفی انتظار داشت که اجرای متعهد را بپذیرد».

2. subsequent impossibility

3. initial impossibility

۴. در مورد این نوع خسارت و نیز خسارت اعتماد و استرداد در حقوق ایران، نک: کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۲۳۳-۲۳۴.



بودن جنبه عینی یا موضوعی<sup>۱</sup> داشته باشد نه جنبه شخصی<sup>۲</sup>. به عنوان نمونه، اگر شخصی متعهد شده باشد که نقاشی خاصی اثر پیکاسو را تسلیم کند و آن نقاشی از بین رفته باشد، ناممکن بودن جنبه نوعی دارد و این تعهد را هیچ کس نمی‌تواند اجرا کند. اما اگر نقاشی موجود باشد اما مالک فعلی آن تمایلی به فروش آن نداشته باشد، ناممکن بودن جنبه شخصی دارد چراکه در این مورد فروشنده (متعهد) قادر به تسلیم نیست اما شخص دیگر یعنی مالک قادر به تسلیم است (Markesinis et al, 2006: 409). اثر معتبر بودن قرارداد را می‌توان در این نکته ملاحظه کرد که طبق بند (۲) ماده (۳۱۱) (الف)، اگر متعهدله از ناممکن نبودن اجرا مطلع نبوده، می‌تواند خسارت جایگزین اجرا یا هزینه‌های هدررفته‌ای را که با اعتماد به قرارداد متحمل شده است مطالبه نماید.<sup>۳</sup>

## ۲-۱. آثار خسارت جایگزین اجرا

مطالبه خسارت جایگزین اجرا دو اثر مهم در پی دارد: انحلال قرارداد و استرداد بدل.

### ۱-۲-۱. انحلال قرارداد

در حقوق آلمان، به محض این که متعهدله خسارت جایگزین اجرا را مطالبه کند، تکلیف متعهد به اجرای تعهد از بین می‌رود و از این جهت، مطالبه خسارت جایگزین اجرا به فسخ قرارداد شباهت دارد (Markesinis et al, 2006: 452). این نکته از بند چهار ماده (۲۸۱) استفاده می‌شود که تصریح می‌کند: «در صورتی که متعهدله خسارت جایگزین اجرا را مطالبه کند، حق مطالبه اجرا از بین می‌رود».

از آنجا که مطالبه خسارت جایگزین اجرا خودبه‌خود و بدون توسل به فسخ قرارداد، به انحلال قرارداد منتهی می‌شود، شروط لازم برای فسخ باید وجود داشته باشد. فسخ قرارداد بدون دادن یک فرصت مجدد به متعهد و در نتیجه، اجتناب از انحلال، تحقق نمی‌یابد، مگر این که دادن فرصت اضافی لازم نباشد (بند دو ماده ۳۲۳ و بند پنج ماده ۳۲۶) (Schlechtriem, 2002, text after note 47).

1. Objective

2. Subjective

۳. شبیه به این نکته را برخی از حقوقدانان کشورمان در بحث از ناممکن شدن اجرای تعهد در عقود عهدی مطرح کرده‌اند. به نظر ایشان، ناممکن شدن اجرا در این دسته از عقود سبب بطلان قرارداد نیست. از این رو، «اگر برای معامله تازمان سلب قدرت بر تسلیم اثری حقوقی قابل تصور باشد، مانند مسئولیت متعهد به جبران خسارت عدم انجام که از تأخیر در انجام به موقع تعهد ناشی شده باشد، قرارداد باید به اعتبار ایجاد آن اثر، محقق و موجود دانسته شود» (شهیدی، ۱۳۸۰: ۳۲۴، ش ۲۷۴).

## ۱-۲-۲. استرداد عوضین

مسئله مهمی که در مورد خسارت جایگزین اجرا مطرح می‌شود این است که در صورت مطالبه این نوع خسارت، اولاً آیا متعهد می‌تواند عوضی را که به متعهدله پرداخته است مسترد کند یا نه؟ و ثانیاً آیا متعهدله از تکلیف پرداخت معوض معاف می‌شود یا اگر آن را پرداخته، حق استرداد آن را دارد یا نه؟ در مورد سوال نخست، بند پنج ماده (۲۸۱) تصریح می‌کند که «اگر متعهدله خسارت بدل اجرا را مطالبه کند، متعهد می‌تواند مطابق با مواد (۳۴۶) تا (۳۴۸)، استرداد آنچه را اجرا کرده مطالبه کند».

سوال دوم در واقع به سه مسئله جمع فسخ و مطالبه خسارت جایگزین اجرا ارتباط دارد؛ چون همان‌طور که گفته شد، در صورت مطالبه خسارت جایگزین اجرا، قرارداد منحل می‌شود. قانون مدنی جدید آلمان جمع فسخ و خسارت را به صراحت در ماده (۳۲۵)<sup>۱</sup> تجویز کرده است. البته روشی که برای ارزیابی خسارت به کار می‌رود برحسب این که یکی از عوضین وجه نقد باشد یا نباشد متفاوت است. فرض کنیم که شخص الف یک صندلی قدیمی را که ۱۰۰ یورو ارزش دارد از شخص ب به مبلغ ۹۰ یورو خریداری می‌کند و فروشنده از تسلیم آن امتناع می‌کند. خریدار می‌تواند از تعهد به پرداخت ۹۰ یورو معاف شود (فسخ) و ۱۰ یورو به عنوان منفعت از دست رفته مطالبه کند (خسارت جایگزین اجرا). بدیهی است که خسارت جایگزین اجرا در این مورد محدود به همین ۱۰ یورو است چراکه خریدار تنها در صورتی می‌توانست معوض (صندلی) را به دست آورد که عوض آن (۹۰ یورو) را می‌پرداخت و خسارت وی طبق روش محاسبه بر اساس ما به التفاوت<sup>۲</sup> ۱۰ یورو خواهد بود. البته در این مورد، الزام خریدار به پرداخت ۹۰ یورو و سپس حکم به استحقاق وی به ۱۰۰ یورو به عنوان خسارت امری بیهوده است، و از همان ابتدا متعهد محکوم به پرداخت ۱۰ یورو به عنوان خسارت می‌شود. اما اگر عوض به عنوان مثال، کالا باشد نه پرداخت مبلغی پول، متعهدله می‌تواند براساس شیوه جایگزینی<sup>۳</sup> یا نظریه معاوضه<sup>۴</sup> مطالبه خسارت کند؛ به این ترتیب که طرف بی‌تقصیر باید تعهد خود در مورد پرداخت عوض را انجام دهد و طرف مقصر باید ارزش معوض را بدهد. فرض کنیم شخصی پیانوی خود را با یک اسب معاوضه می‌کند و مالک اسب از تسلیم آن امتناع می‌کند. در این صورت طبق شیوه جایگزینی، مالک پیانو مستحق قیمت کامل اسب است اما باید همزمان پیانو را به مالک اسب بدهد. اگر مالک پیانو تمایلی به حفظ آن نداشته باشد باید این شیوه را اتخاذ کند، یعنی پیانو را بدهد و ارزش اسب را دریافت کند (Markesinis et al, 2006: 455).

۱. حق مطالبه خسارت در عقود معوض مانع فسخ نیست.

2. Differenzmethode/Difference method

3. Surrogationsmethode/Surrogation method

4. Austauschtheorie/Exchange theory

### ۱-۳. ماهیت خسارت جایگزین اجرا

خسارت ناشی از نقض قرارداد درصدد است که از راه اجرای جایگزین و با پرداخت پول، از منفعت انتظار<sup>۱</sup> زیان‌دیده حمایت کند؛ یعنی طرف زیان‌دیده را در همان وضعیت مالی مطلوبی قرار دهد که اگر قرارداد به درستی اجرا شده بود در آن وضعیت قرار می‌گرفت (Markesinis et al, 2006: 442; Treitel, 1988: 82). مهم‌ترین مقررۀ قانون مدنی آلمان در مورد منفعت انتظار و ارزیابی خسارت، ماده (۲۵۲) است که به عدم النفع می‌پردازد: «خسارت همچنین شامل منافع فوت شده است. منافی فوت شده محسوب می‌شوند که در روند طبیعی امور یا اوضاع و احوال خاص، به ویژه با توجه اقدامات و احتیاط اتخاذشده، احتمالاً قابل انتظار بوده‌اند».

ماده (۲۵۲) برای ارزیابی خسارت از روش انتزاعی استفاده کرده است که به موجب آن در صورت عدم اجرای تعهد، متعهدله می‌تواند ما به التفاوت بین ثمن قراردادی و قیمت بازاری کالا را در زمان و مکانی که کالا باید تسلیم می‌شد مطالبه کند. حال اگر خریدار بازرگان باشد، در عمل وی کالا را از بازار خریداری می‌کند و به مشتریان خود می‌فروشد. در این صورت، خسارت وی عبارت خواهد بود از ما به التفاوت بین ثمن در بیع اول و ثمن در بیع‌های بعدی که وی با مشتریان خود منعقد کرده است (Markesinis et al., 2006: 480-481). روش ارزیابی اخیر روش عینی نامیده می‌شود.<sup>۲</sup>

در تمام موارد ناممکن شدن طاری، متعهدله می‌تواند منفعت انتظار خود را مطالبه کند مگر این که متعهد بتواند اثبات کند که مسئول ناممکن شدن اجرا نیست (Zimmerman, 2002: 21). در مورد تاخیر در اجرا یا اجرای غیر مطابق، خسارت به طور خاص شامل هزینه‌هایی است که وی برای تحصیل اجرای جایگزین متحمل شده است (Zimmerman, 2002: 22). به عنوان مثال، اگر فروشنده بخشی از کالا را تسلیم نکرده و خریدار برای تأمین آن مبلغی بیش از ثمن قراردادی پرداخت باشد، می‌تواند ما به التفاوت را به عنوان خسارت مطالبه کند.

### ۲. حقوق ایران

در حقوق ایران نیز، همانند بسیاری از نظام‌های رومی‌ژرمنی، اصل اولی لزوم اجرای تعهدات قراردادی است و به طور معمول تا زمانی که اجرای تعهد امکان‌پذیر باشد نوبت به سایر شیوه‌های جبرانی جایگزین اجرا (مانند فسخ قرارداد) نمی‌رسد. البته مقررات قانون مدنی راجع به «خسارات حاصله از عدم اجرای تعهدات» (مواد ۲۲۶-۲۳۰ قانون مدنی) در مورد نوع خسارت قابل جبران ساکت است اما در مقررات پراکنده این قانون در عقود معین می‌توان انواع متعددی از خسارت‌ها را ملاحظه کرد. از این رو، بررسی

1. expectation interest/Erfüllungsinteresse

۲. در مورد روش عینی و انتزاعی ارزیابی خسارت، نک: رنجبر، ۱۳۸۷: ۲۲۷-۲۴۰؛ صفایی، ۱۳۹۷: ۲۷۵-۲۷۶

اقسام خسارت مستلزم بررسی موارد پراکنده‌ای است که در آنها تعهد قراردادی به صورت کامل اجرا نمی‌شود و از هدف خود منحرف می‌شود.

بنابراین، در ادامه، ابتدا موارد انحراف از اجرای قرارداد به منظور نشان دادن جایگاه خسارت و نوع آن در هر یک از این موارد بررسی می‌شود و سپس به ماهیت خسارت از لحاظ حقوق ایران پرداخته می‌شود. در همه این موارد باید دید که اولاً شیوه جبران عدم اجرای قرارداد، پرداخت خسارت است یا شیوه جبرانی دیگر، ثانیاً بر فرض که شیوه جبران، پرداخت خسارت باشد، خسارت مذکور جنبه ضمان قهری دارد یا برای جبران نقض قرارداد پرداخت می‌شود. به تعبیر دیگر، باید دید که مسئولیت متعهد قهری است یا قراردادی، و ثالثاً بر فرض که مسئولیت متعهد، قراردادی باشد، خسارتی که پرداخت می‌شود از نوع مورد بحث در این مقاله یعنی خسارت جایگزین اجرا است یا نه.

## ۲-۱. موارد انحراف از اجرای قرارداد

در حقوق کشورمان و در مباحث مسئولیت قراردادی، انحراف از اجرای کامل قرارداد عمدتاً در قالب دو مورد یعنی عدم اجرای تعهد و تأخیر در اجرای آن بررسی شده است (شهیدی، ۱۳۸۳: ۵۷-۵۸). از این رو، عمدتاً دو نوع خسارت ناشی از تأخیر و خسارت ناشی از عدم اجرا مورد توجه حقوقدانان کشورمان قرار گرفته است. اما برخی از حقوقدانان موارد انحراف از اجرای کامل قرارداد را به صورت کامل‌تر در چهار مورد بررسی کرده‌اند: عدم اجرای تعهد، عدم اجرای بخشی از تعهد، اجرای تعهد به صورت معیوب، و تأخیر در اجرا (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۱۵۲-۱۶۷). با این حال، با استفاده از مقررات راجع به عقود معین می‌توان فهرست موارد انحراف را کامل‌تر کرد و مصادیق دیگری را به آنها افزود. حقوق کشورمان تنها برای برخی از این موارد پرداخت خسارت را مقرر کرده است اما برای ارائه گزارشی از موارد انحراف<sup>۱</sup> و مقایسه با حقوق آلمان، ذکر فهرستی از این موارد و بیان اجمالی احکام آنها سودمند است. بدیهی است که در این تحقیق مختصر باید به نکات کلی اکتفا کرد و مجالی برای بررسی تفصیلی مطالب و ذکر نکات اختلافی نیست. از این رو، در مطالب آتی فقط به مقررات قانون مدنی و آراء برخی از حقوقدانان توجه می‌شود.

## ۲-۱-۱. ناممکن شدن اجرای تعهد در اثناء قرارداد

اجرای قرارداد ممکن است در اثناء آن ناممکن شود. مصداق بارز و مصرح این مورد در قانون مدنی، تلف قهری مبیع قبل از تسلیم آن به خریدار (ماده ۳۸۷ ق.م.) و نیز از بین رفتن مورد اجاره یا ناممکن شدن

۱. صورت‌های گوناگون انحراف از اجرای قرارداد در حقوق کشورمان در نمودار شماره ۲ در انتهای مقاله نشان داده شده است.

استفاده از آن در اثناء عقد اجاره (مواد ۴۸۱ و ۴۸۳ ق.م.) است. در مورد نخست، اگر تلف در اثر تقصیر فروشنده نباشد، مصداق قاعده تلف مبیع قبل از تسلیم و ضمان معاوضی است که طبق آن قرارداد منفسخ می‌شود و ثمن به خریدار باز می‌گردد یا تعهد وی به تأدیه ثمن از بین می‌رود (ماده ۳۸۷ ق.م.). از لحاظ قانونی، مسئولیت فروشنده در این مورد محدود به ردّ ثمن است (بر فرض که آن را دریافت کرده باشد) و سخنی از خسارت به میان نیامده است.

اما اگر ناممکن شدن به دلیل تقصیر فروشنده باشد، که مصداق بارز آن اتلاف مبیع توسط فروشنده است، قرارداد باقی می‌ماند و فروشنده از باب ضمان قهری، ضامن بدل مبیع خواهد بود (مفهوم مخالف ماده ۳۸۷ ق.م.). در واقع، با اتلاف مبیع توسط فروشنده ضمان وی از تسلیم عین به ضمان مالیت و ارزش آن تحوّل می‌یابد. ضمان مذکور به لحاظ اتلاف مال غیر، ضمان قهری است اما به دلیل این که مورد اتلاف، موضوع قرارداد است، می‌تواند ضمان ناشی از نقض قرارداد هم محسوب شود و در واقع، این مورد محل تلاقی ضمان قهری و ضمان قراردادی است. در هر حال، مسئولیت فروشنده در این مورد پرداخت بدل واقعی است که بر حسب مورد، مثل یا قیمت مبیع است. با توجه به این که اتلاف فروشنده نقض قرارداد نیز محسوب می‌شود، پرداخت بدل در این مورد می‌تواند جنبه مسئولیت قراردادی نیز داشته باشد و از این لحاظ، می‌تواند خسارت جایگزین اجرا محسوب شود.

نکات مذکور مطابق نظر مشهور است که ید فروشنده پس از عقد و پیش از تسلیم مبیع، ضمانی است. اطلاق این نظر همه موارد را شامل می‌شود. با این حال، ممکن است تصور شود که ید فروشنده نسبت به مبیع در برخی موارد امانی است. توضیح این که یکی از حقوقدانان در بحث از اثر مطالبه در عقود تملیکی مانند بیع عین معین، ابتدا این نکته را مطرح کرده که اثر مطالبه در عقود تملیکی این است که «از تحقق ضمان معاوضی جلوگیری نموده و زمینه را برای ضمان قهری یا مسئولیت مدنی فراهم نموده و این ضمان قهری یا مسئولیت را بر عهده بایع بار می‌نماید» (یزدانیان، ۱۳۸۶: ۳۳۲). وی در ادامه، این سوال را مطرح کرده است که «آیا با وجود استناد به ضمان قهری و مطالبه بدل (مثل یا قیمت)، مشتری می‌تواند خسارت ناشی از تاخیر در انجام تعهد را مطالبه کند؟»، در پاسخ به این آمده است که «استناد به ضمان قهری و مطالبه مثل یا قیمت منافاتی با مطالبه خسارات ناشی از تاخیر در انجام تعهد ندارد. به عبارتی، قبل از تسلیم، مبیع نزد بایع امانت بوده و اگر تسلیم دارای موعد معینی باشد و مهلت مزبور منقضی شود طبق صدر ماده (۲۲۶) ق.م. بایع مسئول خسارت ناشی از تاخیر در انجام تعهد خواهد بود اما با توجه به عدم مطالبه مشتری، در صورت تلف مال، به علت فورس ماژور ماده (۳۸۷) ق.م. حاکم بوده و ضمان بایع ضمان معاوضی است» (یزدانیان، ۱۳۸۶: ۳۳۳).

این نظر تا جایی که مربوط به خسارت ناشی از تاخیر می‌شود قابل پذیرش است اما در مورد امانی بودن ید فروشنده اشکالاتی وجود دارد که در بحث بعد مطرح می‌شود.

اجرای قاعده پرداخت بدل در مورد عقودی که موضوع آنها عین است با مشکلی مواجه نیست اما اجرای آن در عقود وارد بر عمل مانند اجاره اشخاص با تردید و اشکال مواجه است. همچنین، جریان قاعده تلف مبیع قبل از تسلیم، در باره ثمن و نیز در مورد سایر عقود غیر از بیع مورد بحث است (شهیدی، ۱۳۸۲: ۴۵-۴۶). برخی از اساتید، قاعده مذکور را در زمره قواعد عمومی معاملات تلقی کرده و آن را علاوه بر ثمن در عقد بیع، در مورد عقود دیگر مانند اجاره، قرض، معاوضه و صلح نیز قابل اجرا دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۷ (الف): ۱۸۸-۱۸۹).

## ۲-۱-۲. نقض تعهدات فرعی

برای نقض تعهدات فرعی می‌توان دو مورد را در نظر گرفت: شروط ضمن عقد و نقض وظیفه مراقبت. (۱) از مصادیق مهم تعهدات فرعی، شروط ضمن عقد (شروط فعل، صفت و نتیجه) است که احکام خاص و مفصلی برای آن در قانون مدنی پیش‌بینی شده است. به طور خلاصه، تخلف از شرط صفت و نتیجه موجب پیدایش حق فسخ برای مشروطه می‌شود (مواد ۲۳۵ و ۲۴۰) و در مورد تخلف از شرط فعل نیز اگر اجبار مشروط‌علیه یا انجام شرط توسط دیگران مؤثر واقع نشود، حق فسخ برای مشروطه ثابت می‌شود. جبران خسارتی که در این موارد ممکن است به مشروطه وارد شود تابع قواعد کلی مسئولیت قراردادی و از جمله، مواد (۲۲۱) و (۲۲۶-۲۳۰) قانون مدنی است. با این حال، تخلف از شرط فعل در برخی موارد و طبق برخی از نظرات، احکامی دارد که به بحث ما مربوط می‌شود. توضیح این که به نظر برخی از فقها (انصاری، ۱۴۱۵: ۷۴-۷۵) اگر مشروط‌علیه از انجام دادن مورد خودداری کند و عمل (دست کم به لحاظ متعلق آن) دارای ارزش مادی باشد، می‌توان مشروط‌علیه را ملزم به پرداخت ارزش مادی شرط نمود. طبق این نظر، پرداخت ارزش را می‌توان نوعی خسارت جایگزین اجرای تعهد به شمار آورد.

(۲) در مورد نقض وظیفه مراقبت مقرر کلی در قانون مدنی یافت نمی‌شود اما مصادیقی از نقض این گونه تعهدات را می‌توان در عقود معین یافت. تعهد به مراقبت خصوصاً در عقودی که موضوع آنها تصرف در مال غیر است (عقود امانی) مورد توجه قانونگذار مدنی قرار گرفته است. در عقود امانی، گاه مال مورد امانت ممکن است موجب آسیب جسمی یا مالی به متصرف شود و گاه بالعکس، متصرف ممکن است به مال مورد امانت آسیبی وارد کند.

ماده (۶۳۹) ق.م. مصداق جالبی را برای مورد اول فراهم می‌کند: «هرگاه مال عاریه دارای عیوبی باشد که برای مستعیر تولید خسارتی کند، معیر مسئول خسارت وارده نخواهد بود مگر این که عرفاً مسبب محسوب شود. همین حکم در مورد مودع و موجر و امثال آن‌ها نیز جاری می‌باشد». از ذیل این ماده می‌توان استفاده کرد که مفاد این ماده یک قاعده کلی است که در مورد همه عقود امانی جریان می‌یابد.

(نک: امامی، ۱۳۸۹، ج ۲: ۷۹-۸۰ در مورد اجاره؛ همان: ۲۵۳ در مورد ودیعه؛ همان: ۲۶۴ در مورد عاریه. همچنین، نک: کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۷۱ در مورد عقد ودیعه و همان: ۹۳ در مورد عقد عاریه).

برای تحقق ید امانی وجود دو عنصر لازم است: اذن مالک یا قائم مقام قانونی وی، و بلاعوض بودن تصرف (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۹۳). از این رو، ید متصرف در عقودی مانند عاریه و ودیعه و مضاربه امانی است. همچنین، ید مستاجر در عقد اجاره امانی است؛ چراکه در اجاره، معاوضه بین منفعت و اجرت صورت می‌گردد، نه بین عین و اجرت؛ تحویل عین صرفاً به این دلیل است که موجر موظف به تسلیم منفعت است، و برای تسلیم منفعت چاره‌ای جز تسلیم عین ندارد (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۹۵-۹۶). با توجه به این دو عنصر، ید بائع بر منافع مفصل قبل از تسلیم امانی است (محقق داماد، ۱۴۰۶: ۱۸۵). اما ید فروشنده بر مبیع قبل از تسلیم ضمانتی است چراکه ید فروشنده بر مبیع رایگان نیست بلکه در ازای ثمن است. البته ضمان وی تا قبل از تسلیم از نوع ضمان معاوضی است نه قهری؛ به این معنا که اگر مبیع قبل از تسلیم تلف شود، عقد بیع منفسخ می‌شود و اگر ثمن به فروشنده تسلیم شده باشد باید آن را مسترد کند و اگر تسلیم نشده باشد، تعهد خریدار به تسلیم ثمن از بین می‌رود. البته اثر ضمان معاوضی فقط در مورد تلف قهری است. بنابراین، طبق دیدگاه قانون مدنی (م. ۳۸۷)، اگر مبیع قبل از تسلیم، به وسیله فروشنده یا ثالث اتلاف شود، مسئولیت فروشنده از نوع ضمان قهری خواهد بود نه معاوضی. ید فروشنده بر مبیع قبل از تسلیم در یک صورت امانی خواهد بود و آن درجایی است که پس از فرا رسیدن موعد تسلیم و امتناع خریدار از قبول مبیع، فروشنده به حاکم مراجعه کند و حاکم به وی اجازه دهد که مبیع را به عنوان امانت در تصرف خود نگه دارد.

در مورد دوم که متصرف به مال مورد امانت خسارت وارد می‌کند، اولاً در عقود لازم مالک می‌تواند عقد را فسخ کند (مانند عقد اجاره طبق ماده ۴۸۷ ق.م.م.)، و ثانیاً متصرف ضامن خسارت وارده است (مواد ۴۹۳ و ۵۰۳ ق.م.م. در عقد اجاره و ماده ۵۳۶ ق.م.م. در عقد مزارعه). خسارت در این مورد براساس قواعد ضمان قهری ارزیابی می‌شود.

آنچه گفته شد در مورد نقض وظیفه مراقبت در عقود امانی است. اما در عقود غیرامانی از قبیل بیع، در صورتی که عیب مبیع موجب خسارت به اموال خریدار گردد، جبران خسارت تابع قواعد عمومی مسئولیت است (در مورد مسئولیت زیان ناشی از عیب کالا و تولید، به ترتیب، نک: کاتوزیان، ۱۳۸۷ (ب): ۲۳۳-۲۳۴؛ کاتوزیان، ۱۳۸۱: ۲۱-۲۵).

اما مورد دیگری که در بحث از عقود غیرامانی مانند بیع قابل طرح است مسئله ید فروشنده بر مبیع پس از فرا رسیدن موعد تسلیم است. توضیح این که اگر برای تسلیم مبیع موعدی مقرر نشده باشد، ید فروشنده بر مبیع پیش از موعد تسلیم، از نوع ضمان معاوضی است و این فرض مصداق مسلم ماده (۳۸۷) قانون مدنی است. اما اگر برای تسلیم موعدی مقرر شده باشد، از سخن برخی از اساتید استفاده

می‌شود که با فرارسیدن موعد تسلیم، ید فروشنده از ضمانتی معاوضی به ید امانی تبدیل می‌شود. حال مسئله‌ای که در این مورد مطرح می‌شود، اثر مطالبه خریدار است. به نظر ایشان، اگر خریدار مبیع را مطالبه کند و فروشنده از تسلیم آن خودداری کند، ید خریدار از امانی به ضمانتی تبدیل می‌شود اما این نوع ضمان، ضمان قهری است نه معاوضی. از این رو، حتی اگر مبیع بدون تقصیر فروشنده تلف شود، فروشنده ضامن بدل (مثل یا قیمت) است (کاتوزیان (الف): ۱۹۴-۱۹۵).

این سخن با اطلاق ماده (۳۸۷) قانون مدنی که از آن استفاده می‌شود ید فروشنده در همه موارد قبل از تسلیم ضمان معاوضی است منافات دارد. از این رو، فرارسیدن موعد تسلیم به تنهایی موجب نمی‌شود که ید بایع بر مبیع به ید امانی تبدیل شود؛ چراکه مطابق اصل کلی مربوط به تسلیم حق و ایفاء دین که در ماده (۲۷۳) قانون مدنی<sup>۱</sup> مقرر شده است، ید متعهد بر موضوع تعهد هنگامی وصف امانت می‌یابد که متعهدله از قبول حق امتناع کند، متعهد برای تسلیم به حاکم رجوع کند و موضوع تعهد را به اذن حاکم در تصرف نگه دارد. از این پس ید فروشنده احکام ید امانی را دارد و از جمله این که اگر خریدار مبیع را مطالبه و فروشنده از تسلیم امتناع کند، ید فروشنده به ضمان قهری تبدیل می‌شود.

بنابراین، اطلاق این سخن که ید فروشنده بر مبیعی که موعد تسلیم آن فرارسیده امانی است و مطالبه مشتری موجب تبدل ید فروشنده از امانی به ضمانتی و آن هم ضمان قهری است (نک: یزدانیان، ۱۳۸۶: ۳۳۳) قابل پذیرش نیست.

## ۲-۱-۳. نقض تعهدات اصلی

نقض تعهدات اصلی را می‌توان در قالب سه مورد بررسی کرد: عدم اجرای کامل و نهایی، اجرای ناقص، و اجرای معیوب.

(۱) **عدم اجرای کامل و نهایی:** در صورتی که متعهد از اجرای تعهد خودداری کند و الزام وی به ایفای تعهد مؤثر واقع نشود و این وضعیت به عدم اجرای کامل و نهایی قرارداد منتهی شود، تنها گزینه‌ای که پیش روی متعهدله قرار دارد مطالبه خسارت است. خسارت در این مورد قابل جمع با اجرا نیست و به این دلیل می‌توان آن را جایگزین اجرا دانست. این مورد یکی از مصادیق واقعی خسارت جایگزین اجرا در حقوق کشورمان است؛ هرچند که ممکن است از آن با چنین عنوانی یاد نشود.

(۲) **اجرای ناقص:** مقصود از نقص، عدم اجرای بخشی از تعهد است. دو مصداق بارز این مورد در عقد بیع و اجاره بررسی می‌شود.

۱. اگر صاحب حق از قبول آن امتناع کند متعهد به وسیله‌ی تصرف دادن آن به حاکم یا قائم مقام او بری می‌شود و از تاریخ این اقدام، مسئول خسارتی که ممکن است به موضوع حق وارد آید نخواهد بود.



اگر مبیع قبل از تسلیم ناقص شود، حکم آن برحسب این که مبیع قابل تجزیه باشد یا نباشد متفاوت است. در صورتی که مبیع قابل تجزیه نباشد، خریدار فقط حق فسخ دارد (ماده ۳۸۸ ق.م.ا) اما در صورتی که مبیع قابل تجزیه باشد، عقد نسبت به بخشی که تلف شده منفسخ می‌شود و در نتیجه، خریدار حق دارد معامله را از باب تبعض صفت فسخ کند (امامی، ۱۳۸۹، ج: ۱؛ ۴۵۲؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷ (الف): ۱۹۹-۲۰۰). از سیاق این ماده (۳۸۸) که در مقررات راجع به قاعده تلف مبیع قبل از تسلیم آمده است می‌توان استفاده کرد که مقصود از نقص در این ماده، نقص بدون تقصیر بایع یا ثالث است و بنابراین، به دلیل عدم تقصیر بایع، مطالبه خسارت از وی منتفی است اما در صورتی که نقص در اجرا به دلیل تقصیر فروشنده باشد، می‌توان او را مسئول خسارت دانست. ماده (۳۸۶) ق.م.ا که ناظر به دو ماده (۳۸۴) و (۳۸۵) است فروشنده را مکلف کرده است که «علاوه بر ثمن، مخارج معامله و مصارف متعارف» را که خریدار متحمل شده است به وی پرداخت کند. دو ماده مذکور مربوط به مواردی است که مبیع از حیث مقدار کمتر از مقداری باشد که در معامله تعیین شده است. حق فسخ در ماده (۳۸۴) و (۳۸۵) به ترتیب مبتنی بر خیار تبعض صفت و خیار تخلف شرط است، اما در مقررات راجع به این دو خیار، برای ذوالخیار حق گرفتن خسارت پیش‌بینی نشده است. بنابراین، حق مطالبه خسارت در ماده (۳۸۶) تابع قواعد عمومی مسئولیت و ضمان قهری است و «مخارج معامله و مصارف متعارفه» در ماده (۳۸۶)، شامل هزینه‌هایی که خریدار با اعتماد به قرارداد متحمل شده است و بنابراین، از لحاظ ماهیت به خسارتی که امروزه خسارت اعتماد نامیده می‌شود مربوط است. با فسخ قرارداد، عوضین به مالک قبل از عقد باز می‌گردند و محلی برای اعطای خسارت جایگزین اجرا باقی نمی‌ماند.

ماده (۴۸۳) در بحث اجاره نیز موردی از اجرای ناقص است. طبق این ماده: «اگر در مدت اجاره، عین مستأجره به واسطه‌ی حادثه، کلاً یا بعضاً تلف شود، اجاره از زمان تلف نسبت به مقدار تلف شده منفسخ می‌شود و در صورت تلف بعض آن، مستأجر حق دارد اجاره را نسبت به بقیه فسخ کند یا فقط مطالبه‌ی تقلیل نسبی مال‌الاجاره نماید». در این مورد که بنا به فرض، تلف مورد اجاره مستند به موجر و تقصیر وی نیست، بحث خسارت منتفی است. اما در صورتی که تلف مورد اجاره مستند به موجر باشد، قانون مدنی در مورد مسئولیت وی ساکت است. ماده (۴۸۴)<sup>۱</sup> تنها به ممنوعیت موجر از تغییرات منافی با مقصود مستأجر از استیجار کفایت کرده است و بنابراین، مسئولیت وی تابع قواعد کلی است.

۳) اجرای معیوب: در مورد اجرای معیوب یا غیر مطابق می‌توان دو دسته از عقود را از یکدیگر تفکیک

کرد:

۱. موجر نمی‌تواند در مدت اجاره، در عین مستأجره تغییری دهد که منافی مقصود مستأجر از استیجار باشد.

**دسته اول: عقود وارد بر عمل.** اجرای معیوب به معنای دقیق تنها در مورد این دسته از عقود صدق می‌کند مانند آن که اجیر یا عامل در عقود جعاله، مزارعه، مساقات و مضاربه، تعهد خود را مطابق با قرارداد اجرا نکند. ماده (۵۳۶) در عقد مزارعه نیز در این زمینه قابل توجه است: «هر گاه عامل به طور متعارف مواظبت در زراعت ننماید و از این حیث، حاصل کم شود یا ضرر دیگر متوجه مزارع گردد عامل، ضامن تفاوت خواهد بود». این ماده ممکن است با این توجیه که مقصود، مواظبت از محصولی است که طبق عقد مزارعه کاشته شده است، بر مورد نقض تعهد فرعی مواظبت حمل شود؛ اما اولاً در ماده مذکور سخن از مواظبت از زرع و محصول نیست بلکه تعهد مواظبت ناظر به عمل موضوع قرارداد یعنی عمل زراعت است و لذا باید آن را بر اجرای نادرست تعهد اصلی حمل کرد. ثانیاً حتی اگر مقصود، مواظبت از محصول باشد، با توجه به این که محصول، موضوع باواسطه قرارداد است، تعهد به مواظبت از آن، در زمره تعهدات اصلی زارع است.

برخی از شارحان قانون مدنی در این مورد گفته‌اند: «عامل در عقد مزارعه علاوه بر تعهد به کشت بذر و جمع‌آوری محصول، تعهد به نگاه‌داری و مواظبت از کشت نیز نموده است. امور مزبور باید به طریق متعارف محل و نوع کشت باشد تا محصول به دست آید و آن را جمع‌آوری نموده و سهم مزارع را از سهم خود تفکیک بنماید و به او تسلیم کند، و هرگاه عامل به طور متعارف عمل ننمود چنان‌که آب به موقع نداد و یا علف‌های هرزه را نکند و از این حیث حاصل کم شود یا ضرر دیگری متوجه زراعت گردد، چنان‌که محصول غیر مرغوب در آید، طبق ماده (۵۳۶) ق. م. عامل ضامن تفاوت آن خواهد بود» (امامی، ۱۳۸۹، ج ۲: ۱۵۳). چنان‌که ملاحظه می‌شود، ایشان موضوع تعهد مواظبت را ابتدا نگهداری از محصول دانسته اما در ادامه، از کوتاهی در کارهایی که موضوع تعهدات اصلی عامل است مانند آب ندادن به موقع و نكندن علف‌های هرز سخن گفته است.

حکم ماده (۵۶۳) نیز قابل توجه است: این ماده عامل را ضامن تفاوت دانسته است و از این جهت، طبق اصطلاحات کامن لایی به خسارت انتظار شباهت دارد. با این توضیح که باید دید اگر زارع به طور متعارف به تکلیف مواظبت عمل می‌کرد، چه مقدار محصول قابل برداشت بود. خسارت مالک عبارت است از مابه‌التفاوت بین این مقدار و مقداری که در صورت فعلی یعنی نقض تعهد حاصل شده است.

**دسته دوم: عقود تملیکی.** در مورد عقود تملیکی مانند بیع و اجاره اعیان، خصوصاً در مواردی که تملیک و تملک عوضین هم‌زمان با انعقاد عقد صورت می‌گیرد، با اندکی تسامح می‌توان از عیب موضوع تعهد به معیوب بودن اجرای تعهد تعبیر کرد. معیوب بودن مبیع و ثمن بر حسب متغیرهای متعددی مانند معین یا کلی بودن عوضین یا تحقق عیب هنگام انعقاد قرارداد یا در اثنای آن و نیز بر حسب نوع عقد مانند بیع و اجاره بودن تابع احکام متفاوتی است. قواعد کلی این بحث را باید در احکام خیار عیب جستجو کرد و استثناءهای قاعده را می‌توان در برخی عقود (مانند ۴۷۸ عقد اجاره) ملاحظه کرد. به طور کلی،

عیب مبیع (ماده ۴۲۲) و ثمن (ماده ۴۳۷) به خریدار و فروشنده حق فسخ عقد یا ابقاء آن و گرفتن ارش می‌دهد. همچنین، در صورتی که مبیع قبل از تسلیم معیوب شود، طبق ماده (۴۲۵) قانون مدنی، احکام خیار عیب جریان می‌یابد. در این صورت و صورت سابق یعنی ناقص شدن مبیع، اگر ایجاد عیب و نقص در اثر تقصیر بایع یا ثالث باشد، مسئولیت آن دو از باب ضمان قهری خواهد بود. همچنین، اگر عیب مبیع و ثمن موجب زیان به اموال خریدار و فروشنده گردد، جبران خسارت تابع قواعد کلی مسئولیت است.

اما نکته مهم در این مورد این است که شیوه محاسبه ارش در حقوق ما (ماده ۴۲۷) که در آن به نسبت سنجی بین ثمن با قیمت واقعی کالا توجه می‌شود به یکی از دو شیوه ارزیابی خسارت انتظار در کامن لا، یعنی شیوه عینی، شباهت دارد؛ با این توضیح که اولاً ارش طبق نظر صحیح‌تر (کاتوزیان، ۱۳۸۷ (ب): ۲۶۳؛ شهیدی، ۱۳۸۲: ۶۱) جنبه خسارت دارد و ثانیاً مقدار آن با توجه به قیمت واقعی و بازاری کالا تعیین می‌شود. بنابراین، دارنده خیار با گرفتن ارش در وضعیت مالی مطلوبی که از قرارداد انتظار داشته است قرار می‌گیرد.

#### ۲-۱-۴. تأخیر در اجرا

تأخیر در اجرای تعهد بر حسب این که زمان اجرای تعهد با موضوع آن به صورت وحدت مطلوب در نظر باشد یا به صورت تعدد مطلوب، احکام مختلفی دارد: در صورت اول، چون اجرای تعهد در زمان بعد مطلوبیتی برای متعهدله ندارد، تعهد از بین می‌رود و متعهدله می‌تواند خسارت ناشی از عدم اجرا را مطالبه کند. خسارت در این مورد جایگزین اجرای تعهد می‌شود چراکه متعهد تکلیفی به اجرای تعهد در زمان لاحق ندارد. اما در صورت دوم، متعهدله علاوه بر این که می‌تواند اجرای تعهد در زمان بعد را مطالبه کند، حق دارد خسارت ناشی از تأخیر در اجرای تعهد را هم مطالبه کند (شهیدی، ۱۳۸۳: ۵۷-۵۸) و بنابراین، طبق اصطلاح حقوق آلمان، خسارت در این مورد «خسارت همراه با اجرا» است.

#### ۲-۲. ماهیت خسارت

ماهیت خسارت در حقوق ما از دو جهت قابل توجه است. اولاً پرداخت خسارت ناشی از نقض قرارداد محصول تراضی طرفین نیست بلکه نتیجه قهری و ضمانت اجرای قانونی نقض تعهد است. دلیل اصلی این مطلب را می‌توان در این نکته یافت که در حقوق ایران اصل اولی در صورت نقض قرارداد، الزام متعهد به اجرای آن است. بنابراین، پرداخت خسارت جز در موارد استثنائی نمی‌تواند بدل اجرای تعهد محسوب شود. این نکته را برخی از حقوق‌دانان کشورمان در موارد متعددی مورد توجه قرار داده‌اند: «در جایی که اجرای مفاد عقد به هیچ تمهید (حتی به وسیله دیگران) امکان ندارد، چاره‌ای جز گرفتن خسارت از مدیون باقی نمی‌ماند. بسیاری از نویسندگان، خسارت را بدل انجام تعهد می‌دانند... با وجود این، باید

پذیرفت که این خسارت نتیجه عهدشکنی است؛ ضمانت اجرای تقصیر متعهد در عدم اجرای تعهد است و نباید آن را محصول تراضی و بدل قراردادی انجام تعهد شمرد» (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۱۲۶). ایشان در جای دیگر نیز می‌گویند: «مسئولیت قراردادی عبارت است از التزام متعهد به جبران خسارتی که در نتیجه عدم اجرای قرارداد به طرف او وارد می‌شود. این خسارت به وسیله دادن مبلغی پول جبران می‌گردد. این پول را بعضی معادل انجام تعهد اصلی شمرده‌اند. ولی مسئولیت متعهد، التزام دیگری است که در نتیجه عهدشکنی به وجود می‌آید و منبع مستقیم آن، عدم اجرای عقد است» (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۱۴۶).

ثانیاً همان‌طور که برخی از حقوقدانان تصریح کرده‌اند، «خسارت عدم انجام تعهد، بدل اصل تعهد است و با آن جمع نمی‌شود» (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۱۶۲).

با توجه به نکات بالا می‌توان گفت: پرداخت خسارت قراردادی در حقوق ما در برخی موارد و از جهت قابل جمع نبودن آن با مطالبه اجرای تعهد، بدل اجرای تعهد محسوب می‌شود. اما بهتر است در حقوق کشورمان به جای «خسارت جایگزین اجرا» از تعبیر «خسارت غیرقابل جمع با اجرا» سخن گفت. در واقع، حقوقدان برجسته و فقید کشورمان نیز سخنی بدین مضمون دارد: «مطالبه خسارت عدم انجام تعهد هیچ‌گاه با درخواست اجرای آن جمع نمی‌شود» (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۲۳۶).

### ۳. مقایسه

در حقوق آلمان خسارت جایگزین اجرا در سه مورد پرداخت می‌شود:

۱- **تأخیر در اجرا یا اجرای غیر مطابق.** این مورد در واقع مشتمل بر سه مصداق است: تأخیر در اجرا، اجرای معیوب، و اجرای ناقص. شرط مهم هر سه مصداق در حقوق آلمان این است که در نهایت تعهد به صورتی که مورد قرارداد بوده اجرا نشود، و بنابراین، عنوان جامعی که می‌تواند هر سه مصداق را دربرگیرد، عدم اجرای تعهد به صورت تعیین شده است. در مورد حقوق کشورمان می‌توان این سه مصداق را به صورت جداگانه بررسی کرد:

**الف) تأخیر در اجرای تعهد:** در حقوق کشورمان برای تأخیر در اجرای قرارداد دو صورت در نظر گرفته شده است: مواردی که زمان اجرای تعهد به صورت وحدت مطلوب در نظر بوده (مانند تعهد به تهیه شام عروسی در روز و ساعت معین) و مواردی که زمان اجرای تعهد به صورت تعدد مطلوب در نظر بوده است (مانند موارد معمولی قرارداد ساخت خانه). در مورد نخست، اگر تعهد در موعد مقرر اجرا نشود، اجرای آن در زمان بعد مطلوبیتی برای متعهد ندارد و از این رو، تعهد از بین می‌رود. در نتیجه، متعهدله می‌تواند خسارت جایگزین اجرا بگیرد و چنین خسارتی با مطالبه اجرای تعهد قابل جمع نیست و به تعبیر دیگر، خسارت جایگزین اجرا است. در مورد دوم، اجرای تعهد در زمان تعیین شده امتیازی برای متعهدله داشته است که در صورت عدم اجرای تعهد در آن زمان، متعهدله از آن امتیاز محروم می‌شود اما

مطلوبیت اجرای تعهد باقی است. در این صورت، تعهد باقی است متعهدله می تواند اجرای آن را در زمان بعد همراه با خسارت ناشی از تاخیر مطالبه کند.

**ب) اجرای معیوب:** در عقد بیع، عیب مبیع معین به خریدار حق می دهد که عقد را فسخ کند یا ابقاء نماید و ارش بگیرد. ارش در واقع خسارت عدم مطابقت مبیع با کالای سالم است و برای تعیین مقدار آن از روش نوعی استفاده می شود. مطالبه ارش با حق فسخ یا مطالبه اجرای تعهد قابل جمع نیست و ازاین رو، می توان آن را نوعی خسارت جایگزین اجرا دانست. در عقد اجاره حق گرفتن ارش منتفی است و طبق دیدگاه قانون مدنی (م. ۴۷۸)، مستاجر ابتدا باید تعمیر مورد اجاره را درخواست کند و در صورت عدم تعمیر، حق فسخ دارد. تعمیر مورد تعهد شاخه ای از الزام به اجرای عین تعهد است و خسارت تلقی نمی شود.

**ج) اجرای ناقص:** در صورتی که مورد تعهد مانند مبیع یا عین مستاجر ناقص باشد، متعهدله برحسب مورد می تواند فسخ یا تقلیل ثمن (م. ۳۸۴ ق.م.) یا اجاره بها (م. ۴۸۳ ق.م.) را درخواست کند. تقلیل ثمن یا اجاره بها شیوه ای برای برقراری تعادل عوضین و نمی توان آن را خسارت تلقی کرد.

**۲- نقض وظایف فرعی:** در حقوق کشورمان این نوع نقض خصوصاً در بحث عقود امانی و مراقبت امین از مال مورد امانت مطرح می شود. امین در صورتی که در نگهداری از مال تعدی یا تفریط کند ابتدا الزام به خودداری از تقصیر می شود و در صورت استمرار تعدی یا تفریط، مالک حق فسخ قرارداد را دارد. خسارتی که در این مورد ممکن است مطالبه شود تابع قواعد ضمان قهری است. ازاین رو، در حقوق کشورمان خسارت جایگزین اجرا در این مورد منتفی است.

**۳- ناممکن شدن اجرا:** مصداق بارز ناممکن شدن که نقض تعهد محسوب می شود اتلاف مبیع یا مورد اجاره توسط بایع و موجر است. در مورد نخست، طبق دیدگاه قانون مدنی (مفهوم ماده ۳۸۷)، بایع ضامن بدل مبیع است. در مورد اجاره، موجر طبق ماده ۴۸۴ قانون مدنی نمی تواند در عین مستاجر تصرفات منفی با حق مستاجر انجام دهد که مصداق بارز آن اتلاف عین مستاجر است. در صورت اتلاف عین، با توجه به ملکیت مستاجر نسبت به منافع، وی حق دارد بدل منافع را مطالبه کند. تعیین بدل مبیع و منفعت عین مستاجر تابع قواعد ضمان قهری است اما از لحاظ بحث حاضر، می توان آن را جایگزین اجرای تعهد دانست.

### نتیجه گیری

حقوق کشورمان از جهت تفوق بخشیدن به اجرای الزامی قرارداد با حقوق آلمان قرابت دارد اما از جهت ضمانت اجرای انحراف از اجرای قرارداد و پرداخت خسارت ناشی از آن تفاوت های مهمی بین این دو نظام ملاحظه می شود:

**اول:** حقوق کشورمان حتی الامکان تلاش می‌کند که نقض قرارداد را از طریق الزام مستقیم به اجرای عین تعهد یا شاخه‌های آن مانند الزام به تعمیر یا تعویض و در نهایت فسخ قرارداد جبران کند؛ در حالی که حقوق آلمان با اتخاذ یک رویکرد کارآمدتر، در بسیاری از موارد به متعهدله حق داده است که به جای مطالبه اجرای تعهد، خسارت ناشی از نقض را مطالبه کند. در واقع، در بسیاری موارد اصرار بر اجرای تعهد تأثیری در ملتزم شدن متعهد به اجرای تعهد ندارد و فسخ قرارداد نیز تنها وضعیت طرفین را به وضعیت پیش از قرارداد بازمی‌گرداند؛ درحالی‌که متعهدله با دریافت خسارت جایگزین اجرا، دست‌کم به ارزش مالی آنچه که از اجرای قرارداد انتظار داشته است دست می‌یابد و می‌تواند با آنچه دریافت کرده، موضوع تعهد را از طریق دیگری تحصیل کند.

**دوم:** در حقوق آلمان خسارتی که برای جبران زیان ناشی از نقض قرارداد پرداخت می‌شود در صد قرار دادن متعهدله در وضعیتی است که از اجرای تعهد انتظار داشته است و طبق اصطلاحات کامن لایی خسارت انتظار است؛ در حالی که در حقوق کشورمان خسارتی که می‌تواند مطالبه شود در بسیاری از موارد برای قرار دادن متعهدله در وضعیت پیش از قرارداد است و طبق اصطلاحات کامن لایی، خسارت اعتماد است نه خسارت انتظار. بدیهی است که خسارت انتظار بهتر می‌تواند توقعی که متعهدله از قرارداد داشته را برآورده کند.

**سوم:** مقررات مربوط به خسارت جایگزین اجرا به عنوان قواعد عمومی در قانون مدنی آلمان منعکس شده است؛ درحالی‌که قانون مدنی کشورمان مقررۀ عامی نسبت به انواع و موارد خسارت قابل جبران ندارد و احکام مربوط به خسارت را باید به صورت محدود و پراکنده در مقررات راجع به عقود معین جستجو کرد.

در نهایت باید افزود: مقایسه حقوق مدنی کشورمان با حقوق کشورهای مدرنی مانند آلمان حاکی از وجود نقائص و ناکارآمدی‌هایی در بحث ضمانت اجرای نقض قرارداد و خصوصاً تعیین خسارت است. از این رو، پیشنهاد می‌شود که در قوانین مختلف کشورمان از جمله قانون مدنی و قانون حمایت از مصرف‌کننده با اقتباس از حقوق کشورهای دیگر، مقررات روشن و کارآمدی در جهت حمایت از طرف زیان‌دیده از نقض قرارداد پیش‌بینی شود.

### فهرست منابع

- امامی، سید حسن، ۱۳۸۹ش، حقوق مدنی، تهران، انتشارات اسلامی، ج ۲، ج ۱ و ۲.
- انصاری، شیخ مرتضی، ۱۴۱۵ق، کتاب المکاسب، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ج ۱، ج ۶.
- حسینی، مینا، ۱۳۹۹ش، «انواع خسارتهای نقض تعهدات قراردادی و شرایط مطالبه آنها در نظام حقوقی آلمان با مروری بر رویکرد حقوق ایران»، دوفصلنامه حقوق قراردادهای و فناوریهای نوین، دوره اول، ش ۱.
- رنجبر، مسعودرضا، ۱۳۸۷ش، تعیین خسارت ناشی از نقض قرارداد، تهران، نشر میزان، ج ۱.
- شهیدی، مهدی، ۱۳۸۳ش، آثار قراردادهای و تعهدات، تهران، مجد، ج ۲.
- \_\_\_\_\_، ۱۳۸۰ش، تشکیل قراردادهای و تعهدات، تهران، مجد، ج ۲.
- \_\_\_\_\_، ۱۳۸۲ش، حقوق مدنی ۶، تهران، مجد، ج ۱.
- صفایی، سیدحسین، ۱۳۹۷ش، حقوق بیع بین المللی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ج ۸.
- کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۰ش، قواعد عمومی قراردادهای، تهران، شرکت سهامی انتشار، ج ۳، ج ۴.
- \_\_\_\_\_، ۱۳۸۷ش (الف)، حقوق مدنی، عقود معین، تهران، شرکت انتشار، ج ۱۰، ج ۱.
- \_\_\_\_\_، ۱۳۸۷ش (ب)، قواعد عمومی قراردادهای، تهران، شرکت انتشار، ج ۵، ج ۵.
- \_\_\_\_\_، ۱۳۸۱ش، مسئولیت ناشی از عیب تولید، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ج ۱.
- کاظمی، محمود، زارعی، علی، ۱۴۰۱ش، «ماهیت و مبانی مسئولیت قراردادی»: مطالعه تطبیقی در حقوق اسلام و فرانسه، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، ش ۳۳.
- محقق داماد، سید مصطفی، ۱۴۰۶ق، قواعد فقه، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ج ۱۲، ج ۱.
- نعمت‌اللهی، اسماعیل، ۱۳۹۷ش، «منافع سه‌گانه در خسارت‌های قراردادی»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ش ۳.
- یزدانیان، علیرضا، ۱۳۸۶ش، حقوق مسئولیت مدنی، قواعد عمومی مسئولیت مدنی، تهران، نشر میزان، ج ۱.

### References

- Gotanda, J. Y. (2006). Damages in Lieu of Performance because of Breach of Contract. Villanova University School of Law, Working Paper Series, 53.
- Markesinis, B. S., & Unberath, H. (2002). The German Law of Torts: A Comparative Treatise (4<sup>th</sup> ed.). Hart Publishing.
- Markesinis, B. S., Unberath, H., & Johnston, A. (2006). The German Law of Contract: A Comparative Treatise (2nd ed.). Hart Publishing.
- Schlechtriem, P. (2002). The German Act to Modernize the Law of Obligations in the Context of Common Principles and Structures of the Law of Obligations in Europe. Oxford University Comparative Law Forum, 1. Retrieved from <https://ouclf.law.ox.ac.uk>
- The Restatement (Third) of Restitution & Unjust Enrichment.
- Treitel, G. H. (1988). Remedies for Breach of Contract. Oxford University Press.
- Zimmerman, R. (2002). Breach of Contract and Remedies under the New German Law of Obligations. Roma.

Zimmerman, R. (2005). *The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives*. Oxford Scholarship Online.

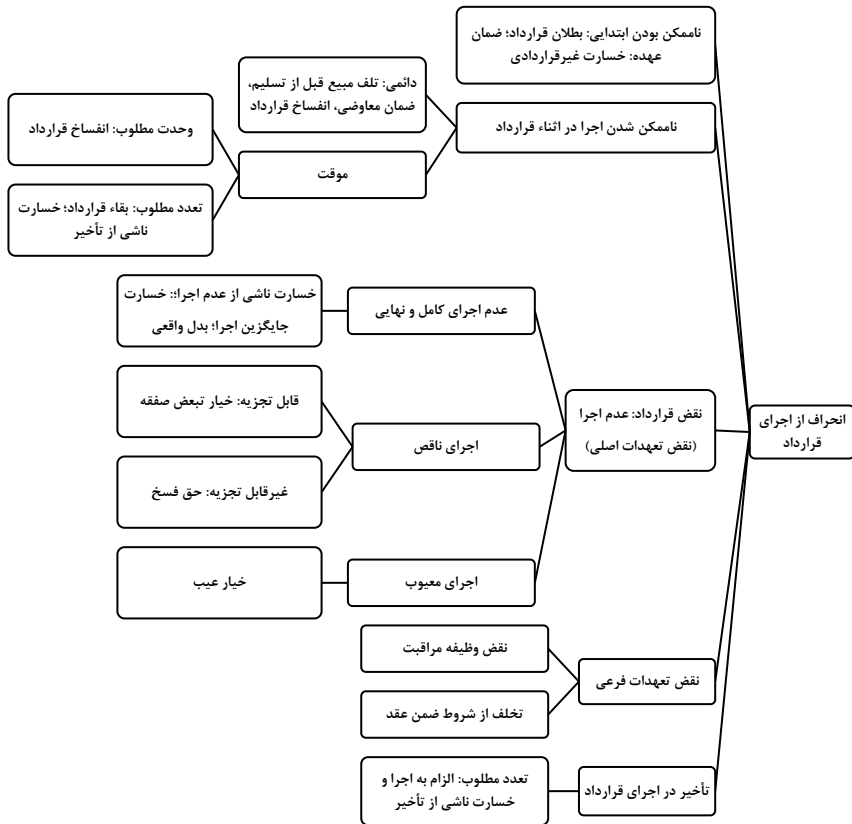
### **Persian Sources**

- Ansari, S. M. (1994). *Kitab al-Makasib* (Vol. 6). Qom, World Congress of Honoring Sheikh Azam Ansari.
- Emami, S. H. (2010). *Civil Law* (Vols. 1 and 2, 22nd ed.). Tehran, Islamia Publishing House.
- Hosseini, M. (2019). Types of damages for breach of contractual obligations and the conditions for claiming them in the German legal system with an overview of the approach of Iranian law. *Biannual Contract Law and New Technologies*, 1(1), 135-165.
- Katouzian, N. (2001). *General Rules of Contracts* (Vol. 4). Tehran, Enteshar Publishing Company.
- Katouzian, N. (2008a). *Civil Law, Certain Contracts* (Vol. 1, 10<sup>th</sup> ed.). Tehran, Enteshar Publishing Company.
- Katouzian, N. (2008b). *General Rules of Contracts* (Vol. 5, 5<sup>th</sup> ed.). Tehran, Enteshar Publishing Company.
- Katouzian, N. (2013). *Liability for Production Defects*. Tehran, Tehran University Press.
- Kazemi, M., & Zarei, A. (2022). The Nature and Basis of Contractual Responsibility: Comparative Study of Islamic and French Law. *Comparative Studies of Islamic and Western Law*, 33(9), 223-256.
- Mohaghegh Damad, S. M. (1985). *Rules of Islamic Jurisprudence* (Vol. 1, 12<sup>th</sup> ed.). Tehran, Islamic Sciences Publishing Center.
- Nematollahi, I. (2017). Triple Benefits in Contractual Damages. *Comparative Law Researches*, 3.
- Ranjbar, M. (2017). *Determining Damages for Breach of Contract*. Tehran, Mizan Publishing House.
- Safai, S. H. (2017). *International Sales Law* (8<sup>th</sup> ed.). Tehran, Tehran University Press.
- Shahidi, M. (2001). *Formation of Contracts and Obligations*. Tehran, Majd.
- Shahidi, M. (2003). *Civil Law 6*. Tehran, Majd.
- Shahidi, M. (2004). *Effects of Contracts and Obligations*. Tehran, Majd.
- Yazdaniyan, A. (2016). *Civil Liability Law: General Rules of Civil Liability*. Tehran, Mizan Publishing House.





نمودار شماره ۱: مسئولیت ناشی از نقض وظیفه (ماده ۲۸۰ قانون مدنی آلمان)  
(Markesinis et al, 2006: 440)



نمودار شماره ۲: مصادیق انحراف از اجرای قرارداد در حقوق ایران