نقض قرارداد در حقوق کامن لا، فقه امامیه و حقوق ایران

ابوالفضل علیشاهی قلعه‌جوقی[1]
مهدی سعیدی[2]
سیروس خرمی رفنی[3]

چکیده

در نظام‌های حقوقی برای جبران خسارات ناشی از قرارداد راهکارهایی پیش‌بینی‌شده است تا در پرتو آن‌ها زیان‌دیده بتواند خسارات متحمله را مطالبه نماید. در حقوق کامن لا به منظور حمایت از زیان‌دیده، نظریه‌های زیان ناشی از اعتماد و توقع یا انتظار در کنار برخی نهادهای دیگر وجود دارند که هدف عمده آن‌ها بازگرداندن زیان‌دیده به حالت پیش از قرارداد است؛ بدین معنا که زیان‌دیده در حالتی قرار بگیرد که اگر قرارداد به نحو صحیح و کامل اجرا می‌شد، او به خواسته‌های خود می‌رسید، بدین دلیل که قرارداد منعقده توقع و اعتماد وی را برآورده ننموده است. در حقوق ایران به پیروی از فقه امامیه در قالب مواد ۲۲۱، ۲۲۷ و ۲۲۸ قانون مدنی و ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی و ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری بر حق مطالبه خسارت

۱. دانشیار گروه الهیات دانشگاه فرهنگیان، تهران، ایران، (نویسنده مسئول) alishahi88@gmail.com.
۲. دانشجوی دکترای الهیات دانشگاه یاسوج.
۳. دانش‌آموخته کارشناسی ارشد دانشگاه تهران.

ناشی از نقض تعهدات قراردادی تأکید شده است. اگرچه در اکثر موارد مهم‌ترین مبنای جبران خسارت قاعده لا ضرر معرفی شده، در این مقاله تلاش گردیده دامنه شمول خسارت قراردادی بر مبنای قواعد دیگر نیز اثبات گردد، چراکه در مورد خسارات وارده به‌واسطه از دست دادن فرصت انعقاد قرارداد مشابه با دیگران به‌واسطه اتکا و انتظار برای اجرای قرارداد، پژوهش‌های کمی صورت گرفته است. با توجه به قواعد فقهی مانند لا ضرر، تسبیب، احترام اموال مسلمانان، قاعده غرور و قاعده اقدام می‌توان شرایط جبران خسارات وارده را به نحوی توسعه داد که زیان‌های جبران‌نشده به حداقل برسند. به نظر می‌رسد در حقوق ایران نیز به‌تبع اسناد بین‌المللی، حمایت از سازوکارهایی مانند زیان‌های اعتماد و انتظار ضروری به نظر می‌رسد، چراکه بسیاری از خسارت‌های وارده در نتیجه نقض قرارداد، در قالب‌های سنّتی مانند اتلاف مال و تفویت منفعت گنجانده نمی‌شوند.

کلیدواژه‌ها: جبران خسارت، زیان اعتماد، زیان توقع، حقوق کامن لا، فقه امامیه و حقوق ایران.

مقدمه

مسئولیت مدنی،[1] تعهد قانونی شخص می‌باشد، مبنی بر رفع ضرری که از ناحیه او به دیگری وارد آمده است؛ خواه این ضرر ناشی از تقصیر یا فعالیت وی باشد، در حوزه حقوق اسلامی، مباحث مربوط به مسئولیت مدنی به‌عنوان بخشی از ضمان قهری به کار رفته است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۶۶۲). در موارد جبران خسارت، فرد در برابر دیگری مسئولیت مدنی دارد که این مسئولیت از وقایع حقوقی می‌باشد که سبب آن اراده مقنن است، به گونه‌ای که ممکن است ایجاد ضرر غیرارادی باشد. مسئولیت

1. Civil responsibility - Civil liability.

مدنی به دو شاخه قراردادی و خارج از قرارداد منشعب می‌گردد (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۹: ج۱، ۱۹۹). مسئولیت قراردادی، تعهدی است که در نتیجه تخلف از مفاد قرارداد خصوصی، برای اشخاص ایجاد می‌شود (شهباز قهقرجی، ۱۳۹۳: ۹۴).[۱] به دیگر سخن، مسئولیت قراردادی همان ضمانت اجرای عدم انجام تعهدات ناشی از قرارداد بود که متعهد، ملزم به جبران خساراتی خواهد بود که در اثر عدم اجرای تعهد خود به متعهد له دارد، آورده باشند (تقربی، ۱۳۵۴: ۹۹). برخلاف مسئولیت مدنی خارج از قرارداد که قراردادی در میان نیست.[۲] وجود قرارداد، وجود رابطه‌ای بین خسارت و ضرر و نقض قرارداد که بتوان گفت خسارت در نتیجه عدم اجرای تعهد به بار آمده است، از شرایط ایجاد مسئولیت قراردادی است (شهیدی، ۱۳۸۲: ۴۷). برای مثال در عقد بیع اگر فروشنده مبیع را تحویل ندهد و زیانی از این بابت به مشتری برسد، این در نتیجه مسئولیت قراردادی است که در برخی مواقع بر حسب شرایط و دلایلی موجب تعلل و تأخیر در اجرای قرارداد از سوی یک طرف قرارداد می‌شود و موجبات زیان به طرف دیگر را فراهم می‌سازد، چراکه با اعتماد به اجرای قرارداد مبادرت به انعقاد یا فراهم کردن مقدمات انعقاد عقد را فراهم کرده است و اعتماد و توقع و انتظارش از این قرارداد برآورده نشده است؛ بنابراین باید بر پایه مبانی متقن و مستدل به دنبال چاره‌جویی برای جبران چنین زیان‌ها و خساراتی بود. چنین

۱. مسئولیت قراردادی در قانون مدنی تعریف نشده ولی جایگاه آن در فصل سوم از عقود و معاملات آمده است و تحت عنوان «در خسارت حاصله از عدم اجرای تعهدات» مواد ۲۲۶ تا ۲۳۰ را در خود جای داده است. می‌توان گفت که قانون مدنی در این زمینه متأثر از قانون مدنی فرانسه بوده، بدین دلیل که مسئولیت قراردادی در این قانون نیز تعریف نشده است و در ماده ۱۱۴۶ تحت عنوان خسارت ناشی از عدم اجرای تعهد و در قسمت آثار قرارداد مطرح شده است (هاشمی، ۱۳۸۷: ۱۹).

۲. قانون مدنی این الزامات را که ضمان قهری نیز بر آنان صدق می‌نماید با عنوان «در الزاماتی که بدون قرارداد حاصل می‌شود» در مواد ۳۰۱ تا ۳۰۷ بررسی کرده است.

راه‌حل‌هایی در حقوق کامن لا ارائه شده و بر خلاف برخی تصورات، حقوق اسلام نیز در این زمینه راهکارهایی مناسب و منطبق بر اصول عقلایی ارائه داده است؛ به گونه‌ای که با تمام پیشرفت‌های بشر در عرصه‌های گوناگون می‌تواند دامنه گسترده مسئولیت قراردادی را تحت پوشش قرار دهد.

اصل جبران کامل خسارات که در حقوق ایران از آن به اصل اعاده وضعیت زیان‌دیده به قبل از وقوع ضرر تعبیر می‌گردد، در نظام‌های حقوقی مختلف و همچنین در اسناد بین‌المللی مورد پذیرش واقع شده و فقط در نحوه بیان و حدود و ثغور آن اختلافات جزئی وجود دارد. در حقوق قراردادها، اصل جبران کامل خسارات قراردادی اقتضا دارد متضرر از نقض قرارداد، در وضعیتی قرار گیرد که در صورت اجرای کامل قرارداد باید قرار می‌گرفت (بادینی و دیگران، ۱۳۹۵: ش۱، ۱۷).

پژوهش‌ها و تحقیقات مختلفی در باب مبانی مسئولیت قراردادی صورت گرفته که هر کدام کوشیده‌اند با توجه به مبانی کلی جبران خسارت، مسئولیت قراردادی را منطبق بر این مبانی نمایند.[1] جنبه نوآوری این پژوهش در این است که اگرچه برخی

---

۱. در کتاب *مبانی مسئولیت قراردادی (مطالعه تطبیقی در فقه و حقوق)*، تألیف دکتر حسن وحدتی شبیری سعی شده در حوزه مبانی مسئولیت قراردادی، راهکارهایی مناسب و منطبق بر مبانی فقهی ارائه گردد. همین نویسنده در مقاله مبنای مسئولیت مدنی یا ضمان ناشی از تخلف از اجرای تعهد از میان دو دیدگاه مطرح دراین‌باره، نظریه نخست را با حقوق ایران و مبانی فقهی سازگارتر می‌داند، زیرا در ماده ۲۲۱ ق. م. خسارت قراردادی را به قاعده شروط مستند ساخته و از سوی دیگر مشهور فقها، مصادیق رایج خسارت قراردادی را از این باب که عدم النفع است و نه تلف مال موجود، در ضمان متخلف قراردادی نمی‌بینند. بنابراین بهترین راه برای اثبات مسئولیت قراردادی، مبتنی ساختن آن بر اراده صریح یا ضمنی دو طرف عقد می‌باشد. پرویز انصاری در پایان‌نامه کارشناسی ارشد دانشگاه تهران با عنوان «مسئولیت حاصل از عدم انجام قرارداد» مبانی مسئولیت قراردادی را بررسی کرده است. محمد عبدالصالح شاهنوش فروشانی و محسن صفری در مقاله «ارزیابی خسارات ناشی از نقض قرارداد و ماهیت مسئولیت قراردادی» به این نتیجه رسیده‌اند که راه‌حل، تکیه بر پژوهش‌های تازه در مبانی فقهی و مبتنی بر متدلوژی صحیح آن برای

فقهـا و حقوق‌دانـان، قائـل‌انـد اسـباب ضـمان قهـری مثبِـتِ جبـران تخلـف از تعهـد قراردادی نیسـت، امـا ازآنجاکـه قـانون‌گـذار تفـاوت مـاهوی میـان مسـئولیت قـراردادی و خارج از قرارداد قائل نشده است، خسارات ناشی از تخلف از اجرای تعهد را می‌توان بر پایه قواعـد فقهـی ماننـد اتلاف و تسـبیب و لا ضـرر که همگـی از مصـادیق ضـمان قهـری هستند بنا نمود و نیز دامنه این ادله را توسعه داد و با لحاظ جنبه اثباتی برای قاعـده لا ضرر و نیز قاعده احترام اموال و شروط و آیه اعتداء و... ایـن خسـارات را جبـران نمـود. عـلاوه بـر ایـن تـلاش شـده بـا مقایسـه میـان شـیوه‌هـای جبـران خسـارت در فقـه امامیـه و حقوق ایران با مشهورترین شیوه‌های جبران خسارت در حقوق کـامن لا و رومی‌ژرمنی، پویایی و قدرت این نظام حقوقی در پاسخگویی به ایـن مشـکل را به اثبـات برسـاند. در این پـژوهش به ایـن پرسش‌هـا پاسـخ داده شـود کـه چگونـه اعتمـاد و توقـع و انتظـاریک طرف قـرارداد بـه طـرف مقابـل را می‌تـوان سـببی بـرای پیـدایش تعهـد حقـوقی دانسـت؟ نقـدهای وارده بـر ایـن نظریـات چیسـت و مـی‌تـوان بـرای ایـن نظریـات در حقـوق ایـران معادلی یافت؟ بحث اصلی ایـن مقالـه، یـافتن اصـولی علمـی و کارآمـد بـرای گسـترش دامنه مسـئولیت اسـت کـه در عـین داشـتن تطـابق بـا حقـوق مـدرن، بـا مبـانی فقهـی نیـز سازگار باشد.

۱. ارکان مسئولیت قراردادی

ارکان مسئولیت مدنی عبارتند از: ۱. تخطی، یعنی این‌که متعهد، تعهد ناشی از عقد را به‌جا نیـاورد. ۲. اثبـات ضـرر بدیـن معنـا کـه ضـرر اثبـات شـود. ۳. رابطـه سـببیت بـا ایـن توضیح که این ضرر بدون واسطه ناشی از عدم انجام تعهـد یـا تـأخیر در انجـام آن باشـد

یافتن مبانی مسئولیت مدنی قراردادی و تطبیق مواد قانونی بر آن است و در نهایت پیشنهاد کرده‌اند که باید بر مفاد آیه شریفه ﴿فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ تمرکز گردد و به ماهیت و مقتضای معامله توجه شود.

(باریکلو، ۱۳۸۹: ۶۰). در حقوق ایران ماده ۵۲۰ آیین دادرسی مدنی، پذیرش دعوای مطالبه خسارت را منوط به وجود رابطه سببیّت بین خسارت وارده و نقض دانسته است؛ یعنی زیان وارده باید بر اثر عدم اجرای قرارداد حاصل شده باشد. این ماده مقرر می‌دارد: در خصوص مطالبه خسارت وارده، خواهان باید این جهت را ثابت نماید که زیان وارده بلاواسطه ناشی از عدم انجام تعهد یا تأخیر آن یا عدم تسلیم خواسته بوده است؛ در غیر این صورت دادگاه دعوای مطالبه خسارت را رد خواهد کرد. در برخی کشورهای غربی، برای مثال، خسارت ناشی از استعمال کالا با وجود آگاهی از ناقص بودن آن، قابل جبران نیست (Collins, 2003: 419).

لازم به یادآوری است که شیوه‌های جبران خسارت قراردادی، مانند الزام به‌انجام عین تعهد، مطالبه خسارت و حق فسخ ناشی از قرارداد را نباید با شیوه‌های پیشگیرانه، مانند حق حبس، حق تعلیق اجرای قرارداد و حق فسخ متعاقب پیش‌بینی عدم اجرای قرارداد، اشتباه گرفت، چراکه در شیوه‌های پیشگیرانه، طرفین قرارداد در مرتبه‌ای قبل از نقض تعهد می‌توانند با لحاظ شرایط خاصی آن‌ها را اجرا و از ورود زیان به خودشان از بابت نقض تعهد جلوگیری نمایند و جنبه‌ای پیشگیرانه دارند؛ بر خلاف شیوه‌های جبران خسارت قراردادی که ناظر به مرتبه پس از نقض قرارداد هستند و دارای خصیصه جبرانی هستند (پارساپور و دیگران، ۱۳۹۴: ش۱، ۲). هنگامی‌که نقض تعهد به‌وسیله یکی از طرفین قرارداد، به وقوع می‌پیوندد و خسارتی به طرف مقابل وارد می‌شود، زیان‌دیده این حق را پیدا می‌کند که به دلیل مسئولیتی که در نتیجه نقض تعهّد متوجه متخلّف می‌گردد، جبران ضرر و زیان‌های وارده را از وی مطالبه نماید.

قانون مدنی در مواد ۲۲۶ و ۲۲۷ شرایط دریافت خسارت را این‌گونه بیان نموده است:

۱. انقضای موعد: متعهد له وقتی می‌تواند خسارت عدم اجرای تعهد را بخواهد که وقت قرارداد تمام شده باشد.

۲. تحقق ضرر: متعهد له وقتی می‌تواند ادعای خسارت نماید که اثبات نماید به‌واسطه عدم اجرای قرارداد، خسارتی به او وارد شده است.

۳. عدم اجرای تعهد: خسارت ناشی از عوامل خارجی نباشد؛ مثل زلزله یا عذر عمومی که در اختیار متعهد نیست. شهید ثانی در باب اجاره، اشاره می‌کند: «درصورتی که عذری خاص برای مستأجر در استفاده از عین مستأجره پیش بیاید، سبب بطلان اجاره نمی‌شود، اما درصورتی که عذر عمومی باشد برای طرفین حق فسخ به وجود می‌آید و موجر را بر مستأجر در زمینه دریافت خسارت حقی نیست» (شهید ثانی، ۱۴۱۰: ج۴، ۳۲۹).

۴. لزوم جبران خسارت: جبران خسارت طبق قرارداد یا عرف یا قانون لازم باشد.

۲. شرایط تحقق مسئولیت قراردادی در کنوانسیون بین‌المللی بیع کالا[1]

کنوانسیون بین‌المللی بیع کالا در مواد ۷۴ تا ۷۷ به مبحث خسارات ناشی از تعهد قراردادی می‌پردازد که بر این اساس، هرگاه متعهد به مفاد تعهد خود پایبند نباشد، صرف نقض قرارداد باعث توجه مسئولیت به او می‌شود. البته به موجب ماده ۷۹ کنوانسیون مواردی مانند فورس ماژور[2] استثنایی بر این قاعده است. این سند حقوقی بین‌المللی شرایط ایجاد مسئولیت را بدین نحو بیان داشته است:

۱. ایراد ضرر به متعهد له: ماده ۷۶ کنوانسیون مقرر می‌دارد: جبران خسارتی که از نقض قرارداد[3] به وسیله یکی از طرفین ایجاد می‌شود، عبارت است از مبلغی برابر زیان که طرف دیگر در اثر نقض متحمل شده است. از این عبارت به‌خوبی می‌توان استنباط کرد که مسئولیت هنگامی به وجود می‌آید که بر اثر نقض، خسارتی به متعهد وارد آمده باشد و اساساً مسئولیت بدون ورود ضرر قابل تصور نیست. وقوع این ضرر باید مسلم و

1. Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG).
2. Force Majeure - act of god.
3. Damages for breach of contract.

قطعی باشد. این ضرر از تلف زوال و نابودی آنچه موجود بوده و عدم‌النفع اعم است[1] (محرومیت از حصول مال و ازدیاد آن).

۲. قابل پیش‌بینی بودن ضرر وارده: ماده ۷۴ کنوانسیون دراین‌باره ابراز داشته است: خسارات محاسبه‌شده نباید از مقدار زیانی که ناقض در زمان انعقاد قرارداد و به مدد واقعیات و موضوعاتی که در همان موقع به آن‌ها واقف بوده یا باید واقف می‌بوده است و به عنوان اثر ممکن الحصول نقض قرارداد پیش‌بینی کرده، یا باید پیش‌بینی می‌کرده است، تجاوز کند. همان‌گونه که ملاحظه می‌گردد، این ماده بر جبران کامل خسارات ناشی از نقض[2] قرارداد اشاره می‌کند؛ به گونه‌ای که زیان‌دیده در وضعیت اجرای کامل قرارداد قرار بگیرد.

۳. وجود رابطه سببیت بین نقض قرارداد و زیان وارده: این شرط نیز به‌طور ضمنی در ماده ۷۴ کنوانسیون آمده است «... خسارت ناشی از نقض قرارداد عبارت است از...» این یک امر بدیهی است که هر فرد مسئول عواقب اقدامات خویش است؛ بنابراین متعهد در صورتی مسئول است که ورود خسارت در نتیجه نقض قرارداد باشد. از دیدگاه کنوانسیون تفاوتی ندارد که زیان وارده، اثر مستقیم یا غیرمستقیم[3] نقض

1. Loss of profit.
2. Full compensation.
۳. البته حقوق‌دانان فرانسوی میان ضرر مستقیم و غیر مستقیم تفاوت گذاشته‌اند. برای نشان دادن ضرر غیرمستقیم و با واسطه، به‌طور معمول از مثال پوتیه (Pothier) حقوق‌دان فرانسوی استفاده می‌شود: در این مثال گفته شده است که اگر کسی گاو بیماری را به دامداری بفروشد و در اثر سرایت بیماری سایر گاوهای خریدار نیز تلف شود و در نتیجه او نتواند به تعهد خود درباره رساندن شیر به کارخانه‌ها عمل کند و مزرعه خود را شخم زند و از این راه خسارتی متحمل شود، همه این ضررها را نمی‌توان از فروشنده گاو مریض خواست. علت منحصر از بین رفتن گاو مریض خطای فروشنده بوده است و گاه نیز می‌توان رابطه علیت بین مریض شدن دیگر گاوها را نیز پنهان کردن این بیماری شمرد. ولی نسبت به شخم نزدن زمین و انجام نشدن تعهد دامدار در برابر دیگران (و گاه سرایت بیماری) بی‌مبالاتی خریدار و چگونگی قراردادها نیز مؤثر بوده است. به هر حال این شرط بیشتر مربوط به احراز رابطه علیت بین فعل شخص و ضرر است تا به شرایط زیان قابل مطالبه (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۹، ج۱، ۲۰۶).

قرارداد باشد. مطابق مفهوم مواد ۷۹ و ۸۰ ک. صرف نقض قرارداد تقصیر شمرده می‌شود و به عبارت دیگر، با نقض قرارداد، فرض مسئولیت برای ناقض به وجود می‌آید و نقض‌کننده درصورتی‌که مطابق ماده ۷۹ کنوانسیون وجود حادثه خارجی را اثبات کند، می‌تواند از عواقب این مسئولیت رهایی یابد.

۳. مبانی مسئولیت نقض قرارداد در حقوق کامن لا

علی‌رغم این‌که در اسناد بازرگانی بین‌المللی چندین اصل و شیوه برای جبران خسارات قراردادی پیش‌بینی شده که هر یک در جای خود می‌تواند کارایی خاص خود را داشته باشد و نیز موجبات احترام به حقوق زیان‌دیده را فراهم نماید، کانون اصلی بحث دو اصل مهم در حیطه اصول اصلی جبران خسارت، یعنی «زیان ناشی از اعتماد»[1] و «زیان و خسارت ناشی از توقع»[2] می‌باشد که از مبانی و نظریه‌های مورد توجه در نظام رومی ژرمنی است.

۱.۳. زیان ناشی از توقع[3]

در قراردادها طرفین همواره به دنبال کسب منافعی هستند که بتواند انتظارات خود را

1. Expectation loss – Expectation damage.
2. Reliance loss.

۳. این بحث با عدم النفع که در فقه مطرح شده است مرتبط است که البته بیشتر فقیهان خسارت ناشی از عدم النفع را قابل مطالبه نمی‌دانند. ولی برخی حقوق‌دانان برای عدم النفع دو معنای عام و خاص در نظر گرفته‌اند: در معنای عام، عدم النفع به معنای خسارتِ ناشی از محروم ماندن از منفعت اجرای قرارداد است؛ چه، نفع مزبور ناشی از مال معین باشد، یا ناشی از شخص معین، یا ناشی از انجام عمل مورد تعهد. اما در معنای خاص، تنها شامل مورد اخیر یعنی خسارت ناشی از خودداری متعهد از انجام عمل مورد تعهد می‌گردد. به نظر ایشان، تبصره ۱ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی را باید حمل بر معنای اخیر کرد. این توجیه می‌تواند احتمال قابل مطالبه بودنِ خسارت انتظار را تا حدودی افزایش دهد (شهیدی، ۱۳۸۲: ۲۵۶ ـ ۲۵۷؛ نعمت‌اللّهی، ۱۳۹۵: ۱۵۰).

از انعقاد قرارداد فراهم نمایند. درعین‌حال و در برخی مواقع، شرایط قرارداد آن‌گونه که باید، پیش نمی‌رود و از این رهگذر، شخص متوقع، دچار خسارت و زیان می‌گردد. در برخی نظام‌های حقوقی راهکاری برای جبران چنین انتظاراتی پیش‌بینی شده که زیان ناشی از توقع و انتظار نام دارد که بدین معنا است که زیان‌دیده در حالتی قرار بگیرد که اگر قرارداد به نحو صحیح و کامل اجرا می‌شد، او به خواسته‌های خود می‌رسید؛ به گونه‌ای که تمامی انتظارات وی از قرارداد مورد حمایت قرار گیرد. برای مثال هدف خواهان از خرید موادّ خام یا ماشین‌آلات، دریافت و به‌کارگیری آن‌ها درکارخانه خود می‌باشد؛ درصورت نقض قرارداد خسارتی که به وی پرداخت می‌شود شامل ارزش کالایی که بایستی به وی تسلیم می‌شده و منافعی که به‌واسطه عدم تسلیم کالا ازوی فوت شده، می‌باشد (Treitel, 1999: 873 - 875).[1] این جبران خسارت به جهت از دست دادن انتظارات ناشی از قرارداد است که به موجب نقض، توسط یکی ازطرفین ایجاد می‌شود و مرتبط با توقعات طرف قراردادی است که منافعی را از اتمام موفقیت‌آمیز قرارداد دنبال می‌کند (Stone, 2013: 596). در این شیوه، خسارت به طرفی که ازطریق نقض یک قرارداد آسیب می‌بیند اعطا می‌شود، به شرطی که این آسیب‌ها را بتوان با قطعیت معقول محاسبه نمود. کارشناس اگر به‌خوبی حمایت کامل شود، روشی سنجیده برای تعیین خسارات انتظاراست؛ پس همان‌طور که خسارات متعاقب از نقض قرارداد قابل جبران‌اند، این خسارات قابل استرداد هستند. درنهایت باید گفت کافی است به پایان کار درصورتی‌که قرارداد به نحو کامل اجرا

---

۱. ماده ۵۰۲ ـ ۹ اصول اروپایی قراردادها (PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW) که ناظر به زیان ناشی از توقع است بیان داشته: اقدام متعارف در پرداخت خسارت آن میزان است که زیان‌دیده را در نزدیک‌ترین حالتی قرار می‌داد که قرارداد به نحو کامل اجرا می‌شد. این خسارات هم خساراتی که زیان‌دیده متحمل شده را دربرمی‌گیرد و هم خساراتی راکه اوازبه دست آوردن آن‌ها محروم شده است.

می‌شد، توجه نمود (Stone, 2013: 464). برای مثال اگر B یک نقاشی را به این عنوان که نقاش آن پیکاسو (Picasso) نقاش معروف می‌باشد، به پنجاه‌هزار پوند بخرد و بعداً مشخص شود نقاش آن تابلو شخص ناشناخته‌ای است و در این حالت ارزش نقاشی هزار پوند می‌باشد، او مستحق خسارت است نسبت به آنچه این تابلو ارزش دارد؛ در مقابل حالتی که اگر تابلو اصلی می‌بود و قرارداد به نحو درست اجرا می‌شد، این هدف توسط برخی با بیانی متفاوت و در قالب اصل معروف به بی‌تفاوتی[1] مشخص گردیده که به موجب آن رژیم ضمانت اجرای نقض قرارداد باید به شکلی باشد که متعهد له را میان ایفا و جبران قانونی بی‌تفاوت کند؛ یعنی در هر دو حالت او در وضعیت یکسانی قرارگیرد (بادینی و دیگران، ۱۳۹۵: ۸). خسارت انتظاری در آمریکا رایج‌ترین شیوه برای جبران خسارات نقض قرارداد است (cotter et al, 2016: 304).

۳. ۲. زیان ناشی از اعتماد

اتکا یا اعتماد عبارت است از تغییر حاصل شده در موقعیت متعهد له به‌وسیله تعهد (ibid: 290). از جمله نفع‌هایی که در ادبیات حقوقی بین‌المللی مورد حمایت است، نفع اتکا[2] است و مراد از آن، حمایت از اتکایی است که متعاقد در انعقاد عقد به وعده طرف مقابل دارد و همین اتکا موجب انعقاد عقد از جانب وی شده است و چون این اتکا به ثمر نمی‌رسد، متعهد له متحمل خساراتی می‌گردد که باید به‌صورت کامل جبران شوند (Treitel, 1999: 876; Hart, 2005: 350)؛ هدف از خسارات ناشی از اعتماد، قرار دادن شخص در همان وضعیتی است که اگر وارد یک رابطه قراردادی باطل نمی‌شد، در آن وضعیت قرار داشت (احمدی و نقوی، ۱۳۹۸: ۱۱۸). بنابراین درصورتی که زیان‌دیده با اعتماد به این‌که خوانده نیز تعهدات قراردادی خود را اجرا

1. inditterence principle.
2. Expectation interest.

می‌نماید، به هنگام اجرای قرارداد یا پیش از آن هزینه‌ای متحمل شود، می‌تواند از دادگاه تقاضای پرداخت زیان اعتماد را نماید (Marsh, 1996: 313).

بدیهی است که جبران خسارت باید به شیوه متعارف انجام گردد و احتمالات متعدد و تفسیر موسع دراین‌باره پذیرفتنی نیست. این موضوع درجایی قابل‌طرح است که یک‌طرف قرارداد در نتیجه نقض قرارداد توسط طرف دیگر متحمل هزینه‌هایی شده است. دراین حالت شخص زیان‌دیده باید به حالتی که اگر قرارداد هرگز منعقد نمی‌شد برگردانده شود (Mindy Chen et al, 2012: 486; Stone, ibid: 435; Emanuel, 2010: 46; Fresca et al, 1991, vol 41, no 4: 59). در حقوق کامن لا، عنصر حیاتی که ممکن است یک ایجاب را برای خالق آن الزام‌آور نماید، اعتماد واتکا است. درصورتی که طرف مقابل ایجاب با اعتماد به ایجاب سرمایه‌گذاری کرده باشد به‌آسانی نمی‌تواند ازآن رجوع کند. البته دراین میان نقش دادگاه‌ها نیز مهم است که ایجابی را که به لحاظ منطقی قابل اعتماد باشد تشخیص دهند. درمقابل اعتماد واتکای غیرمنطقی وبیش ازاندازه قابل حمایت شناخته نمی‌شود (Hermalin et al, 2006: 59).

زیان ناشی از اعتماد، شامل هزینه‌های متحمل‌شده از سوی زیان‌دیده است که وی تقصیری نداشته است و این زیان به جهت اعتماد به‌طرف دیگر قرارداد است که تکالیفش را انجام نداده است (hood, 2012: 488) که چنین شیوه‌ای می‌تواند برای مراقبت از طرف ضعیف قرارداد در جبران خساراتش از طریق ادعای زیان اعتماد باشد (Macgregor, 1996, n 4: 238 _ 239)؛ به عبارت دیگر زیان اعتماد، وضعیت طرف قراردادی است که به علت اعتماد به وعده‌های قراردادی طرف دیگر که از طرف وی نقض شده‌اند، متحمل خساراتی شده است، درحالی‌که فرض طرف زیان‌دیده این بوده است که قرارداد به نحو کامل اجرا می‌شود. البته اگر طرف بی‌گناه

(غیرمقصر)، قراردادی فاسد[1] منعقد کرده باشد، ادعای زیان ناشی از اعتماد، چاره‌ساز نخواهد بود[2] (Poole, 2016: 396). البته پرواضح است که فساد معامله باید منسوب به متعهد له باشد. زیان ناشی از اعتماد در دیگر نظام‌های حقوقی دنیا مانند آلمان کم‌وبیش مطرح گردیده و باید آن را نهادی پذیرفته‌شده در عرصه نظام‌های حقوقی دنیا دانست (Winiger et al, 2011: 424 _ 426).

۴. رویه معمول در جبران خسارت ناشی از توقع و اعتماد

درباره این‌که میان این دو مبنای جبران خسارت، چگونه ارتباط برقرار می‌شود، دیدگاه‌هایی بیان گردیده است، در یک دیدگاه، شخص در قبال یک صدمه نمی‌تواند به هر دوی این شیوه‌ها متوسل شود و باید بین درخواست زیان ناشی از اعتماد و منفعت ناشی از توقع یکی را انتخاب کند. در پرونده « Anglia television v reed in 1972» کارگردانی مشغول ساختن یک فیلم بود، اما ساختن فیلم به‌اجبار رها شد، زیرا «رید»[3] قرارداد مربوطه را نقض کرد، خواهان ادعا کرد که هزینه‌هایی از او در اثر نقض خوانده تلف‌شده است، در اینجا دادگاه خواهان را به انتخاب یکی از دو درخواست مکلف نمود (Owens, 2013: 329).

بر اساس دیدگاهی دیگر، حقوق انگلیس و در رویه قضایی، خواهان را به شکل خاصی از این دو شیوه مقید نکرده است، هرچند اعتقاد بر این است که هزینه‌های ناشی از توقع، بسیار سخت است که موردپذیرش واقع شوند، زیرا نامعین و غیرحساب‌شده

1. bad bargain.

۲. در فقه اسلامی قاعده‌ای معروف به نام «کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» وجود دارد که مشهور فقها بر مبنای ادله متقن و از جمله بنای عقلا، قرارداد و توابع آن را که بیشتر راجع به تفویت منافع اعم از مستوفات و غیرمستوفات است را با تفصیلاتی که در این زمینه وجود دارد مورد ضمان می‌دانند (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۱۵۹ - ۱۶۶).

3. Reed.

می‌باشند؛ بنابراین دادگاه‌ها خسارات ناشی از توقع را به دلیل مبهم بودن مقادیر آن‌ها به‌سادگی نمی‌پذیرند. در پرونده «shaplin v hicks in 1911» خوانده اعلامی مبنی بر نیاز به استخدام دوازده هنرپیشه زن در روزنامه منتشر نمود. هنرپیشه‌ای عکسش را برای روزنامه فرستاد و سیصد عکس انتخاب شدند. خوانندگان پنجاه مورد را انتخاب کردند تا خوانده دوازده نفر را بعد از مصاحبه از میان آنان برگزیند. خواهان یکی از این پنجاه انتخاب بود، اما خوانده در جهت نقض قرارداد، زمانی کاملاً غیرمعقولانه را برای وقت مصاحبه تعیین نمود؛ چنان‌که خواهان نمی‌توانست به مصاحبه برسد، او شانس خود را برای استخدام شدن در جایگاه یک هنرپیشه از دست داد و برای همین تقاضای خسارت کرد، چراکه در این پرونده تقاضای خسارات توقع به نسبت خسارات ناشی از اعتماد که در مورد هزینه‌های صرف‌شده می‌باشد، منطقی‌تر به نظر می‌آید (Roach, 2012: 302). همچنین گفته‌شده است که صرف‌نظر کردن از خسارت توقع، در مواردی که به‌اندازه خسارت اعتماد می‌باشد و انتخاب خسارت اعتماد جایز است، به خواهان اجازه استرداد تقاضایش مبنی برگرفتن خسارت ناشی از اعتماد را نخواهند داد (ibid: 309).

بحث دیگری که دراین‌باره مطرح شده این است که آیا خوانده می‌تواند هم‌زمان هر دو شیوه برآورد خسارت (زیان اعتماد، زیان ناشی از انتظار یا توقع) را درخواست کند که نظر عمده، عدم امکان چنین درخواستی است، چراکه آن را دو جبران برای یک خسارت می‌دانند (Boella, ET al, 2007: 179). همچنین این بحث در پرونده « Anglia television v reed in 1972» مطرح و لرد دنینگ[1] اظهار داشت که خواهان نمی‌تواند هر دو را تقاضا کند و باید بین دو خواسته خود انتخاب کند. ولی در پرونده (Johan v. Helen) دادگاه بیان داشت درصورتی‌که خسارت ناشی از توقع بر مبنای واحدی حساب‌شده باشد، جمع میان این دو خواسته ممکن خواهد بود (Roach, 2012: 310).

1. lord denning.

معمولاً در نظام کامن لا و از جمله حقوق انگلستان خسارات را در دو دسته دسته‌بندی می‌کنند که دسته اول را باید خساراتی دانست که معین می‌باشند، خواه توسط طرفین قرارداد (وجه التزام) یا توسط قوانین موضوعه تعیین شده باشند. دسته دیگر خساراتی هستند که میزان آن‌ها نامعین می‌باشد و دادگاه میزان آن‌ها را مشخص می‌کند (Fisher et al, 2007: 414) ازآنجاکه در این نظام، هدف از خسارت جبران زیان‌های وارده به فرد به‌جای مجازات مدنظر می‌باشد روش‌های اندازه‌گیری خسارات در قراردادها با جرایم متفاوت است. اصل اساسی تخمین و برآورد خسارات در قراردادها، خسارات ناشی از توقع است، اما در برخی شرایط، خسارات ناشی از اعتماد و خسارات مربوط به اعاده جایگزین آن می‌شوند؛ مثلاً در یک مورد که خسارت ناشی از اعتماد می‌تواند مناسب‌تر باشد موردی است که خواهان نتواند ثابت کند چه عوایدی می‌توانست داشته باشد اگر قرارداد اجرا می‌شد؛ بنابراین خواهان هرچند درنهایت باید به یکی از این دو شیوه برای استرداد خسارات خود متوسل شود، تا زمانی که امکان توسل به خسارت ناشی از توقع باشد، دستیابی به خسارت ناشی از اعتماد کم‌اهمیت‌تر است (Kolah, 2013: 47).

به‌طور کلی در موارد زیر استفاده از خسارت ناشی از اعتماد نسبت به روش دیگر بهتر است:

۱. خواهان نمی‌تواند منافع ازدست‌رفته خود را با دلایل قطعی ثابت کند، ولی حداقل می‌تواند هزینه‌های تلف‌شده‌اش را ثابت کند.

۲. خواهان در قرارداد زمینی، خریدار می‌باشد و اقامه دعوا می‌کند مبنی بر این‌که فروشنده به واسطه اقداماتی از انتقال مال به او خودداری می‌کند و صلاحیت قانونی معتقد است که زیان ناشی از توقع در این فرض در دسترس نیست. وجود دو نهاد زیر در این مقررات ما را به این باور می‌رساند:

۱. خسارات ضمنی[1] به خریدار اجازه می‌دهد که تمام خسارات ضمنی خود را که خسارات ناشی از توقع و اعتماد نیز می‌باشند استرداد کند.

۲. خسارات تبعی[2] که گفته شده است اگرچه مفهوم آن‌همه خسارت ناشی از توقع را پوشش نمی‌دهد، اما در مورد خسارات ناشی از اعتماد کارآمد است (Emanuel, 2010: 311 _ 317).

۵. مبانی مسئولیت قراردادی در فقه امامیه

در کتب و نصوص فقهی اعم از شیعه و اهل سنت مسئولیت مترادف ضمان به کار رفته است (عمید زنجانی، ۱۳۸۹: ۴۲؛ زحیلی، ۲۰۰۸: ۱۵؛ خفیف، ۲۰۰۰: ۸ به بعد). فقه اسلامی همگام با مکاتب حقوقی پیش‌رو، ضمان و مسئولیت قراردادی را بر اساس اصول متقن و موردقبول عقلا پذیرفته و حتی در برخی موارد هم در ارائه نظریات نوین در این عرصه پیشگام بوده است، با این توضیح که جبران خسارت درفقه اسلامی، دارای دوحکم وضعی وتکلیفی است؛ حکم وضعی مبنی برضمانت و مسئولیت شخص ضررساننده به جبران خسارت وارده وحکم تکلیفی مبنی بر آن‌که جبران خسارت شرعاً و به مقتضای آیات و روایات بروی واجب است وعدم جبران خسارت، عقاب اخروی به دنبال دارد (شهباز قهقرجی، ۱۳۹۳: ۸۶). دراین قسمت تعدادی ازقواعد فقهی بررسی می‌شوند که مشخص شود آیا می‌توان برمبنای این قواعد راهی برای جبران این نوع زیان‌ها یافت؟

۱.۵. آیات

در فقه اسلامی هزینه‌ها و خسارات ناشی از اعتماد، مبتنی بر قاعده فقهی جواز مقابله

1. incidental damage.
2. consequential damage.

به مثل که برگرفته از آیه شریفه ﴿فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيكُمْ﴾[1] قابل مطالبه‌اند، زیرا با نقض قرارداد توسط طرف دیگر، این هزینه‌ها بدون استفاده بر دست طرف دیگر می‌ماند و سبب آن هم ناقض قرارداد بوده و مقابله به مثل آن به پرداخت مثل آن است. این قاعده قابلیت دارد خسارات منتظره را نیز فرابگیرد (فروشانی و دیگران، ۱۳۹۴: ۱۳). به مقتضای این آیه، اتلاف مال غیر بدون رضایت او اعتدائی است بر او که شارع مقابله به مثل آن را مجاز شمرده است و مقابله به مثل در مثلی دریافت مثل و در قیمی قیمت آن است. در این صورت کسی که قرارداد را نقض می‌کند، مسئول جبران خسارات وارده است. برای همین است که از منظر برخی فقیهان اگر فردی دیگری را زندانی کند و سبب شود او از انجام کار بازبماند، فرد محبوس می‌تواند مانند آنچه را از دست داده است که برابر با خسارت وارد شده است، از مسبب آن درخواست کند (حسینی عاملی، ۱۴۱۹ق: ج۱۸، ۴۷).

۲.۵. قاعده اتلاف

با این‌که از عبارات برخی فقها چنین مستفاد است که قواعد فقهی در باب ضمانات، از قبیل اتلاف و تسبیب صرفاً در مورد اتلاف مال جریان می‌یابد و اگر نتیجه تخلف از اجرای تعهّد، از بین رفتن مال موجود نباشد، چنین تخلفی، مسئولیت مدنی و ضمانی در پی نخواهد داشت؛ به عبارت دیگر برخی اتلاف را فقط شامل اتلاف حقیقی و نابود شدن مال می‌دانند و عدم النفع را مشمول خسارت نمی‌دانند (علامه حلی، ۱۳۸۸: ۳۸۲)، ولی نظریه‌های متقن و نوین، اتلاف حکمی را که اصل مال از بین نمی‌رود بلکه مالیت آن از بین می‌رود و نیز عدم النفع را مشمول این قاعده دانسته‌اند که به نظر می‌رسد نظریه اعم درست باشد (محقق داماد، ۱۳۹۰: ج۱، ۱۱۱؛ وحدتی شبیری، ۱۳۸۵: ۱۷۶).

---

۱. بقره، آیه ۱۹۴.

خسارت عدم النفع از منظر فقه شیعه عبارت از خسارت ناشی از محرومیت از نفعی است که در صورت فقدان فعل زیان‌بار، یا اجرای تعهد به وسیله متعهد له پدید می‌آید اعمّ از این‌که نفع مذکور ناشی از مال معین یا شخص معینّ باشد یا نفعی باشد که صرفاً از انجام عمل مورد تعهد حاصل می‌شود (نقیبی و زارچی پور، ۱۳۹۷: ۱۲۳).

درمورد شمول قاعده اتلاف وتسبیب نسبت به تفویت منافع مسلم دراثرنقض تعهد برخی بر این باورند که این دوقاعده ناظربه تلف عین اموال موجود ومسئولیت قهری است وربطی به مسئولیت قراردادی ندارد؛ بدین دلیل که درمسئولیت قراردادی بیشترمسئله تفویت منافع مطرح است وتفویت منافع مورد انتظارازقرارداد، تفویت عین مال موجود محسوب نمی‌شود.

نظریه مقابل این‌که به دوقاعده درجبران تفویت منافع مسلم ناشی ازنقض قرارداد، می‌توان استنادکرد، زیرا اولاً، به لحاظ ماهوی ومبنایی بین مسئولیت قهری وقراردادی تفاوت اساسی وجود ندارد. ازاین‌رو درمنابع فقهی نیزتفکیکی دراین خصوص صورت نگرفته است؛ ثانیاً، هرچند بیشتر فقها مطالبه خسارت را به تلف عین مال منحصر کرده‌اند، برخی دیگر از فقها در این زمینه با نظرمشهورمخالف‌اند ودامنه مسئولیت را به عدم النفع نیز سرایت داده‌اند و مسئولیت منافع ممکن الحصول کاملاً مقبول قرار گرفته است (جزایری، ۱۴۱۷ق: ج۳، ۲۷۴؛ وطنی و دیگران، ۱۳۹۴: ۱۴۹ و ۱۵۰).

مرحوم مراغی از فقیهانی است که در مواردی که مال بالفعل موجود باشد یا حتی بالقوه نزدیک به فعل نیز موجود باشد، بر این باور است که اگر کسی موجب تفویت و عدم حصول این‌چنین منافعی گردد، ضرر شمرده می‌شود و باید جبران گردد (حسینی مراغی، ۱۴۱۷ق: ج۱، ۳۱).

در نمونه‌ای دیگر، وقتی درعقد اجاره موجرمورد اجاره را تسلیم نمی‌کند، منفعتی را که به تملیک مستأجردرمدت زمان معین درآمده است را تفویت می‌نماید ودرنتیجه

مال دیگری را تلف کرده است و ضامن آن است (یزدی، ۱۴۲۰: ج۵، ۴۶). بر طبق نظر اول، برخی بزرگان امامیه به مناسبت‌های مختلف، خسارت را به جهت این‌که مالی بالفعل تلف نشده است، قابل مطالبه نمی‌دانند (محقق حلی، ۱۴۰۹: ج۳، ۱۸۴).

۵. ۳. قاعده احترام اموال، منافع و اعمال مسلمان

به نظر می‌رسد قاعده‌ای که با شمول خود بتواند قابل جبران بودن کلیه خسارات را در فقه اسلامی دربربگیرد و جهت اثبات عامل زیان بتوان به آن استناد نمود، قاعده «احترام اموال، منافع و اعمال مسلم» است که مستند به روایاتی از قبیل «حرمة مال المؤمن کحرمة دمه» و «لا یحل مال امرئ مسلم إلّا بطیب نفسه» است؛ علاوه بر آن‌که سیره عقلا در تمامی زمان‌ها و مکان‌ها بر آن جاری شده است (مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۱۴۵) که زیان‌دیده می‌تواند مخارج را که برای اجرای تعهدات قراردادی هزینه نموده و نیز آنچه از قرارداد مورد نظر توقع و انتظار داشته و به اتکای انجام قرارداد، متضمن خسارت گردیده را مطالبه نماید.

برای نمونه اگر در عقد مزارعه، عامل زراعت را ترک کند، برخی فقیهان این عامل را ضامن معادل حصه تعیین‌شده دانسته‌اند، زیرا آن حصه به واسطه عقد متعلق حق مالک قرار گرفته که عامل آن را تفویت کرده است (یزدی، ۱۴۲۰ق: ج۵، ۳۰۸).

۵. ۴. قاعده لا ضرر

از جمله قواعد کلی که در موارد بسیاری مورد استناد واقع گردیده قاعده لا ضرر است. با استفاده از این قاعده احکام اولیه‌ای که منشأ ضرر هستند برداشته می‌شوند و مدرک این قاعده احادیث و اخباری است که بر مبنای نظر بیشتر فقها به تواتر می‌رسند. از جمله این اخبار، داستان سمرة بن جندب است که در انتهای آن پیامبر ﷺ چنین فرموده است: «انک رجل مضار و لا ضرر و لا ضرار» (کلینی، ۱۴۲۹:

ج۱۰، ۴۸۶؛ ایروانی، ۱۴۱۷: ج۱، ۹۰). البته مهم‌ترین مستند نفی احکام ضرری، عقل است و مدلول این قاعده جزء مستقلات عقلیه است (محقق داماد، ۱۳۹۰: ج۱، ۱۳۱). برخی فقها قاعده لا ضرر را به نحو مضیق تفسیر نموده و معتقدند این قاعده صرفاً نفی حکم می‌نماید و اثبات حکم از جمله حکم ضمان و جبران خسارت نمی‌نماید (بجنوردی، ۱۳۸۹: ج۱، ۲۰۰؛ نراقی، ۱۴۱۷: ج۱، ۵۵). بدیهی است ارائه چنین تفسیری این قاعده را با موجبات ضمان و مسئولیت مدنی بی‌ارتباط می‌کند (خادم سربخش و دیگران، ۱۳۹۲: ش۱۲، ۳۹).

در مقابل برخی این قاعده را دارای مفهوم عامی می‌دانند که علاوه بر نفی و ممنوعیت ضرررساندن به دیگران، در ضمان و لزوم جبران خسارت، نیز قابل استناد است (طباطبائی، ۱۲۹۲: ج۲، ۳۰۲؛ بهبهانی، ۱۴۱۵: ۲۵۰؛ حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ج۱، ۳۲۲؛ مکارم شیرازی، ۱۴۱۱: ج۱، ۸۶). آنچه نظر دوم را پشتیبانی می‌کند التفات به مذاق شارع است که عدم جعل حکم در چنین مواردی خود مصداق حکم ضرری است و روایتی از پیامبرﷺ نیز در زمینه حق شفعه وجود دارد که در مورد آن وضع و جعل حکم صورت گرفته و مهم‌تر از همه بنای عقلا بر این استوار است که عامل زیان را مسئول جبران خسارت می‌دانند (محقق داماد، ۱۳۹۰: ۱۶۰ و ۱۶۱)؛ بنابراین منطقی به نظر نمی‌رسد که نقش قاعده تنها رفع احکام باشد. مرحوم سید یزدی ثبوت حق طلاق را در صورت عدم پرداخت نفقه و زندانی شدن زوج برای حاکم قائل شده‌اند و علت آن را چنین ذکر کرده‌اند که عدم ثبوت حق طلاق برای حاکم موجب می‌شود که زوجه متحمل ضرر گردد و به او ضرر وارد شود و عدم ثبوت حق طلاق به‌وسیله حدیث لا ضرر برداشته می‌شود و در نتیجه وقتی عدم ثبوت حق طلاق نفی شد، ثبوت حق طلاق برای حاکم ثابت می‌گردد (یزدی، ۱۴۱۴: ج۱، ۷۵). به منظور اثبات مسئولیت‌های ناقض تعهد قراردادی در استناد به قاعده «لا ضرر» باید اولاً، جلوگیری

از رسیدن نفع مسلم به شخص که بارزترین مصداق خسارت ناشی از تخلف از اجرای تعهد است، از نظر عرف ضرر پنداشته شود (وطنی و دیگران، ۱۳۹۴: ۱۵۰). ثانیاً، این‌که عبارت لا ضرر علاوه بر نفی احکام ضرری، مواردی را نیز که از نبود حکم، ضرر لازم می‌آید، تحت پوشش قرار دهد؛ یعنی شامل احکام عدمی هم گردد و نقش اثباتی نیز ایفا کند (محقق داماد، ۱۳۹۰، ج۱، ۱۶۰). به نظر می‌رسد با توجه به این‌که مدرک اصلی این قاعده دلیل عقل بوده و قاعده لا ضرر از مستقلات عقلیه است. برخی نیز بر این باورند که عدم النفع خود از مصادیق ضرر است، نه آن‌که سبب و منشأ ضرر باشد که لاجرم طبق قاعده لا ضرر باید تدارک و جبران شود (شکاری، ۱۳۸۰: ش۵: ۱۰۱ به بعد). این اختلافات در نویسندگان حقوقی نیز وجود دارد، چراکه بعضی نویسندگان معتقدند مورد قاعده احکامی است که منشأ ضرر هستند، نه تدارک ضرر به‌وجودآمده خارجی (گروه مؤلفان، ۱۳۸۵: ج۴۵، ۱۹۰) و برخی دیگر معتقدند، این قاعده می‌تواند در جای‌جای فقه اسلامی کاربرد داشته باشد و در موارد ضروری، به‌عنوان مخصص حکم کلی به شمار آید. به همین دلیل، در هیئت ترکیبیه حدیث و مبانی برگرفته از آن، بی‌انصافی است اگر قاعده را به باب خاصی همچون ارث یا تنها به مورد خاص خودش (جریان سمره) و امثال آن اختصاص دهیم (مهریزی، ۱۳۷۹: ش۱، ۷۸). در نظری دیگر گفته شده همه نظریات مطرح‌شده در باب مفاد قاعده لا ضرر با این پیش‌فرض است که عمده مستند این قاعده، حدیث لا ضرر در جریان قضیه سمره است، ولی باید گفت بر خلاف تلقی مزبور، وقتی بحث از اضرار دیگران مطرح می‌شود، مراجعه به دلیل عقل دو حکم را فرا روی ما قرار می‌دهد: ۱. حرمت اضرار به غیر. ۲. وجوب تدارک ضرر در صورت ایراد زیان از سوی واردکننده زیان. بنابراین با اثبات جنبه اثباتی قاعده لا ضرر و جریان آن در احکام عدمی، در مواردی که در اثر فعل یک شخص زیانی بدون مجوز شرعی به دیگری وارد

می‌آید و مصداق هیچ‌یک از موجبات معهود ضمان قهری نیست، جبران آن با استناد به قاعده لا ضرر امکان‌پذیر خواهد بود (بادینی و دیگران، ۱۳۹۲: ش۳، ۲۶).

به نظر می‌رسد در این بحث چون فقیهان عدم النفع را ضرر نمی‌دانسته‌اند آن را ضمان‌آور تلقی نکرده‌اند، ولی بنابر نظر عده‌ای دیگر چنانچه عدم النفع موجبات و مقدماتش کامل شده باشد، ضرر به شمار می‌رود (نائینی، ۱۳۷۳: ج۲، ۱۹۹). برخی محققان مصداق دانستن عدم النفع را برای ضرر وابسته به عرف کرده و گفته‌اند: اگر در زمان و مکانی این‌گونه محروم شدن‌ها از منافع ضرر تلقی گردد، می‌تواند به استناد قاعده لا ضرر قابل جبران دانسته شود؛ برای نمونه فوت منافع ناشی از عدم انجام تعهد در عرف امروز ضرر تلقی می‌گردد و می‌تواند مشمول قاعده لا ضرر قرار گیرد (کرمی، ۱۳۹۱: ۱۰۵).

۵. ۵. قاعده غرور

فقیهان امامیه در بحث قاعد غرور بر این باور هستند برای این‌که مسئولیت از ناحیه غرور تحقق پیدا کند، زیان‌بار بودن فعل شرط می‌باشد که یا می‌تواند به این عنوان باشد فردی مال دیگری را به فروش برساند یا این‌که وانمود کند اذن دارد و از سوی صاحب اذن دارد معامله را محقق می‌کند (میرزای قمی، ۱۳۷۱: ۱۰۵).

در عقدی که فاسد باشد نیز اگر کسی که آگاه به فساد معامله است، به معامله اقدام کند نیز این معامله از مصادیق غرور به شمار می‌آید و در نتیجه هزینه‌هایی که طرف مقابل برای این معامله پرداخت می‌کند مانند حق دلالی و... قسمتی از خسارت به شمار می‌رود و اگر طرف ناآگاه از فساد معامله اعمالی را انجام داده باشد که از منظر عرف برای آن‌ها حق‌الزحمه پرداخت می‌شود، در این صورت نیز می‌تواند از فردی که وی را فریب داده است، خسارت را مطالبه کند (یزدی، ۱۳۸۷: ۱۸۳).

۵. ۶. قاعده اقدام

اگر کسی با علم و قصد و رضایت، ضرر یا ضمانی را بپذیرد، هیچ کس ضامن او نخواهد بود. همچنین هرگاه شخصی با آگاهی به غبن فاحش، اقدام به فروش یا خرید یا اجاره چیزی کند، نه حق خیار فسخ دارد و نه می‌تواند خسارت مطالبه کند، زیرا خودش به زیان خویش اقدام کرده است (یزدی، ۱۴۲۰ق: ج۵، ۳۵). هرچند برخی فقیهان مانند آخوند خراسانی و امام خمینی بر این باور هستند که قاعده اقدام نمی‌تواند مستند ضمان باشد (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶: ۳۰۱؛ خمینی، ۱۴۲۱: ۴۰۳)؛ ولی محکم‌ترین دلیلی که قاعده اقدام را به اثبات می‌رساند، ادله عقلی است؛ وگرنه در قرآن و روایات دلیلی دراین‌باره یافت نمی‌شود (انصاری، ۱۳۷۹: ج۳، ۱۰۳). در خصوص بحث حاضر نیز می‌توان از این قاعده چنین نتیجه گرفت که هرگاه متعهد له با علم و اطلاع، کاری را که نباید انجام دهد، انجام دهد یا کاری را که باید انجام دهد، ترک نماید و در اثر این اقدام متعهد نتواند تعهدات قراردادی‌اش را انجام دهد و از این راه ضرری متوجه متعهد له شود، هیچ‌کس جز او مسئول زیان وارده نخواهد بود (اصغری آقمشهدی و جلیل‌پور، ۱۳۹۰: ۲۰۵). مثلاً وقتی موجر مورد اجاره را تسلیم نمی‌کند، منفعتی را که به تملیک مستأجر در مدت زمان معین در آمده است را تفویت می‌کند و در نتیجه مال دیگری را تلف کرده است و ضامن آن است. این مسئولیت ـ فقط ـ نتیجه مستقیم عدم اجرای تعهد نباید دانسته شود؛ بلکه نتیجه اتلاف مال غیر است. همچنین در جایی که کسی اجیر دیگری شده باشد، در مدت زمان اجاره برای شخص ثالث یا خود کار کند، به طوری که این عمل با انجام مورد تعهد قابل جمع نباشد، گفته‌اند مستأجر می‌تواند اجرت المثل منفعت مورد عقد اجاره را از اجیر یا شخص ثالث در خواست کند (یزدی، ۱۴۲۰ق: ج۵، ۴۶ و۸۲؛ فروشانی و صفری، ۱۳۹۴: ۶۰).

۷.۵. تسبیب[۱]

باید دانست که ملاک و مدار مسئولیت، صدق عرفی صدور فعل از عامل فعل زیان‌بار است (حسینی مراغی، ۱۴۱۷: ج۲، ۴۳۶). اجیر خاص باید در زمان اجاره تمام منافعش متعلق به مستأجر باشد و حق ندارد برای دیگری کار کند، در غیر این صورت مستأجر حق دارد که با فسخ قرارداد از اجیر اجرت المسمی را مطالبه نماید یا این‌که ضمن باقی گذاشتن قرارداد منافع از دست رفته را خواستار شود. در این رابطه این سؤال مطرح است که آیا مستأجر می‌تواند از شخص ثالث که اجیر برای او کار کرده عوض منافع را مطالبه نماید. یزدی دراین‌باره جوابش منفی است، زیرا سبب اتلاف منافع اجیر است نه شخص ثالث، اما برخی دیگر بر این باورند که اگرچه اجیر مباشر اتلاف است، لکن با عنایت به این‌که شخص ثالث عمل اجیر را استیفا نموده، ضمان استیفا در این مورد محقق است و می‌توان وی را در مقابل مستأجر ضامن دانست (محقق داماد، ۱۳۹۰: ج۱، ۱۲۶). درمواد ۳۱۱ و۳۳۹ الی ۳۳۲ق. م. نیزبدین قاعده اشاره شده است؛ بنابراین با استناد به این قاعده می‌توان ناقض را به پرداخت خسارت ناشی ازعدم دریافت منافع مورد انتظاروی ازقرارداد نقض شده، محکوم نمود، زیرا انعقاد قراداد و الزام‌آور بودن آن زیان‌دیده را ازانعقاد قرارداد با دیگری بازداشته وبه سبب نقض قرارداد زیان‌دیده از دریافت منافعی که برای کسب آن‌ها مبادرت به انعقاد قرارداد نموده، محروم گشته است.

---

۱. فقها عمدتاً تسبیب را ذیل قاعده اتلاف بیان می‌دارند به این دلیل که تسبیب نیز از مصادیق اتلاف است منتها اتلاف به‌صورت مستقیم منجر به خسارت مالی می‌گردد، ولی در تسبیب زیان به‌واسطه عمل مسبب صورت می‌گیرد. تسبیب بدان معناست که شخص مستقیماً علّت تلف مال نباشد، لیکن زمینه تلف را فراهم نموده باشد. محقق حلی سبب را این‌گونه تعریف می‌کند: «سبب چیزی است که اگروجود نداشته باشد تلف حاصل نخواهد شد، اما علت تلف چیزدیگری است مانند کندن چاه، نصب چاقو و انداختن سنگ» (محقق حلی، ۱۴۰۸: ج۴، ۲۳۷).

ممکن است اشکال شود موضوع تسبیب و اتلاف، تلف مال است، منفعت محتمل الحصول یا عدم النفع به جهت آن‌که احتمالی بوده و موجود نیستند، صدق عنوان مال بر آن‌ها محل اشکال است (خوئی، ۱۴۱۸ق: ج۳۱، ۲۵۹ ـ ۲۶۰) که در پاسخ گفته شده است: به نظر می‌رسد هم بحث اسباب ضمان و هم بحث موضوع آن، از جمله مباحث عرفی و موضوعی است. بر طبق عرفی که می‌توان آن را جهانی دانست، هم مالِ آینده در حکم مال موجود تلقی می‌شود و هم نقض قرارداد سبب ضمان به شمار می‌آید (نعمت اللهی، ۱۳۹۵: ۱۴۷).

خسارت عدم نفع در استفتائات

در سؤالی از یکی از فقیهان پرسیده شده است: سؤال ۳۳۵۳: «شخصی اتومبیل پلاک موقت را فروخته است و در قرارداد مقرر شده که فروشنده حداکثر تا یک ماه دیگر اتومبیل را پلاک کرده و سند آن را انتقال دهد، اما فروشنده به تعهد خود عمل نکرده تا این‌که هشت ماه طول کشیده و اتومبیل بدون استفاده در پارکینگ خریدار متوقف مانده است. خریدار هم از طریق مراجع قانونی، اتومبیل را پلاک کرده و سند آن را به نام خود انتقال داده است. با توجه به این‌که عدم اجرای تعهدات فروشنده، باعث خساراتی به خریدار شده است؛ از جمله بدون استفاده ماندن، افت مدل، پایان بیمه اتومبیل و... که کارشناس رسمی دادگستری در نهایت خواب اتومبیل را روزی شش هزار تومان برآورد کرده است، حال آیا مبلغ مذکور به عنوان عدم نفع یا خسارت ناشی از عدم انجام تعهّد قابل وصول است؟ آیا خسارت عدم نفع با خود عدم نفع تفاوت دارد؟ جواب: اگر شرط کرده باشد در ضمن عقد معامله که در صورت تخلّف، خیار فسخ داشته باشد، می‌تواند معامله را فسخ کند و اگر عدم امکان استفاده از ماشین که ملک اوست مستند به تعلّل فروشنده در گرفتن پلاک باشد، اجاره مدت بی‌کار ماندن ماشین را ظاهراً فروشنده ضامن است (منتظری، ۱۳۸۴: ج۳، ۲۳۲).

در سؤال دیگری از فقیهی دیگر پرسیده شده است: سؤال ۱۳۱۵ - نظر معظّم له در رابطه با اخذ خسارت عدم النفع (از نوع منفعت قریب الحصول، یا متوقّع الحصول) چه می‌باشد؟ لطفاً حکم مصادیق زیر را بیان فرمایید:

الف) راننده‌ای با اتومبیل خود کار می‌کند. بر اثر تصادف و خسارت وارده، نتوانسته به مدت چهار ماه کار کند، و به نظر کارشناسان چهار ماه هم برای تعمیر و راه‌اندازی خودروی مزبور وقت لازم است. آیا راننده اتومبیل می‌تواند علاوه بر هزینه تعمیر، خسارت عدم النفع متعارف این چهار ماه را از مقصِّر حادثه مطالبه نماید؟ ب) هرگاه کسی که حرفه رسمی او طبابت، یا جرّاحی، یا هر شغل دیگری است، بر اثر صدمه بدنی عمدی، یا غیرعمدی، از کار افتاده شود و به تشخیص کارشناسان تا آخر عمر توانایی کار کردن و کسب درآمد متعارف را از دست بدهد، آیا می‌تواند علاوه بر دیه، درآمد ماهیانه‌اش را در حدّ متعارف از مقصِّر حادثه طلب کند؟ ج) شخصی با ارتکاب اعمالی نظیر آدم‌ربایی، طرح شکایت واهی منتهی به بازداشت، ارائه مدارک جعلی به دادگاه، و کسب مجوّز برای توقف عملیات ساختمانی و مانند آن، بدون آن که صدمه بدنی به طرف وارد نماید، او را از کار و زندگی انداخته، و موجبات اضرار وی را فراهم نموده است؛ به گونه‌ای که دقیقاً قابل تقویم به مبلغ قابل توجّهی می‌باشد. آیا متضرّر می‌تواند بابت مدتی که نتوانسته کار کند و بازداشت بوده، یا بابت مدتی که خانه دیرتر برای اجاره آماده شده، مطالبه خسارت نماید؟ د) آیا اولیای دم واجب النفقه مقتول که بعد از وقوع قتل از دریافت مستمرّی و نفقه محروم شده‌اند، می‌توانند تا مدت زمانی که عرفاً و قانوناً مستحقّ نفقه بوده‌اند، علاوه بر دیه، به میزان نفقه معمول مطالبه خسارت نمایند؟ مثلاً همسر مقتول تا زمانی که شوهر ننموده و فرزندان صغیر مقتول تا زمانی که بالغ و متمکّن نشده‌اند، حقّ مطالبه خسارت دارند؟ جواب: در مواردی که دیه گرفته می‌شود پرداختن خسارت دیگری لازم نیست، ولی در مواردی که اتومبیل

کرایه خسارت دیده، یا شخص کارگر و کارمندی از کار بازداشته شده، یا ساختمانی بی‌جهت توقیف شده، در تمام این موارد باید اجرت المثل پرداخته شود (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق: ج۳، ۴۹۰).

۶. جبران خسارت در نظام حقوقی ایران

در فقه امامیه و حقوق ایران، شیوه جبرانِ پرداخت خسارت نمی‌تواند از جایگاهی معادل آنچه در کامن لا دارد برخوردار باشد، زیرا در نظام حقوقی کامن لا، اولین شیوه جبران نقض قرارداد، پرداخت خسارت است و اجرای عین قرارداد، شیوه جبرانیِ ثانوی و استثنایی تلقی می‌شود؛ بنابراین خیلی منطقی است که پرداخت خسارت از جایگاه برتر و مهمی برخوردار باشد، اما در نظام فقهی و حقوقی ایران، اولین شیوه جبران نقض قرارداد، الزام به اجرای عین تعهد است و پرداخت خسارت شیوه فرعی و ثانوی تلقی می‌شود (نعمت‌اللّهی، ۱۳۹۵: ۱۴۴). با این حال، در قوانین ایران نیز بر حق مطالبه خسارت ناشی از نقض تعهدات قراردادی، تأکید شده است. در ماده ۲۲۱ قانون مدنی تصریح شده است: «اگر کسی تعهد اقدام به امری را بکند یا تعهد نماید که از انجام امری خودداری کند، در صورت تخلف مسئول خسارت طرف مقابل است، مشروط به این‌که جبران خسارت تصریح شده یا تعهد عرفاً به‌منزله تصریح باشد یا برحسب قانون موجب ضمان باشد». همچنین در ماده ۲۲۷ و ۲۲۸ این قانون و نیز ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی این حق مورد تصریح قرارگرفته است (وطنی و دیگران، ۱۳۹۴: ۱۳۴). تفاوت دیدگاه اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی و کنوانسیون قراردادهای بیع بین‌المللی کالا با قانون مدنی ایران در این است که بر اساس این دو سند بین‌المللی، جبران خسارات مطلق است و نیازی به درج شرط جبران خسارت در ضمن قرارداد نمی‌باشد، اما در قانون مدنی ایران در انتهای ماده ۲۲۱ جبران خسارت منوط شده «بر

جبران خسارت تصریح شده یا تعهد، عرفاً به‌منزله تصریح باشد یا برحسب قانون، موجب ضمان باشد» (وطنی و دیگران، ۱۳۹۴: ۱۴۲). لازم به ذکر است که برخی قواعد مخصوص به ضمان قهری قابلیت استناد در ضمان عقدی را دارد.

۱.۶. نقش تقصیر در مسئولیت قراردادی از دیدگاه حقوق ایران

برخی مفاهیم مانند «تقصیر» حقیقت شرعیه نداشته و آنچه فقها بیان داشته‌اند، به‌عنوان فردی عرفی و درواقع بیان تعریف موجود دربین مردم است. تقصیر در مسئولیت قراردادی، از جمله موضوعاتی است که به لحاظ عدم صراحت قوانین و مقررات مرتبط و قانون‌گذاری‌های متشتت، همواره محل اختلاف بوده است. به نظر می‌رسد تقصیر در مسئولیت قراردادی یک مفهوم شخصی نیست، بلکه تقصیر دارای مفهوم نوعی است؛ یعنی هر انسان متعارفی که پیمان می‌بندد به مفاد آن ملتزم و پایبند است و نقض تعهد عملی است خلاف رفتار انسان متعارف و به تبعیت از خواست متعاقدین، تقصیر به شمار می‌رود. در مبحث خسارات حاصل از انجام تعهد در قانون مدنی سخنی از تقصیر متعهد به میان نیامده و فقط از عهدشکنی و عدم انجام تعهد بحث شده است. از سوی دیگر اثبات بی‌تقصیری متعهد از مسئولیت او نمی‌کاهد و برای فرار از مسئولیت باید دخالت حادثه خارجی را اثبات نماید. بدین جهت این گمان به وجود آمده که آیا در عهدشکنی نیز تقصیر متعهد شرط است یا این‌که صرف عدم ایفای تعهد برای اثبات مسئولیت کافی است؟ (نصیری، ۱۳۸۷: ش۷۱، ۳) درعین‌حال در حقوق ایران جز در موارد استثنا شده مانند اتلاف، مسئولیت مدنی بر تقصیر وابسته است[1] (وحدتی شبیری، ۱۳۸۵: ۲۱۹).

۱. قانون مدنی در مواد ۳۳۳، ۳۳۴، ۳۳۵ و قانون مسئولیت مدنی در مواد ۱، ۴، ۷، ۱۱، ۱۲ و از قانون مجازات اسلامی پیشین مواد ۳۳۶، ۳۵۰، ۳۵۲، ۳۵۷، ۳۵۹.

اصولاً در تحقق مسئولیت مدنی قراردادی، صرف عدم ایفای تعهد برای تحقق ضمان عقدی کافی است و زیان‌دیده (متعهد له) به اثبات عنصر معنوی و تقصیر اخلاقی (سرزنش‌پذیر بودن عمل) نیازی ندارد و تقصیر قراردادی به مفهوم عام کلمه اصولاً برای تحقق مسئولیت کافی است. در ماده ۲۲۱ قانون مدنی، مطلق تخلف از ایفای تعهد قراردادی، ضمان‌آور معرفی شده و به استثنای شرط مندرج در انتهای ماده، شرط دیگری به‌عنوان عنصر معنوی تقصیر (مانند لزوم احراز مسامحه، بی‌احتیاطی و سرزنش‌پذیر بودن عمل در نظر عرف) لازم دانسته نشده است و مقنن، صرف نقض عهد را برای تحقق مسئولیت کافی دانسته است. سکوت قانون‌گذار در مقام بیان و عدم شرطیت، مثبت این ادعاست. طبق مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ ق. م. تنها مستمسکی که متعهد می‌تواند برای خلاصی از مسئولیت مدنی بدان دست پیدا کند، اثبات رابطه سببیت میان حادثه خارجی (صورت خاصی از بی‌تقصیری) و عدم ایفای تعهد است. این حکم، مؤید آن است که اثبات مطلق بی‌تقصیری، به حال متعهد سودی ندارد و متعهد متخلف باید دخالت عامل خارجی را اثبات کند تا فرض قانون‌گذار مبنی بر مسئولیتش را بی‌اثر کند؛ ازاین‌رو باید گفت مسئولیت مدنی قراردادی نسبت به ارتکاب یا عدم ارتکاب تقصیر مفهوم خاص تقصیر مفهومی لابشرط و مطلق است. این ایراد که چون بی‌تقصیری، امری عدمی است، پس اثبات آن امکان‌پذیر نیست، وارد نیست؛ زیرا امر عدمی هرچند مستقیماً اثبات شدنی نیست، در مواردی اثبات آن از طریق اثبات ملازم وجودی آن امکان‌پذیر است (اصلانی، ۱۳۸۴: ش۱۵ و ۱۶، ۷۰). چنان‌که برخی نیز معتقدند هرچند عرف تقصیر را در احراز استناد عرفی فعل به شخص مؤثر می‌داند و یکی از راه‌های احراز استناد عرفی فعل به عامل آن تقصیر است، این به آن معنا نیست که تقصیر برای تحقق مسئولیت مدنی موضوعیت دارد؛

به طوری که در صورت انتفای آن مسئولیت مدنی نیز منتفی شود، بلکه تقصیر در حقوق اسلامی راهی برای احراز و کشف استناد عرفی فعل زیان‌بار به عامل آن است (باریکلو، ۱۳۸۹: ۵۵).

در فرانسه نیز به این نظریه انتقاداتی وارد شده است؛ ازجمله ساواتیه[1] از نظریه خطر حمایت کرده است و معتقد است: «حقوق امروز ما به این سمت گرایش دارد که هر زیان‌دیده‌ای مطمئن باشد خسارت وارده به او واقعاً جبران خواهد شد» (Benabent, 1991: 395). به همین دلیل گروهی از حقوق‌دانان بر اساس نظریه «قابلت استناد» حتی معتقد به عدم نیاز به اثبات تقصیر در هیچ‌یک از دو مسئولیت قراردادی و قهری شده‌اند و معتقدند برای اثبات مسئولیت، لازم نیست تفاوتی بین این دو نوع مسئولیت قائل شویم؛ درنتیجه ضرورتی ندارد این دو مسئولیت را از هم متمایز نماییم (مبین، ۱۳۹۰: ۱۵۹).

۲.۶. شروط ضمن عقد[2]

قاعده فقهی شروط می‌تواند در مورد خسارات قراردادی که از طریق ضمان قهری قابل تدارک و جبران نیستند مبنای فقهی مناسبی باشد و با شمول خود خسارات قراردادی را دربرگیرد؛ بدین معنا که طرفین برای ضمانت اجرای تعهدات طرف مقابل اقدام به پیش‌بینی خسارات نمایند و شیوه تعیین این خسارات به‌وسیله کارشناس سپرده شود یا این‌که به شکل مقطوع مشخص گردد؛ چنانچه در قرارداد بیع بر یکی از طرفین شرط شود در صورت تأخیر در تحویل ثمن یا مثمن، خسارت عدم النفع را نیز بپردازد (وحدتی شبیری، ۱۳۸۸: ش۱، ۱۹۵ - ۱۹۸). خسارت عدم النّفع در فقه به دلیل مسلّم نبودن ضرر یا فقدان ادلّه مبنی بر تلف مال موجود مورد پذیرش قرار نگرفته، لیکن به

1. Savatier.
2. Stipulation.

نظر می‌رسد اشتراط آن در ضمن عقد خالی از اشکال باشد (همان: ۳۰۳). شرط، عبارت است از چیز یا وصفی که قانون‌گذار وجود آن را برای تکمیل اثر منظور خود لازم قرار داده است؛ یعنی قراردادی که دو طرف معامله به اراده و اختیار خویش در متن عقدی آن را لازم قرار می‌دهند (شهابی خراسانی، ۱۳۹۰: ۵۵). مشهور محققان با استناد به ادله «اوفوا بالعقود» و «المسلمون عند شروطهم...» و اجماع گفته‌اند به‌طور اطلاق وفای به شرط در متن عقد بدین شروط واجب است. این مطلب راجع به شروط ضمن عقد بود، اما نوع دیگری از شروط وجود دارد که در متن عقد بدان‌ها تصریح نمی‌گردد و آن‌ها عبارت‌اند از شروط ابتدایی و شروط تبانی یا ضمنی.[۱]

در شرع مقدس اسلام در مورد حکم شروط به‌طور صریح ارشاد شده است، بدین بیان که هر شرطی که با کتاب موافق نباشد یا مخالف باشد، لازم الوفا نیست. با این‌که صحت این قاعده اتفاقی است، اما در بیان مصادیق و تطبیق آن بر موارد اختلاف پدید آمده، چون در فقه، تشخیص این‌که چه مواردی مخالف با مشروع است، قدری مشکل است (شهابی خراسانی، ۱۳۹۰: ۷۰). ممکن است ایراد شود که شرط مزبور بر خلاف احکام شرعی است و هر شرطی که مخالف احکام شریعت است باطل قلمداد می‌شود و چون خسارت عدم النفع در ضمان عامل زیان نیست، شرط ضمان عدم النفع هم بر خلاف شریعت و باطل است. در پاسخ باید گفت: ضمان به معنای تعهد به پرداخت مبلغی به عنوان خسارت ممکن است منشأ قانونی و جعل شرعی یا منشأ قراردادی داشته باشد. این‌که از نظر شرعی، عدم النفع مورد ضمان

---

۱. شروط ابتدایی عبارت است از شروطی که علاوه بر آن‌که در متن عقد طرح نمی‌گردد به عقدی هم متعقب نیست، بلکه صرفاً تعهد خارجی به الزام و التزام است که این دسته از شروط به اتفاق فقها لازم الوفا نیستند، ولی شروط تبانی شروطی هستند که پیش از قرارداد مورد توافق واقع گردیده‌اند، ولی در متن عقد و محل انشاء، از آن‌ها نامی برده نشده است. این دسته نیز با این‌که اجماعی راجع به آن‌ها متصور نیست، مشهور گفته‌اند که الزام‌آور نیستند (شهابی خراسانی، ۱۳۹۰: ۸۱).

نیست، برفرض پذیرش، بدان معناست که به خودی خود منشأ قانونی و جعل شرعی نمی‌توان برای آن درنظرگرفت و این منافاتی با امکان برقراری ضمان ازطریق شرط ضمن عقد ندارد (وحدتی شبیری، ۱۳۸۸: ۱۹۵ - ۱۹۸).

۶. ۳. ضرر و نقش آن در جبران خسارت عدم النفع

حال باید گفت آیا با توجه به تبصره ۲ ماده ۵۱۲ق آیین دادرسی مدنی که خسارت عدم النفع را غیرقابل مطالبه می‌داند، این قاعده می‌تواند مبنای برای جبران خسارت‌هایی چون عدم النفع یا خسارات فرصت از دست رفته باشد. البته بند ۱ ماده ۹ق. آ. د. ک. سابق و ماده ۱۴ قانون آ. د. ک. جدید، منافع ممکن الحصول را قابل مطالبه می‌داند. با این حال رویه کشورها نسبت به قابل مطالبه بودن خسارت ناشی از فرصت از دست رفته متفاوت است. در میان کشورهای اروپایی، فرانسه این خسارت را در فروض مختلف قابل جبران می‌داند در ایالات متحده آمریکا درحالی‌که اکثر ایالات؛ به جبران در خطاهای پزشکی حکم داده‌اند، اقلیت رویکرد منفی شدیدی نسبت به اعمال نظریه داشته‌اند (Weigand, 2003: 302). در توجیه تبصره ۲ ماده ۵۱۲ نیز گفته‌شده، منظور قانون‌گذار از قابل مطالبه نبودن خسارت ناشی از عدم النفع، مطلق خسارت نیست، بلکه منظور خسارت محتمل الحصول است و نه محقق الحصول (اصغری آقمشهدی، ۱۳۸۱: ش۲۹، ۸۸). در ماده ۱۴ قانون آ. د. ک جدید بیان شده که منافع ممکن الوصول به مواردی اختصاص دارد که اتلاف صدق نماید، یعنی منافعی که سبب تحقق آن‌ها موجود بوده و روند طبیعی امور به گونه‌ای بوده که منجر به حصول آن‌ها می‌شده است. گروهی دیگر نیز کوشیده‌اند اطلاق تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی را این‌گونه مقید کنند که اگر عدم النفع به واسطه غصب باشد، غاصب علاوه بر عین ضامن منافع اعم از مستوفات و غیرمستوفات نیز می‌باشد و اگر عدم النفع به‌واسطه غصب نباشد، بلکه مثلاً به

جهت منع مالک از استیفای منافع مالش باشد، طبق این تبصره ضرر و زیان ناشی از عدم النفع قابل‌مطالبه نیست (شکاری، ۱۳۸۰: ۹۳). در هر صورت، نفی حکم بر اساس تفسیر قاعده به نفی حکم ضرری نمی‌تواند منجر به اثبات مسئولیت ناقضِ قرارداد شود، مگر این‌که نفی حکم ضرری را مستلزم جعل حکم در مواردی که عدم آن منجر به ضرر می‌شود بدانیم. نفی حکم ضرری می‌تواند نافی لزوم قرارداد باشد، اما لزوم جبران خسارت نیازمند جعل یک حکم است. ضرر وارده ناشی از تشریع شارع نیست، پس نفی حکم به کار نمی‌آید، مگر با تفسیر اخیری که بیان شد. در این صورت فقط جبران ضررهای ناشی از نقض قرارداد ثابت می‌شود. پس باید ضرر بودن مورد مطالبه ثابت گردد (شاهنوش فروشانی و دیگران، ۱۳۹۴: ۳)؛ بنابراین حتی بر طبق نظر کسانی که معتقدند که قاعده لا ضرر جعل حکم ضمان نمی‌کند، به طور قطع می‌توان گفت که این قاعده مقدّمه جعل ضمان را فراهم می‌نماید؛ بنابراین با استفاده از قاعده لا ضرر می‌توان نقض‌کننده را به جبران زیان ناشی از محروم شدن زیان‌دیده از کسب منافع مورد انتظار خود از قرارداد محکوم نمود.

نتیجه‌گیری

اصل جبران کامل خسارات، یعنی اعاده وضعیت زیان‌دیده به قبل از وقوع ضرر در نظام‌های حقوقی مختلف حقوقی و همچنین در اسناد بین‌المللی مورد پذیرش واقع‌شده است و دو اصل مهم جبران خسارت یعنی «زیان ناشی از اعتماد» و «زیان و خسارت ناشی از توقع یا انتظار» از نظریه‌های مورد توجه در نظام‌های بین‌المللی است. بر مبنای زیان ناشی از اعتماد زیان‌دیده باید حتی‌الامکان در جایگاهی قرار گیرد که در صورت عدم انعقاد قرارداد در آن موقعیت قرار می‌داشت. بدین گونه که تمامی هزینه‌هایی که زیان‌دیده بر اساس اعتماد به قرارداد متحمل شده، بایستی جبران شود و هدف از پرداخت خسارت در اثر نقض این است که تا حدّ امکان زیان‌دیده در-

همان موقعیتی قرارگیرد که درصورت اجرای قرارداد درآن موقعیت قرارمی‌گرفت؛ به گونه‌ای که تمامی انتظارات وی ازقرارداد مورد حمایت قرارگیرد. این دو با هم تفاوت دارند؛ زیان ناشی از اعتماد، ابزاری برای جبران خسارات واردشده محقق‌شده و ملموس می‌باشد، درحالی‌که زیان ناشی از توقع پوششی برای جبران ضررهای اقتصادی است. در فقه امامیه و حقوق ایران بر پایه اصول و قواعد متقن بیشتر خسارات قراردادی قابل مطالبه اعلام شده‌اند؛ به گونه‌ای که برخی از این قواعد می‌توانند زیان‌های انتظار و اعتماد را پوشش دهند. درباره ضمانت اجرای ناشی از نقض تعهد و به‌طور عام‌تر، خسارات قراردادی، مبانی مختلفی در این پژوهش مورد بحث قرار گرفت که می‌توان بهترین مبنا برای حقوق داخل را همان قاعده لا ضرر دانست. در حوزه مسئولیت قراردادی و موضوعات وابسته به آن از جمله جبران ضررهای اقتصادی، قاعده لا ضرر در راستای زیان ناشی از توقع، نقش‌آفرینی می‌کند؛ ازاین‌رو پیشنهاد می‌شود حوزه مسئولیت قراردادی که مهم‌ترین نص آن ماده ۲۲۱ ق. م باشد بر مبنای این قاعده گسترش یابد و قیود دست‌وپاگیر ماده حذف گردد. اصلاح تبصره ماده ۵۱۲ قانون آیین دادرسی مدنی، در جهت عبور از موضع سخت و کاملاً بسته در قبال خسارات اقتصادی و جبران آن‌ها است، چراکه این امر با توجه به مقتضیات امروزی و معاملات جدید و شکل‌گیری دسته‌های جدید از حقوق و اموال که غالباً پایگاه مادی ندارند، امری اجتناب‌ناپذیر است و پیامدهای مثبت فراوانی در پی خواهد داشت.

منابع

۱. اصغری آقمشهدی، فخرالدین، جلیل پور، پری‌ناز (۱۳۹۰)، «عدم اجرای تعهد مستند به عمل متعهد له و اثر آن بر مسئولیت قراردادی متعهد»، ***پژوهشنامه بازرگانی***، شماره ۶۱، ص۱۸۹ ـ ۲۱۰.

۲. ـــــــــ (۱۳۸۱)، «خسارت عدم النفع در حقوق ایران وکنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، مصوب ۱۹۸۰»، ***نامه مفید***، شماره ۲۹، ص۷۷ - ۹۴.

۳. اصلانی، حمیدرضا (۱۳۸۴)، «مفهوم و جایگاه تقصیر در مسئولیت قهری و قراردادی»، ***مجله حقوق و الهیات***، شماره ۱۵ و ۱۶، ص۵۱ - ۹۴.

۴. امینی، منصور؛ ناطق نوری، سوده (۱۳۹۰)، «مطالعه تطبیقی نظریه «ازدست دادن فرصت» بررسی اجمالی حقوق اروپا و ایالات متحده امریکا»، ***پژوهش‌های حقوق تطبیقی***، شماره ۳، ص۲۲ - ۳۷.

۵. انصاری، مرتضی بن محمدامین (بی‌تا)، ***کتاب المکاسب***، تبریز: [بی‌نا].

۶. ایروانی، محمدباقر (۱۴۱۷ق)، ***دروس تمهیدیّة فی القواعد الفقهیّة***، قم: دارالفقه للطباعة و النشر.

۷. آخوند خراسانی، محمدکاظم (۱۴۰۶ق)، ***حاشیه بر مکاسب***، تهران: انتشارات وزارت ارشاد اسلامی.

۸. بادینی، حسن؛ تقی‌زاده، ابراهیم؛ علیدوستی شهرکی، ناصر؛ پناهی اصانلو، پانته‌آ (۱۳۹۵)، «تأثیر اصل جبران کامل خسارات در شیوهای عینی و انتزاعی ارزیابی خسارت در بیع بین‌المللی کالا»، ***پژوهش‌های حقوق تطبیقی***، شماره ۱، ص۱ - ۲۰.

۹. بادینی، حسن؛ مؤمنی، خسرو (۱۳۹۲)، «رویکردی نو برای اثبات جریان قاعده لا ضرر در احکام عدمی در زمینه مسئولیت مدنی»، ***فصلنامه حقوق***، شماره ۳، ص۱۹ - ۳۱.

۱۰. باریکلو، علیرضا، (۱۳۸۹)، ***مسئولیت مدنی***، تهران: میزان.

۱۱. بجنوردی، سید میرزا حسن (۱۳۸۹ق)، ***القواعد الفقهیه***، نجف: مطبعه الآداب.

۱۲. پارساپور، محمدباقر؛ حسینی، سید میلاد؛ شاهی، احد (۱۳۹۴)، «قابلیت جمع شیوه‌های جبران خسارت قراردادی در حقوق اسلام و ایران در مقایسه با اسناد

بین‌المللی»، ***فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب***، شماره ۱، ص۱ ـ ۲۸.
۱۳. تقربی، اسماعیل (۱۳۵۴)، «مسئولیت قراردادی یا خسارات ناشی از عدم انجام تعهد»، ***کانون وکلا***، شماره ۱۳۰، ص۹۸ ـ ۱۱۳.
۱۴. جزایری، محمد جعفر (۱۴۱۶ق)، ***هدی الطالب الی شرح المکاسب***، [بی‌جا]: طلیعه النور.
۱۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۸)، ***ترمینولوژی حقوق***، تهران: گنج دانش.
۱۶. جمعی از مؤلفان (۱۳۸۵) ***مجله فقه اهل‌بیت*** علیهم‌السلام ***(فارسی)***، مؤسسه دایرةالمعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل‌بیت علیهم‌السلام، قم: شماره ۴۵، ص۱۷۹ - ۲۰۴.
۱۷. حسینی عاملی، سید جواد، (۱۴۱۹ق)، ***مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه***، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۱۸. حسینی مراغی، میرعبدالفتاح (۱۴۱۷ق)، ***العناوین***، قم: مؤسسه النشر الاسلامی.
۱۹. خفیف، علی (۲۰۰۰م)، ***الضمان فی الفقه الاسلامی***، قاهره: دارالفکر العربی.
۲۰. خمینی، روح‌الله (۱۴۲۱ق)، ***کتاب البیع***، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول.
۲۱. خوئی، سیدابوالقاسم، (۱۴۱۸ق)، ***موسوعه الامام الخوئی***، قم، مؤسس إحیاء آثار الامام الخوئی.
۲۲. زحیلی، وهبه (۲۰۰۸م)، ***نظریه الضمان أو احکام المسئولیه المدنیه و الجنائیه فی الفقه الاسلامی***، دمشق: دارالفکر.
۲۳. شکاری، روشن علی (۱۳۸۰)، «نقد و بررسی تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی «عدم النفع»»، ***مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی***، شماره ۰، ص۹۳ ـ ۱۰۹.
۲۴. شهابی خراسانی، میرزا محمود (۱۳۹۰)، ***قواعد فقه***، تهران؛ دانشگاه تهران.
۲۵. شهباز قهقرجی، سجاد (۱۳۹۳)، «مسئولیت قراردادی و راه‌های جبران خسارت آن در کنوانسیون بیع بین‌المللی، با مطالعه تطبیقی در فقه و حقوق ایران» ***مطالعات فقه امامیه***، شماره ۳، ص۸۳ ـ ۱۰۰.
۲۶. شهید ثانی، زین‌الدین عاملی (۱۴۱۰ق)، ***الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة***، قم: داوری.
۲۷. شهیدی، مهدی، (۱۳۸۲)، ***حقوق مدنی، آثار قراردادها و تعهدات***، تهران: نشر مجد.

۲۸. طالب احمدی، حبیب، نقوی، امیر حسین (۱۳۹۸)، «مسئولیت مدنی ناشی از اعتماد در فرض بطلان قرارداد»، ***دانش حقوق مدنی***، سال هشتم، شماره دوم، پیاپی ۱۶، ص۱۰۹ ـ ۱۲۰.
۲۹. علامه حلی، حسن بن یوسف، (۱۳۸۸)، ***تذکرة الفقهاء***، قم: مؤسسه آل البیت علیهم‌السلام.
۳۰. عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۹)، ***موجبات ضمان***، درآمدی بر مسئولیت مدنی و اسباب و آثار آن در فقه اسلامی، تهران: نشر میزان، چاپ دوم.
۳۱. عیسایی تفرشی، محمد؛ محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۱)، «قلمرو مسئولیت مدنی ناشی از تخلف از اجرای تعهد»، ***فصلنامه نامه مفید***، شماره ۳۳، ص۲۱ ـ ۴۰.
۳۲. فروشانی، شاهنوش، عبدالصالح، محمد، صفری، محسن (۱۳۹۴)، «ارزیابی خسارات ناشی از نقض قرارداد و ماهیت مسئولیت قراردادی»، ***دوفصلنامه پژوهشنامه حقوق خصوصی عدالت***، شماره ۴، ص۵۴ ـ ۷۰.
۳۳. کرمی، سکینه، (۱۳۹۱)، «تحلیل فقهی ـ حقوقی خسارت ناشی از تفویت منفعت»، ***پژوهشهای فقه و حقوق اسلامی***، شماره ۲۹، ص۹۷ ـ ۱۱۴.
۳۴. کلینی، محمد بن یعقوب (۱۴۲۹ق)، ***الکافی***، قم: دار الحدیث.
۳۵. مبین، حجت (۱۳۹۰)، ***نظریه قابلیت استناد در مبانی مسئولیت مدنی***، انتشارات دانشگاه امام صادق علیه‌السلام.
۳۶. محقق حلی، جعفربن حسن (۱۴۰۸ق)، ***شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام***، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
۳۷. محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۹۰)، ***قواعد فقه***، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۳۸. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۱ق)، ***القواعد الفقهیه***، قم: انتشارات مدرسه امیرالمؤمنین علیه‌السلام.
۳۹. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۵ق)، ***انوار الفقاهه***، قم: مدرسه الامام علی بن ابی‌طالب علیه‌السلام.
۴۰. مکارم شیرازی، ناصر، (۱۴۲۷ق)، ***استفتائات***، قم: مدرسه امام علی بن ابی‌طالب علیه‌السلام.
۴۱. منتظری، حسینعلی، (۱۳۸۴)، ***استفتائات***، تهران، نشر سایه.
۴۲. موسوی بجنوردی، محمد (۱۳۷۹)، ***قواعد فقهیه***، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی رحمه‌الله.

۴۳. مهریزی، حسین (۱۳۷۹)، «مبانی قاعده لا ضرر از دیدگاه فقهای امامیه»، ***کاوش نامه زبان و ادبیات فارسی***، شماره ۱، ص۴۱ - ۸۲.

۴۴. میرزای قمی، ابوالقاسم (۱۳۷۱)، ***جامع الشتات فی اجوبه السؤالات***، ج۲، تهران: نشر کیهان.

۴۵. نائینی، محمدحسین، (۱۳۷۳ق)، ***منیه الطالب فی حاشیه المکاسب***، تقریر موسی نجفی خوانساری، تهران: مطبعه حیدریه.

۴۶. نراقی، مولی احمد (۱۴۱۷ق)، ***عوائد الایام***، قم: بوستان کتاب.

۴۷. نصیری، مرتضی (۱۳۸۷)، «نقش تقصیر در مسئولیت قراردادی»، ***ماهنامه دادرسی***، شماره ۷۱، ص۳ - ۱۰.

۴۸. نعمت‌اللّهی، اسماعیل (۱۳۹۵)، «بررسی خسارت انتظار ناشی از نقض قرارداد در کامن لا و حقوق ایران»، ***پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب***، سال سوم، شماره سوم، ص۱۲۹ ـ ۱۵۶.

۴۹. نقیبی، سید ابوالقاسم، زارچی‌پور، روح‌الله، (۱۳۹۷)، «نظریه جبران خسارت عدم النفع محقق الحصول، در فقه امامیه»، ***جستارهای فقهی و اصولی***، سال چهارم، پیاپی ۱۱، ص۱۱۹ ـ ۱۴۳.

۵۰. وحدتی شبیری، حسن (۱۳۸۵)، ***مبانی مسئولیت مدنی قراردادی (مطالعه تطبیقی در حقوق و فقه)***، قم: پژوهشکده فقه و حقوق پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.

۵۱. وحدتی شبیری، حسن (۱۳۸۸)، «مبنای مسئولیت مدنی یا ضمان ناشی از تخلف از اجرای تعهد»، ***فصلنامه فقه و اصول***، شماره ۱، ص۱۶۹ - ۲۰۴.

۵۲. وطنی، امیر؛ زمانی، سید قاسم؛ زنگنه شهرکی، جعفر (۱۳۹۴)، «امکان جبران کامل خسارات در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، کنوانسیون قراردادهای بیع بین‌المللی کالا و حقوق ایران»، ***فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی***، شماره ۱۲، ص۱۳۲ - ۱۶۵.

۵۳. هاشمی، سید علی (۱۳۸۷)، «تفاوت تقصیر در مسئولیت قراردادی و مسئولیت خارج از قرارداد، مطالعه تطبیقی در فقه امامیه، حقوق ایران و فرانسه»، ***پژوهشنامه حقوق اسلامی***، شماره ۲۷، ص۶۷ ـ ۹۸.

۵۴. هجده نفر از دانشمندان حقوق دانشگاه‌های معتبر جهان، (۱۳۷۴)، ***تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی***، ترجمه مهراب داراب‌پور، ج ۳، تهران: کتابخانه گنج دانش.

۵۵. یزدی، سید محمد کاظم (۱۳۸۷)، ***حاشیه المکاسب***، قم: انتشارات اسماعیلیان، چاپ سنگی.

۵۶. یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۲۰ق)، ***العروه الوثقی***، قم: مؤسسه نشر اسلامی.

۵۷. یزدی، سید محمدکاظم (۱۴۱۴ق)، ***تکمله عروه‌الوثقی***، قم: داوری.