

مفهوم و آثار مطالبه (Mise en demeure) در تعهدات: مطالعه تطبیقی

در حقوق فرانسه

علیرضا یزدانیان*

چکیده

در ماده ۲۲۶ قانون مدنی به واژه «مطالبه» اشاره شده که اقتباسی است از اصطلاح فرانسوی *Mise en demeure* مندرج در ماده ۱۱۴۶ قانون مدنی ۱۸۰۴ فرانسه (ماده ۱۲۳۱ اصلاحات ۲۰۱۶)؛ به معنی «نهادن در تأخیر» است که نویسندگان قانون مدنی ایران آن را به «مطالبه» ترجمه کرده‌اند و در واقع، نوعی اخطار عدم وفای به عهد یا اخطار عدم اجرا است. در فرانسه برای نهاد مزبور، مفهوم و آثاری در نظر گرفته شده که می‌توان به همان نتایج در حقوق ایران نائل شد. چنانچه می‌توان اثر آن را در مسئولیت و انتقال ریسک و تبدیل ید امانی به ضمانی و دیگر آثار آن را در حقوق ایران پذیرفت. گرچه این نهاد در قانون مدنی مطرح شده، اما در دکتترین، تاکنون به این نهاد و آثار آن پرداخته نشده است. اهمیت این نهاد چنان است که قانون مدنی فرانسه در اصلاحات سال ۲۰۱۶ بخشی را به نهاد مطالبه اختصاص داده و ضمانت اجرای قراردادها منوط به انجام این تشریفات شده است؛ بنابراین مطالبه در ماده ۲۲۶ بیش از آن‌که یک واژه معمولی باشد حکایت از ورود نهادی رومی - فرانسوی به ادبیات حقوق تعهدات ایران دارد. هدف اصلی این مقاله آن است که با روش قابل اعمال در حقوق مدنی تطبیقی و مبتنی بر روشی توصیفی - تحلیلی مفهوم، آثار و استثنائات این تأسیس حقوقی مورد مطالعه قرار گیرد. به عنوان نتیجه، به نظر می‌رسد احکام و مقررات موجود در حقوق تعهدات فرانسه در حقوق تعهدات ایران نیز قابل پذیرش است.

واژگان کلیدی: تعهدات، ریسک، قرارداد، مسئولیت، مطالبه.

مقدمه

«تعهدات قراردادی» ناظر به انجام یا عدم انجام کاری است.^۱ با نقض هر تعهد قراردادی، در صورتی که خسارتی به متعهد له وارد شود، وی می‌تواند در کنار سایر ضمانت اجراهای موجود در حقوق قراردادها جبران خسارات خود را مطالبه کند که به این تعهد جدید، «مسئولیت مدنی قراردادی» گفته شده است. برای مسئولیت قراردادی باید عهدشکنی احراز شود و بدون آن، مسئولیتی نیست (Delebecque. Jérôme) (pansier, 2016: 321). در برخی سیستم‌های حقوقی مانند فرانسه، احراز عهدشکنی متعهد در مواردی منوط به تشریفات «مطالبه»^۲ از سوی متعهدله است (Carbonnier, T4, 1998: 303 et Fabre-Magan, T1, 2008: 635). چنانچه باید مطالبه صورت پذیرد تا با احراز تأخیر، عهدشکنی احراز شده و طبیعی است در این موارد، تأخیر یعنی عهدشکنی و عهدشکنی یعنی تقصیر و به این جهت با مطالبه، متعهدله می‌تواند خسارت خود را دریافت کند. البته، مطالبه و عدم اجرای تعهد از سوی متعهد نه تنها استتکاف از وفای به عهد یا عهدشکنی را ثابت می‌کند، بلکه آثار دیگری نیز دارد. در حقوق برخی از کشورها مانند فرانسه و برخی از کشورهای اسلامی مانند مصر، به این نهاد و آثار آن به‌طور مفصل پرداخته شده است. حتی در اصلاحات سال ۲۰۱۶ در مقررات مربوط به تعهدات در حقوق فرانسه، این نهاد همراه با برخی از آثار آن طرح شده است. در قانون مدنی ایران، این نهاد مطرح شده ولی ماهیت و آثار آن به خوبی تبیین نشده است. سؤالاتی در این مقاله راجع به این نهاد قابل طرح است: آیا می‌توان چنین نهادی را با همه آثار آن در حقوق ایران مطرح کرد یا نه؟ آیا انتقال

۱. در تعهد انجام کار، تعهد مثبت و عهدشکنی متعهد، به صورت عدم انجام کار یا تأخیر در انجام است. در تعهدات به نتیجه، اصل عدم وفای به عهد جاری بوده و متعهد له نیازی به اثبات عدم انجام تعهد ندارد. بلکه مدیون باید وفای به عهد را ثابت کند و در صورتی که ثابت نکند، اصولاً مسئول است مگر اینکه علت خارجی را ثابت کند. در تعهدات به وسیله اصل بر عدم وفای به عهد است اما ظاهر در این است که متعهد به عهد خود وفا می‌کند و در تعارض ظاهر و اصل، ظاهر مقدم بوده و متعهد له باید تقصیر متعهد را به اثبات رساند؛ اما در تعهد به عدم انجام کار، تعهد منفی و عهدشکنی به‌صورت انجام فعل مورد منع است. اصل بر عدم انجام فعل مورد نهی و سخن متعهد، موافق اصل بوده و متعهد له باید عهدشکنی متعهد را با اثبات انجام فعل مورد منع در قرارداد به اثبات برساند.

ریسک که یکی از آثار مهم این نهاد است در حقوق ایران قابل پذیرش است؟ تبدیل ید امانی به ضمانی می‌تواند به عنوان مصداقی از یک قاعده در حقوق تعهدات ایران نیز طرح شود؟ در پاسخ به سؤالات فوق، چند فرض قابل تصور است؛ در حقوق ایران، مطالبه متعهد له از متعهد مطرح شده و مطالبه متعهد از متعهد له نیز قابل تصور است. همچنین مطالبه، ریسک را از متعهد له به متعهد و از متعهد به متعهد له منتقل می‌کند. این مقاله در بخش نخست به شناخت نهاد حقوقی مطالبه پرداخته و در بخش بعد آثار این تأسیس حقوقی را واکاوی و دو نوع مطالبه (مطالبه متعهدله از متعهد و مطالبه متعهد از متعهدله) را باز می‌شناساند. در نهایت نیز تخصیص قاعده به مسئولیت قراردادی و استثنائات قاعده مورد بررسی قرار گرفته است.

۱. شناخت نهاد حقوقی مطالبه در حقوق قراردادهای

«مطالبه» موضوع ماده ۲۲۶ ق.م. دارای مفهوم خاصی بوده و بیشتر شبیه یک تأسیس حقوقی است که در قسمت‌های بعد مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۱. مفهوم و ضرورت مطالبه

یکی از مباحث حقوق تعهدات، مفهوم و طرق انجام مطالبه است. همچنین جای طرح این مسئله است که آیا برای مطالبه نیازی به اهلیت طرفین وجود دارد یا نه؟

۱-۱-۱. مفهوم مطالبه

در حقوق فرانسه، اصطلاح *Mise en demeure* در ماده ۱۱۴۶ ق.م.ف ۱۸۰۴ (ماده ۱۲۳۱ اصلاحات ۲۰۱۶) به کار رفته است (Le Tourneau, Cadiet, 1998:82) که در میان ترجمه‌های ایرانی، به «پساکرد» (جعفری لنگرودی، ج ۱، ۱۳۷۲: ۲۷۴) و یا «مطالبه دین یا مطالبه انجام تعهد یا مطالبه حق» تعبیر شده (کاتبی، ۱۳۶۳: ۲۳۶؛ کاتوزیان، ج ۴، ۱۳۶۸: ۱۵۷؛ Cornnu, 2000: 271). مطالبه در حقوق فرانسه، اعلام اراده متعهد له به متعهد برای انجام تعهدات موضوع قرارداد است که متعهد در قبال متعهد له بر ذمه

گرفته است (Carbillac,2008:126;Starck,1972:603). در فرانسه، مطالبه یکی از شرایط مسئولیت قراردادی است (Bénabent,2007:303)، زیرا برای جبران خسارت، دادگاه باید مطمئن شود که متعهد له با مطالبه خود متعهد را در حالت تأخیر قرار داده و تأخیر یا نقض تعهد را احراز کرده که به این امر در رأی شعبه اول مدنی دیوان عالی کشور فرانسه در تاریخ ۱۱ دسامبر ۱۹۶۱ اشاره شده است. به تعبیر برخی، مطالبه نوعی تشریفات شبه دادرسی بوده که توسط مأموران اجرا و با ابزاری مانند احضاریه و ابزارهای مشابه آن انجام می‌شود. در حقوق فرانسه، مطالبه در همه قراردادهای، صرف نظر از این که زمان انجام تعهد معین باشد یا غیرمعین، ضروری است و به ضرورت این تشریفات در رأی شعبه سوم مدنی دیوان عالی کشور فرانسه به تاریخ ۲۰ ژوئن ۱۹۷۸ اشاره شده است (Delebecque,2014:23). از نظر لغوی منظور از *Mise en demeure* این است که متعهد، از لحاظ قانونی در وضعیتی موسوم به امتناع از ایفا تعهد یا تأخیر در انجام تعهد یا استتکاف از وفای به عهد قرار داده شود (Terré,Simler,Lequette,2005:1038 و سنهوری، ج ۱۹۹۸، ۲: ۸۳۰ و جعفری لنگرودی، ج ۱، ۱۳۷۲: ۲۷۴). مفهومی که از مطالبه به عنوان یکی از شرایط تقاضای جبران خسارت منظور است این است که برای احراز عهدشکنی و استتکاف مدیون از وفای به عهد، متعهد له باید قصد خود را مبنی بر درخواست انجام فوری تعهد به متعهد اعلام دارد (Marty,Raynaud,Jestaz,T2,1989:245؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰: ۶۵۰ و ۶۵۹). به همین جهت، «تأخیر» یا تأخیر در وفای به عهدی مورد نظر است که متعهد له با تشریفات استتکاف و تأخیر در انجام تعهد را به مفهوم دقیق و حقوقی آن احراز کند (Weill,Terré,1975:470). این نهاد ابتدا در رم ضروری بوده و «پوتیه»^۱ در قرن ۱۸ به تقلید از حقوق رم آن را در حقوق فرانسه ضروری ساخت (سنهوری، ج ۲، ۱۹۹۸: ۸۳۱). در این راستا، ماده ۱۱۴۶ قانون مدنی فرانسه مقرر می‌داشت: «خسارات صرفاً زمانی قابل مطالبه است که متعهد علیه مطالبه متعهد له از ایفا تعهد استتکاف ورزد...». در حقوق ایران، قسمت اخیر ماده ۲۲۶ ق.م.ب به ماده ۱۱۴۶ ق.م.ف (ماده ۱۲۳۱

اصلاحات ۲۰۱۶) نظر داشته است. ماده مزبور مقرر می‌دارد: «در مورد عدم ایفای تعهدات از طرف یکی از متعاملین، طرف دیگر نمی‌تواند ادعای خسارت کند، مگر اینکه برای ایفای تعهد، مدت معینی مقرر شده و مدت مزبور منقضی شده باشد و اگر برای ایفای تعهد، مدتی مقرر نبوده، طرف وقتی می‌تواند ادعای خسارت کند که اختیار موقع انجام با او بوده و ثابت کند که انجام تعهد را مطالبه کرده است».

۱-۲-۱. ضرورت مطالبه

مطالبه با قلمروی وسیع در مسائل مربوط به ضمانت اجرای قراردادها، یعنی الزام به انجام عین تعهد و مسئولیت قراردادی، ضروری است (Starck, 1972: 603). به نظر می‌رسد در سیستم‌های حقوقی که ضمانت اجرای اولیه عقود، الزام به انجام عین تعهد است، قبل از تقاضای متعهد له از دادگاه در خصوص اجبار متعهد به انجام تعهد، در عمل، مطالبه ضروری است (Delebecque, Jérôme pansier, 2016: 321). در حقوق ایران، در مواردی به مطالبه در خصوص انجام عین تعهد اشاراتی به عمل آمده است؛ مانند لایحه قانونی راجع به نحوه مطالبه دیون مصوب ۱۳۳۹ یا در ماده ۱۰ مکرر اصلاحی ۱۳۵۹ قانون تملک آپارتمان‌ها مصوب ۱۳۴۳ یا در ماده ۴۰۷ ق. ت. گذشته از ضرورت مطالبه در اجرای عین تعهد، در مواردی برای تحقق مسئولیت قراردادی نیز مطالبه ضرورت پیدا می‌کند.

۱-۲-۱. ماهیت و شیوه مطالبه

شناخت ماهیت و شیوه یکی از مقدمات لازم در درک از مفهوم مطالبه است.

۱-۲-۱. ماهیت مطالبه

در مورد ماهیت مطالبه ممکن است گفته شود عمل مزبور، نوعی تراضی و دارای ماهیت قراردادی است. در پاسخ می‌توان گفت: توافق در مرحله تشکیل است و مطالبه در مرحله اجرای عقد. بدیهی است متعهد و متعهد له توافق کرده‌اند اختیار موقع انجام

تعهد با متعهد له باشد و وی باید وفای به عهد را مطالبه کند؛ اما این امر، عمل مطالبه را دارای طبع قراردادی نمی‌کند. تراضی طرفین، صرفاً زمینه‌ساز عمل مطالبه است؛ اما نفس مطالبه، عمل دوجانبه و قراردادی نیست. همچنین، عمل مطالبه به اراده متعهد له است. همچنان که تراضی طرفین در یک عقد، گاه به یکی از آن‌ها حق فسخ می‌دهد؛ اما فسخ عمل یک‌طرفی و به اراده فسخ‌کننده است. ممکن است شبهه شود که شاید یک عمل حقوقی از نوع ایقاعات باشد. در حقوق فرانسه، «دموگ»^۱ ظاهراً معتقد است که مطالبه عملی ارادی از جانب متعهد له است که در حقوق برخی از کشورهای اسلامی نیز مانند مصر که از فرانسه تبعیت کرده‌اند، این نظر قابل مشاهده است (سنهوری، ج ۲، ۱۹۹۸: ۸۳۱). اما مطالبه، ایقاع هم نیست، زیرا گرچه مطالبه به اراده متعهد له مربوط است، اما نباید فراموش کرد که این اراده مانند اراده موجود در اقرار، انشائی نیست^۲ (کاتوزیان، ۱۳۷۰: ۲۰).

1. Demogue

۲. با توجه به ماهیت مطالبه که غیر انشائی است، برخی معتقدند که متعهد له اهلیت لازم دارد (سنهوری، ج ۲، ۱۹۹۸: ۸۳۱). در خصوص مجنون و صغیر غیر ممیز، تردیدی در فقدان اثر بر تصرفات آن‌ها نیست؛ اما در خصوص صغیر ممیز و سفیه تردید هست که مطالبه آن‌ها مدیون را در حال تأخیر و استتکاف قرار می‌دهد یا نه؟ دو گونه می‌توان استدلال کرد؛ اول این‌که، اعمال حقوقی ایشان با توجه به داشتن اراده باطل نیست ولی با توجه به رضایت معیوب ایشان غیر نافذ است؛ اما این حکم مختص اعمال حقوقی است که در امور مالی به آن اقدام می‌کنند. عمل مطالبه، عمل غیر انشائی است؛ بنابراین عمل مطالبه ایشان دارای اثر وضعی خود بوده و بعید نیست گفته شود مدیون را در حال تأخیر و استتکاف قرار می‌دهد. استدلال دیگر این‌که، می‌توان گفت که مطالبه نوعی دخل و تصرف در اموال و فاقد اثر است. هرچند در عمل، طبق تبصره ماده ۲ آئین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا مصوب ۱۳۵۵ مطالبه اصولاً از طرف سرپرست انجام می‌شود. در مورد اهلیت متعهد، باید گفت قراردادهای مجنون و صغیر غیر ممیز، باطل است؛ اما قراردادهای صغیر ممیز و سفیه غیر نافذ است مگر قرارداد راجع به تملک بلاعوض که نافذ است. اکنون سؤال این است که اگر سرپرست مجنون یا صغیر غیر ممیز، قراردادهایی را برای آن‌ها منعقد یا در خصوص قراردادهای سفیه و صغیر ممیز، عقد را تنفیذ کند، اولاً اجرای تعهد با کیست؟ ثانیاً مسئولیت نقض عهد بر عهده کیست و مطالبه که یکی از شرایط مسئولیت است باید خطاب به چه کسی باشد؟ در پاسخ باید گفت: محجور طرف عقد بوده و تعهد بر ذمه او است، ولی اجرای تعهد با سرپرست است، زیرا سرپرست، عقد را به نمایندگی از محجور منعقد کرده و در صورتی که سرپرست اقدام به اجرای تعهدات نکند، محجور، مسئولیت قراردادی ناشی از عمل غیر پیدا می‌کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۴۲: ۲۸). اما در مورد اثر مطالبه، به نظر می‌رسد مطالبه از مجنون و صغیر غیر ممیز، فاقد اثر است و این مطالبه محجور و سرپرست را در وضعیت استتکاف از اجرای تعهد قرار نمی‌دهد و عمل مطالبه باید خطاب به سرپرست صورت گیرد. اما در مورد اثر مطالبه، خطاب به سفیه و صغیر ممیز، با توجه به اراده و تمیز ناقصی که در ایشان وجود دارد، بعید نیست گفته شود، مطالبه دارای اثر بوده و آن‌ها را در حالت استتکاف قرار می‌دهد. همان‌طور که ماده ۶۹ قانون آئین دادرسی، تمیز اهمیت اوراق ابلاغ را برای ابلاغ کافی می‌داند.

۱-۲-۲. شیوه مطالبه

با توجه به نقش اثباتی مطالبه در احراز عهدشکنی متعهد، باید بررسی کرد که آیا یک درخواست ساده متعهد له خطاب به متعهد کافی است یا حتماً باید نزد مرجعی رسمی صورت پذیرد؟ از ماده ۱۱۳۹ ق.م.ف ۱۸۰۴ برمی آمد که مطالبه طریقت دارد نه موضوعیت. این ماده اشعار می داشت که: «مطالبه انجام تعهد صورت می پذیرد با اخطار یا عمل مشابهی مانند نامه ای که متضمن اخطار بوده یا به وسیله اثر قراردادی که مقرر کرده که با انقضای زمان و بدون نیاز به عملی متعهد در حالت تأخیر قرار می گیرد». ماده مزبور در اصلاحات سال ۲۰۱۶ در ماده ۱۳۴۴ منعکس و مقرر می دارد: «متعهد در حالت مطالبه و تأخیر قرار می گیرد به وسیله اظهارنامه یا عملی متضمن اخطار کافی یا اگر در قرارداد پیش بینی شده باشد به صرف حال شدن تعهد» در ذیل ماده ۱۱۴۶ ق.م.ف نیز تصریح به عمل آمده بود که «مطالبه اجرای تعهد ممکن است به وسیله نامه ای که متضمن اخطار کافی باشد صورت پذیرد».^۱ در حقوق فرانسه، قانون ۹ ژوئیه ۱۹۹۱ از جمود قانون مدنی فرانسه کاسته و انجام مطالبه را با روش های دیگر نیز تسهیل کرده است (Delebecque, Jérôme pansier, 2016:320).

۲. در ماده ۲۱۹ ق.م. مصر نیز تصریح به عمل آمده که «مطالبه از مدیون با اخطار یا عمل مشابهی می تواند صورت گیرد. مطالبه به وسیله نامه به طریق مندرج در قانون آئین دادرسی جایز است...» (سنهوری، ج ۲، ۱۹۹۸: ۲۰۶). در حقوق فرانسه، اصل بر این است که مطالبه با یک اخطار (sommation) صورت پذیرد و اخطار ورقه رسمی است که متعهد له در آن تصریح می کند که انجام تعهد را از مدیون خویش می خواهد (Weill, Terré, 1975:470). البته، اخطار تنها وسیله مطالبه نیست؛ بلکه هر ورقه رسمی که به وضوح تمایل متعهد له بر وفای به عهد را نشان دهد، می تواند قائم مقام اخطار به رسمی باشد (Le Tourneau, Cadiet, 1998:83) مانند دادخواست. اخطار غیررسمی یا شفاهی کافی نیست مگر قراردادی بر کفایت این چنین اخطاری بین طرفین دلالت کند. در حقوق مصر نیز مقررات مشابهی وجود دارد (سنهوری، ج ۳، ۱۹۹۸: ۲۰۶). در حقوق برخی از کشورها نیز مطالبه از طریق سند کتبی هر چند غیررسمی باشد کفایت می کند (سنهوری، ج ۲، ۱۹۹۸: ۸۲۹). در حقوق ایران، ماده ۲۲۶ ق.م. به اصطلاح «مطالبه» اشاره کرده اما به نحوه و تشریفات انجام آن اشاره ای نکرده است. در تبصره ماده ۲ آئین نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم الاجرا و طرز رسیدگی به شکایات از عملیات اجرائی مصوب ۱۳۵۵ تأکید شده که مطالبه باید رسمی باشد. در عمل متعهد له با ارسال اظهارنامه رسمی انجام تعهد را از مدیون خواستار می شود. در قانون تجارت نیز در مواردی احراز عهدشکنی باید با سند رسمی صورت پذیرد (مواد ۲۸۰ و ۲۳۶ و ۲۹۵ ق.ت).

۲. آثار مطالبه

نقش مطالبه در حقوق تعهدات مانند تبدیل ید و ایجاد ضمان و تحقق مسئولیت قراردادی از جمله آثار مطالبه است.

۲-۱. تحقق مسئولیت مدنی قراردادی

با مطالبه از طرف متعهد له و عدم انجام تعهد، استنکاف و امتناع متعهد از وفای به عهد احراز می‌شود (Larroumet, T3, 2003: 745 et Cornnu, 2000: 271). به عبارتی در این موارد با مطالبه، متعهد در حالت تأخیر قرار می‌گیرد و تأخیر یعنی نقض تعهد و نقض تعهد، خود تقصیر است (Terré, Simler, Lequette, 2005: 1038). در حقوق بعضی از کشورها، در هر حال برای تحقق مسئولیت، مطالبه ضروری است (Carbillac, 2008: 127)؛ اما در برخی از رژیم‌های حقوقی، مانند ماده ۲۲۶ ق.م.ا.گ. تعهد دارای زمان معینی باشد به مجرد انقضای مدت انجام تعهد، بدون نیاز به مطالبه، عهدشکنی مدیون ثابت می‌شود.^۱ در حقوق فرانسه، طبق ماده ۱-۱۳۴۴ ق.م.ا.ص. سال ۲۰۱۶ «مطالبه وفای به عهد مبلغی پول سبب می‌شود که خسارت تأخیر به نرخ قانونی تعلق گیرد بدون این‌که نیازی باشد تا متعهد له خسارتی را توجیه کند».

۱. به نظر می‌رسد اصولاً مسئولیت مدنی قراردادی از یک تأخیر آغاز می‌شود. گرچه مسئولیت مدنی قراردادی به مسئولیت قراردادی ناشی از عدم انجام تعهد و مسئولیت قراردادی ناشی از تأخیر تقسیم می‌شود، اما به نظر می‌رسد در هر دو، عدم رعایت زمان انجام تعهد و به عبارتی تأخیر در انجام تعهد است که سبب تحقق مسئولیت می‌شود. در مسئولیت مدنی قراردادی ناشی از عدم انجام تعهد که زمان انجام تعهد و وفای به عهد، وحدت مطلوب است، اگر متعهد در زمان مقرر به عهد خود وفا نکند، دیگر امکان انجام تعهد وجود نداشته و متعهد له فقط می‌تواند خسارت خویش را مطالبه کند. در حقوق فرانسه در این موارد نیاز به مطالبه است، اما در حقوق ایران نیازی به مطالبه نیست. مسئولیت مدنی قراردادی ناشی از تأخیر نیز زمانی رخ می‌دهد که زمان انجام تعهد و وفای به عهد، تعدد مطلوب بوده که اگر زمان انجام تعهد معین باشد، انقضا زمان دلیل بر نقض تعهد است و نقض تعهد، خود تقصیر بوده و متعهد له بدون نیاز به اثبات تقصیر باید بتواند خسارت ناشی از تأخیر در انجام تعهد را مطالبه کند. اما اگر زمان انجام تعهد معین نبوده و تعیین زمان انجام با متعهد له باشد، وی باید متعهد را در حالت تأخیر یا استنکاف از انجام تعهد قرار دهد.

۲-۲. تحقق اجرت المثل

در مواردی که شخصی، متعهد به استرداد مالی است که در تملک متعهد له است، با انقضا اجل و «مطالبه» متعهد له و امکان رد و استنکاف متعهد، وی ملزم به پرداخت اجرت المثل می‌شود.^۱ ماده ۴۹۴ ق.م. مصدق از این حکم است که مقرر می‌دارد: «عقد اجاره به محض انقضا مدت برطرف می‌شود و اگر پس از انقضا آن مستأجر عین مستأجره را بدون اذن مالک مدتی در تصرف خود نگاه دارد، موجر برای مدت مزبور مستحق اجرت المثل خواهد بود اگرچه استیفا منفعت نکرده باشد و اگر با اجازه مالک در تصرف نگاه دارد وقتی باید اجرت المثل بدهد که استیفا منفعت کرده باشد مگر اینکه مالک اجازه داده باشد که به صورت مجانی استفاده کند».^۲ اثر مطالبه در تحقق اجرت

۲. البته اجرت المثل، نوعی مسئولیت قراردادی نبوده و تعهدی است که بعد از اتمام اجاره در شرایطی با عدم استرداد مال می‌تواند تحقق پذیرد، زیرا بعد از اتمام زمان دیگر رابطه قراردادی ادامه نخواهد داشت.

۳. اصطلاح «برطرف می‌شود» بسیار مبهم است. آیا عقد باطل یا منفسخ می‌شود؟ یا هیچ‌کدام؟ علی‌رغم ظاهر ماده به نظر می‌رسد عقد منفسخ نمی‌شود. عقد در عالم اعتبار موجود است. در این مورد، درج قید زمان به «عقد» مربوط است نه «تعهد»، زیرا تفاوت وجود دارد که زمان به عقد مرتبط باشد یا تعهد؛ زیرا اگر زمان به تعهد راجع باشد، تعهد را «مؤجل» و اگر به عقد مربوط باشد، عقد را «موقت» می‌کند. در این صورت باید این‌گونه تفسیر کرد که درج زمان در اجاره، عقد را موقت می‌کند و منظور این است که قبل از زمان مزبور بین طرفین قراردادی وجود نداشته و بعد از زمان هم عقدی بین طرفین نبوده و دیگر رابطه قراردادی بین آن‌ها نیست؛ اما این به معنی انحلال عقد بین آن‌ها در عالم اعتبار نیست. عقد موقت بین آن‌ها در عالم اعتبار باقی است و با توجه به وحدت ملاک مواد ۲۸۶ و ۲۴۶ ق.م. می‌توان آن را اقاله یا فسخ کرد. به‌عنوان مثال اگر در فاصله اول فروردین تا اول مهر سال ۱۳۷۰ بین دو شخص، عقد اجاره شش‌ماه‌ای باشد و مبلغ اجاره‌بها ماهیانه صد میلیون ریال تعیین شده که در تاریخ پانزدهم هرماه پرداخت شود، می‌توان گفت که مهلت شش ماه به «عقد» و مهلت «پانزدهم» به «تعهد» مربوط است. در این قرارداد اگر مستأجر در پانزدهم هرماه اجاره‌بهای شش ماه را پرداخته و با اتمام مهرماه، مورد اجاره را به مالک آن مسترد دارد، «تعهدات» ناشی از عقد از طریق «وفای به عهد» ساقط شده و با انقضا اجل شش‌ماهه «عقد» برطرف شده و از این به بعد، دیگر بین آن‌ها رابطه قراردادی وجود ندارد؛ اما قرارداد شش ماه آن‌ها در عالم اعتبار باقی می‌ماند؛ زیرا تعهدات عقد از طریق وفای به عهد ساقط شده، اما «سقوط تعهدات» با «زوال قرارداد» متفاوت است. چنانچه طبق ماده ۲۶۴ ق.م. تعهدات از طرق وفای به عهد یا ابراء یا مالکیت مافی الذمه یا تهاتر یا تبدیل تعهد ساقط می‌شود؛ اما قراردادها طبق ماده ۲۱۹ ق.م. از طریق اقاله یا فسخ یا انفساخ از بین می‌روند. در نتیجه گذر زمان دلیل بر زوال قرارداد لازم در عالم اعتبار نبوده و در مثال فوق، اگر بعد از بیست سال یعنی در سال ۱۳۹۰ یکی از طرفین اطلاع بر غبن پیدا کند، اشکالی ندارد که مغبون عقد اجاره را فسخ کند. در این صورت، اجاره‌بها که معادل شش صد میلیون ریال است، به مستأجر برگردانده شده و مستأجر موظف است که اجرت زمان تصرف خود را که ممکن است کم‌تر یا بیشتر از مبلغ مزبور باشد، به موجر بپردازد. در اینجا ممکن است این سؤال به ذهن رسد که در عقودی که زمان وجود دارد، آیا با گذر زمان نیاز به مطالبه هست یا نه؟ در پاسخ به این سؤال باید گفت اگر زمان به عقد مربوط باشد، با گذر زمان عقد برطرف می‌شود. در این فرض ممکن است تعهدات باقی

چنین است که از نظر تحقق اجرت، قبل از مطالبه موجر در صورتی اجرت‌المثل بر عهده مستأجر تحمیل می‌شود که استیفای منفعت کرده باشد و بعد از مطالبه و عدم رد، اجرت‌المثل تحمیل می‌شود حتی اگر مستأجر استیفای منفعت نکرده باشد^۱ (کاتوزیان، ج ۱، ۱۳۷۱: ۲۴۰).

۲-۳. تعیین زمان انجام تعهد

اگر در قرارداد، زمان انجام تعهد معین نباشد، اصل بر فوری بودن انجام تعهد است؛ اما در مواردی طرفین توافق می‌کنند که تعیین زمان انجام تعهد با متعهد له باشد.

باشد یا نباشد. به‌عنوان مثال اگر در قرارداد اجاره فوق، مستأجر در تاریخ پانزدهم هرماه اجاره‌بها را به موجر داده باشد، با انقضا شش ماه عقد برطرف و تعهدات نیز از طریق وفای به عهد ساقط شده و اگر مستأجر این مبلغ را نپرداخته باشد، پس از انقضا شش ماه عقد برطرف، ولی تعهد مستأجر به پرداخت اجاره‌بها باقی است. بدیهی است که در این موارد شش ماه به عقد مربوط بوده و این مدت معین، مشمول ماده ۲۲۶ ق.م.نیست و به همین دلیل در اینجا ربطی به مطالبه یا عدم مطالبه پیدا نمی‌کند؛ اما در خصوص تعهدات مستأجر می‌توان زمان معینی را شرط کرد یا به اختیار متعهد له واگذار کرد که این زمان مربوط به تعهدات بوده و مشمول ماده ۲۲۶ ق.م.می‌شود؛ مانند مثال فوق که تعهدات مستأجر باید در پانزدهم هرماه انجام شود که طبق ماده ۲۲۶ ق.م.نیازی به مطالبه نبوده و با انقضا زمان یعنی با سررسیدن پانزدهم هر ماه اگر مستأجر به عهد خود وفا نکند، در حالت تأخیر قرار گرفته و باید خسارت موجر را از باب مسئولیت قراردادی ناشی از تأخیر بپردازد؛ اما اگر در قرارداد برای تعهدات مستأجر زمانی معین نشده و شرط شده که زمان انجام تعهدات به دست متعهد له؛ یعنی در مثال فوق موجر باشد، طبق ماده ۲۲۶ ق.م.مطالبه شرط است. در نتیجه از تفاوت‌های زمان راجع به عقد و زمان راجع به تعهد این است که ماده ۲۲۶ ق.م. در فرضی کاربرد دارد که بحث بر سر زمان «تعهد» باشد نه زمان مربوط به «عقد».

۱. در ماده ۴۹۴ ق.م.وضعیت قبل و بعد از مطالبه را باید از هم تفکیک کرد. طبق ماده ۴۹۴ ق.م: «اگر پس از انقضا آن مستأجر عین مستأجره را بدون اذن مالک مدتی در تصرف خود نگاه دارد، موجر برای مدت مزبور مستحق اجرت‌المثل خواهد بود» زمانی مستأجر «بدون اذن مالک»، مال را در اختیار دارد که متعهد له؛ یعنی مالک استرداد عین را «مطالبه کرده باشد» و متعهد بالاینکه امکان رد وجود دارد، از رد مال امتناع کند. در این مورد، ید امانی مستأجر، مبدل به ید ضمانتی شده و به همین جهت اثر این مطالبه از سوی متعهد له این است که متعهد باید اجرت‌المثل مال را بپردازد، حتی اگر استیفای منفعت نکرده باشد. در این فرض مبنای تعهد وی به دادن اجرت‌المثل، «ید ضمانتی» وی و مستند به بند ۱ ماده ۳۰۷ ق.م.می باشد یعنی غضب و آنچه در حکم غضب است؛ یعنی مستأجر باید اجرت بپردازد خواه استیفای منفعت کرده باشد یا نکرده باشد. طبق قسمت دیگر ماده ۴۹۴ ق.م: «اگر با اجازه مالک در تصرف نگاه دارد وقتی باید اجرت‌المثل بدهد که استیفای منفعت کرده باشد مگر اینکه مالک اجازه داده باشد که مجانی استفاده کند» در این موارد زمانی مستأجر مال را «با اجازه مالک» در اختیار دارد که مالک هنوز مال را «مطالبه نکرده باشد». در این فرض ید مستأجر هنوز امانی است و فقط زمانی باید اجره بپردازد که از منافع استیفا کرده باشد و مبنای این تعهد، «استیفا» از مال غیر است نه «ید ضمانتی» و به همین دلیل این تعهد متکی به بند ۴ ماده ۳۰۷ ق.م.یعنی استیفا خواهد بود که زمانی باید اجرت بپردازد که از مال استیفای منفعت کرده باشد. این تفسیر از ماده ۴۹۴ ق.م.موافق یا قواعد کلی امانات مندرج در ماده ۶۳۱ ق.م. و نیز ماده ۲۷۸ ق.م.است.

در چنین وضعیتی تعیین سررسید تعهد، به اختیار متعهد له است و وی معمولاً با «مطالبه» چنین سررسیدی را معین می‌کند (ماده ۲۲۶). در قانون تجارت نیز گاهی تعیین سررسید دین با مطالبه تعیین می‌شود، مانند بروات به وعده از رؤیت.

۲-۴. انتقال خطر از متعهد له به متعهد

یکی از مهم‌ترین آثار مطالبه، انتقال خطر یا ریسک^۱ است (Starck, 1972: 651)؛ یعنی مطالبه سبب می‌شود تا ضرر ناشی از تلف مال بر عهده طرف دیگر قرار گیرد (Marty, Raynaud, Jestaz, T2, 1989: 245) و به ذمه طرف مقابل انتقال یابد (Cornnu, 2000: 271). آنچه در حقوق فرانسه تحت عنوان انتقال خطر مطرح شده است، ما در اینجا با قواعد مربوط به تبدیل ید امانی به ضمانی مطرح می‌کنیم، با اینکه انتقال ریسک گسترده‌تر از تبدیل ید امانی به ضمانی است.

۲-۴-۱. اصل ید ضمانی

اصل بر ید ضمانی است. اصل بر این است که هر شخصی که بر مال شخصی «استیلا» داشته باشد، ضامن است و بدون نیاز به سببیت و تقصیر، متعهد است تا در صورت موجود بودن، عین مال و در صورت تلف، مثل یا قیمت آن را به همراه منافع مال به مالک مسترد دارد. مگر این‌که ید امانی باشد که در این فرض، امین ضامن نیست.^۲ این حکم از ماده ۶۳۱ ق.م.برمی‌آید که امانت را منوط به ذکر در قانون کرده است. ماده مزبور مقرر می‌دارد: «هرگاه کسی مال غیر را به عنوانی غیر از مستودع متصرف باشد و مقررات این قانون او را نسبت به آن مال امین قرار داده باشد مثل مستودع است؛ بنابراین مستأجر نسبت به عین مستأجره قیم یا ولی نسبت به مال صغیر یا مولی علیه و امثال آن‌ها ضامن نیست، مگر در صورت تفریط یا تعدی و در صورت

1. Risque

۲. این اصل بیشتر به حقوق اموال ارتباط داد ولی با انقضای زمان عقد و در شرایطی حتی در حین قرارداد با جمع شرایطی این اصل قابلیت اعمال دارد و به همین دلیل در این قسمت مطرح شد.

استحقاق مالک به استرداد از تاریخ مطالبه او و امتناع متصرف، با امکان رد، متصرف مسئول تلف و هر نقص یا عیبی خواهد بود اگرچه مستند به فعل او نباشد». در عقود امانی که مال شخصی به امانت در دست دیگری است، ید متصرف، امانی است. یعنی در صورت تلف شدن مال یا ورود خسارت به آن، متصرف ضامن نیست؛ اما از دو راه متفاوت ممکن است ید امانی مبدل به ید ضمانی شود: اول، در صورت تعدی و تفریط؛ دوم، در صورت انقضا اجل یا استحقاق مالک و مطالبه و امکان رد و عدم رد مال، در این صورت نیز ید امانی مبدل به ید ضمانی می‌شود.^۱

۲-۴-۲. اثر مطالبه در انتقال خطر

در مواردی که عقد متضمن ید امانی مانند اجاره، لازم و دارای مهلتی باشد که منقضی شده، پس از انقضا مدت و مطالبه مالک و امتناع مستأجر از رد عین، با امکان رد مال، ید امانی مستأجر تبدیل به ید ضمانی (شیخی زاده، ج ۳، ۱۴۱۹: ۴۰۷) شده و مستأجر ضامن است. اگر هم عقد جایز بوده و مالک هر زمان بتواند رد عین خویش را مطالبه کند مانند ودیعه، از تاریخ مطالبه و عدم استرداد با امکان رد مال، ید امانی

۳. به‌عنوان مثال، اگر محمد یک دستگاه اتومبیل سواری خود را از اول فروردین تا اول مهر ۱۳۹۴ به علی به مدت شش ماه اجاره دهد، ید مستأجر در این شش ماه امانی است؛ اما از دو راه فوق ممکن است مبدل به ید ضمانی شود: اول، از راه تعدی و تفریط، مانند این‌که مستأجر، مال را خلاف توافق و یا به‌صورت غیرمعارف استفاده کند. این طریقه ممکن است در طول زمان عقد یا پس‌از آن رخ دهد. به‌عنوان مثال، اگر یک ماه بعد از عقد، مستأجر تعدی و تفریطی انجام دهد، مانند این‌که مقداری سیمان یا آن‌جا به‌جا کند، ید مستأجر ضمانی شده و از آن لحظه به بعد ید وی ضمانی است. در نتیجه، اگر با‌جا به‌جا کردن سیمان هم خسارتی وارد نشده باشد، ولی دو ماه بعد در تیرماه به‌واسطه حادثه‌ای مانند زلزله اتومبیل تلف شود، مستأجر ضامن است زیرا از قبل ید وی ضمانی شده و در مسئولیت ناشی از ید ضمانی تقصیر یا سببیت شرط نیست. این طریق تبدیل ید امانی به ضمانی، ممکن است پس از انقضا زمان رخ دهد. چنانچه اگر مالک استرداد مال را مطالبه نکند و شش ماه زمان عقد منقضی شود، طبق ماده ۴۹۴ ق.م.عقد اجاره برطرف می‌شود، اما ید امانی مستأجر تا زمانی که مالک مال را «مطالبه» نکرده، امانی است. در این صورت اگر حمل مقداری سیمان با اتومبیل دو ماه پس از انقضا یعنی در آذرماه رخ دهد، ید مستأجر ضمانی شده و اگر سیل یا زلزله، اتومبیل را در تاریخ دی‌ماه نیز تلف کند، مستأجر ضامن است. ید مستأجر از راه دیگری نیز ممکن است تبدیل به ید ضمانی شود و آن از راه «مطالبه» است. در این موارد اگر با انقضا اجل، مالک مال خود را مطالبه کند و امکان رد آن وجود داشته، ولی متعهد یعنی امین مال را به مالک رد نکند، ید امانی وی مبدل به ید ضمانی خواهد شد و از آن تاریخ به بعد مسئول هر کسر و نقصان یا تلفی است که رخ دهد، هرچند مستند به فعل وی نباشد. تحلیل فوق از مواد ۶۱۴ و ۶۳۱ ق.م. به خوبی قابل استنباط است.

متصرف به ید ضمانی تبدیل شده و وی مسئول هر خسارتی خواهد بود، اگرچه مستند به وی نباشد^۱ (ماده ۳۱۵ ق.م.). در حقوق فرانسه، در صدر ماده ۲-۱۳۴۴ ق.م اصلاحی ۲۰۱۶ عبارت «مطالبه از متعهد»^۲ درج شده و در ماده مزبور تصریح شده است که: «مطالبه تحویل شی، خطرات را بر عهده متعهد قرار می‌دهد در صورتی که قبلاً چنین نبوده باشد».

۲-۴-۳. امکان جمع مسئولیت مدنی قراردادی و مسئولیت ناشی از ید ضمانی

این سؤال قابل طرح است که آیا مسئولیت قراردادی که موضوع آن «تعهد به

۱. بنابراین در عقودی که ید متصرف، امانی است و تعهد متعهد، رد مال امانی به مالک آن است، خطر تلف عین و خسارات وارده بر آن بر مالک مال است و متعهد، مال را در هر وضعیتی تسلیم کند، بری الذمه است مشروط به اینکه مرتکب تقصیر نشده باشد؛ اما اگر امان مرتکب تعدی و تفریط نشده و با وجود این، مالک با توجه به جواز عقد یا انقضا مدت عقد، محق به استرداد باشد و مالک از متعهد، استرداد عین را مطالبه کند، ولی متعهد، با این که رد مال ممکن است، از رد مال امتناع کند، خطر تلف آن از مالک به متعهد منتقل می‌شود و منظور از انتقال خطر به عنوان اثر مطالبه همین است. (ماده ۲۷۸ ق.م) وضعیت فوق در حقوق فرانسه با توجه به ماده ۱۲۴۵ ق.م.ف (ماده ۵-۱۳۴۲ اصلاحات ۲۰۱۶) (Bénabent, 2007: 268) و در حقوق مصر با لحاظ بند ۱ ماده ۲۰۷ ق.م. مص نیز جاری است. متنها در حقوق فرانسه با توجه به ماده ۱۳۰۲ ق.م.ف (ماده ۱۳۵۱ و ۱-۱۳۵۱ اصلاحات ۲۰۱۶) و در حقوق مصر با توجه به بند ۲ ماده ۲۰۷ ق.م. مصر در یک مورد مطالبه دارای اثر انتقال خطر نیست و آن در فرضی است که متعهد ثابت کند حتی اگر مال را به مالک رد می‌کرد در ید وی تلف می‌شد. به عبارتی، در این مورد هر چند مطالبه به عمل آمده و متعهد در حالت تأخیر و استتکاف قرار گرفته است، با وجود این، ضامن تلف مال نیست مگر اینکه متعهد قبول کرده باشد که مسئول خسارت ناشی از فورس مازور نیز باشد که در این صورت مسئولیت دارد (سنهوری، ج ۲، ۱۹۹۸: ۷۸۳). تحلیلی که در فوق ارائه شد در مواردی است که ید متصرف از ابتدا امانی بوده و سپس با مطالبه و امتناع از رد با امکان رد، ید وی تبدیل به ضمانی شده و همین مطالبه هم هست که ید وی را در صورت امکان رد، ضمانی و خطر تلف را به متصرف منتقل می‌کند؛ بنابراین در مواردی که ید از ابتدا ضمانی است، بدون اینکه نیازی به مطالبه باشد، متصرف ضامن است. به همین جهت بند ۳ ماده ۲۰۷ ق.م. مص مقرر داشته که مسئولیت سرقت شی در هر حال با سارق است. یعنی خواه مطالبه صورت گرفته و خواه مطالبه‌ای به عمل نیامده باشد (سنهوری، ج ۲، ۱۹۹۸: ۷۸۸). به همین دلیل به نظر می‌رسد ماده ۲۷۸ ق.م. ایران با این اشکال رو به رو است که با بیان این که: «اگر موضوع تعهد عین معینی باشد تسلیم آن به صاحبش در وضعیتی که حین تسلیم داردموجب براءت متعهد می‌شود اگر چه کسر و نقصان داشته باشد...» فرض را بر این گذاشته که هر موقع تعهد متعهد رد عین معین متعلق به مالک آن است ید وی امانی است و مال را در هر صورت که رد کند بری است. در حالی که این فرض وقتی صحیح است که ید از ابتدا امانی باشد. زیرا موضوع تعهد غاصب و سارق نیز رد عین معین به مالک است اما این ید ضمانی بوده و اگر نقصان یا عیبی در مال حادث شود بر عهده غاصب یا سارق است. به همین دلیل ماده ۲۷۸ باید به این صورت تصحیح شود که «اگر موضوع تعهد عین معینی باشد و ید از ابتدا امانی بوده باشد تسلیم آن به صاحبش در وضعیتی که حین تسلیم داردموجب براءت متعهد می‌شود اگر چه کسر و نقصان داشته باشد...»

جبران خسارات ناشی از نقض تعهدات» است، با ضمان معاوضی که موضوع آن «رد ثمن المسمی در صورت تلف مبیع» است، قابل جمع است؟ یعنی آیا مشتری می‌تواند از باب تلف مبیع و با استناد به ضمان معاوضی، ثمن المسمی را مطالبه کند و به استناد نقض یکی از تعهدات قرارداد، از باب مسئولیت قراردادی خسارت بخواهد؟ به همین ترتیب آیا مسئولیت قراردادی که موضوع آن جبران خسارات ناشی از نقض تعهد است با ضمان ناشی از ید ضمانی که به استناد ماده ۳۰۷ ق.م. یکی از اقسام ضمان قهری است و موضوع آن رد مال و یا رد مثل و قیمت در صورت تلف است، قابل جمع است و به تعبیری آیا متعده می‌تواند به استناد مسئولیت قراردادی خسارت خویش را خواسته و به استناد ید ضمانی مثل یا قیمت مال را بخواهد؟ در این قسمت، ابتدا امکان جمع مسئولیت قراردادی و ید ضمانی و در قسمت‌های بعد امکان جمع این مسئولیت با ضمان معاوضی را مطرح می‌کنیم؛ بنابراین، در مورد امکان جمع مسئولیت قراردادی و ید ضمانی باید گفت که در مواردی طبق قرارداد، متصرف متعهد است که مالی را به مالک آن بازگرداند و اگر انجام تعهد مدت معینی داشته باشد، با انقضا اجل، متعهد مسئول پرداخت خسارت ناشی از نقض عهد بوده و مسئولیت مدنی قراردادی خواهد داشت. در این مورد به محض انقضا اجل، متعهد مسئول است و طبق ماده ۲۲۶ ق.م. نیازی به مطالبه نیست. اگر هم‌زمان تسلیم مال به دست متعهد له باشد و متعهد له مال خود را مطالبه کند، از تاریخ مطالبه، متعهد، در حالت تأخیر و استنکاف قرار می‌گیرد و ملزم به جبران خسارت ناشی از تأخیر در انجام تعهد است. این مسئولیت ناشی از عهدشکنی و مسئولیت مدنی قراردادی است و ارتباطی با ید ضمانی و امانی ندارد. در نتیجه تعهد مسئول نیز محدود به جبران خسارات وارد شده است و نه در حدود ارزش مال موضوع تعهد.^۱ اما اگر مالک، رد مال خود را مطالبه کند و امین با امکان رد

۱. به‌عنوان مثال، شخصی اتومبیل چهارصد میلیون ریالی خود را برای شش ماه از اول فروردین تا اول مهرماه به دیگری اجاره داده و مستأجر تعهد کرده که ساعت ۱۰ روز چهارشنبه اول مهرماه، مال را در اصفهان تحویل دهد. در این فرض، با انقضا شش ماه عقد برطرف می‌شود (ماده ۴۹۴ ق.م). اما تعهد مستأجر به حضور در سر قرار رأس ساعت ۱۰ و تحویل مال هنوز بر دمه مستأجر باقی است. اگر مستأجر روز چهارشنبه ساعت ۱۰ به اصفهان نرسد و با تأخیر چندساعته وارد اصفهان شود، در این فرض با رسیدن موعد مزبور یعنی ساعت ۱۰ روز چهارشنبه اول مهرماه اگر مستأجر در تحویل مال به موجد تأخیر کرده و

مال از رد آن امتناع کند، ید امانی مستأجر مبدل به ید ضمانی می‌شود و با توجه به ید غاصبانه‌ای که در این موارد به وجود می‌آید، ضمان او گسترده است و از مسئولیت قراردادی مزبور فراتر می‌رود و شامل تلف و نقص ناگهانی خود مال و به عبارتی ارزش مال و منافع آن می‌شود. هرچند این تلف و نقص مربوط به نقض عهد وی نباشد (کاتوزیان، ج ۴، ۱۳۶۸: ۱۵۶؛ جبعی العاملی، ج ۳، ۱۴۱۴: ۱۵۴؛ حلی، ج ۲، ۱۳۷۳: ۱۳۲). به دیگر سخن، با توجه به ید ضمانی، وی مسئول تلف و نقص بوده و علت خارجی نیز سودی ندارد^۱ (نووی، ج ۱۵، ۱۴۱۵: ۳۱ و ۳۳ و غزالی، ج ۱، ۱۴۱۸: ۴۶۵؛ زحیلی، ۱۳۹۵: ۵۵) (مستنبط از ماده ۲۷۸ ق.م. مقتبس از ماده ۱۲۴۵ ق.م.ف که در اصلاحات ۲۰۱۶ با اندک تغییر تبدیل به ماده ۵-۱۳۴۲ شده است).

موجر متحمل خسارت شود، مستأجر مسئول پرداخت خسارت است؛ اما ید مستأجر مبدل به ید ضمانی نشده، زیرا انقضا زمان، ید امانی را ضمانی نمی‌کند. بلکه از دو طریق ید ضمانی می‌شود: طریق اول، تعدی و تفریط در عین مال که در مثال مزبور مستأجر مرتکب تعدی و تفریط نسبت به مال نشده، هرچند مرتکب تقصیر در انجام تعهدات خود شده. طریق دوم، با انقضا اجل (شرط اول) و «مطالبه» (شرط دوم) در صورتی که رد مال ممکن باشد (شرط سوم) و مستأجر مال را به موجر رد نکند (شرط چهارم)، ید وی ضمانی می‌شود که در طریق دوم جمع چهار شرط لازم است. در اینجا مدت تعیین شده شش ماهه به عقد مربوط است که با انقضا آن ید امانی مبدل به ضمانی نمی‌شود مگر این که مطالبه صورت گرفته باشد و با امکان رد، متعهد مال را به متعهد له رد نکند و از طرفی مشمول ماده ۲۲۶ ق.م. نمی‌شود؛ زیرا مدت شش ماهه به عقد مربوط است نه تعهدات؛ اما در مورد تأخیر از ساعت ۱۰ با توجه به این که زمان معین شده و این زمان مربوط به انجام تعهد است، مشمول ماده ۲۲۶ ق.م. شده و با انقضا آن نقض عهد و به عبارتی تقصیر متعهد یعنی مستأجر ثابت می‌شود و در نتیجه مستأجر به استناد ماده ۲۲۶ ق.م. ضامن جبران خسارت ناشی از تأخیر است مگر ثابت کند که تأخیر در تحویل منسوب به علتی خارجی است؛ زیرا این انقضا اجل، فقط عهدشکنی را ثابت می‌کند و این عهدشکنی، فقط سبب تحقق مسئولیت قراردادی ناشی از تأخیر می‌شود، اما سبب تبدیل ید امانی به ید ضمانی نیست؛ زیرا برای تبدیل ید امانی به ید ضمانی باید مطالبه‌ای نیز صورت می‌گرفت که در فرض مسئله صورت نگرفته و اگر هم گفته شود درج شرط ضمن عقد برای تحویل نوعی مطالبه است می‌توان گفت که چهار شرط باید جمع می‌شد و با انقضا اجل، (شرط اول) نه تنها مالک باید مطالبه می‌کرد، (شرط دوم) بلکه باید امکان رد هم وجود می‌داشت (شرط سوم) و متعهد از رد مال امتناع می‌کرد (شرط چهارم) و یا باید نسبت به عین تعدی و تفریط یا تقصیری رخ می‌داد که در فرض مسئله نسبت به عین نیز تقصیری رخ نداده و اگر هم تقصیری وجود دارد، مربوط به نقض تعهدات قراردادی بوده و نه نسبت به عین.

۱. در مواردی نیز چند خسارت قابل جمع است، مانند فرضی که مستأجری قرار بوده مال را در روز اول مهر ساعت ۱۰ تحویل دهد و از انجام تعهد طفره رفته و در عین حال موجر تسلیم مال را مطالبه کرده، ولی با وجود امکان رد، مستأجر از رد مال امتناع کرده و از سویی موجر برای دریافت مال مزبور چند روزی از کار خود بیکار مانده و دو روز بعد از مطالبه نیز مال تلف شود که در این فرض مستأجر نه تنها از بابت ید ضمانی باید مثل یا قیمت مال را به موجر بدهد (مواد ۲۷۸ و ۶۳۱ ق.م.)، بلکه باید خسارت قراردادی وی را نیز از باب مسئولیت قراردادی ناشی از تأخیر پرداخت کند (ماده ۲۲۶ ق.م.).

۲-۵. انتقال خطر از متعهد به متعهد له

آنچه مطرح شد، مربوط به مطالبه مالک یعنی متعهد له از متعهد بود؛ اما متعهد نیز می‌تواند در مواردی با مطالبه از متعهد له و قرار دادن وی در حالت استتکاف، خطر تلف یا عیب را به متعهد له منتقل کند (سنه‌وری، ج ۱۹۹۸، ۲: ۸۳۰). به‌عنوان مثال، اگر بایعی در روز اول اردیبهشت‌ماه یک‌تن گندم کلی ما فی الذمه به خریداری به مبلغ یک میلیون ریال بفروشد و قرار بر این باشد تا مبیع را در تاریخ دهم اردیبهشت‌ماه تحویل دهد، با توجه به این‌که مال کلی است در صورتی که تلف شود، از دارایی فروشنده است. در این موارد، خریدار به‌عنوان متعهد له اگر از قبول آن امتناع کند، فروشنده به‌عنوان متعهد می‌تواند از خریدار یعنی متعهد له مطالبه کند تا کالا را تحویل بگیرد. در صورت امتناع متعهد له از قبض مال، متعهد آن را به حاکم می‌دهد و دیگر ضمانی بر عهده ندارد؛ بنابراین زمانی خطرات از متعهد به متعهد له انتقال می‌یابد که متعهد موضوع تعهد را به حاکم تسلیم کند (شهیدی، ۱۳۷۰: ۱۴) (ماده ۲۷۳ ق.م. به تبع از ماده ۱۲۵۷ ق.م.ف ۱۸۰۴ که در اصلاحات ۲۰۱۶ با اندک تغییری در مواد ۱۳۴۵ و ۱-۱۳۴۵ انعکاس یافته است). البته نباید این نکته فراموش شود که متعهد له درعین حال متعهد به قبول وفای به عهد است. به عبارتی، قبض درعین حال که حق است، تعهد نیز به شمار می‌رود و هرکسی مسئول قبض است، متعهد است تا مال را دریافت کند و بنابراین این مبحث در حقیقت همان بحثی است که قبلاً بیان شده است. این امر در حقوق فرانسه از ماده ۱۳۴۵ ق.م. اصلاحی ۲۰۱۶ برمی‌آید. در صدر ماده عبارت «مطالبه از متعهد له»^۱ وجود دارد و ماده مزبور مقرر می‌دارد: «زمانی که در موقع سررسید بدون عذر موجهی متعهد له از قبول وفای به عهد امتناع کرده یا با فعل خود مانع از وفای به عهد شود متعهد می‌تواند با اخطار به‌ای از وی قبول وفای به عهد را مطالبه کند. مطالبه متعهد از متعهد له جریان تعلق خساراتی را که بر عهده متعهد قرار می‌گیرد، قطع می‌کند و خطرات را بر عهده متعهد له قرار می‌دهد اگر قبلاً چنین نبوده باشد مگر در صورت

1. La mise en demeure du créancier

تقصیر سنگین یا تقلب متعهد. این مطالبه قاطع مرور زمان نیست.»

۲-۶. تبدیل ضمان معاوضی به ضمان قهری در تلف موضوع تعهد

در قسمت‌های بعد اثر مطالبه در دو نوع عقد عهدی و تملیکی مورد مطالعه قرار خواهد گرفت.

۲-۶-۱. اثر مطالبه در عقود عهدی

برای درک بهتر ضمان معاوضی در عقد تملیکی مانند بیع لازم است تا ابتدا اثر مطالبه در عقود عهدی را بررسی کنیم. عقد در صورتی که عهدی باشد، چند حالت می‌توان تصور کرد.^۱ حالت اول این‌که عقد عهدی غیر ناقله باشد که خود به چند

۱. ممکن است تصور شود که در اینجا ید ضمانی با ضمان معاوضی خلط شده است؛ زیرا ضمان معاوضی در عقد بیع و به تعبیر برخی در عقود معوض جاری است و در ودیعه نمی‌توان مطرح کرد و از سوی دیگر بحث ید امانی و ضمانی ربطی به بیع نداشته و در عقود عهدی مانند ودیعه است. با وجود این، در این نوشته: اولاً تلف مبیع، از منظر تعدد وفای به عهد و به نوعی زوال قدرت بر وفای به عهد تعبیر شده و از این رو در عقود عهدی نیز زوال قدرت بر وفای به عهد قابل تصور است؛ زیرا گر چه طبق بند ۱ ماده ۳۶۲ بیع تملیکی و سبب انتقال مالکیت مبیع به خریدار می‌شود اما همین عقد بیع طبق بند ۳ ماده ۳۶۲ نوعی عقد موجد تعهد به حساب آمده و با بیع متعهد به تسلیم مبیع است و مانند یک عقد عهدی می‌تواند بر ذمه متعهد تعهدی ایجاد کند که می‌تواند مانند هر عهد دیگری متعذر شود و مانند هر تعهد دیگری می‌تواند مورد مطالبه قرار گیرد. ثانیاً از سوی دیگر، تلف مبیع یکی از موارد متعذر شدن وفای به عهد مانند هر عقد عهدی دیگر است. ثالثاً، وجود ضمان معاوضی در بیع قبل از تسلیم نشانه ید امانی با بیع است نه ید ضمانی؛ زیرا اگر ید با بیع ضمانی بود پس از تلف باید مثل یا قیمت مبیع را به مشتری می‌داد در حالی که ضمان وی فقط رد ثمن المسمی است آن هم اگر گرفته باشد و الا اگر مشتری ثمن را نپرداخته باشد، با بیع ضامن رد ثمنی به مشتری نیست. حال اگر مشتری تسلیم مال را مطالبه کند طبق مواد ۲۷۸ و ۶۳۱ ق.م.ید با بیع از امانی تبدیل به ید ضمانی شده و در صورت تلف، ضمان با بیع محدود به رد ثمن المسمی نیست و با بیع باید مثل یا قیمت آن را بدهد و در نتیجه ضمان معاوضی که قبل از مطالبه وجود داشت می‌تواند با مطالبه به ضمان قهری تبدیل شود. به عنوان مثال، اگر با بیع کتابی را که پانزده هزار ریال می‌ارزد با علم و اطلاع از قیمت بازار به مشتری به مبلغ ده هزار ریال بفروشد و قبل از تسلیم تلف شود اگر با بیع ثمن را گرفته باشد باید همان ثمن المسمی یعنی ده هزار ریال را به مشتری مسترد دارد، اما اگر مشتری تسلیم آن را مطالبه کند و با اینکه با بیع می‌تواند کتاب را تسلیم کند از آن امتناع ورزد و کتاب تلف شود مستفاد از ماده ۲۷۸ و ۶۳۱ ق.م.ید این است که با بیع باید مثل یا قیمت را بدهد نه ثمن را و بنابراین ممکن است در زمان تلف مثل کتاب بیشتر یا کمتر از ثمن المسمی ارزش داشته باشد و با بیع باید همین قیمت را بدهد نه ثمن المسمی را. اگر این گونه تفسیر شود، ماده ۲۷۸ یا ۶۳۱ ق.م.د در مورد هر امانتی که منشأ قراردادی داشته باشد قابل اعمال است، زیرا در عقد ودیعه ید مستودع قبل از مطالبه امانی و پس از مطالبه تبدیل به ید ضمانی می‌شود و در بیع نیز ید با بیع قبل از مطالبه امانی و پس از مطالبه ضمانی

صورت قابل تصور است. صورت اول عقد عهدی غیر ناقله، این است که موضوع تعهد متعهد، رد عین به مالک آن باشد: مانند عقد ودیعه که عقد عهدی غیر ناقله است و امین متعهد به رد مال مورد ودیعه به مالک آن است که اثر مطالبه این است که زمان انجام تعهد را مشخص می‌کند و نه تنها مبدأ شروع خسارت تأخیر در انجام تعهد قرار می‌گیرد، بلکه ید امانی متصرف را در صورت عدم رد، با امکان رد، به ید ضمانی تبدیل می‌کند (سنهوری، ج ۲، ۱۹۹۸: ۷۸۷؛ حلی، (الف) ج ۱، بی تا: ۱۹۰) (ماده ۲۷۸ ق.م و ماده ۶۳۱ ق.م.). صورت دوم عقد عهدی غیر ناقله، این است که انجام کاری بر عهده متعهد قرار گرفته باشد مانند قراردادی که بین دو نفر منعقد می‌شود که یکی از ایشان تعهد می‌کند خانه‌ای را در برابر دستمزد معینی که دیگری متعهد به پرداخت آن می‌شود، برای او بنا کند که در صورتی که اختیار موقع انجام تعهد با متعهد له بوده باشد، با مطالبه توسط متعهد له، متعهد در وضعیت تأخیر و استتکاف از اجرای تعهد قرار می‌گیرد و مسئولیت قراردادی ناشی از تأخیر در انجام تعهد پیدا می‌کند. اما اگر زمان انجام تعهد مشخص باشد طبق ماده ۲۲۶ ق.م نیازی به مطالبه نیست و به صرف انقضا زمان متعهد در حالت تأخیر قرار می‌گیرد.

حالت دوم فرضی است که عقد عهدی ناقله بوده و موضوع آن تسلیم مال کلی باشد که قبلاً با بایع تعهد کرده تا مصداقی از آن را به مشتری بدهد مانند تعهد بایع به تسلیم یک تن گندم در عقد بیع کلی که اگر زمان انجام تعهد مشخص باشد، با انقضا اجل، متعهد در حالت تأخیر قرار گرفته و طبق ماده ۲۲۶ ق.م بدون نیاز به مطالبه، متعهد مسئول جبران خسارت قرار می‌گیرد. اما اگر زمان انجام تعهد به دست متعهد له باشد، مطالبه لازم بوده و با مطالبه متعهد له، متعهد در حالت تأخیر قرار گرفته و مسئولیت مدنی قراردادی ناشی از تأخیر خواهد داشت. در این حالت نیز مانند حالت

می‌شود و خواه بیع و خواه ودیعه از نظر ید امانی و اثر مطالبه در تبدیل ید امانی به ید ضمانی دارای اشتراک احکام خواهد شد. به همین دلیل، ماده ۲۷۸ که تا حدودی مشابه ماده ۶۳۱ است در قسمت وفای به عهد یعنی همه عهدهاست خواه تعهد ناشی از ودیعه باشد یا تعهد ناشی از بیع. به همین دلیل، در این نوشته از منظر حقوق تعهدات به مسئله نگاه شده نه صرفاً از منظر معاوضه بین مبیع و ثمن.

دوم، مالی از اموال متعهد له در اختیار متعهد نیست و به همین دلیل بحث اثر مطالبه در تبدیل ید امانی به ضمانی مطرح نخواهد شد.

۲-۶-۲. اثر مطالبه در عقود تملیکی

تا اینجا، اثر مطالبه در عقود عهدی مورد بحث قرار گرفت و اکنون نوبت به طرح آن در عقود تملیکی و به‌ویژه اثر آن بر ضمان معاوضی است. در عقود تملیکی مانند بیع عین معین، اثر اصلی عقد، انتقال مالکیت از بایع به منتقل الیه یعنی مشتری است (Malaurie, Aynes, 1998: 183) و تعهد به تسلیم مبیع در این عقود، تعهدی فرعی و تبعی است. طبق ماده ۳۸۷ ق.م. در صورت تلف مبیع قبل از قبض، بیع منفسخ شده و بایع باید ثمن را به مشتری مسترد کند. یعنی ضمان معاوضی یا خطر تلف مبیع قبل از تسلیم بر دوش بایع است (انصاری، ۱۳۷۵: ۳۱۳؛ حلی، (ب) بی تا: ۵۸۹). بنابراین ماده ۳۸۷ ق.م. موافق با مقتضای اصل همبستگی بین عوضین است (سنه‌وری، ج ۴، ۱۹۹۸: ۶۱۲) هرچند چنین حکمی مخالف قاعده تملیکی بودن عقد بیع است که طبق این قاعده، تلف هر مال باید بر عهده مالک باشد. در خصوص اثر مطالبه صرف‌نظر از این که حکم تلف مبیع قبل از قبض موافق قاعده و قابل تسری به سایر عقود یا مخالف قاعده و مختص عقد بیع باشد، به نظر می‌رسد اثر مطالبه در عقود تملیکی خواه بیع و خواه دیگر عقود این است که از تحقق «ضمان معاوضی» جلوگیری و زمینه را برای «ضمان قهری» یا «مسئولیت مدنی» فراهم کرده و این ضمان قهری یا مسئولیت را بر عهده بایع، بار می‌کند. تفاوت آثار ضمان معاوضی و قهری، به‌عنوان مثال در بیع این است که در صورتی که بایع ضمان معاوضی داشته باشد، با تلف مبیع قبل از تسلیم، عقد بیع منفسخ شده و ضمان معاوضی بایع به این معنا است که از گرفتن «ثمن» محروم می‌شود و در صورتی که قبلاً ثمن را از مشتری گرفته باشد، ملزم به استرداد آن به مشتری است (ماده ۳۸۷ ق.م.). اما در صورتی که بایع ضمان قهری داشته باشد، عقد منفسخ نشده و ثمن باید به بایع داده شود و در مقابل در صورت تلف مبیع در صورت

ضمانی بودن ید بایع، وی ملزم به دادن «مثل یا قیمت» مال تلف شده خواهد بود^۱ (انصاری، ۱۳۷۵: ۳۱۳).

اکنون می‌توان اثر مطالبه را در این مورد چنین بیان کرد که ید بایع پس از بیع و قبل از تسلیم، ید امانی است، زیرا اگر ید وی ضمانی می‌بود، بایع باید ضمان قهری یا بدلی می‌داشت و در صورتی که مال تلف می‌شد باید «بدل اعم از مثل یا قیمت» را به مشتری می‌داد. درحالی‌که طبق ماده ۳۸۷ ق.م در صورتی که مبیع بدون اهمال بایع تلف

۱. به‌عنوان مثال، اگر بایعی کتاب عین معین خود را به مبلغ صد هزار ریال در روز شنبه بفروشد و شرط شده باشد که آن را در روز چهارشنبه تحویل دهد و کتاب روز یکشنبه تلف شود، ضمان معاوضی بر دوش بایع است. به‌این‌ترتیب که وی از گرفتن ثمن یعنی صد هزار ریال محروم شده و اگر قبلاً گرفته باید به مشتری مسترد دارد؛ اما اگر بایع ضمان قهری یا بدلی داشته باشد، مانند فرضی که بایع خود مبیع را تلف کند، بیع منفسخ نشده و مشتری باید صد هزار ریال را به بایع داده و در عوض بایع نیز باید مال معین فروخته‌شده را به مشتری بدهد و با توجه به این‌که فعلاً مال تلف شده و با فرض این‌که بایع نیز ضمان قهری یا بدلی داشته باشد، باید بدل آن اعم از مثل یا قیمت را بدهد. هرچند قیمت آن کمتر یا بیشتر از ثمن باشد. به‌عنوان‌مثال، اگر قیمت کتاب در بازار صدویست هزار ریال شده باشد، وی باید مثل کتاب را به قیمت صدویست هزار ریال خریداری کرده و به مشتری بدهد. ممکن است گفته شود که ماده ۳۸۷ از رجوع بحث می‌کند و با مطالبه تفاوت دارد. مطالبه از متعهد صورت می‌گیرد اما رجوع مذکور در ماده ۳۸۷ اولاً ماهیثاً مطالبه نیست و ثانیاً به حاکم صورت می‌پذیرد. وانگهی تحقق حکم ماده ۳۸۷ نیاز به مطالبه ندارد زیرا فرض بر این است که زمان تعهدات طرفین مشخص شده است و قاعده کلی مقرر در ماده ۲۲۶ قانون مدنی ایران این است که در صورت تعیین موعده نیازی به مطالبه نیست. در پاسخ باید گفت که این استدلال قوی است که مطالبه از رجوع متمایز است؛ اما زمانی بایع می‌تواند به حاکم رجوع کند که ابتدا قبض مبیع را از مشتری مطالبه کرده و وی را در حالت استنکاف قرار دهد. ماده ۲۷۳ که متخذ از ماده ۱۲۵۷ قانون مدنی مصوب ۱۸۰۴ فرانسه است مقرر می‌دارد: «اگر صاحب حق از قبول آن امتناع کند متعهد به‌وسیله تصرف دادن آن به حاکم یا قائم‌مقام او بر می‌شود و از تاریخ این اقدام مسئول خسارتی که ممکن است به موضوع حق وارد آید نخواهد بود» ذیل ماده ۳۸۷ مصدافی از ماده ۲۷۳ است که در قسمت سقوط تعهدات مطرح شده است. بنابراین، مطالبه متعهد از متعهد له مقدمه رجوع وی به حاکم است. از سوی دیگر، گرچه تحقق حکم ماده ۳۸۷ نیاز به مطالبه ندارد و بدون مطالبه هم ضمان معاوضی رخ می‌دهد؛ اما بدون شک مطالبه از تحقق حکم جلوگیری کرده و یا آن را تغییر می‌دهد، زیرا اگر مشتری از بایع تسلیم مبیع را مطالبه کند و بایع با تمکن بر تسلیم امتناع ورزد ضمان معاوضی به‌حکم ماده ۲۷۸ و ۶۳۱ تبدیل به ضمان قهری یا بدلی می‌شود. در این صورت در فرض تلف، بایع باید مثل یا قیمت مبیع را بدهد نه ثمن آن را و اگر طبق قسمت اخیر ماده ۳۸۷ که در راستای ماده ۲۷۳ است، بایع قبض را از مشتری مطالبه کرده و وی امتناع کند و بایع مال را تسلیم حاکم کند ضمان معاوضی از دوش بایع برداشته شده و خطر تلف مال بر عهده مشتری قرار خواهد گرفت؛ بنابراین موضوع ماده ۳۸۷ بی‌ارتباط با مطالبه نیست. از سوی دیگر، نمی‌توان گفت که فرض بر این است که زمان تعهدات طرفین مشخص شده است، زیرا ماده ۳۸۷ اطلاق داشته و صرف‌نظر از این‌که زمان معین باشد یا نه حکم ماده می‌تواند محقق شود. به‌عنوان‌مثال اگر بایع روز شنبه قرارداد را منعقد کند و قرار باشد تسلیم مبیع دوشنبه باشد و در روز یکشنبه تلف رخ دهد حکم ماده جاری است و اگر هم‌زمان تسلیم به دست متعهد له باشد و مبیع قبل از مطالبه متعهد له تلف شود باز هم حکم ماده ۳۸۷ جای خواهد بود.

شود، بایع فقط «ضمان معاوضی» دارد و فقط باید «ثمن» را به مشتری مسترد دارد نه «مثل یا قیمت» مال را. به همین دلیل وجود ضمان معاوضی بر عهده بایع، دلیل امانی بودن ید بایع پس از بیع و قبل از تسلیم است. در این فرض با مطالبه مشتری از بایع برای تسلیم و تأخیر بایع در تسلیم مبیع به مشتری، بایع در وضعیت تأخیر قرار می‌گیرد و ید او ضمانتی شده و مسئول هر تلف یا نقصانی خواهد بود، گرچه مستند به فعل بایع نباشد (مستفاد از مواد ۲۷۸ و ۶۳۱ ق.م.). (کاتوزیان، ج ۱۳۶۸، ۴: ۱۵۶)، زیرا ید بایع پس از بیع و قبل از تسلیم، امانی بوده ولی پس از مطالبه و امتناع وی از تسلیم با امکان تسلیم، ید او در حکم ید غاصبانه است و در صورت تلف، ملزم به رد مثل یا قیمت است و این یعنی تبدیل ضمان معاوضی به ضمان قهری (کاتوزیان، ج ۱۳۷۱، ۱: ۱۹۴). به‌عنوان مثال، در قرارداد بیعی که بایع در روز شنبه کتاب عین معین خود را به مشتری به مبلغ صد هزار ریال می‌فروشد، اگر شرط شده باشد که هر موقع مشتری خواست کتاب تحویل وی شود و مال در روز یکشنبه تلف شود، عقد منفسخ شده و بایع ضمان معاوضی داشته و فقط باید ثمنی را که گرفته به مشتری مسترد دارد یعنی در مثال صد هزار ریال را. ولی اگر مشتری در روز دوشنبه مال را مطالبه کند و با امکان رد، بایع از تحویل مبیع خودداری کند، ید بایع ضمانتی شده و در این صورت اگر در روز سه‌شنبه مال بر اثر سیل یا زلزله تلف شود، بیع منفسخ نشده و مشتری باید ثمن را به بایع داده و بایع ضمان قهری یا بدلی داشته و باید مثل یا قیمت را بپردازد و به عبارتی ضمان معاوضی وی تبدیل به ضمان قهری یا بدلی خواهد شد؛ یعنی اگر در بازار قیمت به صدویست هزار ریال رسیده باشد، باید مبلغ صدویست هزار ریال را بپردازد. در فرانسه نیز در مورد انتقال عین معین، مطالبه ریسک را منتقل می‌کند (Carbillac, 2008: 127). متتها در حقوق فرانسه بعد از بیع، مالکیت به مشتری منتقل شده و ریسک تلف نیز بر عهده مشتری است (Malaurie, Aynes, 1998: 183). مگر اینکه تسلیم مبیع را از بایع مطالبه کند که در این صورت ریسک تلف به بایع منتقل می‌شود (Bénabent, 2007: 268 et Terré, Simler, Lequette, 2005: 1038).

۲-۶-۳. امکان جمع مسئولیت مدنی قراردادی و ضمان معاوضی

قبلاً گفته شد که استناد به ضمان قهری و مطالبه مثل یا قیمت، منافاتی با مسئولیت مدنی قراردادی مربوط به خسارات ناشی از تأخیر در انجام تعهد ندارد؛ اما در اینجا مسئله در مورد جمع ضمان معاوضی و مسئولیت مدنی قراردادی است. به عنوان مثال در عقد بیع، بعد از بیع و 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 از باب مسئولیت قراردادی مسئول خسارات ناشی از تأخیر 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. در این فرض در صورت تلف مال، بایع ملزم به رد «ثمن» (از باب ضمان معاوضی) و پرداخت خسارت ناشی از تأخیر در انجام تعهد (از باب مسئولیت مدنی قراردادی) خواهد بود. به عنوان مثال، اگر بایعی کتابی را به صد هزار ریال بفروشد به شرطی که تا چهارشنبه تحویل داده شود، اما بایع تأخیر کند و سر موعد تحویل ندهد و مال در روز پنجشنبه تلف شود، بایع باید همان صد هزار ریال را به عنوان «ثمن» و به عنوان ضمان معاوضی به مشتری بدهد و اگر از بابت تأخیر نیز خسارتی وارد شده باشد، باید خسارات را از باب مسئولیت مدنی قراردادی به وی بپردازد.^۱

۱. اما اگر تسلیم مبیع موعد معینی نداشته و مشتری انجام تعهد بایع به تسلیم مبیع را مطالبه کرده و بایع با امکان رد، تأخیر در وفای به عهد کند، وی مسئول خسارات ناشی از تأخیر بوده و با توجه به مطالبه مشتری و تبدیل ضمان معاوضی بایع به ضمان قهری، در صورت تلف مال، بایع ملزم به رد «مثل یا قیمت» خواهد بود. در این فرض، در صورت تلف مال، بایع ملزم به رد مثل یا قیمت (از باب ضمان قهری) و پرداخت خسارت ناشی از تأخیر در انجام تعهد (از باب مسئولیت مدنی قراردادی) است (کاتوزیان، ج ۱، ۱۳۷۱: ۱۸۰). در مثال فوق، اگر مشتری مال را مطالبه کرده باشد و با امکان رد، بایع مال را تحویل ندهد، ید امانی بایع مبدل به ید ضمانتی شده و در صورت تلف باید «مثل یا قیمت» بدهد نه «ثمن» و در نتیجه اگر قیمت آن در بازار صدویست هزار ریال شده باشد، بایع باید قیمت مزبور یعنی صدویست هزار ریال را به مشتری بدهد نه ثمن یعنی صد هزار ریال را. همچنین در صورتی که از این تأخیر خسارتی وارد شده باشد، بایع باید از باب مسئولیت مدنی قراردادی ناشی از تأخیر، خسارت مشتری را جبران کند؛ اما در صورتی که بایع از مشتری دریافت و قبض مبیع را مطالبه کند و او از دریافت و اخذ آن امتناع کند و بایع مال را به حاکم بسپارد، در این صورت خطر تلف مبیع از بایع به مشتری منتقل می‌شود (سنهوری، ج ۲، ۱۹۹۸: ۷۸۷). ماده ۳۸۷ ق.م. و ماده ۲۷۳ ق.م. و در حقوق فرانسه ماده ۱۲۵۷ ق.م.ف (۱۳۴۵ و ۱۳۴۵-۱ اصلاحات ۲۰۱۶). چنین مطالبه‌ای را سبب انتقال خطر از متعهد (در مثال فوق بایع متعهد به تسلیم مبیع است) به متعهد له (در

۲-۷. تعیین مبدأ محاسبه خسارت

یکی از آثار مطالبه، تعیین زمان محاسبه خسارات متعهد له است. در مواردی که زمان انجام تعهد معلوم باشد، مبدأ محاسبه خسارت از زمان انقضا مهلت مزبور خواهد بود؛ اما در مواردی که اختیار موقع انجام تعهد با متعهد له است، طبق ماده ۲۲۶ ق.م. خواهان بعد از مطالبه می‌تواند جبران خسارت را بخواهد. یکی از مصادیق اثر مطالبه در تعیین زمان محاسبه خسارت، در آیین دادرسی مدنی مطرح شده است. ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مقرر می‌دارد: «در دعاوی که موضوع آن دین و از نوع وجه رایج بوده و با مطالبه داین و تمکن مدیون، مدیون امتناع از پرداخت کرده، در صورت تغییر فاحش قیمت سالانه از زمان سررسید تا هنگام پرداخت و پس از مطالبه طلبکار، دادگاه با رعایت تناسب تغییر شاخص سالانه که توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تعیین می‌شود، محاسبه و مورد حکم قرار خواهد داد مگر این‌که طرفین به نحوه دیگری مصالحه کنند». در ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی، تحقق خسارت تأخیر تأدیه، منوط به این است که طلبکار مطالبات خود را از طریق ارسال اظهارنامه‌ای به مدیون مطالبه کند و اگر طلبکار در این خصوص دادخواستی به دادگاه ارائه کند در حکم مطالبه خواهد بود. تأثیر مطالبه است که خسارت تأخیر تأدیه از زمان مطالبه مدیون محاسبه شده و از این زمان تعلق می‌گیرد.

۲-۸. خنثی شدن فورس ماژور

با تحقق عهدشکنی از جانب متعهد و احراز رابطه سببیت بین خسارات و نقض عهد، متعهد ملزم به پرداخت خسارات ناشی از عمل خویش است، مگر اینکه نقض عهد را منسوب به حادثه‌ای خارجی کند (ماده ۲۲۷ ق.م. به تبع از ماده ۱۱۴۷ ق.م.ف ۱۸۰۴ و ماده ۲۲۹ قانون مزبور نیز به تبع از ماده ۱۱۴۸ ق.م.ف ۱۸۰۴ که در اصلاحات

مثال فوق مشتری متعهد له برای دریافت مبیع است) می‌داند. ماده ۴۳۷ ق.م. مصر نیز تصریح کرده که در صورتی که بائع از مشتری تسلیم و دریافت مبیع را مطالبه کرده باشد، خطر تلف به عهده مشتری منتقل می‌شود (سنه‌وری، ج. ۴، ۱۹۹۸: ۶۱۴).

۲۰۱۶ تبدیل به مواد ۱-۱۲۳۱ و ۱۳۵۱ شده است). به نظر می‌رسد اثر اثبات فورس ماژور در معافیت متعهد از جبران خسارات در موردی است که وی در حالت استتکاف از انجام تعهد و امتناع از وفای به عهد قرار نگرفته باشد؛ قبل از مطالبه متعهد له، با اثبات فورس ماژور ثابت می‌شود که عهدشکنی منسوب به مدیون نیست، بلکه منسوب به حادثه‌ای خارجی است و متعهد از مسئولیت رهایی می‌یابد؛ اما درجایی که مطالبه صورت گرفته باشد و سپس نقض عهد از سوی مدیون محرز شود، خسارت ناشی از عهدشکنی منسوب به مدیون است و مسئولیت متعهد محرز خواهد شد و اثبات حادثه خارجی در این موقع او را از جبران خسارت معاف نمی‌کند (Starck, 1972: 651). چنین اثری که از ماده ۱۳۰۲ ق.م.ف ۱۸۰۴ که در اصلاحات ۲۰۱۶ در مواد ۱۳۵۱ و ۱-۱۳۵۱ منعکس شده، مستفاد است، به نظر می‌رسد در حقوق ایران نیز همین نتیجه قابل پذیرش است و همان احکام موجود در حقوق فرانسه در حقوق ایران نیز قابل اعمال است، زیرا در صورتی که از متعهد وفای به عهد مطالبه شود و او با قرار گرفتن در وضعیت امتناع از عمل به تعهد سبب خسارت شود، این خسارت ناشی از حادثه خارجی که پس از آن رخ می‌دهد، نیست تا مدیون را معاف کند، بلکه منسوب به متعهد و عهدشکنی اوست. طبق ماده ۱-۱۳۵۱ «زمانی که عدم امکان اجرای قرارداد ناشی از تلف موضوع قرارداد باشد، متعهدی که مورد مطالبه قرار گرفته بری خواهد بود مشروط به اینکه بتواند ثابت کند که حتی اگر اقدام به انجام تعهدات قراردادی می‌کرد باز هم خسارت وارد می‌شد. به‌هرحال وی باید به متعهد له همه حقوق و دعاوی مربوط به موضوع را واگذار کند». این مقرر نشان می‌دهد که در صورتی که مطالبه صورت نگرفته باشد، متعهد مسئول نیست؛ اما زمانی که مطالبه انجام شده است متعهد ضامن است و در این صورت فورس ماژور مانعی برای پذیرش مسئولیت نیست.

۳. تخصیص قاعده به مسئولیت قراردادی و استثنائات قاعده

این سؤال همواره قابل طرح است که کاربرد مطالبه در کدام مسئولیت‌ها بیشتر است و آیا ممکن است استثنائاتی نیز داشته باشد یا خیر؟

۳-۱. کاربرد قاعده در مسئولیت مدنی قراردادی

مطالبه، تشریفات برای مسئولیت قراردادی بوده و در مسئولیت قهری کارایی ندارد.

۳-۱-۱. وحدت یا تعدد مسئولیت مدنی قراردادی و قهری

تدوین ماده ۱۱۴۶ ق.م.ف (ماده ۱۲۳۱ اصلاحات ۲۰۱۶) در مورد مطالبه در قسمت قراردادهای، سبب ایجاد این شبهه شده که آیا مطالبه مختص مسئولیت قراردادی است یا در مسئولیت قهری نیز ضروری است؟ (Le Tourneau, Cadiet, 1998:82) طرفداران نظریه یگانگی مسئولیت قراردادی و قهری معتقدند که مطالبه، بیشتر یک تشریفات شکلی است که آن هم نه در همه سیستم‌های حقوقی بلکه در بعضی از سیستم‌های حقوقی اشاره شده. مطالبه، هیچ‌گونه ارتباطی با ماهیت مسئولیت ندارد تا سبب تمیز دو مسئولیت قراردادی و قهری شود (نقیب، ۱۹۸۴: ۴۱). مطالبه، بیشتر به موضوع تعهد مربوط است تا مسئولیت (نقیب، ۱۹۸۴: ۴۱)؛ مطالبه به سلبی و ایجابی بودن تعهد مربوط می‌شود نه به ماهیت مسئولیت؛ در تعهد به عدم انجام فعل، مطالبه لازم نیست، خواه مسئولیت قراردادی باشد خواه قهری و با توجه به این امر که مسئولیت قهری همیشه ناشی از نقض یک تعهد منفی یعنی تعهد به عدم انجام فعل (مانند تعهد و تکلیف به عدم اضرار به غیر) است، مطالبه لازم نیست و با توجه به اینکه مسئولیت قراردادی بیشتر ناشی از نقض یک تعهد مثبت یعنی نقض تعهد انجام فعل مورد تعهد است، مطالبه لازم است؛ این نکته ربطی به ماهیت مسئولیت ندارد. به همین جهت، در تحقق مسئولیت قراردادی نیز اگر موضوع تعهد قراردادی، تعهد بر عدم انجام فعلی باشد، مطالبه ضرورت ندارد (سنه‌وری، ج ۱، ۱۹۹۸: ۸۵۱)؛ اما طرفداران نظریه دوگانگی مسئولیت قراردادی و قهری با توجه به طرح قاعده مطالبه در مسئولیت قراردادی و نقشی که قاعده در تحقق مسئولیت قراردادی دارد، آن را از موارد تفاوت دو مسئولیت مدنی قراردادی و قهری دانسته‌اند (سنه‌وری، ج ۱، ۱۹۹۸: ۸۴۸). حتی به نظر برخی گاهی، اعمال حق فسخ منوط به مطالبه است (Delebecque, Jérôme) (pansier, 2016:321)؛ بنابراین از نظر این عده، قاعده مطالبه بیشتر مربوط به عقود

مخصوصاً مسئولیت قراردادی است (عبدالله، ج ۳، ۲۰۰۸: ۳۳۳) نه قهری (Carbonnier, T4, 1998:303). به نظر می‌رسد مطالبه به ماهیت مسئولیت قراردادی مربوط نمی‌شود اما در هر رژیم حقوقی که مطالبه در مسئولیت قراردادی ضرورت دارد، می‌تواند به تفکیک مسئولیت قراردادی و قهری دامن‌زنند. در حقوق ایران به نظر می‌رسد تفاوت مسئولیت قراردادی و قهری غیرقابل انکار است که خود بحثی مفصل می‌طلبد. با وجود این وضعیت، درج مطالبه در بین مواد قانونی مربوط به مسئولیت قراردادی می‌تواند به تفاوت آن‌ها دامن زده و به نظر می‌رسد با لحاظ ماده ۲۲۶ ق.م که مطالبه را در مسئولیت قراردادی مطرح کرده می‌توان این نظر را در حقوق تقویت کرد که مطالبه یکی از ویژگی‌های مربوط به مسئولیت قراردادی است.

۳-۱-۱. کاربرد قاعده در مسئولیت قراردادی ناشی از تأخیر

به زعم حقوقدانان فرانسه مجری اعمال تأسیس حقوقی مطالبه، در مسئولیت مدنی قراردادی ناشی از تأخیر است که برای درک آن مقدمه‌ای لازم است. گاه اجرای تعهد دارای مهلت بوده و گاه برای اجرای تعهد هیچ اجلی نیست. اگر برای وفای به عهد، مهلت مشخصی در نظر گرفته نشده باشد عرف، اقتضای فوریت انجام تعهد را می‌کند (صفایی، ج ۲، ۱۳۵۱: ۲۳۰؛ و طباطبائی حایری، ج ۲، ۱۴۰۹: ۵۶)؛ اما اگر برای انجام تعهد، مهلتی مورد نظر باشد، اجل این‌گونه تعهدات دو قسم است: الف. تعهد دارای مهلتی معین است که شرط تقاضای جبران خسارات در این‌گونه تعهدات، انقضای زمان مزبور است و در حقوق ایران، طبق ماده ۲۲۶ نیاز به مطالبه نیست (سماواتی، ۱۳۶۸: ۱۸)؛ اما در فرانسه و مصر، متعهد له باید وفای به عهد را مطالبه کند. در حقوق ایران انقضای مهلت کافی است (جبعی‌العاملی، ج ۱، ۱۳۷۲: ۳۸۵) و انقضا مهلت در حکم مطالبه است (سنهوری، ج ۲، ۱۹۹۸: ۸۳۱). ب. گاه تعهد دارای مهلت معینی نیست اما در خود قرارداد به متعهد له اجازه داده شده که زمان انجام تعهد را تعیین کند. در این موارد بدون اثبات مطالبه، طرح دعوی مسئولیت قراردادی ممکن نیست. در حقوق فرانسه و مصر که مطالبه در هر حال ضروری است، متعهد حق دارد منتظر مطالبه بماند.

به طوری که تا زمانی که مورد مطالبه قرار نگرفته، فرض بر این است که در وفای به عهد تأخیری نکرده و متعهد له با اعطای یک مهلت اضافی به وی موافقت کرده و در اجرای فوری تعهد نفعی ندارد et (Planiol, Ripert, T7, 1931: 130) (Marty, Raynaud, Jestaz, T2, 1989: 245)؛ بنابراین در مواردی که اختیار موقع انجام تعهد با متعهدله است، مطالبه شرط ضروری برای تحقق مسئولیت قراردادی ناشی از تأخیر است (سنهوری، ج ۲، ۱۹۹۸: ۸۴۲). در حقوق ایران در ذیل ماده ۲۲۶ ق.م.تصریح شده که اگر تعیین زمان انجام تعهد به دست متعهد له باشد، جبران خسارات منوط به مطالبه است.

۳-۱-۲. کاربرد قاعده در مسئولیت قراردادی ناشی از عدم انجام تعهد

در مواردی که متعهد نقض عهد می‌کند، برحسب اینکه عین تعهد را انجام ندهد یا در انجام آن تأخیر کند، دو نوع مسئولیت قراردادی متصور است: یکی مسئولیت قراردادی ناشی از تأخیر^۱ و دیگری مسئولیت قراردادی ناشی از عدم انجام تعهد.^۲ در خصوص ضرورت مطالبه می‌توان به عنوان نظر اجماعی حقوقدانان گفت که مطالبه در مسئولیت قراردادی ناشی از تأخیر ضروری است؛ اما در خصوص مسئولیت قراردادی ناشی از عدم انجام تعهد، بین علمای حقوق اختلاف است. عده‌ای با توسل به اطلاق موادی مانند ماده ۲۱۸ ق.م. مصر و نیز ماده ۱۱۴۶ ق.م.ف (ماده ۱۲۳۱ اصلاحات ۲۰۱۶) مطالبه را در مسئولیت ناشی از عدم انجام تعهد نیز ضروری می‌دانند و عده‌ای دیگر مطالبه را در این نوع مسئولیت قراردادی ضروری نمی‌دانند. با این استدلال که در این موارد برای مطالبه اثری وجود ندارد (Le Tourneau, Cadiet, 1998: 82) به نظر می‌رسد در این موارد مطالبه شرط نیست.

1 . Dommages-interetes moratoires

2 . Dommages-interetes compensatoires

۳-۱-۳. عدم ضرورت مطالبه در مسئولیت قهری

طبق قاعده کلی حق درخواست جبران خسارات از زمان تحقق ضرر است، بدون اینکه نیازی به انجام تشریفات باشد و ماده ۱۱۴۶ ق.م.ف (ماده ۱۲۳۱ اصلاحات ۲۰۱۶) که مطالبه را لازم می‌داند، استثناء بر قاعده است (Mazeaud, T2, 1978:710) در حقوق ایران و فرانسه، در خصوص الزامات خارج از قرارداد به مطالبه اشاره‌ای نشده است. در حقوق مصر ماده ۲۲۰ ق.م. مصر تصریح دارد که در مسئولیت قهری مطالبه ضرورت ندارد. عده‌ای از طریق استناد به تعهد به نتیجه، چنین استدلال کرده‌اند که فعل زیان‌بار در مسئولیت قهری نقض عهدی است که شخص، متعهد به رعایت آن است و آن تعهد به عدم انجام کار یعنی تعهد به عدم اضرار به غیر است (سنه‌وری، ج ۲، ۱۹۹۸: ۷۹۷) که این تعهد نوعی تعهد به نتیجه است. وقتی فاعل فعل زیان‌بار، چنین عهدی را نقض کرده و سبب ضرر دیگران می‌شود، دیگر اجرای چنین تعهدی ممکن نیست و تعهد غیرقابل اجرا شده و مطالبه معنی نخواهد داشت. برخی از راه استناد به تعهد به وسیله توجیه کرده‌اند که افراد جامعه تعهد کرده‌اند تا احتیاط و مواظبت کنند که سبب اضرار به غیر نگردند. این تعهد، تعهد به وسیله بوده و به عبارتی تعهد به انجام کار یعنی رعایت مواظبت و احتیاط است (سنه‌وری، ج ۲، ۱۹۹۸: ۷۹۷) و نقض چنین تعهداتی غیرقابل تدارک است و به همین جهت به مطالبه نیازی نیست و توجیه اخیر به توجیه اول برمی‌گردد که طبق قاعده هر جا اجرای تعهد ممکن نباشد، نیازی به مطالبه نیست (سنه‌وری، ج ۲، ۱۹۹۸: ۸۳۸). عده‌ای نیز استدلال کرده‌اند که علت عدم نیاز به مطالبه در مسئولیت قهری این است که الزامی که بر اشخاص بار شده تا سبب اضرار همدیگر نشوند، «تعهد» به معنی دقیق آن نیست، بلکه «تکلیفی قانونی» است و در آن متعهد له خاصی متصور نیست تا از متعهد خویش وفای به عهد را مطالبه کند (سنه‌وری، ج ۲، ۱۹۹۸: ۸۳۸). در فرانسه، با توجه به این امر که مطالبه در قسمت قراردادهای تنظیم شده، حقوقدانان به این نتیجه رسیده‌اند که زیان‌دیده در تعهدات غیر قراردادی ملزم به مطالبه نیست (Mazeaud, T2, 1978:711 et Malaurie, Aynes, Stoffel-Munck, 2007:528 et Le Tourneau, Cadiet, 1998:82). به این ترتیب در

مسئولیت قهری، مطالبه ضرورت نداشته و درخواست جبران خسارات منوط به مطالبه نیست (ابن حمزه، ۱۴۰۸: ۲۷۶). در حقوق ایران نیز ماده ۲۲۶ ق.م.به تبع حقوق فرانسه در قسمت قواعد عمومی قراردادها مطرح شده و همان استدلال مطرح در حقوق فرانسه قابل طرح است. از طرفی نمی توان مصداقی را مطرح کرد که در آن مطالبه به مفهومی که در ماده ۲۲۶ طرح شده است، موردنیاز باشد. به همین دلیل در حقوق ایران نیز نیازی به مطالبه در مسئولیت مدنی قهری نیست.

۳-۲. استثنائات قاعده مطالبه

در مواردی در مسئولیت مدنی نیازی به مطالبه نیست و قرارداد یا قانون یا طبع تعهد اقتضا می کند که مطالبه ضروری نباشد.

۳-۲-۱. حذف مطالبه با توافق

مقررات مربوط به مطالبه، امری و مربوط به نظم عمومی نیست (Terré, Simler, Lequette, 2005: 1039) و توافق بر حذف آن اصولاً نباید اشکالی داشته باشد (عوجی، ج ۱، ۲۰۰۷: ۵۷۲). انصراف از مطالبه می تواند صریح یا ضمنی باشد که به این امر در شعبه سوم مدنی دیوان عالی کشور فرانسه به تاریخ ۷ مارس ۱۹۶۹ اشاره شده است (Delebecque, 2014: 24). بنابراین گاه توافق صریح، جایگزین مطالبه خواهد شد (Carbonnier, T4, 1998: 304). در حقوق فرانسه، ماده ۱۱۳۹ ق.م.ف ۱۸۰۴ به طرفین اجازه می داد تا به موجب قرارداد مقرر کنند که نیازی به مطالبه نیست و صرف انقضا مدت به منزله مطالبه اجرای تعهد است (ماده ۱۱۳۹ در اصلاحات ۲۰۱۶ در ماده ۱۳۴۴ انعکاس یافته). در حقوق مصر نیز طبق ماده ۲۱۹ ق.م. مصر با توافق می توان مطالبه را حذف کرد (سنهوری، ج ۲، ۱۹۹۸: ۸۲۷). با توافق ضمنی نیز می توان مطالبه را حذف کرد. به عنوان مثال، اگر کارفرمایی بر معمار شرط کند که احداث ساختمان باید در تاریخ معینی به پایان رسد، می توان در مواردی آن را شرط ضمنی برای حذف مطالبه تلقی کرد (سنهوری، ج ۲، ۱۹۹۸: ۸۳۵). در خصوص این سؤال که آیا وجه التزام خود

نوعی توافق ضمنی بر حذف مطالبه است یا نه، بین علمای حقوق اختلاف است. علیرغم ماده ۱۲۳۰ ق.م.ف ۱۸۰۴ (ماده ۵-۱۲۳۱ اصلاحات ۲۰۱۶) که در شرط وجه التزام نیز مطالبه را ضروری می‌داند گاه پاره‌ای از دادگاه‌های فرانسه درج شرط وجه التزام را در قرارداد به عنوان چشم‌پوشی ضمنی طرفین از مطالبه دانسته‌اند. درحالی‌که عده‌ای معتقدند از درج شرط وجه التزام در عقد نمی‌توان به درستی دریافت که مطالبه حذف شده یا نه؟ (سنه‌وری، ج ۲، ۱۹۹۸: ۸۳۵) همچنین، اگر طرفین در قرارداد این شرط را درج کنند که «تأخیر در پرداخت یک قسط سبب حال شدن تمام اقساط دین می‌شود» به معنی حذف مطالبه نیست، مگر اینکه طرفین صراحتاً چنین تشریفات را لازم ندانند (سنه‌وری، ج ۲، ۱۹۹۸: ۸۳۵). در حقوق ایران، به نظر می‌رسد درج وجه التزام یا شرط حال شدن با عدم پرداخت یک قسط نمی‌تواند به منزله حذف مطالبه باشد، زیرا در همه این موارد زمان وفای به عهد مسئله‌ای متفاوت از وجه التزام یا شرط حال شدن دیون است، زیرا در همه این موارد تعهد ممکن است زمان معین داشته باشد یا منوط به مطالبه متعهد له باشد. به همین دلیل، برحسب نوع زمان وفای به عهد، ممکن است مطالبه نیاز باشد یا نباشد. به عنوان مثال، اگر در قراردادی درج شده باشد که متعهد باید تا اول مهرماه وفای به عهد کند یا مبلغ یک میلیارد ریال وجه التزام بپردازد، انقضای زمان بدون مطالبه می‌تواند به متعهد له حق جبران خسارت داده و مبلغ وجه التزام را بخواهد و اگر درج شده باشد که زمان به دست متعهد له باشد و با عدم اجرا متعهد مبلغ یک میلیارد ریال وجه التزام بپردازد جبران خسارت با وجه التزام، منوط به مطالبه است.

۳-۲-۲. حذف مطالبه به حکم قانون

در مواردی، قانون‌گذار برای رعایت مصالحی وفای به عهد را بدون انجام مطالبه ضروری شمرده است (Le Tourneau, Cadiet, 1998: 83). در حقوق ایران، مصداق آن می‌تواند وجوب رد مال در امانات شرعی باشد. یکی از تفاوت‌های امانت قانونی و قراردادی در این است که در امانت قراردادی بر امین رد مال واجب نمی‌شود، مگر بعد

از مطالبه؛ اما در امانت شرعی امین ملزم به رد فوری مال به مالک است، بدون اینکه نیازی به مطالبه باشد (جبعی العاملی، ج ۱، ۱۳۷۲: ۳۸۵). همچنین در ید ضمانی نیاز به مطالبه نیست (عبدالله، ج ۲، ۲۰۰۸: ۳۳۳) (ماده ۳۱۱ ق.م.) (بند ج ماده ۲۲۰ ق.م. مصر) (سنهوری، ج ۲، ۱۹۹۸: ۸۲۷). از یک منظر می‌توان چنین استدلال کرد صدر ماده ۲۲۶ مصدق از حذف مطالبه به حکم قانون است، زیرا باینکه الگوی پیش روی قانون‌گذار ایرانی، قانون مدنی فرانسه بوده و حقوق فرانسه در حال مطالبه را ضروری می‌داند؛ اما قانون‌گذار ایرانی در صدر ماده ۲۲۶ در موردی که وفای به عهد موعده معینی دارد، ضرورتی برای مطالبه ندیده و حذف کرده است.

۳-۲-۳. حذف مطالبه به سبب طبع تعهد

در مواردی، به لحاظ طبیعت تعهد نیازی به مطالبه نیست. در این موارد، یا طبیعت تعهد از ابتدا به گونه‌ای بوده که نیازی به مطالبه احساس نمی‌شود و یا بعد از ایجاد تعهد، تغییراتی رخ داده که برای مطالبه فایده‌ای متصور نیست (Le Tourneau, Cadiet, 1998:83) که می‌توان به موارد ذیل اشاره کرد. اول، در مواردی که اجرای تعهد غیرممکن می‌شود، نیازی به مطالبه نیست (سنهوری، ج ۲، ۱۹۹۸: ۸۳۷). در حقوق فرانسه، چنین نظر داده شده که در مواردی که انجام تعهد فقط در ظرف زمانی خاصی ممکن است با انقضای زمان، مطالبه لازم نیست (Fabre-Magan, T1, 2008:635). به این موضوع در رأی شعبه اول مدنی دیوان عالی کشور فرانسه، به تاریخ ۲۱ مارس ۱۹۶۶ و همچنین، در رأی شعبه اول مدنی به تاریخ ۵ ژوئن ۱۹۶۷ اشاره شده است (Delebecque, 2014:24). ماده ۱۱۴۶ ق.م.ف ۱۸۰۴ اشاره می‌کند که اگر مال یا کار مورد تعهد صرفاً ظرف مدت معینی قابل انجام یا انتقال باشد، با انقضای مدت نیازی به مطالبه نیست. دوم، فرض دیگری که نیاز به مطالبه نیست موردی است که متعهد اعلام می‌دارد که به عهد خویش وفا نمی‌کند (Delebecque, 2014:24). سوم، در مواردی که موضوع تعهد، امری سلبی یعنی تعهد به عدم انجام فعل باشد (Fabre-Magan, T1, 2008:635) در صورت نقض عهد جبران

خسارت منوط به مطالبه نیست (سنه‌وری، ج ۲، ۱۹۹۸: ۸۴۰)، زیرا در این تعهدات با نقض عهد، دیگر اجرای عین تعهد ممکن نیست.

نتیجه‌گیری

مطالبه در ماده ۲۲۶ قانون مدنی ایران یک واژه معمولی نبوده و حاکی از ورود نهادی رومی فرانسوی به ادبیات حقوق تعهدات ایران است. نهادی که دارای آثار فراوان و مفیدی در حقوق تعهدات است. برجسته کردن نقش آن می‌تواند در نظریه‌پردازی و نیز در عمل به غنای حقوق تعهدات ایران کمک کند. رویه قضایی در هنگام اعمال نقض تعهدات باید آن را ملحوظ نظر قرار داده و قانون‌گذار نیز می‌تواند برای جلب نظر کاربران حقوق به صورت برجسته در قانون مدنی آن را به عنوان یک نهاد و به صورت باب جداگانه ای مطرح کند. این نهاد، دارای آثاری است که نه تنها در فقه بعضاً به آن اشاره شده و منافاتی با فقه ندارد بلکه به دلیل اقتباس ماده ۲۲۶ ق.م.ا از فرانسه اعمال این آثار در حقوق ما ضروری است. ضرورت دارد تا مقنن در حقوق ایران بابتی به نام مطالبه یا اخطار در قانون مدنی مطرح کند تا در آن به مفهوم و شیوه مطالبه اشاره کند. همچنین در حقوق ایران، فقط به ضرورت آن در تحقق مسئولیت قراردادی اشاره شده و آن هم در فرضی است که زمان انجام تعهد به دست متعهد له باشد. درحالی‌که مطالبه آثار دیگری نیز دارد و به‌ویژه در حقوق ایران، در تبدیل ید امانی به ضمانی نقش عمده‌ای بازی می‌کند که در حقوق ایران ضرورت دارد تا مقنن همه آثار را در باب مستقلی مطرح کند. همچنین، مطالبه می‌تواند ریسک تلف و خسارات را منتقل کند. این خطرات گاهی بر عهده متعهد له است که با مطالبه متعهد له از متعهد این خطرات به دوش متعهد منتقل می‌شود و گاهی این خطرات بر عهده متعهد است که با مطالبه متعهد از متعهد له به دوش متعهد له منتقل خواهد شد. به همین دلیل نیاز است تا به دو نوع مطالبه و آثار آن یعنی مطالبه متعهد له از متعهد و مطالبه متعهد از متعهد له اشاره شود. نکته دیگر این‌که، مطالبه به مسئولیت قراردادی اختصاص داشته و البته از قواعد آمره و مربوط به نظم عمومی نیست و گاه به حکم

قانون یا توافق طرفین قابل حذف است که اشاره به همه این نکات در قانون مدنی ضروری می‌کند و از قانون‌گذار آینده انتظار ظهور چنین مقرراتی در قانون مدنی می‌رود. می‌توان مواد زیر را در قانون مدنی مصوب کرد. ماده ۲۲۶ «به محض حال شدن تعهد، متعهد له می‌تواند با اظهارنامه یا هر وسیله معادل آن وفای به عهد را از متعهد مطالبه کرده و وی را در حالت تأخیر قرار دهد» ماده ۱-۲۲۶ «از زمان مطالبه، خسارات حاصله از عدم وفای به عهد تعلق گرفته و نیز خطرات شی موضوع تعهد بر عهده متعهد قرار می‌گیرد» ماده ۲-۲۲۶ «متعهد می‌تواند پذیرش وفای به عهد یا قبض موضوع تعهد را از متعهد له مطالبه کند. با این مطالبه جریان خسارات حاصله از عدم اجرای تعهد قطع شده و خطر موضوع تعهد بر عهده متعهد له قرار می‌گیرد».

منابع

الف. فارسی

جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۴۲) «مسئولیت قراردادی»، مجله حقوقی وزارت دادگستری سال ۳، شماره ۱، صص ۲۸-۳۵.

جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۰) ترمینولوژی حقوق، چ ۵، تهران: گنج دانش.

جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۲) حقوق تعهدات، ج ۱، چ ۲، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.

سماواتی، حشمت‌الله (۱۳۶۸) خسارت ناشی از عدم انجام تعهد در حقوق ایران و نظام‌های حقوقی دیگر، چ ۱، تهران: انتشارات مولوی.

شهیدی، مهدی (۱۳۷۰) سقوط تعهدات، چ ۲، تهران: انتشارات دانشگاه شهید بهشتی.

صفایی، سید حسین (۱۳۵۱) حقوق مدنی تعهدات و قراردادها، ج ۲، چ ۱، تهران: مؤسسه عالی حسابداران چاپ میهن.

کاتبی، حسینقلی (۱۳۶۳) فرهنگ حقوق فرانسه، فارسی، چ ۱، تهران: انتشارات گنج دانش.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۸) حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، چ ۱، تهران:

انتشارات بهنشر.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۰) حقوق مدنی ایقاع، چ ۱، تهران: نشر یلدا.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۱) حقوق مدنی عقود معین، چ ۱، چ ۴، تهران: شرکت انتشار.

ب. عربی

ابن حمزه، ابی جعفر محمد بن علی طوسی (۱۴۰۸) الوسیله الی نیل الفضیله، چ ۱، قم: مکتبه آیة الله العظمی المرعشی النجفی.

انصاری، شیخ مرتضی (۱۳۷۵) مکاسب، چ ۲، تبریز: انتشارات اطلاعات.

جبعی العاملی، زین الدین (۱۳۷۲) الروضه البهیة فی شرح اللعنة الدمشقیة، چ ۱، چ ۷، قم: مرکز النشر مکتب الاعلام الاسلامی.

جبعی العاملی، زین الدین (۱۴۱۴) مسالک الافهام، چ ۳، چ ۱، قم: موسسه المعارف الاسلامی.

حلی (محقق) ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن (۱۳۷۳) شرایع الاسلام، چ ۲، چ ۳، قم: المطبعة اسماعیلیان.

حلی، (علّامه) حسن بن یوسف بن مطهر (بی تا) (الف) قواعد الاحکام، چ ۱، (جلد ۱ و ۲ در یک مجلد)، قم: منشورات الرضی.

حلی، (علّامه) حسن بن یوسف بن مطهر (بی تا) (ب) تذکرة الفقهاء، چ ۱، تهران: منشورات المکتبه المرتضویة للاحياء الاثار الجعفریة.

زحیلی، وهبه (۱۳۹۵) الفقه الاسلامی فی اسلوبه الجدید، چ ۱، دمشق: دارالنشر دارالکتاب.

سنهوری، عبدالرزاق احمد (۱۹۹۸) الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، چ ۱، چ ۳، بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیة.

سنهوری، عبدالرزاق احمد (۱۹۹۸) الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، چ ۲، چ ۳، بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیة.

سنهوری، عبدالرزاق احمد (۱۹۹۸) الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، چ ۴، چ ۳،

بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه.

شیخی زاده، عبدالرحمن بن محمد بن سلیمان الکیبولی (۱۴۱۹) مجمع الانهر فی شرح ملتقى الابحر. ج ۳، چ ۱، بیروت: دارالکتب العلمیه.

عبدالله، هدی (۲۰۰۸) الاعمال غیر المباحه، ج ۳، چ ۱، بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه.

عبدالله، هدی (۲۰۰۸) العقد، ج ۲، چ ۱، بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه.

عوجی، مصطفی (۲۰۰۷) القانون المدنی، العقد، ج ۱، چ ۴، بیروت: منشورات الحلبي الحقوقیه.

طباطبائی حایری، علی بن محمد علی (۱۴۰۹) الشرح الصغیر فی شرح المختصر النافع، ج ۲، چ ۱، قم: مکتبه آیة الله العظمی المرعشی النجفی.

غزالی، ابی حامد محمد بن محمد بن محمد (۱۴۱۸) الوجیز، ج ۱، چ ۱، بیروت: شرکة دارالارقم بن ابی الارقم.

نقیب، عاطف (۱۹۸۴) النظریه العامه للمسؤولیه الناشئه عن الفعل الشخصی، چ ۳، بیروت، باریس: انتشارات عویدات، الجزائر، دیوان المطبوعات الجامعیه.

نووی، امام ابی زکریا محی الدین بن شرف (۱۴۱۵) کتاب المجموع شرح المهذب للشیرازی، ج ۱۵، چ ۱، بیروت: دارالاحیاء التراث العربی.

ج. فرانسه

Bénabent, Alain (2008). **Droit civil. Les obligations**, 11^é ed, Paris Librairie générale de droit et de juris prudence.

Carbillac, Remy (2008). **Droit des obligations**, 8^é éd, Dalloz.

Carbonnier, Jean (1998). **Droit civil Les obligations**, T4, 21^é éd, Presses universitaires de France.

Cornnu, Gerard (2000). **Vocabulaire juridique**, 8^é éd, Presses universitaire de France.

Delebecque, Philippe, Jérôme pansier, Frédéric (2016) **Droit des obligations, Contrat et quasi-contrat**, 7^é éd, LexisNexis.

Delebecque, Philippe (2014). " **RÉGIME DE LA RÉPARATION. Modalités de la réparation. Règles particulières à la responsabilité contractuelle. Clause pénale**", JurisClasseur Responsabilité civile et Assurances, Fasc 212.

- Fabre-Magan, Muriel (2008) **Droit des obligations**, T1, contrat et engagement unilateral, 1^é éd, Presses universitaires de France.
- Larroumet, Christian (2003) **Droit civil Les obligations**, Le contrat, T3, 5^é ed, Paris, Economico.
- Le Tourneau, Philippe, Cadiet, Loic (1998) **Droit de la responsabilité**, 1^é éd, Dalloz.
- Malaurie, Philippe, Aynes, Laurent, Stoffel-Munck, Philippe (2007) **Droit civil Les obligations**, 1^é éd, Editions juridiques associées, Défrenois.
- Malaurie, Philippe, Aynes, Laurent (1998) **Droit Civil. Contrats speciaux**, 12^é éd, Cujas.
- Marty, Gabriel, Raynaud, Pierre, Jestaz, Philippe (1989) **Droit civil Les obligations**, T 2, Paris, sirey.
- Mazeud, Henri, Léon, Jean (1978) **Leçons de droit civil**, T 2, volume premier, Obligations, 6^é éd éd, par François Chabas, Paris, Montchrestien.
- Planiol, Marcel, Ripert, Georges (1931) **Traité pratique de droit civil français**, T 7, Paris, Librairie Général de Droit et Jurisprudence.
- Starck, Boris (1972) **Droit civil Obligations**, Paris, Librairies Techniques.
- Terré, François, Simler, Philippe, Lequette, Yves (2005) **Droit Civil Les Obligations**, 9^é éd, Dalloz.
- Weill, Alex, Terré, François (1975) **Droit civil Les obligations**, 2^é éd, Paris Dalloz.