

## مطالبه خسارت عدم انجام تعهد پس از فسخ قرارداد

سید حسین صفایی\*\*  
منصور امینی\*\*\*\*

علی شهابی\*  
بهروز اخلاقی\*\*\*\*

### چکیده

بی‌تردید درجه کارآمدی هر نظام مسئولیت قراردادی از اهمیت بسیاری برخوردار است که این کارآمدی، دست‌کم به لحاظ نظری به عوامل عدیده‌ای وابسته است. فارغ از اقسام نقض تعهد و مبانی استقرار مسئولیت، تمرکز این مقاله بر نهاد خسارت است؛ با این توضیح که در اینجا خسارت ناشی از عدم انجام قرارداد مد نظر است نه خسارت تأخیر در انجام تعهد و یا اجرای ناقص آن. هدف آن است تا در حقوق ایران نیز راهکاری برای امکان مطالبه تمامی خسارات ناشی از عهدشکنی و حمایت از اصل جبران کامل خسارات ارائه شود؛ چنانکه در نظام حقوقی انگلیس و اسناد بین‌المللی نیز چنین است. از این رهگذر، در این مقاله به این سؤال پرداخته شده است که آیا می‌توان خسارت عدم انجام تعهد را در ادامه فسخ قرارداد و یا در ادامه انحلال قرارداد (به بیان صحیح‌تری که مد نظر ماست) تعبیر کرد؟ لذا، ایده‌ای که این مقاله بنای تبیین آن را داشته به لزوم «تبعیت (پیروی) خسارت عدم انجام تعهد از فسخ یا انحلال قرارداد» تعبیر می‌شود تا به این ترتیب، منافع بیشتری را برای متعهدله ظاهر کرده و به گسترش مفهوم خسارات واقعی در حقوق ایران بینجامد.

**واژگان کلیدی:** اصل جبران، انفساخ، خسارت، عدم انجام تعهد، فسخ.

\* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.  
shahabi\_ali@hotmail.com

\*\* استاد گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران. (نویسنده مسؤل).  
hsafaii@ut.ac.ir

\*\*\* دانشیار گروه حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، تهران، ایران.

akhlaghi@akhlaghi.net  
aminimansour@yahoo.fr

\*\*\*\* دانشیار دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران.

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۹/۲۶

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۰/۱۷

## سرآغاز

در نگاهی به ساختار نظام‌های مسئولیت قراردادی می‌توان دانست که رویکرد هر نظام حقوقی در مواجهه با نهاد خسارت اساسی‌ترین عنصری است که درجه کارآمدی آن نظام را معین می‌کند. در تبیین رویکرد نظام حقوقی هم می‌توان بر برداشت حداقلی یا حداکثری از مفهوم خسارت، صور متعدد مفهوم خسارت و نیز ضمانت اجراهای قانونی و قضایی برای حمایت از رویکرد نظام حقوقی انگشت گذاشت. طبعاً نظام مسئولیت قراردادی در حقوق ایران هم از این نکته مستثنا نیست و در ارزیابی کارآمدی نظام مسئولیت قراردادی در ایران نیز باید ابتدا به رویکرد نظام حقوقی ایران (به تبع فقه امامیه) به نهاد خسارت اشاره کرد. به این ترتیب، آیا نمی‌توان در چارچوب قواعد موجود، به نحوی که مستلزم تغییر قالب‌های حقوقی مستقر نباشد، چاره‌ای اندیشید تا به ارتقا تلقی عمومی از کارآمدی این نظام منجر شود؟ ایده‌ای که این مقاله در مقام تبیین آن است فی‌الواقع تلاشی است برای پاسخ به این سؤال.

به نظر باید از این نکته آغاز کرد که «جایگاه اصل جبران کامل خسارات در حقوق ایران»، موضوعی است که در واقع به امکان عقلی جبران کامل خسارات و نیز امکان پذیرش آن در حقوق ایران نظر دارد.<sup>۱</sup> در دکترین حقوقی ما نیز هدف آن است که ضرر به صورت کامل جبران و تا حد ممکن تلاش شود زیان دیده به وضعیت پیش از زیان بازگردد (قاسمی، ۱۳۸۴: ۲۰۳). در تعبیری دیگر، اصل این است که همه زیان‌های ناشی از عهدشکنی محو شود چندانکه وضع طلبکار به حالی بازگردد که در صورت اجرای قرارداد پیدا می‌کرد با توجه به اینکه «در تمیز کیفیت اجرای قرارداد معیار التزام طرف قرارداد است نه انتظار طلبکار» (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ب: ۲۱۷-۲۱۸).

۱. اصل جبران کامل خسارت به این معنا است که باید تلاش نمود تا زیان به‌طور کامل جبران شود و وضعیت زیان‌دیده تا حد ممکن به قبل از وقوع حادثه بازگردد. به دیگر سخن، هدف آن است که غرامت کمتر از زیان وارده شده و یا بیشتر از آن نباشد. این اصل (هدف مسئولیت مدنی) مورد قبول اکثر نظام‌های حقوقی است ولی مانند هر قاعده دیگری با استثناهایی همراه است مانند ماده ۳۱۴ ق.م. و یا ماده ۵۵۵ ق.م.ا. (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۷: ۴۵۷).

۲. «از یک‌سو، اگر خسارت ناشی از عهدشکنی ضمانتی جدید بر عهده مدیون گذارد که مبنای آن تقصیر است، چرا باید مدیون عهدشکنی تابع قواعد عمومی مسئولیت مدنی نباشد و جبران تمام زیان‌هایی را که به بار آورده است به دوش نگیرد؟ از سوی دیگر، قرارداد جهان پیش‌بینی و انتخاب است. هرچه بر سر مدیون می‌آید، باید به‌گونه‌ای به خواست او مربوط باشد. پس نباید متعهد را به خسارتی محکوم کرد که از دایره ادراک و پیش‌بینی انسانی متعارف بیرون است، مگر آنکه معلوم شود از آن نتیجه آگاه بوده است» (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ب: ۲۲۱).

اما جبران خسارتی که حقوق در نظر دارد در عمل، به ندرت زیان‌های ناشی از عهدشکنی را به‌طور کامل از بین می‌برد چنانکه برای محدود ساختن خسارتی که بر عهده مدیون قرار می‌گیرد همواره دو تقسیم‌بندی رایج پیشنهاد شده است: نخست، تفکیک خسارت بی‌واسطه از خسارت باواسطه با این توضیح که صرفاً خسارت بی‌واسطه در قلمرو مسئولیت متعهد قرار می‌گیرد و دوم، تفکیک خسارت قابل پیش‌بینی از خسارت نا‌منتظر بر این پایه که تنها خسارات قابل پیش‌بینی امکان مطالبه دارند.

بدیهی است که با تحکیم جایگاه نهاد خسارت پایبندی عمومی به لزوم وفای به عهد گسترش خواهد یافت و برای این منظور باید برداشت غالب در مورد خسارات واقعی و یا زیان‌های قابل جبران در نظام حقوقی ایران تغییر کند. در این راستا، ایده‌ای که در این مقاله به دنبال بررسی نظری آن هستیم، تفکیک آثار فسخ (به دنبال نقض قرارداد) از آثار خسارت و تبیین مطالبه خسارت در ادامه فسخ است و با پذیرش این مطلب بی‌گمان، راه برای پذیرش قواعد متعارف در سایر نظام‌های حقوقی (و یا دست‌کم در اسناد بین‌المللی) جهت محاسبه خسارات وارده به زیان‌دیده، مانند قاعده معامله جایگزین و یا قیمت بازار، باز خواهد بود. توضیح آنکه امکان جمع بین فسخ و مطالبه خسارت در اینجا مدنظر نیست (در امکان اصولی جمع این دو ضمانت اجرا گاه تردید شده که در ادامه بدان اشاره خواهد شد) لیکن نکته اینجاست که آیا می‌توان در صورت عهدشکنی، مطالبه خسارت عدم انجام تعهد را در ادامه فسخ تفسیر کرد (برخی از استادان با این تفسیر هم مخالفاند و مطالبه خسارت عدم انجام تعهد را مستلزم انحلال عقد نمی‌دانند که در مطالب آتی به آن هم خواهیم پرداخت). لذا، فارغ از امکان جمع این دو ضمانت اجرا (که موضوع این مقاله نبوده و در امکان اصولی آن هم کمتر تردید کرده‌اند) در صورتی که مطالبه خسارت عدم انجام تعهد در ادامه فسخ تفسیر شود (همان موضوعی که در این مقاله بحث می‌شود) باید پذیرفت که نهاد فسخ پیشتر آثار خود را ظاهر کرده و اینک که نوبت به مطالبه خسارت رسیده نمی‌توان به آثار فسخ (مانند آنچه در کامن‌لا در قالب مبنای اعاده<sup>۱</sup> مدنظر است) بسنده کرد. به عبارت دیگر با پذیرش این موضوع، نهاد خسارت تنها زمانی آثار خویش را آشکار می‌کند که در قالب مبنای اعتماد یا انتظار<sup>۲</sup> (چنانچه در کامن‌لا مطرح است) تحلیل شود. لذا،

---

1. Restitution Basis

2. Reliance Basis - Expectation Basis

اشاره به مبنای اعاده در بحث از خسارات ناشی از نقض تعهد (تحدید خسارات به هزینه‌هایی که متعهدله متحمل شده است) اساساً ما را به مسیر غلطی می‌برد، زیرا مبنای اعاده علی‌الاصول خارج از این حدود قرار گرفته و در نهایت باید در چارچوب آثار فسخ به آن پرداخت. به این ترتیب، تنها مبانی انتظار و اعتماد هستند که می‌توانند در درون نهاد خسارت بررسی شده و احیاناً مبنای محاسبه خسارات قرار بگیرند.

به این ترتیب، سؤال اصلی این تحقیق (به نحوی روشن) از این قرار است: آیا می‌توان (و یا باید) خسارت عدم انجام تعهد را در ادامه فسخ قرارداد (به نحوی دقیق‌تر: در ادامه انحلال قرارداد) تعبیر کرده و قابل مطالبه دانست؟ و آیا چنین تعبیری به فرض صحت، منافی برای متعهدله زیان دیده در بر داشته و منجر به توسعه مفهوم خسارات قابل مطالبه می‌شود؟ در بیانی دیگر می‌توان چنین گفت: در بحث از کارآمدی نظام مسئولیت قراردادی، پاسخ به این سؤال که خسارت عدم انجام تعهد در ادامه فسخ ظاهر می‌شود و یا آنکه مستقلاً عمل می‌کند، از اهمیت بسزایی برخوردار است.

از این نظر، پاسخ ما به این سؤال همان است که از آن در این تحقیق به لزوم «تبعیت (پیروی) خسارت عدم انجام تعهد از فسخ» (و چنانکه در ادامه به نحوی دقیق‌تر توضیح داده خواهد شد: تبعیت خسارت عدم انجام تعهد از انحلال قرارداد) تعبیر شده است.

در اینجا شاید این توضیح لازم باشد که ایده محوری این مقاله اساساً منصرف از نظام مسئولیت قهری است و موارد مورد اشاره همگی در بافت مسئولیت قراردادی بحث می‌شوند چنانکه تبعیت خسارت عدم انجام تعهد از فسخ (همان‌طور که منظور نظر ماست) در قالب ضمانت اجراهای نقض تعهد قراردادی مورد بحث قرار گرفته است. در این رابطه باید این توضیح را هم اضافه کرد که مسئولیت قراردادی علی‌الاصول مقید به حدودی است که از آن میان، تعیین نسبت میان شیوه‌های جبران ضرر با آنچه متعلق اراده طرفین قرار گرفته از اهمیت بسیاری برخوردار است. با درک این نکته، آنچه در این مقاله بنای تبیین آن را داشته‌ایم تأکید مجدد بر این موضوع است که اکتفا به آثار فسخ (به‌عنوان شیوه منحصر جبران خسارت عدم انجام تعهد) نه تنها با عرف تجاری امروز در تضاد است بلکه با اصل جبران کامل خسارات ناشی از عهدشکنی نیز تعارض دارد کما اینکه برخی مؤلفین حقوقی بیان قانون‌گذار در ماده ۲۲۱ ق.م. ناظر بر تعهد به جبران خسارت در مواردی که عرفاً به منزله تصریح باشد را، در دنیای امروز، به تمامی موارد

نقض تعهد تسری می‌دهند.<sup>۱</sup> به این ترتیب، با پذیرش ایده مطروحه در مورد تبعیت خسارت عدم انجام تعهد از فسخ، راه برای تفکیک آثار نهاد فسخ از آثار نهاد خسارت و جبران سایر خسارات وارده (مبتنی بر مبنای انتظار یا اعتماد) باز می‌شود.

مطالب این مقاله تحت سه عنوان ارائه می‌شود: ابتدا به جایگاه نهاد خسارت به مثابه یکی از ضمانت‌اجراهای نقض تعهد در نظام مسئولیت قراردادی پرداخته‌ایم. مطالب این بخش شاید به ظاهر ارتباط مستقیمی با ایده فوق نداشته باشد لیکن بیان این مقدمه (در کنار طرح مثال‌هایی در خصوص موضوع مورد بحث) برای تبیین ایده اساسی این تحقیق و نیز مباحث مطرح شده در بخش بعدی، ضروری به نظر می‌رسد. سپس آن نکته اساسی یعنی مطالبه خسارت عدم انجام تعهد در ادامه فسخ را مورد بررسی قرار داده و به نحوی مجزا به مرور ادبیات حقوقی و بحث در قالب نصوص قانونی، دکترین حقوقی، فقه، حقوق تطبیقی و اسناد بین‌المللی پرداخته‌ایم. در ادامه این نکته مورد بررسی قرار گرفته که آیا مطالبه خسارت عدم انجام تعهد تنها از فسخ تبعیت می‌کند؟ در انتها نیز به جمع‌بندی مطالب ارائه شده اشاره‌ای خواهد شد.

## ۱. جبران خسارت به مثابه ضمانت اجرای نقض تعهد

مفهوم خسارت<sup>۲</sup>، با تمام فراز و فرودهایی که در سالیان مختلف شاهد آن بوده است (مانند خسارت تأخیر تأدیه در قانون سابق آئین دادرسی مدنی که در قانون لاحق به دلیل مخالفت شورای نگهبان حذف شد، حال آنکه شورای نگهبان در همین قانون خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد بر اساس نرخ تورم را پذیرفته است)، یکی از ضمانت‌اجراهای پذیرفته شده نقض تعهد در حقوق ایران است هرچند که ذائقه فقهی چندان با این نهاد همراه نبوده است. ضمن آنکه امکان منطقی جمع بین فسخ و مطالبه خسارت در حقوق ایران همواره محل بحث بوده، زیرا برخی بر این باور

۱. «به نظر ما در کلیه مواردی که تخلف یک طرف موجب زبان طرف دیگر شود، متخلف عرفاً مسئول شناخته می‌شود» (موحد، ۱۳۹۸: ۴۱۹) هرچند که باید اذعان داشت که حدود این مسئولیتی که عرف بر آن صحنه می‌گذارد همچنان محدود به حدی است که بر اساس همان عرف قابل پیش‌بینی تلقی شود (موحد، ۱۳۹۸: ۴۱۰).

۲. در حال حاضر، این خوانش در میان حقوقدانان غالب است که کلمه خسارت در نصوص قانونی ما در دو معنی به کار رفته: «گاهی آن را به معنی ضرر استعمال می‌کنند و گاهی نیز آن را به معنی چیزی که به جبران ضرر پرداخت می‌شود به کار می‌برند. قانون‌گذار هنگامی که از خسارت حاصله از عدم اجرای تعهدات یا «جبران خسارات» سخن می‌گوید، کلمه را به معنی اول به کار برده است و هنگامی که از «تأدیه خسارت» بحث می‌کند (مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ قانون مدنی) معنی دوم را اراده کرده است» (صفایی، ۱۳۹۳: ب: ۲۰۶).

بوده‌اند که با جعل نهاد فسخ (به‌عنوان طریق جبران عهدشکنی) توسط قانون‌گذار، امکان توسل به سایر طرق جبرانی (مانند نهاد خسارت) منتفی شده است، زیرا مفروض آن است که قانون‌گذار فسخ قراردادی را که موضوع عهدشکنی بوده برای تدارک زیان متعهدله کافی دانسته است (رک. صفایی و الفت، ۱۳۸۹).

امروزه در حقوق ایران، امکان اصولی مطالبه خسارت علاوه بر فسخ قرارداد پذیرفته شده است. علی‌رغم آنکه به اعتقاد برخی، حق فسخ برای جبران ضرر متعهدله به علت نقض قرارداد وضع شده است و افزون بر آن چیزی قابل مطالبه نیست، لیکن از ماده ۳۸۶ ق.م. می‌توان استنباط کرد که اگر به متعهدله زیان‌هایی از قبیل مخارج معامله و هزینه‌های متعارف دیگر وارد شده باشد وی می‌تواند اگر معامله فسخ شود، جبران آن زیان‌ها را نیز مطالبه کند. بنابراین، می‌توان گفت در حقوق ایران مانند کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، نه تنها فسخ قرارداد با مطالبه خسارت قابل جمع است بلکه مطالبه آن خسارات (ناشی از عدم اجرای قرارداد) منوط به فسخ قرارداد است.

به این ترتیب، مطالبه خسارت سال‌هاست که به نصوص قانونی ما راه یافته و جایگاه خود را به‌عنوان یکی از ضمانت‌اجراهای عهدشکنی تثبیت کرده است، لیکن در نگاهی به تحولات سایر نظام‌های حقوقی در روزگار ما (به‌طور خاص دکترین حقوقی در کامن‌لا منظور است) مشاهده می‌کنیم که از طبقه‌بندی‌های کلاسیک نهاد خسارت<sup>۱</sup> نیز عبور کرده‌اند چنانکه امروزه نظریاتی چون قراردادهای ناقص و یا نقض کارآمد، علاوه بر رواج نظری از استقبال عملی بیشتری در قیاس با گذشته برخوردار است (Triantis, 2010: 645). هرچند که این واقعیت را نیز باید در نظر داشت که نظریاتی از این دست خصوصاً نظریه نقض کارآمد<sup>۲</sup>، به اختلافی مبنایی

۱. عمدتاً طبقه‌بندی کلاسیک فولر و پردو منظور است: مبنای انتظار، مبنای اعتماد و مبنای اعاده. توضیح آنکه «لون فولر و ویلیام پردو» (دو استاد دانشکده حقوق دانشگاه هاروارد) در نیمه دهه ۱۹۳۰ سه منفعتی را که در حقوق قراردادهای موردحمایت قرار می‌گیرند، تبیین کردند یعنی همان مبنای انتظار، اعتماد و اعاده. فولر و پردو در مقالاتشان بحثی درباره طرق جبرانی از منظر انتخاب میان این سه نوع منفعت شکل دادند هرچند که بسیاری پژوهشگران، در پژوهش‌های آتی، از انتخاب دوگانه میان مبنای انتظار و اعتماد نوشتند. البته در دهه‌های بعد، بسیاری از حقوقدانان در آثار خود تأثیرات و خطاهای طبقه‌بندی فولر و پردو را دنبال کرده و برخی در پی آن بودند تا نشان دهند که هیچ‌یک از معیارهای محاسبه خسارت موردنظر فولر و پردو، لزوماً به‌طور سیستماتیک، کارآمدی را بالا نمی‌برند بلکه برعکس، موفقیت و شهرت این طبقه‌بندی تبدیل به مانعی برای تحلیل درست از کارآمدی طرق جبرانی شد (Craswell, 2000: 112).

۲. Efficient Breach هرچند این ترجمه چندان گویای مقصود نیست لکن از آنجا که این نوع از نقض قرارداد بیشتر به

درباره مفهوم پایبندی به تعهد نیز دامن زده‌اند که در برخی نظام‌های حقوقی (از جمله نظام حقوقی ایران که از قاعده مالکیت پیروی می‌کنند) با بایسته‌های مفهوم وفای به عهد در تضاد آشکار است و لذا افراط در جمع‌بندی‌هایی از این دست شاید در بازار کشورهای رو به توسعه نظیر ایران چندان موجه به نظر نیاید. این ایده که حقوق قراردادهای از دخالت مستقیم در تنظیم قیمت‌ها پرهیز دارد، به خصوص در چارچوب فهمی که از تحلیل اقتصادی حقوق ارائه می‌شود (و نیز با توجه به قواعد حاکم بر بازار در لیبرال دموکراسی‌های امروزی که قائل به عدم مداخله دولت و یا قانون، در تنظیم روابط بازار هستند) مقبول به نظر می‌رسد، لیکن در کشورهایی مانند ایران (و حتی در برخی جوامع غربی نظیر جوامع سوسیالیست) به نظر نمی‌توان به عمومیت چنین قواعدی رأی داد. به این ترتیب، فارغ از اینکه به ایده حفظ قراردادهای به عنوان مخلوقات مستقل گرایش داشته و یا به ایده آزادی انتخاب طرفین تمایل داشته باشیم، برای تحلیل کارآمدی قواعد نظام مسئولیت قراردادی در متن بازار جهانی امروز باید به ارزیابی مفاد قرارداد دست زد (هرچند که در تبیین عناصر این ارزیابی در جوامعی مانند ایران باید محتاط بود).

به هر روی، برای درک موضوع (و نیز آشکار شدن اهمیت ایده محوری این تحقیق) به چند مثال در این خصوص توجه کنید:

۱. وزارت فرهنگ و آموزش عالی در سال ۷۵ دادخواستی به طرفیت ... به خواسته مطالبه ۴۰۳۵۰/۵ دلار آمریکا و ۵۶۲۳۰ ریال وجه به استناد اسناد رسمی ... تقدیم می‌دارد. به شرح دادخواست، «آقای ... که جهت ادامه تحصیل به آمریکا اعزام شده متعهد شده‌اند تا در اجرای قانون اعزام دانشجوی و نیز به موجب اسناد رسمی منعقد شده به کشور بازگشته و دو برابر مدت تحصیل در داخل کشور در نقاطی که وزارت فرهنگ و آموزش عالی تعیین خواهد کرد خدمت کند حالیه علی‌رغم اتمام تحصیلات از مراجعت به کشور و انجام تعهدات قانونی مافی‌الذمه خودداری می‌کند نظر به اینکه ... نامبرده از مبلغ ۴۰۳۵۰/۵ دلار آمریکا از اعتبارات ارزی وزارت متبوع استفاده کرده و آقایان ... تعهدات و دیون و خسارات وارده از طرف دانشجوی اعزامی را ضمانت کرده‌اند لذا تقاضای صدور حکم بر محکومیت خواندگان به پرداخت خواسته کرده است

---

همین نام در ایران بازشناخته شده است از همین تعبیر در این متن استفاده شد. در بیانی دقیق، نقض کارآمد قرارداد، در نظریه حقوقی، به نقض عامدانه قرارداد و پرداخت خسارت عدم انجام تعهد اطلاق می‌شود. در این فرض، متعهد به این نتیجه منطقی رسیده است که انجام تعهد قراردادی متضمن زیان اقتصادی بزرگ‌تری است و تحلیل اقتصادی حقوق نیز این نوع از نقض قرارداد را به رسمیت می‌شناسد (رک. انصاری، ۱۳۹۰).

...» (رویه قضایی ایران، ۱۳۸۸: ۳۲۶-۳۲۸).

بعد از چند بار رفت و آمد پرونده بین شعب مختلف، دادگاه بدوی حکم بر محکومیت تضامنی خواندگان به پرداخت ارزش ریالی ارز مورد مطالبه و پرداخت مبلغ ۵۶۲۳۰ ریال در حق خواهان صادر می‌کند که با تجدیدنظرخواهی ایشان پرونده به دیوان عالی کشور ارجاع شده و در نهایت شعبه پنجم دیوان عالی کشور نیز رأی تجدیدنظر خواسته را ابرام می‌کند.

نکته این رأی در بازپرداخت تسهیلات دریافتی به عنوان «خسارات وارده» است حال آنکه قدر متیقن از مفهوم خسارت ناشی از نقض تعهداتی که بر ذمه خوانده قرار داشت قطعاً از دریافت تسهیلات پرداختی فراتر می‌رود. به این ترتیب، متعهد متخلف تنها به پرداخت معادل ریالی تسهیلات دریافتی محکوم شده و خسارتی به جهت نقض تعهدات خویش نپرداخته است. از این لحاظ، در فرضی که خسارت عدم انجام تعهد در ادامه فسخ تعبیر شود، محکوم به مذکور صرفاً مقتضای فسخ قرارداد فی مابین تلقی شده و در این حالت، مطالبه خسارت عدم انجام تعهد در ادامه فسخ مقتضای پرداخت خسارتی مجزا است که قطعاً به توسعه مفهوم خسارت می‌انجامد.

از منظری دیگر، با فرض اینکه دریافت مبلغ مذکور خواهان را در موقعیتی مشابه موقعیت وی پیش از انعقاد قرارداد قرار دهد، می‌بینیم که رویکرد اعاده‌ای (استفاده از مبنای اعاده در فرضی که به تمامی قابل اجرا باشد) نمی‌تواند تمامی آثار نقض تعهد را پوشش دهد و دست کم این انتخاب را باید به عهده خواهان (متعهدله) قرار داد. به عبارت دقیق‌تر باید دید که آیا معادل ریالی تسهیلات دریافتی برای گماردن شخصی دیگر جهت خدمت در نقاط مدنظر وزارت فرهنگ و آموزش عالی کفایت می‌کند یا خیر که در این صورت خواهان باید بتواند از میان دو مبنای اعاده یا انتظار آنچه به مصلحت وی نزدیک‌تر است را برگزیند و این دقیقاً همان رویه‌ای است که در کامن‌لا هم مقرر است.

۲. یکی از مراجع عظام تقلید درباره زمینی که مشاعاً متعلق به فروشندگان و سازمان اوقاف بوده ولی فروشندگان سهم خود را به صورت مفروز فروخته‌اند چنین نظر داده‌اند: «... اگر زمین بین فروشندگان و اوقاف به صورت مشاع بوده و زمین را به طور مفروز به شما فروخته‌اند، حق دارید معامله را فسخ کنید و تمام خسارت خود را بگیرید و اگر صاحبان زمین با اوقاف زمین را تفکیک کرده‌اند معامله صحیح است و جایی برای فسخ نیست» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ ق: ۴۳۱).  
به این ترتیب، نکته اساسی آن است که با فسخ قرارداد در مثال فوق، صرفاً ثمن پرداختی



به مشتری مسترد می‌شود و بدین ترتیب خسارتی که در ادامه فسخ به ذمه فروشنندگان می‌آید علی‌القاعده از استرداد ثمن فراتر می‌رود و این برداشت (مطالبه خسارت در ادامه فسخ قرارداد) به نحوی آشکار در بیان ایشان ظاهر است. البته در بخش سوم این مقاله در مورد مطالبه خسارت عدم انجام تعهد پس از انفساخ نیز بحث شده و نمونه‌ای هم مورد بررسی قرار گرفته است تا ایده تبعیت خسارت عدم انجام تعهد از انحلال قرارداد بیشتر توضیح داده شود.

پیش از تشریح مبحث آتی در این خصوص باید مجدداً تأکید کرد که این ایده مورد بحث در این تحقیق تنها ناظر به خسارت عدم انجام تعهد است لذا نهاد خسارت مدنظر ما اساساً دخلی به خسارت تأخیر در اجرای تعهد ندارد.<sup>۱</sup>

## ۲. مطالبه خسارت عدم اجرای تعهد در ادامه فسخ (مرور ادبیات حقوقی)

این مسئله از این جهت حائز اهمیت است که اگر مطالبه خسارت را در ادامه فسخ بدانیم به تعبیری رابطه قراردادی همچنان پابرجاست و تبعاً خسارت به نوعی بدل انجام تعهد تلقی می‌شود، فلذا باید معادل ارزش انجام تعهد باشد، اما اگر آن را در ادامه فسخ بدانیم به این معناست که رابطه قراردادی از میان رفته و این دادگاه است که باید در خصوص ایراد یا عدم ایراد خسارت و نیز میزان خسارت وارده نظر دهد.

در دنباله این بخش، در مباحثی مجزا، به مرور ادبیات حقوقی ناظر بر این موضوع (در قالب نصوص قانونی، دکترین حقوقی، فقه، حقوق تطبیقی و اسناد بین‌المللی) پرداخته‌ایم که قطعاً می‌تواند در درک نتیجه‌گیری‌های موردنظر این تحقیق مفید باشد.

۱. قسم دیگر نقض تعهد که عمدتاً به آن و ضمانت اجراهای آن نپرداخته‌اند اجرای ناقص تعهد است که هرچند در حقوق ایران به لحاظ مفهومی، به عدم اجرای تعهد نزدیک است لیکن به لحاظ آثار، به تأخیر در اجرای تعهد نزدیک‌تر است یعنی ما با فرضی روبرو هستیم که جزء یا اجزائی از مفاد توافق طرفین از جانب متعهد اجرا نشده است. به این تعبیر، فرض تأخیر هم داخل در دایره اجرای ناقص تعهد خواهد بود، زیرا فاقد یکی از مفاد توافق طرفین یعنی موعد انجام تعهد است و به طریق اولی شاید بتوان گفت که ما تنها با یک مفهوم از عهدشکنی روبرو هستیم و آن عدم اجرای تعهد است که صورت‌های عدیده دارد. این صورت‌های عدیده نه به لحاظ مفهوم که به لحاظ آثار تفاوت می‌کنند و از این جهت آثار اجرای ناقص قاعده‌تاً شبیه به تأخیر در اجرا خواهد بود. به عبارت دیگر، مطالبه خسارت علی‌الاصول با اجرای اصل تعهد در این فرض منافاتی ندارد. به نظر می‌رسد مبانی حقوقی کاملاً امکان این برداشت را مهیا کرده و حتی با ذائقه فقهی نیز در تضاد نیست (شهابی، ۱۳۹۴: ۱۲۹).

## ۲-۱. بحثی در نصوص قانونی و دکترین حقوقی

«اثر خودداری از اجرای تعهد، ایجاد ضمان برای جبران خسارت ناشی از آن است. این تعهد جدید را در قراردادهای بدل تعهد اصلی گفته‌اند؛ بهاین معنی که چون تعهد اصلی قابل اجرا نیست، خسارت به‌عنوان بدل آن پرداخته می‌شود» (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۳۹۳-۳۹۴).

در صورت نقض تعهد و در صورتی که اجرای اجباری اصل تعهد ممکن یا مفید نباشد، متعهدله اختیار فسخ قرارداد را خواهد داشت، پس دیگر رابطه قراردادی در میان نخواهد بود.<sup>۱</sup> در چنین فرضی، متعهدله قطعاً حق دارد ضمن فسخ قرارداد، مطالبه خسارت کند، زیرا بدیهی است که مطالبه خسارت عدم انجام تعهد با مطالبه الزام جمع نمی‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ب: ۲۰۸-۲۱۰).

در مقابل، گروهی از استادان ضمن تأیید عدم امکان جمع بین مطالبه خسارت و الزام در این فرض، با تلقی فسخ قرارداد مخالف بوده و معتقدند با وجود نفی الزام، مطالبه خسارت عدم انجام تعهد بدون فسخ قرارداد همچنان ممکن است (صفایی، ۱۳۹۳: الف: ۱۶۹-۱۷۲). به نظر ایشان، در فرضی که الزام ممکن نباشد، مطالبه خسارت با فسخ قرارداد قابل جمع است لیکن چنین نیست که صرفاً در صورت فسخ ممکن باشد.

این توضیح لازم است که در امکان اصولی جمع بین فسخ قرارداد و مطالبه خسارت در حقوق ایران گاه تردید شده عمدتاً بر مبنای این نظر که با وضع ضمانت اجرای فسخ جهت دفع ضرر، قانون‌گذار بر رد این امکان اصولی نظر داشته است. «از سخن برخی از فقهای بزرگ عدم جواز جمع را می‌توان استنباط کرد. برای مثال، شیخ انصاری در مکاسب می‌گوید اگر شرط متعذر شود مشتری فقط خیار دارد، زیرا دلیلی بر ارزش نیست: شرط در حکم قید است که در مقابل مال (جزئی از ثمن) قرار نمی‌گیرد» (صفایی، ۱۳۹۳: الف: ۱۶۹). در مقابل البته عده‌ای از فقها و

۱. به نظر می‌رسد در مورد شرط فعل اختلافی وجود ندارد و تصریح قانون به ترتیب، تکلیف را روشن کرده اما آیا ملاک شرط فعل قابل تسری به تعهدات اصلی نیز هست؟ غالب حقوقدانان با این نظر موافق‌اند و از مقررات شرط فعل اتخاذ ملاک می‌کنند چون شرط فعل خصوصیتی ندارد و از این جهت به ماده ۴۷۶ ق.م. استناد می‌شود که در مورد تعهد به فعل است نه شرط فعل. البته دیگرانی هم با این اتخاذ ملاک مخالف‌اند و در تعهدات اصلی مطالبه خسارت را در ادامه الزام می‌دانند. عدم اجماع بر زوایای این موضوع از قدیم در میان فقها نیز سابقه داشته است چنانکه حتی در باب عنصر مراجعه متعهدله به دادگاه و درخواست الزام متعهد به اجرای تعهد (چه در خصوص شرط فعل و چه در مورد تعهدات اصلی) نیز اختلاف نظر وجود دارد. صاحب جواهر و شعائر رجوع به دادگاه را لازم نمی‌دانند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۱۲۸-۱۲۹). برعکس شیخ انصاری رجوع به دادگاه را لازم می‌داند به جهت ولایت حاکم بر ممتنع (الحکام ولی الممتنع) و جلوگیری حاکم از ایراد ضرر به مشروطه (شیخ انصاری، ۱۳۶۷: ۲۸۳).

حقوقدانان (ضمن استناد به ملاک ماده ۳۸۶ ق.م. و یا توسل به قاعده غرور و تسبیب) بر امکان جمع بین فسخ و مطالبه خسارت صحه گذاشته‌اند. چنانکه پیشتر هم توضیح داده شد، امکان اصولی جمع این دو شیوه جبران ضرر امروزه کمتر محل تردید قرار می‌گیرد لیکن نکته قابل توجه در این خصوص ناظر به اولویت فسخ بر مطالبه خسارت عدم انجام تعهد است. قانون‌گذار در ماده ۳۸۶ ق.م. (در فرضی که مبیع از حیث مقدار معین بوده و در وقت تسلیم کمتر درآید و یا آنکه مبیع غیرقابل تجزیه به شرط مقدار معین فروخته شده و در حین تسلیم کمتر یا بیشتر درآید) حکم می‌کند که اگر معامله فسخ شود، بایع باید علاوه بر ثمن، مخارج معامله و مصارف متعارف مشتری را پرداخت کند که خصوصیتی در این حکم نبوده و قاعده مقرر در این ماده از عمومیت برخوردار است. توجه به شرط فسخ معامله برای امکان مطالبه خسارت و تفکیک اثر فسخ (استرداد ثمن) از خسارات قابل مطالبه در این حکم مشهود است.

این تمییز را شاید از برخی تألیفات حقوقی نیز می‌توان استنباط کرد. مثلاً در جایی که وجه التزامی برای عدم تسلیم مبیع توسط بایع مقرر شده باشد، چنین گفته شده که «خریدار می‌تواند یا الزام فروشنده را به تسلیم مبیع و پرداختن زبان‌های ناشی از تأخیر را از دادگاه بخواهد یا معامله را فسخ کند و خسارت پیش‌بینی شده برای عدم انجام تعهد را مطالبه کند. ولی خسارت عدم انجام تعهد و اجرای آن را با هم نمی‌توان درخواست کرد» (کاتوزیان، ۱۳۸۷ الف: ۱۸۶).<sup>۱</sup> از این بیان چنین استنباط می‌شود که علی‌الاصول امکان الزام تنها با مطالبه خسارت تأخیر در اجرای تعهد قابل جمع است و مطالبه خسارت عدم انجام تعهد صرفاً با فسخ قرارداد جمع می‌شود. به این بیان نیز دقت کنید: «... با وجود آنکه متعهدله به علت تخلف متعهد از انجام تعهد، تقاضای فسخ عقد را کند مضافاً بر این اوضاع، حق دارد از دادگاه خسارت عدم اجرای تعهد را بخواهد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹: ۳۰۷).

برخی دیگر از استادان اما این برداشت را قابل ایراد دانسته چنین باور دارند که در چنین

۱. «مطالبه خسارت انجام نشدن تعهد هیچ‌گاه با درخواست اجرای آن جمع نمی‌شود: یعنی طلبکار نمی‌تواند هم اجبار مدیون به وفای عهد را بخواهد و هم خسارت انجام نشدن تعهد را. حق بر مطالبه خسارت زمانی آغاز می‌شود که فرصت انجام دادن تعهد پایان یافته است. منشأ حق، از دست رفتن عوض قراردادی است و مسئولیت مدیون نیز از همین حرمان مایه می‌گیرد. پس طبیعی است که طلبکار نتواند هم اصل دین را بخواهد و هم بدل آن را ... برعکس، خسارت تأخیر تأدیه با درخواست اجرای اصل تعهد منافات ندارد، زیرا مبنای آن از دست رفتن مطلوب دیگری است که با اجرای تعهد نیز به دست نمی‌آید و با اشکال جمع اصل و بدل رویرو نمی‌شود» (کاتوزیان، ۱۳۸۷ ب: ۲۰۸-۲۰۹).

فرضی، نهایتاً می‌توان به عدم امکان جمع بین الزام و بدل آن (خسارت) رأی داد. به نظر ایشان، قانون مدنی در فصل خسارات حاصله از عدم اجرای تعهدات از فسخ سخن نگفته است و انگهی این راه به مصلحت هم نزدیک‌تر است.<sup>۱</sup>

در تأیید نظر نخست اما می‌توان به فرض ماده ۴۹۲ ق.م.هم رجوع کرد. بر این اساس، اگر مستأجر عین مستأجره را در غیر موردی که در اجاره ذکر شده یا از اوضاع و احوال استنباط می‌شود استعمال کند و چنانچه منع آن ممکن نباشد، موجر حق فسخ اجاره را خواهد داشت. در این حالت «ضمان مستأجر در مورد تعدی و تفریط تنافی با حق فسخ ندارد، زیرا حق فسخ برای جلوگیری از پیدایش ضرر مجدد و ضمان برای جبران ضرر وارده است، بنابراین موجر خسارت گذشته را از مستأجر می‌خواهد و برای جلوگیری از ضرر بیشتر اجاره را نسبت به مدت باقی‌مانده فسخ می‌کند» (امامی، ۱۳۷۷: ۹۱). بنابراین، با ملاحظه دلایل پذیرش تکلیف متعهدله به کاهش زیان‌های وارده (رک. حاضری، ۱۳۹۲)، اقدام به فسخ ضروری به نظر می‌رسد، زیرا با رأی به عدم فسخ و دریافت خسارت (بدل الزام) همچنان قراردادی معتبر در میان خواهد ماند. مضاف بر آنکه، چنانکه مطرح شد، فسخ قرارداد به جلوگیری از زیان‌های آتی نظر داشته و مطالبه خسارت به جبران زیان‌های وارده نظر دارد، لذا روشن است که مقتضیات این دو نهاد از هم تفکیک شده‌اند. به این ترتیب، در صورتی که قائل به تبعیت نهاد خسارت عدم انجام تعهد از نهاد فسخ نباشیم (متعهدله بتواند در فرض نقض تعهد، قرارداد را فسخ نکرده و خسارت عدم اجرای تعهد را مطالبه کند) باید اذعان داشت که یک مفروض بنیادین را نقض کرده‌ایم و آن مفروض از این قرار است که امکان اجرای اصل تعهد منتفی بوده است و با حفظ قرارداد تنها می‌توان به خسارت تأخیر در اجرای تعهد حکم کرد.

## ۲-۲. بحثی در فقه، حقوق تطبیقی و اسناد بین‌المللی

می‌دانیم که وفق قوانین فعلی، در صورتی که اجرای اصل تعهد چه از جانب شخص متعهد یا توسط دیگری، ممکن نباشد نوبت به فسخ می‌رسد و باز هم می‌دانیم که این نظر در فقه محل

۱. از میان استادان حقوق مدنی، برخی (به‌ویژه استاد صفایی) مطالبه خسارت را در ملازمه با فسخ قرارداد ندانسته و معتقدند خسارت ناشی از عدم انجام تعهد (به‌مانند بدل) بر جای تعهد می‌نشیند و با پرداخت خسارت مذکور تعهد ذی‌ربط خودبه‌خود ساقط می‌شود درست به‌مانند اثری که وفای به عهد بجای می‌گذارد (رک. صفایی، ۱۳۹۳ الف ۱۷۱-۱۷۲).

اجماع نیست لیکن تنظیم‌کنندگان قانون مدنی نظری را برگزیدند که قائل به ترتیب است؛ مثلاً در قانون مدنی مصر (مصوب ۱۹۴۸ میلادی، ۱۳۶۷ هجری قمری) که همچون ایران تحت تأثیر قانون مدنی فرانسه تنظیم شده و ضمناً قواعد فقه عامه را در نظر داشته، چنین مقرر شده است: ماده ۲۰۳ «۱. پس از اخطار به تعهد {متعهد} مطابق مواد ۲۱۹ و ۲۲۰ در صورت امکان، متعهد ملزم به اجرای تعهد می‌شود. ۲. مع‌هذا هرگاه اجرای عین تعهد برای متعهد دشوار و سنگین باشد می‌تواند ایفای تعهد را به تأدیه مبلغی پول به‌عنوان غرامت محدود کند مشروط بر اینکه روش اجرا، ضرر شدیدی متوجه متعهدله نکند» (قانون مدنی مصر، ۱۳۸۸: ۶۵).

ملاحظه می‌کنید که هرچند اولویت همچنان با الزام است لیکن در میان آثار تعهدات سخنی از فسخ در میان نیست و بلافاصله خسارت مطرح می‌شود؛ شاید این استنتاج بلا وجه نباشد که خسارت در حقوق مصر نه حاصل فسخ که نتیجه عدم الزام است<sup>۱</sup> و همین مطلب نشانگر آن است که در فقه عامه نیز قاعده متقنی در این خصوص وجود ندارد.<sup>۲</sup> به نظر باید این

۱. البته در بند ۱ ماده ۲۱۳ قانون مدنی مطالبه خسارت منصرف به امتناع الزام شده است که در این صورت شاید بتوان این‌گونه نتیجه گرفت که با امتناع اجرای تعهد، رابطه قراردادی طرفین پایان یافته است: «إذا كان تنفيذ الالتزام عيناً غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، جازاً للدائن أن يحصل على الحكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ و يدفع غرامه تهديديه أن إمتنع عن ذلك». لیکن علی‌الظاهر، بند مذکور به نوعی متفاوت از خسارت اشاره دارد که مفید استمرار رابطه قراردادی است. در فرض امتناع الزام، گاه ممکن است دادگاه علاوه بر خسارت تأخیر و خسارت عدم تأدیه (بر حسب مورد) متعهد را ملزم به پرداخت مبلغی (بابت هرروز تأخیر در اجرای تعهد) به‌عنوان جریمه مالی کند که البته در باب امکان این امر و ماهیت آن اختلاف نظر وجود دارد. این اجبار که «آسرتنت» نامیده می‌شود در روبه قضایی فرانسه و به تبع آن قانون مدنی مصر (بند ۱ ماده ۲۱۳) پذیرفته شده است که در مصر تحت عنوان غرامت تهدیدی از آن یاد کرده‌اند (خورسندیان و محمدی بصیر، ۱۳۹۶: ۷۷).

۲. در میان فقهای شیعه، شهید اول شرط عتق مملوک را در بیع صحیح می‌داند. پس با آزاد کردن مملوک بیع لازم می‌شود و اگر آن را آزاد نکند فروشنده میان فسخ و امضای عقد مخیر خواهد بود لیکن این حکم را در مورد هر شرطی که به آن عمل نشود صادق دانسته و قائل به خیار فسخ برای مشروط‌له است. به این ترتیب فایده شرط را تنها در آن می‌داند که در صورت عمل نشدن به آن، بیع در معرض زوال قرار گرفته و اگر به آن عمل شود، بیع لازم می‌شود (مکی عاملی، ۱۳۸۱: ۲۵۵). جالب آنکه این توصیف اخیر با برداشتهای مدنی که در دکترین کامن‌لا در این خصوص رواج یافته (مانند تحلیل اقتصادی حقوق و یا نظریه نقض کارآمد) بسیار قرابت دارد. به نظر شهید ثانی با آزادی قهری مملوک ثمن باید به مشتری مسترد شود چراکه آزاد کردن مملوک شرط بوده و محقق نشده است لذا با بیع خیار تخلف شرط دارد. «... و به این ترتیب هر شرطی که اجرا نشود مفید تخیر است برای مشروط‌له میان فسخ عقد و امضای آن و بر مشروط‌علیه واجب نیست که فعل مشروط را انجام دهد به دلیل اصل عدم، پس اثر شرط فعل این است که در صورت عدم اجرای شرط، عقد را در معرض زوال قرار می‌دهد بواسطه فسخ و در صورت اقدام به انجام فعل، عقد در معرض لزوم خواهد بود» (جلی عاملی، ۱۳۸۶ ق: ۵۰۶). البته برخی هم بر وجوب انجام شرط نظر داشته و تنها در صورت تعذر اجرای شرط، فسخ را ممکن دانسته‌اند، زیرا عموم مسئله وفای به عقد بر وجوب آن دلالت دارد و خداوند نیز فرموده الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا مَنْ عَصَى اللَّهَ.

تفسیر که متعهدله را به محض نقض تعهد بین فسخ و امضاء مخیر می‌کند، ارجح دانست چنانکه میان بعضی فقها، ولو فقهای متأخر (همانند مرحوم خوبی در منهج الصالحین) نیز این ایده طرفدار دارد (محقق داماد، ۱۳۸۷: ۴۴).

در فقه امامیه هم قاعده «لا ضرر» از تعبیرات عدیده‌ای برخوردار بوده<sup>۱</sup> لیکن یکی از اقوالی که در این راستا به کار می‌آید آن است که «لا ضرر غیر متدارک فی الإسلام» بدین معنی که هر کس به دیگری ضرر بزند موظف است آن را جبران کند و زبانی که تدارک (جبران) نشود در اسلام جای ندارد. این معنی کنایه از وجوب تدارک ضرر در اسلام است و تدارک ضرر عقلاً نمی‌تواند منحصر به بخشی از آن باشد.<sup>۲</sup>

برخی چنین گفته‌اند که «لا ضرر و لا ضرار» به معنای عدم تجویز ضرر و ضرار در شرع اسلام است ولی این عدم تجویز تنها به این معنا نیست که ضرر زدن حرام است بلکه به این معنا است که در شرع اسلام ضرر جبران نشده تجویز نشده، زیرا ضرری که در برابر آن نفعی باشد دیگر ضرر نیست (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ ق: ۴۲۷-۴۲۹). وقتی ضرری باشد ولی در برابر این ضرر حکم شارع به جبران ضرر باشد، دیگر در واقع ضرری وجود ندارد مثلاً اگر مالی تلف شود و در

۳. از ملا آقای دربندی (از علمای قرن سیزدهم هجری و صاحب کتاب «خزائن» در اصول) چنین نقل شده که ۹ قول در خصوص قاعده «لا ضرر» موجود است (البته بسیاری از این ۹ قول از متفرعات یکدیگر هستند) ولیکن بیشتر فقهای محقق اهم اقوال رسیده در این باب را چهار قول دانسته‌اند (بهرامی احمدی، ۱۳۸۸: ۷). البته باید توضیح داد که همواره دو نظریه عام در خصوص لاضرر مطرح بوده است: نظریه نهی که اضرار به دیگران را شرعاً حرام می‌داند لذا این قاعده، به‌عنوان حکمی فرعی، در عرض احکام دیگر قرار گرفته و در فرض ظهور تعارض باید به ادله دیگر رجوع کرد؛ و نظریه نفی که حامیان آن از تعابیر مختلفی استفاده کرده‌اند. عده‌ای مانند شیخ انصاری از آن به نفی حکم ضرری تعبیر کرده‌اند و برخی هم (از جمله ملا احمد نراقی در عواید الأیام) نفی ضرر جبران نشده را از لاضرر استنباط کرده‌اند. البته نظریه نفی تعابیر دیگری نیز در بر داشته چنانکه به عقیده برخی نفس ضرر نفی شده است نه احکامی که ضرری از آن‌ها نشأت می‌گیرد (رک. مکارم شیرازی، ۱۴۱۱ ق: ۶۸). در هر روی، نظریه نفی از این جهت کارآمدتر شناخته شده است که به اعتبار آن می‌توان احکام ضرری را منتفی کرد (افتخار جهرمی و الهویی نظری، ۱۳۹۷: ۲۹-۳۰).

۱. برخلاف فقه امامیه، در فقه اهل سنت، فقها لاضرر را به عنوان دلیل عام برای اثبات ضمان مورد استفاده قرار داده‌اند چنانکه آن را از ضروریات دین شمرده‌اند، لذا قاعده لاضرر در فقه اهل سنت از قلمرو وسیعی برخوردار است (عمید زنجانی، ۱۳۸۲: ۱۰۷-۱۰۸). البته برخی از فقهای امامیه نیز، در تفسیر «أوفوا بالعقود»، امر به ایفا را هم به لزوم عقد و هم به وجوب التزام به آن تعبیر کرده‌اند (از جمله مرحوم نائینی در منیه الطالب و مرحوم خوبی در مصباح الفقاهه) لذا «أوفوا» از این دیدگاه به معنای وجوب اتمام عقد و ادامه آن و لزوم پابندی به آن است (محقق داماد و همکاران، ۱۳۹۲: ۲۳۸-۲۳۹) چنانکه شیخ انصاری هم وجوب وفا را به حسب دلالت لفظی، مترادف با عمل به مقتضیات عقد می‌داند (ایتی، ۱۳۸۹: ۳۳۳). جالب آن است که فقهای چون ملا احمد نراقی که در تعبیر از «لا ضرر» به نفی ضرر جبران نشده نظر دارند در تفسیر «أوفوا بالعقود» هم با این نظر همراهی داشته‌اند (رک. نراقی، ۱۴۱۷ ق: ۱۶).

برابر آن جبرانی نباشد، ضرر وارد آمده ولی اگر این زیان جبران شود یا حکم شارع برای جبران وجود داشته باشد، از نظر شرع دیگر ضرری وجود ندارد. به عقیده ایشان حتی اشتغال ذمه شخصی که ضرر زده است به جبران ضرر می‌تواند از نظر شرعی جبران ضرر محسوب شود و در نتیجه معنی و مفهوم قاعده لاضرر را می‌توانیم نفی ضرر غیر متدارک بدانیم.<sup>۱</sup>

در بیان موضع سایر نظام‌های حقوقی، این توضیح دقیق به نظر می‌رسد که بر ایده محوری این تحقیق نیز صحه می‌گذارد: «خسارت در نظام‌های حقوقی مختلف در کنار اجرای عین تعهد می‌نشیند و تنها در صورت انحلال قرارداد جایگزین آن می‌شود» (حاضری، ۱۳۹۲: ۵۸). نگاهی به جایگاه نهاد خسارت در نظام‌های مبتنی بر کامن‌لا مؤید همین نکته است. توجه به یک سؤال که در دکترین کامن‌لا بارها مطرح شده و البته پاسخ به آن به بازخوانی همین مفهوم در نظام حقوقی ایران هم کمک می‌کند، می‌تواند موضوع را آشکارتر کند: اینکه چرا قانون باید از چیزی حمایت کند که متعهدله هیچ‌گاه نداشته است؟ و یا چگونه می‌توان نشان داد که به صرف انعقاد قرارداد، منفعتی می‌توانست ظاهر شود؟ برای مثال، خریداری از طریق تلفن کالایی را به بائع سفارش می‌دهد. هدف این است که مبیع را به کالاهایی که عجلتاً در انبار دارد اضافه کند تا در آینده به شخص ثالثی (که فی‌الحال مشخص نیست) فروخته شود. اگر خریدار از تسلیم کالا امتناع کند، خساراتی که مبتنی بر دو مبنای اعاده و اعتماد مطالبه می‌شوند، موجه هستند، زیرا قصد این است که متعهدله را در موقعیتی مشابه وی پیش از نقض قرارداد قرار دهند (هرچند که خسارات قابل مطالبه بر اساس این دو مبنا هم تفاوتی اساسی از حیث تئوریک دارند) در حالی که منافعی که متعهدله در صورت فروش کالاها به ثالث می‌توانست حاصل کند نه منافعی واقعی که منافعی انتزاعی تلقی می‌شوند.

پاسخ به این سؤال را در کامن‌لا، در قالب «دکترین عوض» و «منع مسئولیت پیشا قراردادی»<sup>۲</sup> داده و چنین استدلال کرده‌اند که یکی از دلایلی که طرفین را به انعقاد قرارداد وادار می‌کند تحصیل منفعت است. میزان منفعت نیست که مهم است بلکه مفهوم منفعت است که

۲. «عده‌ای از فقها (از جمله مرحوم نائینی) در اینجا اشکالی مطرح کرده‌اند و در واقع ادعا کرده‌اند که فقهای اسلام «ضرر» را همانند «اتلاف» از اسباب ضمان یعنی از اسباب مسئولیت مدنی ندانسته‌اند، درحالی‌که اگر «ضرر» نیز همانند «اتلاف» از اسباب ضمان بود، می‌بایست قاعده دیگری نیز تحت عنوان «قاعده ضرر» برای «ضمان» وجود داشت» (عمید زنجانی، ۱۳۸۲: ۱۰۷-۱۰۸).

اهمیت دارد، منفعتی که خریدار به آن اتکا کرده و به این ترتیب از چیزی که از ابتدا به وی تعلق داشته محروم مانده است. در معنای فلسفی، اگر تعهدی به لحاظ قانونی معتبر تلقی می‌شود، بی-معنی خواهد بود اگر آن تعهد اجرا شده و در عین حال از منافع ضمنی مورد انتظار متعهدله غفلت شود (Treitel, 2011: 814).

این رویه را در آراء محاکم نیز می‌توان دنبال کرد چنانکه در پرونده‌ای به سال ۱۹۷۷ رخ داد.<sup>۱</sup> قراردادی برای فروش زمین منعقد شده و در قرارداد مقرر شده بود که باید دیواری ساخته شود جهت تفکیک زمین موضوع عقد از زمین ملک خواهان. در دعوی مطالبه خسارت به دلیل نقض تعهد، خواهان مستحق دریافت هزینه ساخت دیوار به‌عنوان عوض عدم اجرای تعهد شناخته شد به این دلیل که خواهان واقعاً می‌خواست که دیوار مذکور ساخته شود و توانسته بود دادگاه را قانع کند که وی از محل خسارت دریافتی (تعهدی که می‌بایست توسط خواننده انجام شود) این کار را به انجام خواهد رساند، هرچند که بهای زمین وی در اثر این نقض تعهد خواننده هیچ کاهش نیافته بود. ملاحظه می‌شود که مبنای اعاده (که مقتضی فسخ قرارداد فی‌مابین است) در اینجا به کار گرفته نشده و خسارت عدم انجام تعهد در قالب مبنای انتظار ظاهر می‌شود که در ادامه فسخ محقق می‌شود.

در اسناد بین‌المللی هم وضعیت بر همین منوال است هرچند که شرایط خاص خود را دارد.<sup>۲</sup> لیکن توضیح یک نکته در اینجا حائز اهمیت است: بند ۲ مواد ۴۵ و ۶۱ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مقرر داشته که خریدار یا فروشنده، در صورت اعمال حق خود نسبت به سایر ضمانت‌اجراهای مقرر همچنان مستحق مطالبه خسارت خواهد ماند. درست است که به این ترتیب، مطالبه خسارت با سایر ضمانت‌اجراهای مقرر قابل جمع است اما باید توجه داشت که مطلق خسارت در اینجا منظور بوده است؛ به این معنا که با وجود درخواست الزام، فروشنده یا خریدار همچنان حق دارد تا زبان‌های ناشی از عدم اجرای قرارداد تا آن زمان (خسارت تأخیر در اجرای قرارداد) را نیز مطالبه و دریافت کند. لذا به نظر می‌رسد که خسارت عدم اجرای تعهد اساساً در ادامه فسخ قرارداد است، زیرا بر اساس مقررات کنوانسیون، طرفی که از حق فسخ خود استفاده نمی‌کند یا به هر دلیلی این حق را از دست می‌دهد (برابر ماده ۴۹) دیگر نمی‌تواند از طریق توسل

1. Radford vs. De Froberville

۲. در اسناد بین‌المللی بعضاً از تعبیر Avoidance و گاه نیز از تعبیر Termination برای فسخ قرارداد استفاده شده است.



به ماده ۷۶ جبران خسارت وارده به خود را مطالبه کند مانند خریداری که کالای معیوب دریافت داشته و به علت کوتاهی در اعلام فسخ، حق خود را از دست می‌دهد. در این حالت او فقط حق مطالبه ارزش و نیز جبران زیان‌های وارد به خود را برابر ماده ۷۴ خواهد داشت.

مطابق ماده ۷۵ کنوانسیون هم ابتدا لازم است فسخ قراردادی که توسط متعهد نقض شده اعلام و سپس خرید یا فروش جایگزین محقق شود. به عبارت دیگر، معامله جایگزین به دنبال فسخ قرارداد اولیه واقع می‌شود. وصف جایگزینی وقتی مصداق می‌یابد که وجود قرارداد اولیه منتفی شود و علی‌القاعده، این فسخ قرارداد است که عدم اجرای آن را نمایان می‌سازد.<sup>۱</sup>

نکته دیگر آن است که کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (و نیز سایر اسناد بین‌المللی از این دست مانند اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی<sup>۲</sup>، اصول اروپایی حقوق قراردادهای<sup>۳</sup> و چارچوب ارجاع مشترک<sup>۴</sup>)، تنها در جایی معیارهای محاسبه خسارت عدم اجرای تعهد (مبنای معامله

۱. «فسخ قرارداد باعث از میان رفتن حقوق و تعهدات قراردادی طرفین به‌ویژه نسبت به مالکیت کالا می‌شود و به آن‌ها آزادی عمل می‌دهد تا اقدام به فروش یا خرید جایگزین کنند. تا زمانی که قرارداد فسخ نشده، باید به آن عمل شود؛ حتی نقض اساسی قرارداد توسط یک‌طرف به دیگری حق نمی‌دهد تا با انجام معامله جایگزین خود را از بند تعهدات اصلی رها سازد، مگر اینکه زیان‌دیده از نقض بدو با دادن اخطار فسخ قرارداد را فسخ کرده باشد» (بهمنی، ۱۳۸۶: ۷-۸).

## 2. Principles of International Commercial Contracts (UNIDROIT)

۳. Principles of European Contract Law (PECL) - اصول اروپایی حقوق قراردادهای PECL حاصل تلاشی بود برای تنقیح مقررات حقوق قراردادهای (و نیز حقوق تعهدات در معنای اعم) تا حدی که در عمده کشورهای عضو اتحادیه اروپا همپوشانی دارند. در واقع، اصول اروپایی حقوق قراردادهای، با تدوین قواعدی که برای آشتی دادن دو نظام حقوقی متفاوت پیشنهاد می‌شوند، فاصله میان نظام‌های مبتنی بر حقوق نوشته در اروپای قاره‌ای را با نظام‌های مبتنی بر کامن‌لا از میان برد با این توضیح که تنظیم‌کنندگان این سند، علاوه بر تطبیق نظام‌های حقوقی کشورهای عضو اتحادیه اروپا، مقررات کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا یا CISG و نیز قانون تجارت متحدالشکل آمریکا یا UCC را هم در نظر داشتند (Giliker, 2013: 40).

۴. Draft Common Frame of Reference (DCFR) - اصول اروپایی حقوق قراردادهای در واقع مجموعه‌ای است از قواعد نمونه که البته می‌توانست به قوانین ملی الزام‌آور تبدیل شود هرچند که هیچ‌کدام از کشورهای عضو اتحادیه اروپا تا به حال دست به این کار نزده‌اند. با این حال، اصول اروپایی حقوق قراردادهای در میان پژوهشگران و حقوقدانان از استقبال بسیاری برخوردار شد (عمدتاً به جهت فصاحت، سادگی و کارآمدی این اصول در قیاس با مقررات حقوق قراردادهای در سایر کشورها). به این ترتیب همواره بحث در خصوص لزوم تدوین یک قانون مدنی مستقل در داخل اتحادیه اروپا جریان داشت. در اولین قدم، کمیسیون اروپا در سندی که به سال ۲۰۰۳ میلادی (تحت عنوان برنامه اقدام برای حقوق قراردادهای اروپایی) منتشر کرد از مفهوم «چارچوب ارجاع مشترک» یا CFR استفاده کرد تا بهترین راه‌حل‌ها برای تعاریف، اصطلاحات و قواعد ماهوی حقوق خصوصی اروپایی (البته با تمرکز بر حقوق قراردادهای) را در بر گیرد. بر این اساس، در اکتبر سال ۲۰۰۹ نسخه‌ای از یک سند ارائه شد که «پیش‌نویس چارچوب ارجاع مشترک» یا DCFR نام داشت، سندی که با ملاحظه اصول اروپایی حقوق قراردادهای و به‌منظور رفع نواقص آن تنظیم شد (Emmert, 2012: 5-6). این چنین است که مقررات این سند (در

جایگزین و مبنای قیمت بازار) را به دست داده‌اند که پیشتر فسخ قرارداد متنازع‌فیه را شرط دانسته‌اند (رک. مواد ۷۵ و ۷۶ کنوانسیون). البته این توضیح هم لازم است که «حتی در صورت تحقق شرایط مواد ۷۵ و ۷۶ کنوانسیون با توجه به اینکه مقررات مزبور از ماهیت امری برخوردار نیستند، زیان دیده می‌تواند برای محاسبه میزان خسارت وارده به مقررات ماده ۷۴ کنوانسیون متوسل شود» (شعاریان و رحیمی، ۱۳۹۵: ۸۷۲).

به این نکته هم باید دقت کرد که فسخ قرارداد، در این اسناد، منحصر به نقض اساسی قرارداد است. این اسناد فی‌الواقع سیاست به حداقل رساندن ائتلاف اقتصادی (چنانکه در ماده ۸-۴ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی مطرح شده) و نیز اصل بنیادی حسن نیت که در ماده ۷-۱ همان سند منعکس است (و البته اصل بقاء قرارداد) را در نظر داشته‌اند.<sup>۱</sup> البته در کنار این موضوع، باید توجه داشت که اقدام جبرانی موردنظر این اسناد «ممکن است تعمیر و جایگزینی و نیز هرگونه فعالیت دیگری را شامل شود که در نتیجه آن، عدم اجرای تعهد جبران می‌شود و به طرف زیان دیده همه چیزهایی که وی بر طبق قرارداد حق داشته است منتظر آن‌ها باشد، داده می‌شود {مبنای انتظار}» (اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، ۱۳۹۴: ۲۹۲). بدین ترتیب، علاوه بر دادن فرصتی منصفانه به متعهد برای اجرای تعهد، متعهدله از توسل به سایر طرق جبران (از جمله فسخ قرارداد) منع می‌شود. به بیان اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی تا زمانی که مشخص شود که جبرانی به موقع و به طور مناسب عملی نشده یا نخواهد شد، متعهدله نمی‌تواند از آن طرق جبرانی که با حق طرف متخلف برای جبران آن ناهماهنگ است استفاده کند.<sup>۲</sup>

### ۳. آیا خسارت عدم اجرای تعهد را تنها در ادامه فسخ می‌توان دید؟

در اینجا باید این سؤال بجا (و البته کاربردی) را طرح کرد که آیا خسارات را تنها باید در ادامه فسخ دید و یا آنکه فروض دیگری هم در این زمینه قابل تصورند؟ به نظر می‌رسد باید

خصوص خسارات ناشی از عهدشکنی) در نگاه نخست تفاوت چشمگیری با اصول اروپایی حقوق قراردادها ندارد و دو سند در واقع (هم در رویکرد، هم در ساختار و هم در واژگان) تا حد زیادی شباهت دارند.

۱. ماده ۱-۴ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی که به جبران عدم اجرای تعهد از سوی متعهد متخلف اختصاص دارد با مقررات اقدام جبرانی مندرج در مواد ۳۷ و ۴۸ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا تطبیق دارد.

۲. طرق ناهماهنگ جبران عبارت‌اند از دادن اخطار خاتمه قرارداد، انعقاد معاملات جایگزین و درخواست خسارت یا بازگشت به وضعیت پیش از انعقاد قرارداد.

اندکی در صحت این گزاره که خسارت عدم اجرای قرارداد را تنها در ادامه فسخ قابل مطالبه می‌داند نیز تأمل کرد و سایر موارد احتمالی را هم در نظر آورد. به این ترتیب، شاید گزاره درست‌تر آن باشد که خسارت عدم انجام تعهد به دنبال انحلال قرارداد می‌آید. در این صورت، نهاد انفساخ یکی از آن مواردی است که در تحلیل فوق مغفول می‌ماند: «هرچند که در قوانین ما شرط «انفساخ» پیش‌بینی نشده است، ولی به نظر می‌رسد که طرفین می‌توانند شرط کنند که در صورت عدم تسلیم مبیع عقد خود به خود منفسخ شود و خریدار بتواند مبلغی به‌عنوان وجه التزام از فروشنده بگیرد، زیرا همان دو اراده‌ای که می‌تواند بیع را با تراضی «اقاله» کند، حق دارد شرایط انحلال بیع را نیز در قرارداد پیش‌بینی کند» (کاتوزیان، ۱۳۸۷ الف: ۱۸۶).

در فقه اهل سنت به نوعی از بیع اشاره شده تحت عنوان «عربون» که در معنایی خاص<sup>۱</sup>، بیع واقع می‌شد و مشتری مقداری از ثمن را می‌داد تا هرگاه باقی ثمن را در مدت معین ندهد، بیع منفسخ شده و بیعانه هم مال بایع باشد. در این صورت حق فسخ وجود نداشت. این معنا از بیع‌العربون از این جهت حائز اهمیت است که علاوه بر پیش‌بینی انفساخ بیع در صورت نقض تعهد از جانب خریدار (بجای تمسک به قواعد عمومی) بیعانه پرداختی به‌عنوان وجه التزام توسط بایع ضبط می‌شد و به این ترتیب خسارت در ادامه انفساخ می‌آمد.

با این توصیف، انفساخ هم می‌تواند یکی از فروض متصور در نقض تعهد باشد و انحلال قرارداد در فرض عهدشکنی، منحصر به فسخ قرارداد نخواهد بود. به این ترتیب، محتمل است که طرفین توافق کنند تا از مکانیسم شرط فاسخ (و یا شرط فاسخ معلق) بهره‌برند که در این صورت مطالبه خسارت می‌تواند در ادامه انفساخ قرار گیرد. این توضیح از این جهت حائز اهمیت است که حتی در این فروض هم قاعده کلی پیروی خسارت از فسخ زیر سؤال نمی‌رود بلکه جای خود را به قاعده پیروی خسارت از انحلال قرارداد می‌دهد.

۳. این دومین معنایی است که برای بیع‌العربون نقل شده است. در معنای نخست، بیع واقع می‌شود و مشتری، ضمن پرداخت بیعانه، مدتی معین می‌کند تا اگر در آن مدت مبیع را رد کرد حقی بر آن مقدار از ثمن که پرداخته نداشته باشد و اگر از حق فسخ خود استفاده نکرد، باقی ثمن را بپردازد. مؤلف المعنی (ابن قدامه، از اعظام فقهای حنبلی) این دو قسم از بیع‌العربون را ذکر کرده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹: ۳۱۶-۳۱۷). در قسم نخست اما استحقاق بایع نسبت به بیعانه، در صورت رد مبیع از جانب مشتری، نه از باب وجه التزام (دریافت خسارت) که از باب عوض حقی است که برای مشتری مندرج است یعنی رد مبیع و فسخ بیع که به نقض قرارداد از جانب وی تعبیر نمی‌شود بلکه اعمال حقی است که در قرارداد برای وی قرار داده‌اند. لذا، به رغم مخالفت با این بیان استاد دکتر لنگرودی که «در هر سه صورت (برای صورت سوم ر.ک. جعفری لنگرودی، همان) وجه التزام دیده می‌شود» با نتیجه‌گیری ایشان که «فقه با قبول این مسائل، وجه التزام را پذیرفته است» قطعاً باید همراه بود.

کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا انفساخ یا فسخ خودبه‌خود قرارداد<sup>۱</sup> را به رسمیت نشناخته است. بنابراین ضرورت اعلام فسخ (در فرض نقض اساسی قرارداد) اجتناب‌ناپذیر است. این ضرورت یک استثنا مهم دارد و آن در جایی است که متعهد به‌طور قطعی و برگشت‌ناپذیر قرارداد خود را نقض می‌کند، به طوری که در زمان انجام معامله جایگزین مسلم است که متعهد به تعهد خود عمل نخواهد کرد (Zeller, 2009: 96). در این صورت دیگر نیازی به اعلام فسخ نیست بلکه انجام معامله جایگزین توسط متعهدله به‌طور ضمنی خود دلیل فسخ قرارداد ذی‌ربط تلقی خواهد شد. در اصول اروپایی حقوق قراردادها نیز امکان انفساخ قرارداد در فرض انقضای مدت اضافی (مدتی اضافی که متعهدله برای اجرای تعهد به متعهد می‌دهد) پیش‌بینی شده است. به همین ترتیب، با وجود اینکه اعلام فسخ قرارداد، در حقوق ایران، برای امکان مطالبه خسارت مقرر نشده است، می‌توان قائل بود که مطالبه خسارت عدم انجام قرارداد توسط متعهدله کاشف از فسخ قرارداد اولیه میان طرفین است (به عبارت دیگر می‌توان به اعلام فسخ ضمنی قرارداد رأی داد) یعنی همان کارکردی که انعقاد معامله جایگزین در ساختار کنوانسیون دارد بدین نحو که وقتی متعهد به‌طور صریح و برگشت‌ناپذیر نقض قرارداد را از ناحیه خود اعلام می‌دارد یا اعمالی را انجام می‌دهد که دلالت بر نقض قرارداد دارد، متعهدله نیز حق دارد بر آن مبنا دست به انعقاد معامله جایگزین بزند.

در این خصوص می‌توان به نمونه‌هایی مانند تلف مبیع بعد از موعد تسلیم، در حقوق ایران ارجاع کرد با این توضیح که این نمونه از مواردی است که کمتر به آن پرداخته‌اند و لذا امکان تحلیل‌های جدید را فراهم می‌آورد. استادان حقوق در این فرض (تلف مبیع بعد از موعد تسلیم و بدون تقصیر و اهمال بایع) همچنان قاعده ضمان معاوضی را جاری دانسته و قائل به انفساخ بوده‌اند. بر این اساس، بایع تنها زیان‌های وارده به مشتری در نتیجه تخلف از موعد تسلیم را جبران خواهد کرد مانند بدل منافی که از خریدار تلف شده است.<sup>۲</sup>

به نظر می‌رسد که پذیرفتن پاسخ فوق‌الذکر (اینکه بیع را منفسخ دانسته و بایع را وفق

### 1 . Ipso Facto

۲. «اگر فروشنده مبیع را سر وعده تسلیم نکند، از نظر تخلف از مفاد قرارداد مرتکب اهمال و تقصیر شده است ولی این تقصیر وضع او را از حکومت ماده ۳۸۷ خارج نمی‌سازد... بنابراین در فرض ما که مبیع در اثر حادثه خارجی تلف شده است، تنها ضمان معاوضی به عهده او (بایع) است و تعارضی بین این التزام قراردادی و ضمان قهری به وجود نمی‌آید» (کاتوزیان، ۱۳۸۷ الف: ۱۹۴).

قواعد مسئولیت قراردادی ملزم به جبران خسارات وارده به مشتری بدانیم) چندان به تحلیل نظری محتاج نیست، زیرا «تقصیر و اهمال از طرف بایع» که در ماده ۳۸۷ ق.م. ذکر شده را هم می‌توان ناظر به کوتاهی در نگهداری از مبیع دانست؛ چنانکه برخی از حقوقدانان نیز قبول دارند و این برداشت را صرفاً به لحن بخش اخیر ماده نسبت می‌دهند (کاتوزیان، ۱۳۸۷ الف: ۱۹۴) و هم می‌توان آن را شامل تقصیر قراردادی پنداشت. لذا، به نظر می‌رسد عامل تعیین کننده در این میان، نه تحلیل نظری بلکه آثار عملی است:

۱. اگر بیع را صحیح بدانیم مشتری می‌تواند به بایع نسبت به بدل رجوع کند (در صورتی که بایع را در حکم غاصب بدانیم) و ضمناً منافع زمان تصرف بایع نیز متعلق به مشتری است؛
  ۲. اگر بیع منفسخ شود، ثمن به مشتری باز می‌گردد و بایع علاوه بر منافع زمان تصرف مبیع که به تبع ملک، متعلق به مشتری است باید زیان‌های احتمالی مشتری را نیز جبران کند هرچند این بر عهده بایع است که عدم تقصیر خویش را ثابت کند، زیرا تعهد بایع در رعایت موعد تسلیم را باید تعهد به نتیجه دانست ولو آنکه تعهد وی به تسلیم مبیع را تعهد به وسیله بدانیم.<sup>۲</sup>
- با این شرح، در صورتی که قائل به انفساخ در فرض تلف مبیع بعد از موعد تسلیم باشیم، بایع علی‌القاعده باید از عهده خسارات وارده به مشتری که به دنبال انفساخ ظاهر می‌شوند نیز بر- آید حال آنکه در صورت نخست چنین نیست. به این ترتیب می‌توان نتیجه گرفت که امکان مطالبه خسارت پس از انفساخ نیز باید برای متعهدله فراهم باشد.

در موردی دیگر، در ماده ۲۴۰ ق.م. با فرضی روبرو هستیم که امتناع انجام شرط (در اینجا تعهد اصلی قرارداد منظور است)، شرطی که حین‌العقد ممتنع نبوده و متعاقباً به جهت فعل مشروطه ممتنع گشته، حق فسخ قرارداد از بین می‌رود. لیکن در این فرض نیز چنانکه قائل به انفساخ باشیم، باید امکان مطالبه خسارت توسط مشروط‌علیه را پذیرفت زیرا به جهت فعل مشروطه است که قرارداد منفسخ گشته و تأدیه بدل تعهد (خسارت عدم اجرای قرارداد) توسط

۱. به اعتقاد بسیاری و به استناد مواد ۳۱۰، ۶۱۶ و ۶۳۱ ق.م. گذشتن موعد به‌تتهایی فروشنده را در حکم غاصب نمی‌کند.

۲. با در نظر گرفتن این دو وضعیت البته به نظر می‌رسد اگر بیع را به انفساخ منحل نکرده و بایع را ملزم به تسلیم بدل بدانیم متضمن منافع بیشتری است، از جمله آنکه ثمن که مقصود بایع از معامله بوده همچنان نزد وی می‌ماند و مشتری نیز به بدل مقصود خویش می‌رسد ضمن آنکه طرفین را نیز از ورود به دعوای اثبات خسارت معاف می‌کند. در حقوق فرانسه هم انتقال ریسک هم‌زمان با انتقال مالکیت صورت می‌پذیرد و این یعنی در چنین فرضی تلف از کیسه مشتری است هرچند که شاید، بر اساس قواعد حقوق فرانسه، نتوان بایع را به دلیل عدم رعایت موعد تسلیم، در حکم غاصب و ملزم به تسلیم بدل بدانیم (امینی، ۱۳۸۲: ۱۶۷-۱۶۸).

وی در راستای بنای عقلا است.

### فرجام سخن

چنانکه می‌دانیم، در ساختار برخی نظام‌های مسئولیت قراردادی که جبران عینی (همان اعاده به وضع سابق) را بهترین شیوه جبران خسارت می‌دانند، نهاد فسخ به عنوان شیوه جبران خسارت تلقی می‌شود<sup>۱</sup> یعنی در عمل با چنین استدلالی مواجهیم که «چون هدف مسئولیت مدنی، جبران کامل خسارت است، این شیوه بر دیگر راه‌های جبران خسارت ترجیح دارد؛ به عبارت دیگر، در این شیوه ضرر کاملاً محو می‌شود» (صفایی، ۱۳۹۲: ۲۳۹) لیکن باید اذعان داشت که اعاده وضع پیشین زیان‌دیده لزوماً با جبران کامل خسارات هماهنگی ندارد. بدین معنا، آثار فسخ شاید در مواردی می‌تواند با نهاد خسارت همپوشانی داشته باشد اما تمامی خسارات وارده از عهدشکنی به واسطه فسخ قرارداد و اعاده وضع پیشین طرفین جبران نمی‌شود و تنها با تمییز آثار خسارت از فسخ (تفکیک مبانی انتظار و اعتماد از مبانی اعاده) می‌توان در پی جبران کامل خسارات برآمد و این همان نکته‌ای است که بنای تبیین آن در این مقاله را داشته‌ایم.

از این لحاظ، اگر قائلیم که جمع بین فسخ و خسارت ممکن است (و موضوعیت دارد) پس باید تفکیک آثار آن‌ها را نیز بپذیریم بدین ترتیب که اثر فسخ ناظر به اعاده طرفین به زمان انعقاد قرارداد است حال آنکه اقتضای خسارت قرار دادن طرفین در موقعیت اجرای تعهد است.

در اینجا به‌عنوان جمع‌بندی، باید به چند نکته هم اشاره کرد:

۱. در نظام حقوقی ایران شاید بتوان مطالبه خسارت عدم انجام تعهد را کاشف از فسخ قرارداد دانست (خلاف آنچه فی‌المثل، در ساختار اسناد بین‌المللی مقرر است که ارسال اخطاریه برای احراز فسخ قرارداد را ضروری دانسته‌اند). در این معنا با فسخ قرارداد، شرایط به وضعیت پیش از انعقاد قرارداد اعاده خواهد شد ولیکن نهاد خسارت آثار دیگری را اقتضا می‌کند که باید ناظر به اجرای قرارداد باشد. با قبول این تفسیر، می‌توان از سطح تعابیر سنتی که ضرر قابل جبران را اعم از «از بین رفتن مال» و «تفویت منفعت» می‌دانند فراتر رفت (ولو آنکه فوت منفعت مسلم را هم قابل جبران تلقی کنیم) و به آثار واقعی نقض قرارداد توجه کرد، آثاری که

۱. در عمل عموماً با چنین استدلالی مواجهیم که «چون هدف مسئولیت مدنی، جبران کامل خسارت است، این شیوه بر دیگر راه‌های جبران خسارت ترجیح دارد؛ به عبارت دیگر، در این شیوه ضرر کاملاً محو می‌شود» (صفایی، ۱۳۹۲: ۲۳۹).

دست کم انتظارات معقول و متعارف متعهدله از اجرای قرارداد را پوشش می‌دهد.<sup>۱</sup> به این ترتیب، دیگر نمی‌توان مفهوم ضرر قابل جبران را در منفعت احتمالی که متعهد حاصل کرده خلاصه کرد، زیرا این تعبیر خود از عواملی است که التزام عملی طرفین به مفاد توافقات را لرزان می‌کند.

۲. شیوه‌های ارزیابی خسارت در حقوق ایران در اختیار دادگاه است و محدودیتی در این باره وجود ندارد. از سوی دیگر محدود ساختن خسارات واقعی به آثار فسخ (و یا در تطبیق با طبقه‌بندی کلاسیک فولر و پردو در کامن‌لا، محدود ساختن نهاد خسارت به مبنای اعاده) در هیچ کجای قوانین و مقررات ما صراحت ندارد و صرفاً با استناد به بیان قانون‌گذار در قانون آیین دادرسی مدنی که «خسارت ناشی از عدم‌النفع قابل مطالبه نیست» (که منطوق و مفهوم آن در دکترین حقوقی محل اختلاف بوده است) نمی‌توان چنین استنباطی کرد، بلکه برعکس، با پذیرفتن امکان تشخیص روش‌های ارزیابی خسارت توسط دادگاه از یک‌سو و لزوم تمییز مقتضای خسارت از آثار فسخ از سوی دیگر، می‌توان به شیوه‌های معمول ارزیابی خسارات در اسناد بین‌المللی (مانند معامله جایگزین و یا قیمت بازار) وجهه‌ای کاملاً مشروع و مسموع بخشید.

۳. بار دیگر تأکید باید کرد که امکان منطقی جمع بین نهاد خسارت و سایر ضمانت اجراها در اینجا منظور نیست. نکته کلیدی در این است که برخی آثار نهاد خسارت (در مفهوم بدل از اجرای تعهد اصلی) را با آثار نهاد الزام برابر کرده و در این صورت تأدیه خسارت را ملازم سقوط تعهد می‌دانند حال آنکه با پذیرش ایده تبعیت نهاد خسارت عدم انجام تعهد از نهاد فسخ (چنانکه منظور نظر مؤلفین است) راه برای ظهور آثار مستقل نهاد خسارت (در قیاس با نهاد الزام یا فسخ) باز شده و امکان تأمین غایتی چون جبران کامل خسارات عهده‌شکنی نیز فراهم می‌شود. برای این منظور البته، ضمن پذیرفتن ایده فوق، باید از سطح تعابیر معمول هم فراتر رفت و مفهوم خسارت را نه فقط در ادامه فسخ (به تعبیر درست‌تر، انحلال قرارداد) بلکه در موقعیت ضمانت اجرا (به معنای دقیق کلمه) نشانند. لذا، شاید نتوان از لزوم اصلاح قوانین عادی چشم‌پوشی کرد لیکن شاید بتوان به این ترتیب رویکرد مضیق نظام قضایی (و یا شاید نظام فقهی) به این نهاد را نیز دستخوش تحولاتی کرد.

۲. حقوقدانانی که با این تعبیر مخالفاند هم بر ضرورت قابلیت مطالبه عدم‌النفع مسلم (منافعی که بر حسب جریان عادی امور می‌بایست حاصل شود) تأکید دارند لیکن می‌دانیم که قابلیت مطالبه عدم‌النفع (ولو مسلم) در ساختار حقوقی فعلی محل اختلاف است.

## منابع

### الف. فارسی

اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی (۱۳۹۴) ترجمه اخلاقی، بهروز و امام، فرهاد، چاپ چهارم، تهران: انتشارات شهر دانش.

افتخار جهرمی، گودرز و الهویی نظری، مهدی (۱۳۹۷) «مبانی مسئولیت مدنی ناشی از نقض تعهدات پولی»، **مجله تحقیقات حقوقی**، دوره ۲۲، شماره ۸۶، صص ۱۱-۴۲.

امامی، سیدحسن (۱۳۷۷) **حقوق مدنی**، جلد دوم، تهران: انتشارات اسلامیه.

امینی، منصور (۱۳۸۲) «انتقال مالکیت در قراردادهای فروش در نظام‌های حقوقی آلمان، فرانسه و ایران»، **مجله تحقیقات حقوقی**، دوره ۶ شماره ۳۷، صص ۱۵۳-۱۷۴.

انصاری، مهدی (۱۳۹۰) «نظریه نقض کارآمد قرارداد از دیدگاه مکتب تحلیل اقتصادی حقوق»، **فصلنامه حقوق** (مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران)، دوره ۴۱، شماره

۱، صص ۳۹-۵۷.

بهرامی احمدی، حمید (۱۳۸۸) «آیا قاعده لاضرر بر احکام عدمی حکومت دارد؟ (آیا قاعده لاضرر اثبات حکم می‌کند؟)»، **پژوهش‌نامه حقوق اسلامی**، دوره ۱، شماره ۲۹، صص ۵-۲۹.

بهمینی، محمد (۱۳۹۶) «مروری بر شیوه‌های خاص ارزیابی خسارت قراردادی با تکیه بر مواد ۷۵ و ۷۶ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و حقوق ایران»، **فصلنامه تحقیقات حقوقی آزاد**،

دوره ۱، شماره ۱، صص ۳۹-۸۲.

جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۱) **تئوری موازنه**، تهران: کتابخانه گنج دانش.

جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۹) **حقوق تعهدات**، تهران: انتشارات گنج دانش.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۵۷) **دائرةالمعارف حقوق مدنی و تجارت**، تهران: نشر به هزینة مؤلف.

حاضری، جواد (۱۳۹۲) **کاهش خسارت توسط زیان‌دیده**، چاپ اول، تهران: انتشارات جاودانه.

خوردندان، محمدعلی و محمدی بصیر، فرهاد (۱۳۹۶) «الزام به اجرای عین تعهدات قراردادی در حقوق ایران در مقایسه با اسناد نوین حقوق خصوصی»، **دوفصلنامه دیدگاه‌های**



حقوق قضایی، دوره ۲۲، شماره ۷۹ و ۸۰، صص ۶۷-۹۶.

رویه قضایی ایران در ارتباط با شعب مدنی دیوان عالی کشور (۱۳۸۸) مجلد ۵۶، چاپ دوم، تهران: انتشارات جنگل.

شعاریان، ابراهیم و رحیمی، فرشاد (۱۳۹۵) **حقوق بیع بین‌المللی (شرح کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا در پرتو دکترین و رویه قضایی)**، چاپ دوم، تهران: انتشارات شهر دانش.

شهبازی، علی (۱۳۹۴) «اجرای ناقص تعهدات قراردادی، مطالعه تطبیقی مسئولیت قراردادی در حقوق ایران و انگلیس»، **مجله پژوهش‌های حقوق خصوصی**، سال سوم، شماره ۵، صص ۱۰۵-۱۳۱.

شیخ انصاری، مرتضی (۱۳۶۷) **مکاسب**، چاپ دوم، قم: انتشارات تقی علامه.  
صفایی، سیدحسین (۱۳۹۳ الف) «جمع بین فسخ و مطالبه خسارت در اسناد بین‌المللی و حقوق ایران»، **حقوق تجارت در عصر جهانی شدن** (مجموعه مقالات اهدایی به دکتر بهروز اخلاقی)، تهران: انتشارات شهر دانش.

صفایی، سیدحسین (۱۳۹۳ ب) **دوره مقدماتی حقوق مدنی**، جلد دوم، تهران: نشر میزان.

صفایی، سیدحسین (۱۳۹۲) **مسئولیت مدنی**، تهران: انتشارات سمت.

صفایی، سیدحسین و الفت، نعمت‌الله (۱۳۸۹) «اجرای اجباری عین تعهد و تقدم آن بر حق فسخ قرارداد»، **نشریه حقوق تطبیقی** (نامه مفید)، شماره ۱۸، صص ۴۳-۶۲.

صفایی، سیدحسین و دیگران (۱۳۹۰) **حقوق بیع بین‌المللی**، چاپ سوم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

صفایی، سیدحسین و رحیمی، حبیب‌الله (۱۳۹۷) **مسئولیت مدنی تطبیقی**، چاپ اول، تهران: انتشارات شهر دانش.

عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۲) **موجبات ضمان**، تهران: نشر میزان.

قاسمی، محسن (۱۳۸۴) «جبران خسارت نقض قرارداد در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا در حقوق ایران، فرانسه، مصر و لبنان»، **مجله حقوقی** (نشریه دفتر خدمات حقوقی بین-

المللی)، دوره ۲۲، شماره ۳۲، صص ۱۳۹-۲۲۰.

**قانون مدنی مصر (۱۳۸۸)** ترجمه نوری، محمدعلی، تهران: کتابخانه گنج دانش.  
 کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷ الف) **دوره عقود معین**، جلد اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.  
 کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷ ب) **قواعد عمومی قراردادها**، جلد چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار.  
 کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۸) **مسئولیت مدنی**، جلد اول، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.  
 کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹) **نظریه عمومی تعهدات**، تهران: نشر میزان.  
 محقق داماد، سید مصطفی و همکاران (۱۳۹۲) **حقوق قراردادها در فقه امامیه**، جلد اول، تهران: انتشارات سمت.  
 محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۷) **قواعد فقه**، بخش مدنی ۲، تهران: انتشارات سمت.  
 مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۷ قمری) **استفتائات جدید**، گردآورنده: علیان نژاد، ابوالقاسم، جلد ۲، قم: انتشارات مدرسه امام امیرالمؤمنین (ع).  
 مکی عاملی، شیخ شمس‌الدین محمد (۱۳۸۱) **لمعه دمشقیه**، ترجمه غروی‌ان، محسن و شیروانی، علی، قم: انتشارات دارالفکر قم.  
 موحد، محمدعلی (۱۳۹۸) **مختصر حقوق مدنی**، تهران: انتشارات کارنامه.

## ب. عربی

آیتی، سید محمدرضا (۱۳۸۹) **تحریر المکاسب**، المجلد الثانی، چاپ اول، تهران: انتشارات سمت.  
 جبلی عاملی، زین‌العابدین (۱۳۸۶ قمری) **الروضه البهیه فی شرح اللعه دمشقیه**، الجزء الثالث، نجف: منشورات جامعه النجف الدینیّه، الطبقة الاولى.  
 حسینی مراغی، میر عبدالفتاح (۱۴۱۷ قمری) **العناوین الفقهیه**، جلد دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.  
 مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۱ قمری) **القواعد الفقهیه**، جلد ۱، قم: انتشارات مدرسه امام امیرالمؤمنین (ع).  
 نراقی، ملا احمد (۱۴۱۷ قمری) **عوائد الایام**، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.

## ج. انگلیسی

- Craswell, Richard (2000) "Against Fuller and Perdue", **The University of Chicago Law Review**, Vol. 67, No. 1, pp 99-161.
- Emmert, Frank (2012) "The Draft Common Frame of Reference (DCFR) - The Most Interesting Development in Contract Law Since the Code Civil and the BGB". **Robert H. McKinney School of Law Legal Studies Research Paper**, Cuadernos de la Maestría en Derecho 2, pp 1-25.
- Giliker, Paula (2013) "The Draft Common Frame of Reference and European Contract Law: Moving from the 'academic' to the 'political'", **Cambridge University Press**, pp 23-44.
- Lando, Ole and Beale, Hugh (2000) **Principles of European Contract Law**, Parts I & II, Prepared by the Commission on European Contract Law.
- Treitel, Guenter H. (2011) **The Law of Contract**, By Peel, Edward. Sweet & Maxwell.
- Triantis, George (2010) "The Evolution of Contract Remedies". **The University of Toronto Law Journal**, Vol. 60, No. 2, pp 643-662.
- Zeller, Bruno (2009) **Damages under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods**, 2<sup>nd</sup> Edition, Oxford: Oxford University Press.