### چكيـده

حقوق كشور ما در ارتباط با قلمرو مسؤوليت مدنى ناشى از تخلف از اجراى تعهّد، تاريخى همراه با فراز و نشيب را طى كرده است، به گونه‏اى كه مى‏توان آن را به سه مرحله تصويب قانون مدنى 1307، تصويب قانون آيين دادرسى مدنى 1318 و قانون مسؤوليت مدنى 1339 و قانون آيين دادرسى دادگاههاى عمومى و انقلاب (در امور مدنى) 1379، تقسيم كرد.

شناخت تحوّلات حقوق ياد شده در ارتباط با موضوع مورد بحث، جز با بررسى پيشينه مسأله در حقوق بيگانه از يك طرف و شناخت مبانى فقهى و نظريه مشهور ميان فقيهان، از طرف ديگر ميسّر نيست. در اين مقاله تلاش شده است تا قلمرو مسؤوليت مدنى ناشى از تخلف از اجراى تعهّد، ابتدا در حقوق بيگانه و سپس از ديدگاه فقه بررسى و بالأخره با توجه به آنها، تحولات آن در حقوق كشور ما، بويژه در ساليان اخير، مورد ارزيابى قرار گيرد.

اين مقاله نشان مى‏دهد مشروط ساختن مطالبه خسارت قراردادى بر اراده صريح يا ضمنى طرفين (در ماده 221 ق. م) از سوى قانونگذار مدنى در سال 1307، نه تنها كارى بيهوده نيست، بلكه به منظور تطبيق حقوق اروپايى با فقه اماميه صورت گرفته و براى اين منظور ضرورت داشته است. همچنين حذف خسارت عدم‏النفع از قلمرو مسؤوليت ناشى از تخلف از اجراى تعهّد، محدود ساختن آن به «اتلاف و تسبيب» و دخالت عنصر «تقصير» در مسؤوليت قراردادى كه در قانون آيين دادرسى دادگاههاى عمومى و انقلاب (در امور مدنى)، 1379 مورد توجه قرار گرفته، برخلاف اصول عرف امروز است. ساز و كار پيش‏بينى شده در قانون مدنى 1307 كه يگانه راه براى پذيرش قلمرو وسيع مسؤوليت ياد شده است، با نظريه مشهور در فقه و اصل چهارم قانون اساسى جمهورى اسلامى نيز تطابق دارد.

كليد واژگان: مسؤوليت مدنى ـ مسؤوليت قراردادى ـ قلمرو مسؤوليت ـ اجراى تعهّد ـ تخلّف از اجراى تعهّد.

### مقدمه

امروزه بسيارى از قراردادها در مرحله عمل با مشكلات اجرايى مواجه گشته، عقيم مى‏مانند. اين مشكلات، هميشه ناشى از عواملى قهرى نيست؛ بلكه كوتاهى متعهد در ارزيابى شرايط آينده در حين عقد، فراهم شدن معامله‏اى با سود بيشتر و مواردى از اين دست، موجبات تعلّل در اجراى تعهّد و نقض قرارداد را فراهم مى‏سازد. از طرف ديگر، متعهدله ممكن است با اعتماد بر اجراى تعهّد طرف خويش، هزينه‏هايى را متحمّل شود، به گونه‏اى كه تخلف از اجراى تعهّد، باعث صرف بى‏جاى آن هزينه‏ها گردد؛ چنانكه خريدار ماشين‏آلات لازم براى تأسيس كارخانه، اقدام به ساختن فضايى براى نصب ماشين‏آلات مى‏كند و در اثر تخلف سازنده متعهد، اقدام مذكور بيهوده مى‏گردد و يا ممكن است مجبور شود با قيمت بيشتر، ساخت همان ماشينها را به سازنده ديگرى سفارش دهد. اكنون متعهدله كه از تخلف از اجراى تعهّد، زيان ديده تا چه اندازه مى‏تواند خسارت ناشى از اعتماد بر اجراى تعهّد و منافعى را كه در پى تخلف قراردادى از دست داده، از متعهد عامل زيان، مطالبه نمايد؟ پاسخ به اين پرسش، قلمرو مسؤوليت مدنى ناشى از تخلف از اجراى تعهّد را روشن مى‏سازد.

امروزه روابط گسترش يافته قراردادى و پيشرفت صنعت و فنّاورى از يك سو و حجم گسترده پرونده‏ها در دستگاه قضايى از سوى ديگر، اقتضا مى‏كند تا ساز و كارى آماده شود كه از يك طرف امنيت و سرعت اجراى قراردادها تأمين شود و از طرف ديگر ميزان دعاوى ناشى از تخلف قراردادى، خود به خود كاهش يابد.

به نظر مى‏رسد گسترش دامنه مسؤوليت مدنى ناشى از تخلف از اجراى تعهّد، بهترين راه براى دسترسى به هدفهاى ياد شده است، همان گونه كه حقوقدانان در نظريات جديد آن را مطرح ساخته و قانونگذاران در برخى از كشورهاى مغرب زمين، آنها را در قوانين مربوط وارد كرده‏اند، از جمله پارلمان فرانسه در خصوص حمل و نقل هوايى و دريايى با تصويب دو قانون به سالهاى 1957 و 1966، نظام دو مسؤوليت را يكسان ساخته و بند 3 ماده 99 قانون تعهدات سوئيس، مقررات مربوط به مسؤوليت قهرى را به مسؤوليت قراردادى قابل تسرّى دانسته است. همچنين قانون تعهدات يوگسلاوى مصوب 1978، قانون مدنى مصوب 1964 چك‏واسلواكى و قانون تعهدات مدنى و تجارى سنگال مصوب 10 ژوئيه 1963، دوگانگى ميان نظام دو مسؤوليت قهرى و قراردادى را كنار گذاشته و آنها را تحت حاكميت قواعد يكسان قرار داده‏اند.(20î)

به عكس، تحولات حقوقى كشور ما در ساليان اخير نشان مى‏دهد كه قانونگذار هرچه بيشتر از ميزان مسؤوليت مدنى متعهد كاسته است، از جمله اينكه تبصره 2 ماده 515 قانون آيين دادرسى دادگاههاى عمومى و انقلاب (در امور مدنى) مصوب 1379، خسارت ناشى از عدم‏النفع را غير قابل مطالبه اعلام كرده است. بديهى است محدود ساختن دامنه مسؤوليت مدنى، دست متعهد قراردادى را در تخلف از اجراى تعهّد، باز مى‏گذارد و امنيت و سرعت روابط بازرگانى را دچار اختلال مى‏سازد. ولى تمامى سخن در آن است كه گسترش قلمرو مسؤوليت مدنى ناشى از تخلف از اجراى تعهّد، بر مبناى علمى استوار و با موازين فقهى سازگار باشد؛ چرا كه در غير اين صورت، قانونِ فاقد مبناى علمى و يا ناسازگار با مذهب، دوام لازم و مقبوليت عمومى نخواهد داشت.

در اين مقاله، ابتدا نظريات حقوقدانان و سير تحوّل نظامهاى حقوقى بيگانه را در موضوع مورد بحث مطالعه مى‏كنيم. آنگاه نظريات فقها و مبانى فقهى مسأله را بررسى و در پايان حقوق ايران را با حقوق بيگانه و فقه مقايسه خواهيم كرد.

### 1- نظريات حقوقدانان و سير تحوّل نظامهاى حقوقى بيگانه

ديدگاه حقوقدانان و به دنبال آن موضعگيرى نظامهاى حقوقى در زمينه قلمرو مسؤوليت مدنى ناشى از تخلّف از اجراى تعهّد، روند ثابتى نداشته و در طول تاريخ دچار تحوّل گشته‏اند. نظام حقوقى روم باستان تا آنجا متعهد قراردادى را پاى‏بند مى‏ساخت، كه زيانديده از تخلف از اجراى تعهّد را محقّ مى‏دانست كه متعهد را به بردگى خويش درآورد. ولى با منسوخ شدن نظام بردگى، پرداخت خسارت، جاى آن را گرفت، هرچند درباره قلمرو اين خسارت رويه واحدى به وجود نيامد.(ذنّون 31)

دليل اين اختلاف رويه نيز، تفاوت در نوع نگرش به هدف از جبران خسارت است: هدف از جبران خسارت قراردادى، يا ترميم ضررى است كه مستقيما به متعهدله از ناحيه عدم اجراى تعهّد وارد گشته، يا برآورده ساختن انتظارات متعهدٌله از اجراى تعهّد است. در صورت نخست، متعهدى كه از اجراى تعهّد خويش سرباز زده، بايد وضعيت متعهدٌله را به حالت پيش از عقد بازگرداند، در حالى كه در صورت دوم، بايد آن قدر به متعهدٌله بپردازد كه گويى عقد به اجرا درآمده است و به تعبيرى، وضعيت وى را به حالت پس از اجراى عقد درآورد. به عنوان مثال، وقتى يك فروشنده جزء، ده دستگاه لوازم خانگى از يك تاجر خريدارى مى‏كند و تاجر از تحويل آنها خوددارى مى‏كند، فروشنده جزء، از يك طرف مشتريان خويش و نفعى را كه از طريق فروش كالا به آنان به دست مى‏آورد از دست مى‏دهد و از طرف ديگر، مجبور مى‏شود همان كالا را از تاجر ديگر با قيمت بالاتر خريدارى كند.

بنابر نظريه نخست، متعهدِ عامل زيان، مجبور نيست علاوه بر قيمت عمل مورد تعهّد در بازار، معادل منافعى را كه در صورت اجراى عقد نصيب متعهدله مى‏شده است، به وى بپردازد؛ بلكه تنها وظيفه او جبران خسارت ناشى از تخلف از اجراى تعهّد است. مثلاً اگر متعهدله براى انجام موضوع تعهّد، مقدماتى را تهيه و مبالغى را هزينه كرده و با تخلّف متعهد، اين هزينه‏ها بيهوده گشته، بايد آن هزينه‏ها را به وى بپردازد؛ ولى بنابر نظريه دوم، بايد علاوه بر اين مبالغ، قيمت المثل عمل مورد تعهّد و منافع از دست رفته را نيز پرداخت كند تا وضعيت متعهدٌ له را به حالت پس از اجراى عقد درآورد.

در ذيل به موضعگيرى نظامهاى حقوقى بيگانه مى‏پردازيم:

#### 1 ـ 1ـ حقوق فرانسه

ماده 1142 ق.م. فرانسه مقرر مى‏دارد: «هر تعهدى به انجام يا ترك انجام كارى در صورت عدم اجراى آن از سوى متعهد، مستلزم ضمان نسبت به خسارات خواهد بود».(4)

عبارت «dommages et interet» كه مجموعا به معناى خسارت است نشان مى‏دهد كه از نظر اين قانونگذار، مسؤوليت تخلف از اجراى تعهّد قراردادى، صرفا پرداخت خسارت است تا وضعيت زيان‏ديده را به حالت پيش از عقد بازگرداند. البته قانونگذار فرانسه در ماده 1149 قانون مدنى اين كشور عدم‏النفع را نيز در زمره خسارت قراردادى دانسته و آن را قابل مطالبه اعلام كرده است. ولى اين بدان معنا نيست كه تكليف متعهد عامل زيان، بازگرداندن وضعيت متعهدله كاملاً به حالت پس از اجراى عقد باشد؛ چرا كه جبران خسارت، با پرداخت معادل ارزش تعهّد فرق دارد.

به عنوان مثال سفارش ساخت ماشين‏آلات، كه در مقدمه بحث اشاره شد، متعهدله در صورت اجراى به موقع تعهّد مى‏توانست از به كار انداختن آنها و شروع جريان توليد، منافعى را كسب كند. مطابق ماده 1149 ق.م. فرانسه، عامل زيان بايد اين منافع را نيز بپردازد؛ ولى اگر ارزش ماشين‏آلات در بازار هم‏اكنون چند برابر شده، تكليفى به پرداخت آن ندارد. اين است كه حقوقدانان جديد فرانسه سخن از «طرد مسؤوليت قراردادى» به ميان آورده‏اند.(اريك ساو: 133)

اين نظريه كه امروز نظريه نوين قلمداد مى‏شود، ريشه در ديدگاه پلانيول، حقوقدان معروف فرانسوى دارد كه مفهوم عامّى از «تقصير» ارائه كرده است. به نظر او (19) «تقصير» همه جا به معناى نقض تعهّد است. (inter... law: 136) نهايت گاهى تعهّد قانونى است و نقض آن، ضمان قهرى به بار مى‏آورد و زمانى تعهّد قراردادى است و نقض آن مسؤوليت قراردادى ايجاد مى‏كند.

به نظر وى، با تخلّف متعهد از اجراى تعهد (خواه قانونى يا قراردادى) تعهّد جديد و مستقل از تعهّد نخست، پديد مى‏آيد. به بيان ديگر، در مورد خسارت ناشى از تخلّف قراردادى، منبع حقّ جبران ضرر، قرارداد نيست؛ بلكه «عدم اجراى قرارداد» است كه خود يك واقعه حقوقى به شمار مى‏رود. در نتيجه اين نظر، همان‏گونه كه تلف‏كننده مال بايد معادل ارزش آن را به زيان‏ديده بپردازد، متخلف از اجراى تعهّد نيز بايد معادل ارزش تعهّد را بپردازد؛ چراكه هدف، جلب رضايت متعهدله است نه ترميم خسارت او.

#### 1 ـ 2. حقوق انگليس

در حقوق انگليس، برخلاف حقوق كشورهاى رومانيستى همچون فرانسه، خسارت قراردادى معمولاً طورى مورد حكم قرار مى‏گيرد كه طرف متضرّر (متعهد) را در وضعيت پس از اجراى عقد قرار دهد. در نتيجه متعهدٌله متخلف بايد غرامت از دست رفتن معامله يا از دست دادن منافع مورد انتظار متعهد را نيز به وى بپردازد. (Duxbury: 95-8)

در موارد استثنايى براى جبران هزينه‏هايى كه خواهان با تكيه بر قرارداد متحمل شده و اين هزينه‏ها به دليل نقض خوانده بى‏فايده شده‏اند، حكم به پرداخت خسارت داده مى‏شود كه البته در چنين موردى هدف، قراردادن خواهان در وضعيتى است كه پيش از انعقاد قرارداد داشته است.(Ibid)

البته قواعد خاصى براى تعيين ميزان خسارت وجود ندارد و اين امر بسته به نظر دادگاه است، هرچند كه بر اساس بخش 51 قانون بيع كالا مصوب 1979، وقتى فروشنده از تحويل كالا خوددارى مى‏ورزد و بازار براى تهيه اجناس مورد نظر وجود دارد، ميزان خسارت، مابه‏التفاوت ميان قيمت قراردادى و قيمت تجارى بازار خواهد بود. (Ibid) چنانكه بر اساس بخش 50 همين قانون، وقتى خريدار از قبول كالا يا پرداخت قيمت آنها خوددارى مى‏ورزد، در صورت وجود بازار براى ارائه اجناس، ميزان خسارت، عبارت خواهد بود از تفاوت بين قيمت قراردادى و قيمت جارى بازار در زمانى كه كالاها بايد قبول مى‏شده‏اند.

در دعواى charter v. sullivan در سال 1957 دادگاه استيناف چنين رأى داد: اگر بايع، يك فروشنده حرفه‏اى باشد، خسارت ناشى از جريان عادى امور، از دست دادن منفعتى است كه اگر كالاها به آن خريدارِ خاص فروخته مى‏شد، حاصل مى‏شد. بديهى است، اگر او توانسته باشد خريدار ديگرى به همان قيمت يا بالاتر از آن به دست آورد، خسارت پرداختى، بسيار اندك خواهد بود.(Ibid)

#### 1 ـ 3. حقوق سوئيس

مواد 97 تا 109 قانون تعهدات سوئيس به آثار عدم اجراى تعهدات اختصاص يافته؛ ولى ضمن آنها سخنى از ضمان عدم‏النفع به ميان نيامده است. با اين حال از آنجا كه در بند 3 ماده 199 اين قانون مقرر شده است كه «مقررات مربوط به مسؤوليت قهرى بنابر قياس در مورد تقصير قراردادى، قابل اجرا خواهد بود» مى‏توان گفت كه در حقوق سوئيس، مبناى مسؤوليت قراردادى و مسؤوليت قهرى يكى است و چون در مواد 45، 46 و 49 قانون ياد شده عدم النفع در موارد مربوط به ضمان قهرى پذيرفته شده، بنابراين از نظر قانونگذار سوئيس، مسؤوليت قراردادى، شامل عدم‏النفع نيز مى‏شود.

با اين همه، نمى‏توان حقوق سوئيس را مطابق با حقوق انگليس قلمداد كرد. بلكه از نظر قلمرو خسارت، وضعيتى مشابه با حقوق فرانسه دارد؛ زيرا پرداخت خسارت عدم‏النفع، الزاما به معناى گرداندن وضعيت متعهدله به حالتى مشابه با وضعيت پس از اجراى عقد نيست.

#### 1 ـ 4. حقوق امريكا

مفاد مواد 706 ـ 2 به بعد قانون متحد الشكل تجارى امريكا (U.C.C) ـ كه در ارتباط با جبرانهاى مقرر براى نقض تعهّدات است ـ نشان مى‏دهد كه در حقوق اين كشور، قلمرو مسؤوليت مدنى ناشى از تخلف از اجراى تعهّد، تا جايى است كه وضعيت متعهدله را به حالت پس از اجراى عقد درآورد. از آنجا كه اين كشور، در زمره كشورهاى صادر كننده با حجم بالاست، مقررات بسيار سختگيرانه‏اى را در قراردادهاى فروش منظور نموده است. به عنوان نمونه بر اساس موادّ 706 ـ 2 به بعد اين قانون، در صورت نقض قراردادهاى فروش توسط خريداران، فروشندگان امريكايى مى‏توانند در هر مرحله مبادرت به بازفروش كالاهاى مورد سفارش به ديگر مشتريان خود بنمايند و سود حاصل را براى خود برداشته، هزينه‏هاى مربوط به بازفروش را از خريدار نقض‏كننده قرارداد دريافت نمايند.

همچنين اگر قيمت بازفروش، كمتر از قيمتى باشد كه در قراردادِ اجرا نشده، مورد توافق قرار گرفته است، تفاوت قيمت نيز توسط فروشنده از خريدار ناقض قرارداد قابل مطالبه است. بند دوم ماده 708 ـ 2 مقرر مى‏دارد كه: «اگر خسارات مقرر شده بر وفق مواد قبلى، نتواند فروشنده را در موقعيتى به خوبىِ موقعيتى كه از اجراى قرارداد مى‏توانست داشته باشد، قرار دهد، عدم‏النفع و هزينه‏هاى بالاسرى نيز به وى تعلّق خواهد گرفت».

#### 1 ـ 5. حقوق بين‏الملل

ماده 74 كنوانسيون مربوط به بيع بين‏المللى كالا (1980) حاكى است كه: «خسارت ناشى از نقض قرارداد به وسيله يكى از طرفين عبارت است از مبلغى برابر زيان، از جمله عدم‏النفعى كه طرف ديگر بر اثر نقض متحمّل شده است.»

در دعوى Sapphire International V. National Oil Co.داور واحد، اصل كلّى در مسؤوليت مدنى ناشى از تخلف از اجراى تعهّد را چنين بيان مى‏دارد: «هدف از خسارات اين است كه محكوم‏له در همان وضع مالى قرار گيرد، كه در صورت اجراى قرارداد به ترتيب مقرره توسط طرفين در موقع انعقاد، در آن وضعيت قرار مى‏داشت... غرامت مزبور شامل خسارت وارده اصلى (Dumnum Emergens) و منافع تفويت شده همچون سود خالصى كه از قرارداد عايد مى‏نمود مى‏باشد».(Inter...law: 136)

بدين ترتيب مى‏توان گفت: از نظر حقوق بين الملل و رويه قضايى در داوريهاى تجارى بين‏المللى نيز قلمرو مسؤوليت قراردادى تا جايى است كه متعهدله را در وضعيّتى مشابه وضعيت او پس از اجراى عقد قرار دهد.

### 2- انظار فقها و مبانى فقهى مسأله

فقيهان عموما مباحث مربوط به معاملات را به ابواب گوناگون تقسيم كرده و در هر يك، عقدى از عقود معين نظير بيع، اجاره، مزارعه و... را مورد بحث قرار داده‏اند و در ضمن مباحث، به مسأله تخلف از اجراى تعهّد ناشى از عقد پرداخته‏اند.

از عبارات بيشتر فقيهان چنين استفاده مى‏شود كه اوّلاً قواعد فقهى در باب ضمانات، همچون قاعده «اتلاف و تسبيب» صرفا در مورد «تلف مال» جريان مى‏يابد و لذا اگر نتيجه تخلف از اجراى تعهّد، از بين رفتن مال موجود نباشد، چنين تخلفى، مسؤوليت مدنى و ضمانى در پى نخواهد داشت. ثانيا قاعده لاضرر به طور كلّى دلالتى بر ثبوت ضمان و مسؤوليت ندارد؛ بلكه صرفا احكام شرعى موجب ضرر را بر مى‏دارد و يا در جايى كه راه برطرف شدن ضرر، منحصر به ثبوت حكم است، آن را اثبات مى‏كند. در ذيل به هر يك از دو مسأله مى‏پردازيم:

#### 2 ـ 1. قاعده اتلاف و تسبيب:

عبارت معروف فقهى «مَنْ أتْلَفَ مالَ الغير فَهُوَ لَهُ ضامنٌ» شاهدى بر اين مدّعاست كه از نظر فقها، قاعده اتلاف و تسبيب فقط در مورد از بين رفتن اموال جريان مى‏يابد. بدين ترتيب اگر نتيجه تخلف از اجراى تعهّد مستقيما از بين رفتن مال است، مثلاً اگر شخصى اجير شده تا درختان باغى را آبيارى كند و در نتيجه سهل‏انگارى در آبيارى، درختان باغ خشك شود، ترديدى در ضمان اجير نيست؛ ولى اين ضمان در حدّ قيمت اصله‏هاى درخت است و نمى‏توان از او قيمت ميوه‏هايى را كه در صورت آبيارى به عمل مى‏آمد مطالبه كرد. در فقه، مسائلى وجود دارد كه به وضوح نشان مى‏دهد در جايى كه مال موجود تلف نشده، ضمانى هم در ميان نيست. مثلاً اگر شخصى مال ديگرى را غصب كند و مانع فروش آن شود تا قيمت كالا در بازار پايين آيد مشهور معتقدند ضامن نقصان قيمت بازار نمى‏باشد؛ چرا كه مالى از بين نرفته است.(نجفى، 27:15؛ محقق ثانى: 219؛ عاملى: 225)

البته بايد متذكر بود كه «منفعت مال» نيز مال تلقى مى‏شود. بنابراين شخص غاصب علاوه بر ضمان نسبت به عين مال مغصوب، نسبت به منافع آن نيز ضامن است؛ ولى سودى كه از فروش آن نصيب مالك مى‏شده، «منفعت مال» تلقى نمى‏گردد.(حلى، 1418: 229؛ نجفى: 40؛ رشتى: 4 و 20)

مورد ديگر كه نشان دهنده موضعگيرى فقه در مسأله مورد بحث است، اين است كه اگر شخصى مانع از رفتن صنعتگر آزاد به سركار شود، مشهور معتقدند ضمانى نسبت به ارزش عمل او (اجرة المثل) نخواهد داشت.(نجفى: 40؛ حلى، 1421: 519)

مسأله ديگر اين است كه اگر شخصى مالى را غصب كند و پس از مدتى مال در دست او تلف شود، در حالى كه قيمت آن در بازار طى اين مدت، در نوسان بوده است، بدين معنا كه در حين غصب، رشد قيمت داشته و سپس در حين تلف، افول كرده است، بسيارى معتقدند كه ضامن رشد قيمت نيست: بلكه قيمت مال از بين رفته در زمان ادا معيار ضمان خواهد بود؛ چراكه رشد قيمت، «مال موجود» نيست و جلوگيرى از رسيدن منفعت با تفويت منفعت فرق دارد.(طباطبايى: 302)

نتيجه اين بحث آن است كه در ديدگاه مشهور فقيهان، قلمرو مسؤوليت مدنى ناشى از تخلف از اجراى تعهّد، تا جايى است كه وضعيت زيان‏ديده را به حالت پيش از عقد بازگرداند و معادل مالى كه از بين رفته، خواه عين يا منفعت، قابل مطالبه است.

#### 2 ـ2. قاعده لاضرر:

در مورد استناد به قاعده معروف «لاضرر و لاضرار» در باب مسؤوليت مدنى ناشى از تخلف از اجراى تعهّد، دو بحث اساسى مطرح است: نخست اينكه آيا واژه «ضرر» كه در حديث آمده بر «عدم النفع» كه مصداق بارز خسارت ناشى از تخلف از اجراى تعهّد است، صدق مى‏كند؟ و دوم اينكه آيا عبارت «لاضرر» مى‏تواند دليلى بر مسؤوليت مدنى و ضمان عامل زيان باشد؟ در ذيل به هر دو بحث به طور اختصار مى‏پردازيم:

1) از نظر فقهى بايد ميان «تفويت منفعت» و «عدم النفع» فرق گذاشت. وقتى شخص، مالى را غصب مى‏كند، منفعت مال را تفويت كرده، هر چند از آن بهره‏بردارى نكرده باشد. و يا هنگامى كه اجير را حبس مى‏كند و مانع انجام عمل مورد تعهّد او مى‏شود، چون منفعت او را از بين برده، ضامن اجرة المثل عمل او در برابر صاحبكار است. ولى در جايى كه جريان عادى امور، حاكى از رسيدن نفعى به شخص است و عامل زيان، اين جريان را قطع مى‏كند، عدّه‏اى از فقيهان (طباطبايى: 302) در صدق عنوان «ضرر» بر آن ترديد كرده‏اند.

ايشان ـ كه واژه ضرر را «نقص يا كاهش در مال موجود» معنا كرده‏اند ـ معتقدند در چنين مواردى كاهش مالى رخ نداده است. در برابر، برخى (روحانى: 395) نيز معتقدند اگر منفعتى از نظر عرف «مسلّم» انگاشته شود، منع از رسيدن آن به شخص، ايراد ضرر و خسارت تلقى مى‏شود.

به نظر مى‏رسد ديدگاه اخير ترجيح دارد و عرفِ امروز جامعه دليل اين مدّعاست. مثلاً اگر يك فروشنده حرفه‏اى كه شغل او فروش لوازم خانگى است، بر اثر تخلف كارخانه سازنده و تحويل كالا از فروش محروم شود، عرف او را زيان‏ديده مى‏بيند.

2- در ميان فقهاى اماميه در مورد دلالت عبارت «لاضرر و لاضرار» بر ضمان مالى و مسؤوليت مدنى، دو نظريه به چشم مى‏خورد: مشهور (نراقى، 1417: 55؛ خوئى: 560؛ نراقى، 1380: 25 به بعد؛ انصارى: 113) معتقدند حديث لاضرر دلالتى بر ضمان مالى و مسؤوليت مدنى ندارد، هرچند كه در استدلال بر نظريه خويش راههاى گوناگونى به شرح زير پيموده‏اند:

الف ـ لسان روايت «لاضرر» نفى حكم است نه ثبوت حكم. مثلاً تكليف عبادى مثل وضو، در موردى كه موجب ضرر نامتعارف بر مكلّف باشد، به قاعده لاضرر برداشته مى‏شود. (خوئى: 560) ولى در مورد بحث، هدف از جريان «لاضرر» ثبوت حكم به ضمان است نه آنكه حكمى برداشته شود.

ب ـ بر فرض كه حديث در مواردى كه از نبودِ حكم، ضرر لازم آيد، دلالت بر ثبوت آن كند، در صورتى مى‏تواند در مورد بحث جريان يابد كه راه جبران، منحصر در ضمان و مسؤوليت مدنى باشد، در حالى كه جبران ضرر، از طريق بيت‏المال يا ثواب الهى، امكان‏پذير است. بنابراين جايى براى جريان «لاضرر» در باب ضمانات نيست.(نراقى، 1417: 48)

ج ـ حديث «لاضرر» ناظر به نفى ضرر در جهان تشريع و ظرف قانونگذارى است. يعنى پيامبر اسلام صلى‏الله‏عليه‏و‏آله در مقام آن است كه بگويد: در حيطه احكام شريعت، حكمى كه باعث ضرر به مردم است از ناحيه پروردگار وضع نگرديده است. به ويژه كه در برخى ازنقلهاى روايى، قيد «فى الاسلام» آمده يعنى «در اسلام» حكم ضررى وجود ندارد، نه آنكه در مقام محدود ساختنِ شمول احكام نسبت به مصاديق آنها باشد. به بيان ديگر در باب مسؤوليت قهرى، اين عامل زيان است كه باعث ورود ضرر گشته است، نه حكم به عدم ضمان، تا با جريان لاضرر، حكم به ثبوت ضمان شود.(خوئى: 560)

د ـ حديث لاضرر در جايگاه امتنان بر امّت اسلامى وارد شده و در مقام تسهيل بر مردم و منت‏گذاشتن بر آنان مى‏باشد. و در باب مسؤوليت مدنى، حكم به ضمان برخلاف امتنان بر عامل زيان است، هر چند نسبت به زيان‏ديده، تسهيل و موجب امتنان باشد.(همان)

در برابر مشهور، گروهى از فقيهان با نقد دلايل بالا، دلالت حديث لاضرر بر مسؤوليت مدنى و ضمان قهرى را پذيرفته‏اند.(طباطبايى: 302) براى تبيين نظريه اخير لازم است ابتدا مفردات حديث را بررسى كنيم:

آنچه در ميان اقوال گوناگون، صحيح‏تر به نظر مى‏رسد آن است كه واژه «ضرر» به معناى ايجاد نقص در مال، جان، آبرو و يا حق قانونى است و تفاوت آن با واژه «ضرار» در اين است كه «ضرر» اسم مصدر در برابر «منفعت» مى‏باشد و «ضرار» مصدر و به معناى اقدام به ضرر ديگرى و در مقام زيان برآمدن نسبت به ديگران است، هر چند كه قيام واقدام مزبور به نتيجه نرسد.

كلمه «لا» نيز در عبارت «لاضرر و لاضرار» نافيه است، بدين معنا كه پيامبر گرامى اسلام(ص) اقدام به زيان ديگرى را در شريعت اسلامى و در حوزه حكومت خويش نفى نموده است. بر اين اساس، عبارت «لاضرر» احكامى را كه به خودى خود ضررى نيستند، در صورتى كه در مصداق خاصى، از نظر عرف موجب ضرر نامتعارف جلوه‏گر شوند، نفى مى‏كند و عبارت «لاضرار» مى‏رساند كه حاكم اسلامى اجازه سوء استفاده از حق را نخواهد داد و با كسى كه در مقام زيان رساندن به ديگران برآيد، برخورد نموده، او را نسبت به ضرر وارده مسؤول مى‏شناسد. اين در واقع ادّعاى نفى به انگيزه نهى است. به بيان ديگر، ظاهر عبارت، اِخبار به عدم وجود ضرار در حوزه حكومت اسلامى است ولى از آنجا كه بسيارند افرادى كه در حوزه حكومت اسلامى اقدام به ضرر ديگران مى‏كنند، معلوم مى‏شود مقصود از عبارت مزبور، نهى از اين عمل است. (نراقى، 1417: 48؛ انصارى: 113) بارزترين مصداق برخورد حاكم با عامل زيان نيز آن است كه وى را وادار كند تا وضعيت زيان ديده را به حالت پيشين بازگرداند.

آنچه گفته شد، استدلال به فقره «لاضرار» براى اثبات مسؤوليت مدنى بود. برخى از فقيهان (مراغى: 319) به فقره «لاضرر» نيز استناد كرده‏اند. به نظر آنان آنچه در شريعت، نفى شده ضررى است كه به نحوى تدارك نشده باشد والاّ ضرر در احكام شرعى در حوزه حكومت اسلامى، فراوان يافت مى‏شود. از يك طرف، احكامى چون جهاد و مالياتها اصولاً مستلزم نقص در مال و جان افراد است و از طرف ديگر مردم در روابط روزمرّه خويش فراوان به يكديگر زيان مى‏رسانند. پس مقصود از لاضرر، نفى «ضرر تدارك نشده» است. نتيجه مطلب آنكه خسارت زيان‏ديده بايد از اموال عامل زيان تدارك شود تا بقاءا ضررى وجود نداشته باشد و حديث لاضرر صادق آيد.

بنابراين در پاسخ به اشكالهاى مشهور بر استدلال به حديث لاضرر بر مسؤوليت مدنى مى‏توان نكات زير را يادآورى كرد:

الف) حديث لاضرر دلالت بر نفى ضرر در شريعت اسلامى مى‏كند، خواه ضرر ناشى از ثبوت حكم يا نفى حكم باشد.

ب) قطع ريشه فساد به صِرف حكم تكليفى مبنى بر حرمت اضرار، تحقق نمى‏يابد و شخصى كه اراده زيان رساندن به ديگران را دارد، بايد از عواقب اجتماعى رفتار خويش هراسناك باشد و اين جز با مسؤوليت مدنى و ضمان عامل زيان قابل تحقق نيست. پيامبر گرامى اسلام صلى‏الله‏عليه‏و‏آله نيز در برخورد با سمرة بن جندب به حرمت تكليفى اكتفا ننموده، دستور فرمودند تا درخت او را از ريشه بركندند. (مراغى: 319)

ج) حكم به ضمان عامل زيان بر خلاف «امتنان» بر او نيست؛ چرا كه خود بر اثر بى مبالاتى باعث مسؤوليت خويش گشته است. وانگهى لازم نيست جريان قاعده لاضرر، امتنان بر همه امت باشد ولذا قاعده لاضرر اعمال مى‏شود هرچند با امتنان بر عامل زيان ناسازگار باشد. توضيح بيشتر اينكه قاعده لاضرر با حديث رفع «رُفِعَ عَنْ اُمَّتى تِسْعَةٌ...» تفاوت دارد؛ چراكه در حديث اخير، قيد «عن امّتى» آمده و مى‏رساند كه جريان حديث، امتنان بر همه امّت است. بدين لحاظ اگر جريان آن با امتنان بر ديگران ناسازگار باشد، جريان نمى‏يابد. مثلاً در مورد «اضطرار» كه يكى از مصاديق حديث رفع است، اگر شخصى در حال اضطرار از مال ديگران خورده باشد، در برابر مالك، مسؤوليت مدنى دارد، هر چند كه حرمت تكليفى تصرف در مال غير به دليل حديث رفع برداشته شود. ولى حديث لاضرر چنين نيست و جريان آن منوط به اين نيست كه بر همه امتنانى باشد. آنچه مانع اجراى قاعده است، تعارض آن با ضرر ديگرى است، كه موجب سقوط قاعده لاضرر در هر دو طرف مى‏گردد.

نتيجه مطالب بالا اين است كه براى استناد به حديث «لاضرر» به منظور اثبات مسؤوليت مدنى ناشى از تخلف از اجراى تعهّد، دو مقدّمه را بايد اثبات كرد: نخست آنكه جلوگيرى از رسيدن نفع مسلّم به شخص كه بارزترين مصداق خسارت ناشى از تخلف از اجراى تعهّد است، از نظر عرف، «ضرر» انگاشته شود. دوم آنكه عبارت «لاضرر» علاوه بر نفى احكام ضررى، مواردى را نيز كه از نبودِ حكم، ضرر لازم مى‏آيد، تحت پوشش قرار دهد.

هرچند به نظر عدّه‏اى از فقيهان، هر دو مقدمه ثابت است و اشكالى در دلالت حديث بر ضمان نيست ولى بيشتر فقها هر كدام به شكلى در دلالت حديث اشكال كرده‏اند. در نتيجه تنها دليل ضمان در باب مسؤوليت مدنى از نظر مشهور، قاعده اتلاف و تسبيب است كه منحصر به «از بين رفتن مال موجود» مى‏باشد. البته به غير از اينها، ممكن است قاعده‏هاى فقهى «غرور» و «ضمان يد» نيز در باب تخلف از اجراى تعهد مطرح شود. در خصوص قاعده غرور، اوّلاً اين قاعده چيزى جز قاعده تسبيب نيست و مى‏توان آن را مصداقى براى «سبب اقوى از مباشر» محسوب كرد. ثانياً بر فرض كه بتوان آن را مستقل از قاعده ياد شده در نظر گرفت، از برخى عبارات استفاده مى‏شود كه محل جريان آن، جايى است كه بر اثر غرور، مال موجودى تلف شده باشد. (نجفى: 145)

در مورد قاعده ضمان يد نيز، مفاد قاعده آن است كه اگر شخص مالى را از طريق توسل به زور و يا بدون اذن مالك يا اجازه قانونگذار به دست آورده، در برابر مالك ضامن آن است. يعنى علاوه بر آنكه مكلّف به بازگرداندن عين در زمان بقاى آن است، اگر مال مذكور، تلف شود و يا به آن نقص و خسارت وارد گردد، متصرف بايد از عهده خسارت وارده نيز بر آيد.

روشن است كه ركن اصلى قاعده، وجود تصرّف و وضع يد بر مال غير است. بنابراين در جايى كه تخلف از اجراى تعهد، متضمن تصرف و وضع يد بر مال ديگرى است، امكان استناد به قاعده وجود دارد؛ همچون جايى كه مستأجر پس از انقضاى مدت اجاره در بازگرداندن عين مستأجره كوتاهى مى‏كند. ولى خسارت ناشى از تخلف از اجراى تعهد، فراتر از اينهاست و در مواردى هيچگونه وضع يد بر مال غير وجود ندارد، مثل پيمانكارى كه در اجراى تعهد خويش مبنى بر ساختن ساختمان مورد نظر كوتاهى مى‏كند.(نجفى: 41)

### 3. مقايسه حقوق ايران با حقوق بيگانه و فقه

حقوق ايران در زمينه قلمرو مسؤوليت مدنى ناشى از تخلف از اجراى تعهّد، روند يكنواختى نداشته و از فراز و نشيب برخوردار بوده است، به گونه‏اى كه مى‏توان آن را به سه مرحله تقسيم كرد: مرحله تصويب قانون مدنى 1307، مرحله تصويب قانون آيين دادرسى مدنى 1318 و قانون مسؤوليت مدنى 1339 و مرحله پس از پيروزى انقلاب اسلامى در ايران؛ تصويب قانون آيين دادرسى دادگاههاى عمومى و انقلاب (در امور مدنى) 1379.

#### 3 ـ 1. قانون مدنى 1307

اصلى‏ترين ماده در باب مسؤوليت مدنى ناشى از تخلف از اجراى تعهّد در قانون مدنى، ماده 221 اين قانون است كه مى‏گويد: «اگر كسى تعهّد اقدام به امرى را بكند يا تعهّد نمايد كه از انجام امرى خوددارى كند، در صورت تخلّف، مسؤول خسارت طرف مقابل است، مشروط بر اينكه جبران خسارت، تصريح شده و يا تعهّد عرفا به منزله تصريح باشد و يا برحسب قانون، موجب ضمان باشد».

بخش نخست اين ماده، ترجمان ماده 1142 ق.م. فرانسه است كه با افزودن بخش اخير، قانونگذار تلاش كرده تا آن را با مبانى فقه اماميه سازگار سازد. براى اين منظور از يك سو، واژه «تعهد» را كه در متن ماده 1142 ق.م. فرانسه به معناى اسم مصدرى آمده، در معناى مصدرى به كار برده است؛ زيرا در عبارت «اگر كسى تعهّد اقدام به امرى را بكند يا تعهد نمايد كه از انجام عملى خوددارى كند» برعهده گرفتن انجام يا ترك عملى در ضمن عقد مقصود بوده در حالى كه در عبارت فرانسوى آن يعنى:

« Tout obligation de faire ou de ne pasfaire se resout en dommages et interets...» مقصود از واژه «obligation» تعهّد به معناى اسم مصدرى است. يعنى تعهّد كه نتيجه عقد و اثر آن است در صورت تخلف از اجراى آن، خود به خود منحلّ به خسارت خواهد گشت.

از سوى ديگر با افزودن بخش اخير ماده 221 خواسته است از نهاد شرعى «شرط ضمن عقد» بهره جسته و مسؤوليت مدنى ناشى از تخلف از اجراى تعهّد را بر اساس شرط ضمن عقد استوار سازد. اين نهاد شرعى كه ريشه در حاكميت اراده طرفين دارد به اقسام گوناگون خويش مى‏تواند بسيارى از مشكلات ناشى از فقدان قوانين عرفى را برطرف سازد.

توضيح، اينكه شرط ضمن عقد يا صريح است يا ضمنى. شرط ضمنى يا شرط بنايى است، يعنى در متن عقد نيامده، ولى عقد متبانياً بر آن واقع شده است، يا شرط ضمنى عرفى، كه گرچه در متن عقد تصريح نشده، ولى تعهد، عرفاً به منزله تصريح بدان است و يا شرط ضمنى قانونى، كه آن هم درمتن عقد مورد تصريح قرار نگرفته، ولى قانون، آن را از لوازم تعهد مى‏شمرد.

همه اين اقسام حتى قسم اخير، از اراده دو طرف سرمنشأ مى‏گيرد. نهايت در قسم اخير، قانونگذار، شرط را بر دو طرف تحميل مى‏كند، تا تعادل قراردادى حاصل گشته، از طرف ضعيف در قرارداد حمايت به عمل آيد.

ممكن است اشكال شود كه شرط مطالبه خسارت عدم النفع با توجه به نظر مشهور ميان فقيهان كه عدم النفع را موجب ضمان نمى‏دانند، بر خلاف شرع است و لذا نمى‏توان آن را نافذ تلقى كرد. درست مثل آنكه موضوع شرط ضمن عقد، پرداخت ربا باشد. پاسخ آن است كه ميان عدم النفع و ربا فرق است. ربا حرام است و با اشتراط آن در ضمن عقد، حرام خدا حلال نمى‏شود؛ ولى پرداخت مبلغى به ميزان خسارت عدم‏النفع، به خودى خود حرام نيست تا اشتراط آن بر خلاف حكم خدا قلمداد شود. شرط ياد شده به هيچ روى دست‏اندازى در احكام شرعى نيست، بلكه نوعى شرط فعل يا شرط نتيجه است و نفوذ خويش را از عمومات مربوط مى‏گيرد.

به هر حال، قانونگذار سال 1307، امكان مطالبه خسارت قراردادى را منوط به احراز شرط خسارت از سوى قاضى نموده است، خواه شرط صريح باشد يا شرط ضمنى بنايى يا شرط ضمنى عرفى و يا شرط ضمنى قانونى. دليل اين امر نيز از مباحث پيشين درباره موضعگيرى فقه اماميه نسبت به قلمرو مسؤوليت مدنى به دست مى‏آيد؛ زيرا چنانكه گذشت، بارزترين مصداق خسارت ناشى از تخلف از اجراى تعهّد، عدم‏النفع است و كمتر پيش مى‏آيد كه در اثر تخلّف قراردادى مال موجودى تلف شود. از طرف ديگر مشهور ميان فقيهان اماميه، عدم ضمان، نسبت به خسارت عدم‏النفع است؛ بنابراين قانونگذار مدنى كه خود متأثّر از فقه اماميه است راهى جز اين ندارد كه قلمرو مسؤوليت را بر اساس «اراده طرفين» گسترش داده و آن را به عموماتى نظير «المؤمنون عند شروطهم» مستند سازد.

ملاحظه موادّى چون 328، 331 و 332 قانون مدنى ايران به خوبى نشان مى‏دهد كه در باب مسؤوليت قهرى از نظر قانونگذار، هر نوع خسارتى موجب ضمان نيست؛ بلكه بايد بر آن اتلاف «مال» يا تسبيب در «تلف مال» صدق كند تا قابل مطالبه باشد. بدين ترتيب مى‏توان گفت: از ديدگاه قانونگذار مدنى در سال 1307، مبناى مسؤوليت مدنى ناشى از تخلف از اجراى تعهّد، با مبناى مسؤوليت قهرى به كلّى تفاوت دارد. مبناى مسؤوليت نخست، «اراده طرفين» و مبناى مسؤوليت قهرى، «حكم قانونگذار» است.

#### 3 ـ 2. قانون آيين دادرسى مدنى، 1318 و قانون مسؤوليت مدنى، 1339

ذيل ماده 728 ق.آ.د.م. مصوب 1318 آمده بود: «... ضرر ممكن است بواسطه از بين رفتن مالى باشد يا بواسطه فوت شدن منفعتى كه از انجام تعهّد حاصل مى‏شده است». ممكن است تصوّر شود اين ماده با گسترش دامنه مسؤوليت به خسارت عدم‏النفع، نظام مسؤوليت قهرى مذكور در مواد 328 و 331 ق.م. را برهم زد؛ ولى به نظر مى‏رسد قانونگذار در اين ماده نمى‏خواسته به طور كلّى واژه «ضرر» را از نظر عرفى معنا كرده، دامنه مسؤوليت قهرى را به «عدم النفع» گسترش دهد. بلكه همانگونه كه برخى از تدوين‏كنندگان پيشنويس قانون ياد شده (متين دفترى: 25 به بعد) متذكر شده‏اند، در مقام آن بوده كه صرفا مسؤوليت مدنى ناشى از تخلّف از اجراى تعهّد را نسبت به خسارت عدم‏النفع گسترش دهد. بدين ترتيب، با مقرره مزبور، خسارت عدم النفع را فقط مى‏توان در تخلفات قراردادى مطالبه كرد. به نظر مى‏رسد اينكه قانونگذار امكان مطالبه عدم النفع را به خسارت قراردادى اختصاص داده دليلى جز اين ندارد كه از ديدگاه او در همه قراردادها يك شرط ضمنى عرفى مبنى بر مطالبه هرگونه خسارت ناشى از تخلف از اجراى تعهد وجود دارد. در واقع، قانونگذار سال 1318، وجود شق دوم ماده 221 ق. م. را در همه قراردادها اعلام مى‏كند.

به بيان ديگر ماده 728 ق.آ.د.م (سابق) متضمّن دو نكته بوده است: يكى اينكه از نظر عرفى خسارت قراردادى به صورت شرط ضمنى در همه قراردادها وجود دارد هرچند در متن قرارداد بدان تصريح نشود. دوم اينكه دامنه آن عدم‏النفع را نيز دربر مى‏گيرد. شاهد بر اين مدعا اين است كه در ذيل ماده 728 ق.آ.د.م (سابق) ـ كه ذيل فصل چهارم قانون مذكور و تحت عنوان «خسارت حاصل از عدم انجام تعهّد» آمده بود ـ عدم‏النفع را به «فوت شدن منفعتى كه از انجام تعهّد حاصل مى‏شده است» معنا كرده بود. بنابراين برخلاف آنچه برخى از حقوقدانان معاصر (كاتوزيان: 245) معتقدند، به نظر مى‏رسد كه اين ماده هرگز در مقام آن نبوده است كه نظام مسؤوليت قهرى مذكور در مواد 328 و 331 ق.م. را درهم ريخته و دامنه ضمان قهرى را به خارج از «تلف مال» گسترش دهد.

برخى براى اثبات بى‏فايده بودن ذيل ماده 221 مورد بحث به ماده 1 قانون مسؤوليت مدنى مصوب 1339 استناد كرده‏اند كه مى‏گويد: «هركس بدون مجوز قانونى عمدا يا در نتيجه بى‏احتياطى، به جان يا سلامتى يا مال يا آزادى يا حيثيت يا شهرت تجارتى يا به هر حق ديگرى كه به موجب قانون براى افراد ايجاد گرديده لطمه‏اى وارد نمايد كه موجب ضرر مادى يا معنوى ديگرى شود، مسؤول جبران خسارت ناشى از عمل خود مى‏باشد». اين ماده، دامنه مسؤوليت را به هر گونه ضرر مادى يا معنوى، گسترش داده و بر فرض صدق عنوان ضرر بر عدم‏النفع، خسارت ناشى از از دست دادن نفع مسلّم را نيز در برگرفته است.

اين واقعيت، برخى از حقوقدانان را واداشته تا ذيل ماده 221 ق.م. را ـ كه مطالبه خسارت ناشى از تخلف از اجراى تعهّد را منوط به احراز شرط صريح يا ضمنى ساخته ـ بيهوده پندارند؛ زيرا بر فرض كه از طريق مسؤوليت قراردادى و استناد به شرط ضمن عقد و اراده طرفين نتوان مطالبه خسارت قراردادى كرد، با استناد به ماده 1 قانون مسؤوليت مدنى مى‏توان خسارت مزبور را مطالبه كرد. به نظر آنان، اصولاً مبناى مسؤوليت قراردادى همان مبناى مسؤوليت قهرى است و تفاوت ماهوى ميان آنها وجود ندارد. هر دو ايراد خسارت به ديگرى از باب تسبيب است: يكى سبب بيرونى است و به صورت عمل يا ترك عمل جلوه مى‏كند و ديگرى خوددارى از اجراى تعهّد است كه سبب ورود خسارت به ديگرى شده است. وجود قرارداد پيش از ورود خسارت باعث نمى‏شود كه براى ضمان منشأ قراردادى و ارادى تمهيد كند؛ زيرا سبب ضمان تخلف از قرارداد است كه يك واقعه حقوقى است نه خود قرارداد كه يك عمل حقوقى به حساب مى‏آيد. (كاتوزيان: 306)

واقعيت آن است كه اگر موادّ قانونى مربوط به مسؤوليت مدنى منحصر به همين مواد باشد، سخن مزبور صحيح است؛ زيرا از يك طرف به نظر ايشان «ضرر» طبق ذيل ماده 728 ق.آ.د.م. سابق اعمّ از عدم النفع است و از طرف ديگر ماده 1 قانون مسؤوليت مدنى هرگونه ضررى را قابل مطالبه مى‏داند. ولى از بحثهاى فقهى كه پيش از اين گذشت معلوم شد كه ماده 1 قانون مسؤوليت مدنى با گستره وسيع خويش فاقد مبناى فقهى است و از نظر مشهور فقيهان قابل پذيرش نمى‏باشد.

#### 3 ـ 3. قانون آيين دادرسى دادگاههاى عمومى و انقلاب(در امور مدنى)، 1379

تبصره ماده 515 قانون آيين دادرسى دادگاههاى عمومى و انقلاب (در امور مدنى) مصوب 21/1/1379 اعلام مى‏دارد: «خسارت ناشى از عدم النفع قابل مطالبه نيست...» و به موجب ماده 529 قانون مزبور، قانون آيين دادرسى مدنى مصوب 1318 نسخ گرديده است.

بنابراين، بر فرض كه تحليل پيش‏گفته درباره بيهوده بودن ذيل ماده 221 ق. م. در زمان اجراى قانون آيين دادرسى مدنى 1318 صحيح باشد، در شرايط كنونى قابل پذيرش نيست؛ زيرا به نظر مى‏رسد از ديدگاه قانونگذار سال 79، خسارت عدم‏النفع نه تنها در موارد ضمان قهرى، بلكه در مسؤوليت قراردادى نيز قابل مطالبه نيست و بدين‏ترتيب قانونگذار، وجود شرط ضمنى عرفى در همه قراردادها مبنى بر امكان مطالبه هر گونه خسارت ناشى از تخلف از اجراى تعهد از جمله عدم‏النفع را ناديده گرفت. بويژه كه در متن قسمت اول ماده 515 مزبور، خسارت ناشى از تخلف از اجراى تعهّد را صريحا از باب «اتلاف و تسبيب» و در همان محدوده قابل مطالبه اعلام كرده است. متن قسمت اوّل ماده چنين است: «خواهان، حق دارد ضمن تقديم دادخواست يا در اثناى دادرسى و يا به طور مستقل جبران خسارت ناشى از دادرسى يا تأخير انجام تعهّد يا عدم انجام آن را كه به علّت تقصير خوانده نسبت به اداى حق يا امتناع از آن به وى وارد شده يا خواهد شد، همچنين اجرت‏المثل را به لحاظ عدم تسليم خواسته يا تأخير تسليم آن از باب اتلاف و تسبيب از خوانده مطالبه نمايد».

اين قسمت از ماده و تبصره 2 آن با توجه به نظر مشهور در فقه تدوين شده است؛ زيرا پيش از اين گذشت كه ضمان قهرى از نظر مشهور فقيهان منحصر در از بين رفتن مال از باب اتلاف و تسبيب است و در جايى كه مال موجود از بين نرود، ضمانى پديد نخواهد آمد.

لازم به ذكر است كه بند 2 ماده 9 قانون آئين دادرسى دادگاههاى عمومى و انقلاب (در امور كيفرى)، مصوب 1378 ـ كه بر اساس آن «منافعى كه ممكن الحصول بوده و در اثر ارتكاب جرم، مدعى خصوصى از آن محروم و متضرّر مى‏شود» قابل مطالبه مى‏باشد ـ با تبصره 2 ماده 515 ق.آ.د.م. مصوّب 1379 تعارضى ندارد؛ چرا كه «منافع ممكن الحصول» با خسارت عدم‏النفع فرق دارد و مقصود از آن «تفويت منفعت مال» مى‏باشد همچون جايى كه مالى غصب شده و منافع آن تحت يد غاصب از ميان رفته يا كارمند اجير غير، توقيف شده و از شغل خويش بازمانده است. و بر فرض كه اين توجيه پذيرفته نشود، مقتضاى قاعده آن است كه تبصره 2 ماده 515 ق.آ.د.م را ـ كه پس از ماده 9 ق.آ.د.ك، 1378، به تصويب رسيده است ـ ناسخ بند 2 ماده 9 مزبور بدانيم.

### نتيجه‏گيرى و پيشنهاد

در رابطه با قلمرو مسؤوليت مدنى ناشى از تخلف از اجراى تعهّد ، نظامهاى حقوقى بيگانه، هر كدام راهى را پيموده‏اند. حقوق فرانسه و سوئيس بر بازگشت وضعيت متعهدله به حالت پيش از عقد تأكيد كرده‏اند، در حالى كه حقوق بين الملل و حقوق انگليس و امريكا بر لزوم در نظر گرفتن وضعيت متعهدٌله در حالت پس از عقد تأكيد مى‏كنند.

فقه اماميه نيز اصولاً مسؤوليت مدنى را در حدّ «اتلاف و تسبيب» كه آن هم منحصر به از بين رفتن «مال موجود» است، محدود مى‏سازد؛ ولى در خصوص مسؤوليت مدنى ناشى از تخلف از اجراى تعهّد قراردادى مى‏توان قلمرو مسؤوليت را با استفاده از نهاد شرعى «شرط ضمنى» و با استناد به عموم ادلّه نفوذ عقد و شرط، گسترش داد.

به همين لحاظ، قانونگذار در ماده 221، مطالبه خسارت قراردادى را منوط به احراز شرط صريح يا ضمنى ساخته و در نتيجه بايد معتقد بود قلمرو گسترده مسؤوليت مدنى ناشى از تخلف از اجراى تعهّد، مبنايى بجز مبناى مسؤوليت قهرى دارد و بايد آن را به «اراده طرفين» منتسب ساخت. در اين صورت است كه قلمرو مسؤوليت، منحصر به تلف مال نيست و هرگونه خسارت از جمله خسارت عدم النفع را نيز مى‏توان مورد مطالبه قرار داد.

در اين زمينه پيشنهاد مى‏كنيم تبصره 2 ماده 515 قانون آئين دادرسى دادگاههاى عمومى و انقلاب (در امور مدنى) مصوب 1379، مورد تجديد نظر قرار گيرد و قلمرو مسؤوليت مدنى ناشى از تخلف از اجراى تعهد، گسترش يابد.

#### منابـع

1 - اريك ساو، پايان مسؤوليت قراردادى، ترجمه حسين نوروزى، مجلّه حقوقى و قضايى دادگسترى، 1380، شماره 35.

2 - انصارى، شيخ مرتضى، رسائل فقهيّة، قم، كنگره بزرگداشت شيخ اعظم انصارى، 1414.

3 - خوئى، سيد ابوالقاسم، مصباح الاصول، قم، مكتبه داورى، 1409، ج2.

4 - ذنّون، حسن على، المبسوط فى المسؤولية المدنية، ج1، چاپ اوّل، بغداد، شركة تايمس للطبع، بى‏تا.

5 - رشتى، ميرزا حبيب ا...، كتاب غصب، چاپ سنگى، تهران، 1322ه .

6 - روحانى، سيد محمد، منتقى الاصول، قم، الهادى، 1416، ج5.

7 - طباطبائى، سيد على، رياض المسائل، چاپ سنگى.

8 - عاملى، سيد جواد، مفتاح‏الكرامة، ج6، چاپ اوّل، بيروت، دار احياء التراث العربى، بى‏تا.

9 - علامه حلّى، تحرير الاحكام، ج4، چاپ اول، قم، مؤسسه امام صادق(ع)، 1421ه .

10 - علاّمه حلّى، قواعد الاحكام، قم، مؤسسه نشر اسلامى، 1418 ه ، ج2.

11 - كاتوزيان، ناصر، قواعد عمومى قراردادها، ج4.

12 - كاتوزيان، ناصر، مسؤوليت مدنى (ضمان قهرى)، چاپ دوم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، 1378، شماره 90.

13 - متين دفترى، احمد، آئين دادرسى و بازرگانى، ج2، چاپ دوم، انتشارات مجد، 1381.

14 - محقق ثانى، جامع المقاصد، ج6، چاپ دوم، مؤسسه آل البيت، 1414ه .

15 - مراغى، ميرفتاح، العناوين، قم، مؤسسه نشر اسلامى، 1417، ج1.

16 - نجفى، شيخ حسن، جواهرالكلام، ج37، چاپ دوم، تهران، دارالكتب الاسلامية، 1365.

17 - نراقى، ملاّ احمد، عوائد الايّام، قم، مركز نشر دفتر تبليغات اسلامى، 1417.

18 - نراقى، مولى محمد، مشارق الاحكام، قم، كنگره بزرگداشت نراقى، 1380 ش.

19 - Andre Tunc, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. 6, Torts, London, Martinus publishers, 1983, No: 48.

20 - Duxbury, Robert, contract in nutshell, 3rd ed., Sweet & Maxwell, 1994.

21 - G.H. Treitel, The Law of Contract, London, Sweet and Maxwell, 1991.

22 - International law Report, I.L.R. , V: 35, 1963.

1 ـ استاد دانشگاه شهيد بهشتى

2 ـ استاديار گروه حقوق دانشگاه تربيت مدرس

3 ـ دانشجوى دكترى حقوق خصوصى دانشگاه تربيت مدرس.

نگارنده بر خود لازم مى‏داند از پژوهشكده حوزه و دانشگاه كه تسهيلات لازم را براى تهيه و تدوين مقاله فراهم آوردند، قدردانى و تشكر نمايد.

4. Art. 1142: Toute obligation de faire ou de ne pas faire se resout en dommages et interets, en cas d,inexecution de la part de debiteur.