

بسم الله الرحمن الرحيم

**مسئولیت مدنی در قبال خسارات معنوی و
شیوه‌های جبران آن در نظام‌های حقوقی ایران
و انگلستان در پرتو تصمیمات قضایی**

نویسنده:

زینب بابائی سالانقوچ



موسسه انتشاراتی آقایی



سرشناسنامه	:	بابائی سالانقوچ، زینب (۱۳۶۲)
عنوان و نام پدیدآور	:	مسئولیت مدنی در قبال خسارات معنوی و شیوه‌های جبران آن در نظام‌های حقوقی ایران و انگلستان در پرتو تصمیمات قضایی / نویسنده: زینب بابائی سالانقوچ
مشخصات نشر	:	تهران: آقای، ۱۴۰۳
مشخصات ظاهری	:	۲۰۰ صفحه رقعی
شابک	:	۹۷۸-۶۲۲-۴۸۰۶-۰۰-۰
فهرست نویسی	:	فیا
رده بندی کنگره	:	
رده بندی دیویی	:	
کتابشناسی ملی	:	



موسسه انتشارات آقای

مسئولیت مدنی در قبال خسارات معنوی و شیوه‌های جبران آن در نظام‌های حقوقی ایران و انگلستان در پرتو تصمیمات قضایی
نویسنده: زینب بابائی سالانقوچ
ناشر: نشر آقای
چاپ: اول
شمارگان: ۱۰۰۰ نسخه
چاپخانه: یوتاب
قیمت: ۱۹۸۰۰۰ تومان
شابک : ۹۷۸-۶۲۲-۴۸۰۶-۰۰-۰

کلیه حقوق برای ناشر محفوظ است

نشر و پخش: تهران میدان انقلاب انتشارات آقای

Www.Aghaepub.com تماس: 09124758603

فهرست

پیش گفتار

با توجه به اینکه نقض قرارداد توسط هر یک از متعاملین ممکن است واقع شود، در این صورت سؤال اساسی این است که چه خساراتی به طرف مقابل وارد شده و شرایط مطالبه ی خسارات توسط هر یک از آنها در حقوق ایران، انگلستان چیست و علاوه بر این از نظر حقوقی شخص ناقض قرارداد آیا باید وضعیت زیان دیده را اعاده ی به سابق نماید و یا اینکه در جبران خسارات، وضعیت فعلی زیان دیده مد نظر قرار گیرد. علاوه بر این، در حقوق کشورهای فوق، مفهوم نقض قرارداد چیست و آیا نقض قرارداد به معنی نقض تعهدات اساسی محسوب می شود و یا اینکه در صورتی محقق می شود که متعاملین هیچ یک از تعهدات خود را انجام ندهند. در ارتباط با قوانین ایران، حق بر جبران خسارت معنوی در مواد مختلف مورد تأکید قرار گرفته است از جمله در ماده ۲۲۱ قانون مدنی تصریح شده است: ((اگر کسی تعهد اقدام به امری بکند یا تعهد نماید که از انجام امری خودداری کند در صورت تخلف، مسئول خسارت طرف مقابل است....)) این تأکید در مواد ۲۲۷ و ۲۲۸ قانون مدنی و ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی نیز دیده می شود. در یک تقسیم بندی خسارت به مادی و معنوی تقسیم شده است و خسارت مادی نیز به انواع دیگری تقسیم شده است. در هر صورت، با تصویب قانون مسئولیت مدنی در سال ۱۳۳۹، چرخشی عمده به سود نظریه تقصیر در نظام حقوقی ایران صورت گرفت که به معنای نفی مسئولیت عینی نمی باشد. بلکه قانون گذار خواسته مسئولیت ناشی از تقصیر را قاعده قرار دهد و ایجاد مسئولیت عامل زیان را منوط به تحقق ارکانی هم چون

عمد یا بی احتیاطی نماید. از سوی دیگر، از خسارت در حقوق داخلی تعریف مشخص و واحدی وجود ندارد اما در نظام های حقوقی پیشرفته هم چون سایر نظام های حقوقی و انگلستان خسارات قابل مطالبه را شامل زیان مادی وارده و عدم النفع و قابلیت پیش بینی را شرط لازم برای مطالبه خسارت دانسته است. هرگاه عدم اجرای عین تعهد توسط یک طرف قرارداد منجر به ورود خسارت به طرف مقابل شود، برای وی حق مطالبه خسارت ایجاد می شود و نقض کننده قرارداد معمولاً از طریق پرداخت مبلغی پول این خسارت را جبران می کند. این روش جبران خسارت، در عمل مهمترین وسیله جبرانی در دسترس است .

در مقابل، در نظام حقوق مدنی سایر نظام های حقوقی بر اساس ماده ۱۳۸۲ که مقرر می دارد که هرکس مکلف به جبران خسارت ناشی از تقصیر می باشد، زیان دیده می بایستی علاوه بر زیان وارده به خود و تقصیر خوانده، رابطه سببیت میان آن دو را ثابت کند. رویه قضایی و دکترین حقوق سایر نظام های حقوقی، تقصیر را نقض تعهدات قانونی یا قراردادی می دانند.

چرایی انتخاب موضوع توسط نگارنده به این دلیل بوده است که اولاً جبران خسارت معنوی در هر یک از نظام های حقوقی نوشته و کامن لا، مبانی و روش های خود را دارد که این امر به صورت سنتی در ارتباط با نظام های حقوقی نوشته مانند سایر نظام های حقوقی و آلمان، جبران خسارت به واسطه تقصیر و در نظام های حقوقی کامن لا، جبران خسارت در فرض عدم تقصیر است. با این حال، با توسعه جوامع و تنوع قراردادهای مختلف، امروزه نظام های حقوقی فوق الذکر، روش های خود را در این زمینه تا حدود زیادی تغییر داده اند و در نظام های حقوقی نوشته مانند در سایر نظام های

حقوقی نیز نظریه خطا به ویژه در ارتباط با قراردادهای مرتبط با حقوق مصرف کنندگان به رسمیت شناخته شده است. این در حالی است که در نظام حقوقی ایران، جبران خسارت معنوی هم چنان در وضعیت سنتی خود باقی مانده است و به صورت ممزوجی از تأثیرات فقه امامیه، حقوق سنتی سایر نظام های حقوقی و ... مطرح است و جبران خسارت معنوی بر اساس قانون مسئولیت مدنی ۱۳۳۹، هم چنان بر پایه نظریه تقصیر است. این در حالی است که در نظام های حقوقی توسعه یافته مانند سایر نظام های حقوقی و انگلستان، روش ها و مبانی جدیدی برای جبران خسارت معنوی مورد پذیرش قرار گرفته است مانند خسارات تنبیهی که پذیرش آن ها در نظام حقوقی ایران می تواند این نظام را همراستا با سایر نظام های حقوقی توسعه یافته قرار دهد. ثانیاً، جبران خسارت معنوی علی رغم این که در وهله اول به نظر بدیهی و روشن می رسد اما بسیار پیچیده است و همین امر نیز موجب شده است که بسیاری از نویسندگان صرفاً به صورت کلی به آن پردازند. در حالی که در کتاب حاضر به صورت تطبیقی و مبسوط، زوایای آن مورد بررسی قرار می گیرد.

فصل اول - معرفی مسئولیت مدنی در قبال جبران خسارت معنوی در نظام حقوقی ایران و انگلستان

طرح موضوع :

بدیهی است که در ابتدای هر کتابی به مانند کتاب حاضر، بایستی مفاهیم و حدود و ثغور واژگان اصلی و عمده ای که در این کتاب به کار برده می شوند، مورد کنکاش و بررسی قرار بگیرد. از آنجا که اصلی ترین مفاهیمی که در این کتاب به کار رفته اند، جبران خسارت و نقض قرارداد بوده اند و از طرفی دیگر، هر یک از این مفاهیم در نظام های حقوقی ایران و انگلستان دارای تعاریف متفاوتی هستند، در فصل اول این کتاب به معرفی نهاد جبران خسارت معنوی در هر یک از نظام های حقوقی ایران و انگلستان پرداخته می شود.

مبحث اول - واژگان کلیدی

به مانند هر کتاب دیگری که در حوزه حقوقی انجام می گیرد، در این کتاب نیز به واژگان کلیدی که پرکاربردترین هستند یعنی نقض قرارداد و جبران خسارت پرداخته می شود. از آنجا که کتاب حاضر در حوزه سه نظام حقوقی ایران و انگلستان قرار می گیرد؛ بنابراین مفهوم نقض قرارداد و جبران خسارت در این نظام های حقوقی مورد اشاره قرار می گیرد.

گفتار اول - مفهوم نقض قرارداد و انواع آن

در گفتار اول این مبحث به مفهوم نقض قرارداد پرداخته می شود و این که

نقض قرارداد در هر یک از نظام‌های حقوقی ایران و انگلستان به چه معنا و مفهومی به کار رفته است. در ارتباط با نقض قرارداد، تعاریف زیادی به ویژه در دکترین حقوقی مطرح شده است از جمله این تعریف که ((تخلف از هر یک از مفاد قرارداد که از سوی تمامی طرفین آن، مورد توافق قرار گرفته است)) ((نقض قرارداد گاهی به نحو عامدانه و با سوء نیت صورت می‌گیرد مانند آنکه متعهد به رغم توانایی لازم برای اجرای قرارداد از آن طفره می‌رود و در وارد کردن زیان به متعهدله عمد دارد و حتی گاهی ممکن است شخصی با سبق تصمیم مبنی بر عدم اجرای عقد با دیگری وارد مذاکره شود و با وی قراردادی منعقد کند؛ اما گاهی نقض قرارداد غیر عمدی و بدون سوء نیت است .)) در کنوانسیون قراردادهای بیع بین‌المللی کالا، شرط اصلی دعوای جبران خسارات نقض قرارداد است. مواد ۴۵ و ۶۱ این کنوانسیون، کوتاهی فروشنده و خریدار در انجام هر یک از تعهداتی که بر اساس قرارداد یا کنوانسیون بر عهده‌دارند را نقض تعهد قراردادی قلمداد کرده است.

در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی از نقض تعهد به عدم انجام تعهد، تعبیر و در ماده ۱-۷ این سند، « عدم انجام تعهد عبارت است از کوتاهی یک طرف در اجرای هر یک از تعهدات قراردادی او که شامل اجرای معیوب و ناقص یا همراه با تأخیر نیز می‌شود. » بنابراین، نقض تعهد، زمانی اتفاق می‌افتد که یک طرف قرارداد بدون اینکه به لحاظ قانونی معذور باشد؛ در انجام آنچه از لحاظ قانونی بر عهده او بوده، کوتاهی نماید؛ از اجرای تعهد به صورت کلی امتناع ورزد؛ تعهد را ناقص انجام دهد؛ کمیت یا کیفیت مورد توافق را انجام ندهد یا آن را در مکان و یا زمان مقرر به انجام نرساند. نقض

تعهد در هر کدام از اشکال فوق، بر اساس ماده ۱-۴-۷ اصول قراردادهای تجاری بین المللی «به طرف زیان دیده حق مطالبه خسارت را به طور انحصاری یا به همراه هر طریق جبران دیگری می دهد.» بر اساس اطلاق این ماده، شرط اساسی ایجاد حق مطالبه خسارت، عدم اجرای تعهد بر طبق قرارداد است؛ اعم از اینکه آن تعهد فرعی یا اصلی باشد. حق مطالبه خسارت در مواد ۴۵، ۶۱ و ۷۴ کنوانسیون قراردادهای بیع بین المللی کالا نیز مورد تأکید قرار گرفته است.

بند اول - در نظام حقوقی ایران

با توجه به اینکه عمده ترین و مهم ترین نظام حقوقی که در این کتاب مورد نظر است، نظام حقوقی ایران است، در وهله نخست به تعریف نقض قرارداد در این نظام حقوقی پرداخته می شود. در ابتدا، باید گفت که نقض به معنای شکستن و ویران کردن پیمان و عهد آمده است. در اصطلاح حقوقی نیز مفهوم نقض از اصطلاح عرفی خود دور نیفتاده است و می توان در معنای کلی، نقض را شامل وضعیتی دانست که یک یا دو طرف قرارداد به تعهدات قراردادی خود پای بند نباشند. نقض قرارداد، خود به دو قسم تقسیم می گردد که یکی نقض واقعی قرارداد و دیگری نقض احتمالی قرارداد است. در نقض واقعی قرارداد، طرف قرارداد در عالم واقع به نقض تعهدات قراردادی خود می پردازد و این نقض واقع شده است در حالی که در نقض احتمالی یا نقض قابل پیش بینی، در شرایط کنونی نقضی صورت نپذیرفته است اما این انتظار وجود دارد که در آینده نقض واقع شود. این قسم اخیر در نظام حقوقی اخیر مورد پیش بینی قرار نگرفته است در حالی که آن چنان که در بخش های بعدی مورد اشاره قرار می گیرد در نظام های

حقوقی سایر نظام های حقوقی و انگلستان مورد نظر بوده است.

۱- تعریف نقض قرارداد

در نظام حقوقی ایران، تعریفی از نقض قرارداد به چشم نمی خورد. با این حال، این عدم تعریف مانعی عمده در دکتترین حقوقی در زمینه تعریف نقض قرارداد نبوده چه آنکه از نظر برخی اساتید، نقض قرارداد در نظام حقوقی ایران می تواند به معنای عدم انجام تعهدات قراردادی یا تأخیر در انجام آنها و یا اجرای نادرست یا اجرای غیرمنطبق با تعهدات قراردادی بوده باشد. البته نقض قرارداد در نظام حقوقی ایران از نظر این عده بایستی بر مبنای نوع قرارداد، نوع تعهدات قراردادی و شرایط و مکان انعقاد قرارداد، تفسیر شود.

نقض قرارداد در نظام حقوقی ایران، بر عدم اجرای قرارداد یا تأخیر در اجرای قرارداد دلالت دارد. البته آن چنان که در بخش بعدی نیز در ارتباط با انواع نقض قرارداد مورد اشاره قرار می گیرد، برخی از حقوق دانان، عدم اجرای بخشی از قرارداد یا اجرای قرارداد به صورت ناقص و معیوب را نیز از زمره مواردی می دانند که نقض قرارداد واقع شده است.

نقض قرارداد که به معنای تخلف از ایفای تعهدات است می تواند به علل مختلف از جمله تقصیر طرف ناقض باشد. نقض قرارداد می تواند به دو صورت عامدانه و غیرعامدانه صورت پذیرد. با تصویب قانون آیین دادرسی مدنی دادگاه های عمومی و انقلاب مصوب سال ۱۳۷۹ باب نهم و فصل اول و ماده ۵۱۵ آن قانون، «خواهان حق دارد ضمن تقدیم دادخواست یا در اثنای دادرسی و یا به طور مستقل جبران خسارت ناشی از دادرسی یا تأخیر انجام تعهد یا عدم انجام آن را که به علت تقصیر خواننده نسبت به اداء حق یا

امتناع از آن به وی وارد شده است یا خواهد شد هم چنین اجرت المثل را به لحاظ عدم تسلیم خواسته یا تأخیر تسلیم آن را از باب اتلاف و تسبیب از خواننده مطالبه نماید.)) عبارت تأخیر انجام تعهد در متن ماده مرقوم قابل تأمل می باشد و از مفهوم آن به هیچ وجه خسارت تأخیر تأدیه و مطالبه آن ظاهر نمی گردد. بلکه منظور مقنن، مطالبه خساراتی است که از تأخیر انجام تعهد حاصل می گردد که تأدیه دین را به سهولت نمی توان از اقسام تأخیر انجام تعهد دانست. مضاف بر این کلمه تقصیر که در ماده مذکور آمده است، مسلماً قصور وارد کننده خسارت را نیز خواهان مدعی خسارت بایستی به ثبوت برساند، هم چنین این که بایستی خسارات ادعایی از باب اتلاف و تسبیب باشد که صراحتاً در ماده ۵۱۵ قانون مذکور به آن اشاره شده است و همگی حاکی از این است که منظور قانون گذار از ماده ۵۱۵ قانون مذکور، اعطاء مجوزی برای مطالبه خسارت تأخیر تأدیه نبوده است، بلکه تبصره ۲ ماده ۵۱۵ که تصریح می دارد: "و خسارت تأخیر تأدیه در موارد قانونی قابل مطالبه می باشد" تنها عبارت قانونی است که مطالبه خسارت تأخیر تأدیه را آن هم به طور محدود و با آوردن در موارد قانونی قابل مطالبه دانسته است و منظور از عبارت "در موارد قانونی"، قانون الحاق یک تبصره به ماده ۲ قانون اصلاح موادی از قانون چک مصوب ۱۳۷۶/۱۰/۳ و ماده واحده تفسیری مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام است که مطالبه خسارت تأخیر تأدیه را در خصوص ادعاهای بانک ها هم چنین ادعای اشخاص حقیقی و حقوقی در خصوص چک های صادره پذیرفته است در ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی که آمده است "در دعاوی که موضوع آن دین و از نوع وجه رایج بوده و با مطالبه دائن و تمکن مدیون، مدیون

امتناع از پرداخت نموده، در صورت تغییر فاحش شاخص قیمت سالانه از زمان سررسید تا هنگام پرداخت و پس از مطالبه طلبکار، دادگاه با رعایت تناسب تغییر شاخص سالانه که توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تعیین می‌گردد محاسبه و مورد حکم قرار خواهد داد مگر طرفین به نحو دیگری مصالحه نمایند" دلیلی بر تجویز مطالبه خسارت تأخیر تأدیه نخواهد بود زیرا همان‌طور که در مورد مطالبه مهریه به نرخ روز اشاره شده باید گفت مطالبه مهریه به نرخ روز هم چنین مفاد ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی فوق‌الاشعار مبنی بر مطالبه دین که آن هم با قید تمکن مدیون و امتناع وی از پرداخت آمده است طبق تغییر فاحش شاخص قیمت‌ها از شمول مطالبه خسارت تأخیر تأدیه خارج بوده بلکه ابداعی است با عنوان مطالبه مهریه و طلب طبق تغییر و افزایش قیمت سالانه.

علیهذا، می‌توان به این نتیجه رسید که اولاً، ماده ۵۱۵ آیین دادرسی مدنی غیر از تبصره ۲ آن ماده، هیچ دلالتی بر مطالبه قانونی خسارت تأخیر تأدیه نخواهد داشت. ثانیاً، مفاد مواد ۵۲۲ آیین دادرسی مدنی و قانون الحاق یک تبصره به ماده ۱۰۸۲ قانون مدنی مصوب سال ۱۳۷۶ در مورد مهریه از شمول پرداخت خسارت تأخیر تأدیه خارج است ثالثاً، به استناد تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی که خسارت تأخیر تأدیه را در موارد قانونی قابل آن مطالبه دانسته است الحاق یک تبصره به ماده ۲ قانون اصلاح موادی از قانون چک مصوب ۱۳۷۶/۳/۱۰ و ماده واحده تفسیری مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام می‌باشد و در غیر موارد آن دریافت خسارت تأخیر تأدیه فاقد جایگاه و محمل قانونی است.

هم چنین، خسارت تأخیر تأدیه یک نوع خسارت قانونی مقرر در ماده ۵۲۲

قانون آیین دادرسی مدنی است که به حکم قانون در خصوص تأخیر در پرداخت تعهدات پولی، مانند چک و سفته و ثمن و اجاره بها و .. به شخص بدهکار تعلق می‌گیرد و مقدار آن طبق شاخص تورم اعلامی بانک مرکزی است اگرچه طرفین بر آن توافق ننموده باشند. وجه التزام ناشی از تأخیر در ایفای تعهدات در ستون خواسته دادخواست به عنوان یک خواسته اصلی باید قید شود و تمبر دادرسی از همان ابتداء بر اساس آن تا تاریخ تقدیم دادخواست محاسبه می‌گردد ولی در خسارت تأخیر تأدیه، تمبر دادرسی در ابتداء به آن تعلق نمی‌گیرد و مضافاً می‌توان در اثنای دادرسی به موجب یک لایحه، آن را درخواست نمود.

۲- انواع نقض قرارداد بر طبق نظام حقوقی ایران

در قسمت دوم این بخش به انواع نقض قرارداد بر طبق نظام حقوقی ایران پرداخته می‌شود. آنچه که مشخص است؛ این می‌باشد که برخلاف آنچه که در ابتدای امر به نظر می‌رسد، نقض قرارداد، یک امر بسیط و ساده نبوده بلکه نقض قرارداد، انواع مختلفی دارد از جمله عدم اجرای بخشی از قرارداد، تأخیر در اجرای قرارداد، اجرای غیرمطابق با قرارداد و نهایتاً اجرای زودتر از موعد قرارداد. نکته مهم این است که هم اجرای زودتر از تعهد قرارداد و هم اجرای با تأخیر قرارداد، جزء نقض های قراردادی محسوب می‌شود. در ادامه به انواع نقض های قرارداد بر طبق نظام حقوقی ایران، توجه می‌گردد.

۲-۱- عدم اجرای بخشی از قرارداد

خودداری از اجرای قرارداد ممکن است ناظر به بخشی از آن باشد. در این فرض در صورتی که موضوع تعهد تجزیه پذیر باشد، مسئولیت درباره

بخشی که اجرا شده است از بین می‌رود و نسبت به بخش اجرا نشده باقی می‌ماند چرا که متعهدلهمی^۱ تواند خسارت عدم انجام تعهد را از او بگیرد. به عبارت دیگر بخش تجزیه^۲ ناپذیر عقد، در حکم خودداری از اجرای تمام آن است.

درباره خودداری از اجرای شرط نیز باید گفت، این مورد در حکم عدم اجرای بخشی از قرارداد است و خسارت ناشی از آن باید جبران شود به اضافه اگر شرط انجام شده از لوازم مقتضای عقد باشد مسأله تابع موردی است که تمامی عقد اجرا نشده است.

۲-۲- تأخیر در اجرای قرارداد

تأخیر در اجرای تعهد خود باعث ایجاد ضمان و در واقع عدم اجرای موقت قرارداد است، باید توجه داشت مسئولیت ناشی از تأخیر در انجام تعهد در موردی محقق می‌شود که پس از سپری شدن زمان مقرر برای ایفاء تعهد امکان انجام آن از بین نرفته باشد بلکه تعهد در خارج از زمان مقرر در قرارداد برای متعهدله مفید و ممکن باشد و تأخیر در ایفاء آن صرفاً سبب از دست رفتن خصوصیت و فایده اضافی وابسته به آن زمان شده باشد نه فرصت اجرای اصل تعهد، در چنین مواردی اصطلاحاً گفته می‌شود که عمل و زمان آن بصورت تعهد مطلوب مورد قرارداد و اراده طرفین بوده است. به عبارت دیگر در موارد عادی، اجرای شرطی که ناظر به موعد انجام تعهد است چهره فرعی دارد و مطلوب جداگانه^۳ ای است که اگر از دست برود خسارت ویژه خود را دارد.

در چنین مواردی خسارت تأخیر در ایفاء تعهد با انجام تعهد قابل جمع است در حالی که خسارت عدم انجام تعهد با انجام آن جمع نمی‌شود و

این زمانی است موعداً ایفای تعهد قید آن است و به عبارت دیگر «انجام تعهد در موعداً معین» مطلوب واحد و یگانه و تجزیه ناپذیر طلبکار است که در آن سپری شدن موعداً، همانند عدم ایفای تعهد است و طلبکار می تواند به همین دلیل از متعهد خسارت عدم انجام تعهد را بگیرد. پس روشن است که فرض اخیر خارج از بحث تأخیر در اجرای قرارداد خواهد بود.

۲-۳- اجرای غیر مطابق با اوصاف قراردادی

گاهی متعهد آنچه را که بر عهده داشته انجام داده است ولی ایفای آن کیفیت مطلوب را نداشته و فایده مورد نظر را به متعهد نمی رساند. به عنوان مثال، پیمانکاری نیاز مورد تعهدی را طبق نقشه می سازد اما با مصالح نامرغوب، تعمیرکاری قطعه تصادف کرده را رنگ می کند اما رنگ نامرغوب و ...

اجرای نادرست و معیوب قرارداد در حکم عدم اجرای قرارداد است و متعهدله را مسئول جبران خسارت طرف مقابل می کند اما باید توجه داشت در صورتیکه کیفیت مطلوب تعهد با صرف هزینه ای نه چندان گزاف قابل تأمین باشد، نمی توان متعهد را به جبران خسارت خودداری از ایفای تمام تعهد محکوم کرد، بلکه باید مسئولیت وی را به تناسب ضرری که به متعهد له وارد کرده تعدیل نمود.

در تمامی این موارد، متعهدله (مدعی) است که باید ثابت نمایند آنچه انجام شده است با مطلوب قراردادی تفاوت دارد و روشن است که مطلوب اوصاف مورد نظر باید در قرارداد ذکر شده باشد یا در نظر عرف مسلم باشد تا متعهدله بتواند ثابت نماید که متعهد در انجام تعهد، آنها را مورد توجه قرار نداده است

۲-۴- اجرای زودتر از موعد قرارداد

باید توجه داشت که اجرای زودتر از موعد مقرر در قرارداد نیز، گاه نقص تعهد محسوب شده و در همه موارد، مطلوب طرف عقد نیست؛ نظیر سفارش تهیه غذا برای شرایطی ویژه که اجرای زودرس، نقص تعهد است و بی‌فایده. در مواردی اجرای شتاب زده و قبل از موعد تعهد، نشانه حسن نیت است (همچون پرداخت دین بدون بهره پیش از موعد). در تمامی موارد، دادگاه باید تشخیص دهد که آیا شرط موعد به سود دو طرف قرارداد است یا به سود متعهد.

بند دوم - در نظام حقوقی انگلستان

نظام حقوقی انگلستان به مانند سایر نظام های کامن لا، نقض قرارداد را شامل سه مصداق می داند: الف- رد قرارداد: زمانی است که یک طرف قراردادی با اظهارات یا رفتار خود صراحتاً به طرف مقابل نشان می دهد که قصد اجرای تعهدات قراردادی اش را ندارد؛ ب- غیرممکن ساختن: وقتی است که یک طرف به صورت عمد یا در اثر سهل انگاری، خود را از انجام تعهداتی که به موجب قرارداد مندرج شده است، ناتوان می سازد؛ ج- کوتاهی در انجام تعهدات قراردادی که از نگاه نظام حقوقی انگلستان نقض قرارداد در معنای خاص آن تلقی می شود.

پیش از هر چیز در نظام حقوقی انگلستان بایستی گفت که در قلمروی سرزمینی انگلستان، دو نظام سیویل لا و کامن لا اجرایی می شود. نظام سیویل لا به استان کبک انگلستان محدود بوده و نظام کامن لا در سایر بخش های سرزمینی انگلستان اجرایی می شود. با وجود اختلافات متعدد در سایر حوزه های حقوقی، اما در زمینه حقوق قراردادها، این دو بخش در

انگلستان از قواعد مشابهی تبعیت می نمایند. بدین صورت که یک قرارداد که به لحاظ قانونی الزام آور است، نمایانگر اجماع و اتحاد قصدها بین طرفین است. طرفین آزاد هستند تا به هر آنچه و به هر دلیلی مبادرت به انعقاد قرارداد نمایند. تنها محدودیت‌هایی که بر آزادی قراردادی وجود دارد؛ محدودیت‌های خاصی است که به واسطه قانون‌گذاری یا الزامات اخلاقی وضع شده است. قراردادهایی که مخالف حقوق موضوعه انگلستان از جمله قانون کیفری این کشور است، باطل و فاقد اعتبار است. برای نمونه قراردادی که در ارتباط با قتل یک انسان یا بکارگیری یک برده جنسی است، فاقد اعتبار بوده و بنابراین همان گونه که بعداً مورد اشاره قرار می گیرد، هیچ گونه بحث جبران خسارتی نیز در آن شکل نمی گیرد.

قوانین نظام حقوقی نوشته حاکم بر قراردادها در استان کبک انگلستان که مواد ۱۳۷۷ و ۱۴۵۶ قانون مدنی کبک را شامل می شود، عمدتاً از نظام حقوق مدنی کشور سایر نظام های حقوقی اخذ شده است. در سایر استان های انگلستان، قوانین ناظر بر قراردادها و از جمله جبران خسارت معنوی، عمدتاً از رویه قضایی و نظام سنتی کامن لا بریتانیا وامدار گشته اند. در هر صورت، بسیاری از استانهای انگلستان در حال حاضر، قوانینی را مورد پذیرش قرار داده اند که قواعد مندرج در برخی قراردادها را مدون می سازند. این امر به ویژه در ارتباط با قراردادهای فروش و حمایت از حقوق مصرف کنندگان صدق می نماید. در هر صورت، می توان این نتیجه را در پایان این بخش ارایه نمود که اگرچه دو نظام عمده حقوقی نوشته (استان کبک) و کامن لا (در سایر استان ها) در انگلستان از نظر برخی از جنبه های حقوق قراردادها با یکدیگر متفاوت هستند اما راه حل هایی که ارایه

می دهند نهایتاً نزدیک به یکدیگر بوده اگر چه کاملاً مشابه هم نیست.

بند سوم - در سایر نظام های حقوقی

در سایر نظام های حقوقی، یک قرارداد در صورتی نقض می شود که حداقل یکی از تعهدات اجرایی نشده یا با تاخیر اجرایی شود مگر این که به سبب یک عامل خارجی باشد که به طرف متضرر قابل انتساب است. نقض تعهدات قراردادی در سایر نظام های حقوقی دارای شاخص های واحدی نیست و بر مبنای این که تعهدات، تعهدات به فعل باشد یا تعهدات به نتیجه متفاوت هستند. در مورد اول یعنی تعهد به نتیجه، کافی است که خواهان اثبات نماید که تعهد انجام نگرفته است و به نتیجه ای که متعهد بدان تعهد داده است، دست نیافته است. با این حال، در مورد دوم یعنی تعهد به فعل، خواهان باید اثبات نماید که خوانده یعنی متعهد، تعهد خود را آن چنان که ممکن و معمول بوده است صورت نداده است و به مواردی از جمله قصور متعهد استناد نماید.

سه رکن در نظام حقوق سایر نظام های حقوقی برای اثبات نقض یک قرارداد لازم است اولاً وقوع خسارت ثانیاً رابطه سببیت و ثالثاً، تقصیر در ایفاء تعهدات قراردادی.

۱- تعریف نقض قرارداد

در سایر نظام های حقوقی بین دو وضعیت ((عدم ایفاء تعهدات قراردادی ((و ((نقض قرارداد)) قایل به تفکیک شد به این معنا که عدم ایفاء تعهدات قراردادی عمدتاً ناظر بر وضعیتی است که به فورس ماژور اشاره دارد در حالی که نقض قرارداد به یک نوع عدم اجرای تعهدات قراردادی به صورت عامدانه اشاره دارد. هم چنین در زمینه نقض قرارداد به این موضوع

نگاه می شود که آیا تعهد نقض شده در زمره تعهدات به فعل است یا تعهدات به نتیجه است. بدیهی است که انتخاب هر یک از این ها می تواند نتایج متفاوتی را با خود به همراه داشته باشد.

۲- انواع نقض قرارداد در سایر نظام های حقوقی

در دکترین حقوقی سایر نظام های حقوقی دو نوع نقض قرارداد یعنی نقض عمده و نقض جزئی وجود دارد. اگرچه هیچ تعریف مدونی از هیچ یک از آنها وجود ندارد اما نقض قرارداد عمده در فرضی است که تعهداتی از قراردادی نقض شود که بدون آنها امکان حیات اقتصادی قرارداد وجود نخواهد داشت. به عبارت دیگر، در نقض عمده قرارداد، تعهداتی وجود دارند که در ایفاء تعهدات طرف مقابل، تأثیرگذار است.

در حقوق قدیم سایر نظام های حقوقی بر اساس حقوق رم، در زمینه قراردادها تقصیر را درجه بندی می کردند. اولاً، بین تقصیر عمدی و تقصیر غیرعمدی فرق می گذاردند و ثانیاً تقصیر غیرعمدی را به سه گونه تقسیم می کردند: «تقصیر سنگین» (تقصیری آنچنان بزرگ و فاحش که معادل تقصیر عمدی بشمار می آید)، «تقصیر سبک» (تقصیری که شخص با احتیاط متوسط مرتکب آن نمی شود) و «تقصیر بسیار سبک» (تقصیری که شخص بسیار محتاط و آگاه آن را مرتکب نمی گردد). البته آثاری بر این تقسیم بندی مترتب بود.

این تقسیم بندی در قرن هجدهم مورد انتقاد شدید بویژه از سوی لائبرو واقع شد و در نتیجه نویسندگان قانون مدنی سایر نظام های حقوقی تقسیم بندی سه گانه تقصیر غیرعمدی را نپذیرفتند و ممکن بود تصور شود که درجه بندی سه گانه تقصیر در حقوق جدید سایر نظام های حقوقی رد شده است. در

واقع تفکیک بین تقصیر سبک و تقصیر بسیار سبک بکلی متروک شد؛ ولی فرق بین تقصیر سبک و سنگین از میان نرفت. در زمینه‌های مختلف، رویه قضایی سایر نظام‌های حقوقی آن تقسیم‌بندی را زنده کرد و قانونگذار جدید نیز درپاره‌ای موارد آن پذیرفت.

بنابراین در حقوق امروز سایر نظام‌های حقوقی در مواردی بین تقصیر سنگین و تقصیر سبک فرق می‌گذارند. بعضی از این موارد مبتنی بر رویه قضائی و برخی ناشی از قانون است. از جمله مواردی که رویه قضائی این تفکیک را پذیرفته، مورد شرط عدم مسئولیت یا تحدید مسئولیت است. اما مفهوم تقصیر سنگین را نه رویه قضائی روشن کرده است و نه قانونگذار. درست است که دیوان تمیز سایر نظام‌های حقوقی توصیف تقصیر را یک امر حکمی تلقی کرده و اختیار کنترل آن را برای خود شناخته است، ولی به علت تنوع موارد و مسائل، تاکنون به ضابطه روشنی جهت تشخیص تقصیر سنگین دست نیافته است.

قانونگذار و رویه قضایی سایر نظام‌های حقوقی تعریفی از تقصیر سنگین بدست نمی‌دهند؛ ولی بعضی از علمای حقوق سایر نظام‌های حقوقی آن را بطور کلی و انتزاعی تعریف کرده‌اند.

کاربنیه درتعریف تقصیرسنگین چنین می‌گوید:

«تقصیر سنگین تقصیری است که مظهر عدم مهارت یا غفلت شدید در حدی شگفت است. نه قصد اضرار هست و نه خباثت، ولی آنچنان بی‌مبالاتی وجود دارد که گویی کار عمداً انجام گرفته است».

«مازو» ها در کتاب معروف دروس حقوق مدنی خود این مفهوم را چنین تعریف کرده‌اند:

«تقصیر عمدی تقصیری است نه عمدی و نه ارادی، ولی سخت فاحش است. مرتکب آن، ایراد ضرر یا عدم اجرای قرارداد را نخواسته، ولی آنچنان رفتار کرده که گویی آن را خواسته است».

بعضی از استادان حقوق از جمله ویل باتوجه به اینکه تعریف کلی و انتزاعی از تقصیر سنگین چندان کارساز و راهگشا نیست، برای روشن کردن این مفهوم، بی آنکه تعریفی از آن بدست دهند، به مقایسه آن با تقصیر عمدی و تقصیر عادی پرداخته‌اند که بی شک سودمند و روشن گراست: الف- تقصیر سنگین با تقصیر عمدی از این جهت تفاوت دارد که غیرارادی است. تقصیر عمدی مستلزم «سوء نیت» است؛ در حالیکه تقصیر سنگین هر قدر فاحش باشد، متضمن آن نیست. البته نباید در مفهوم تقصیر عمدی مبالغه کرد و گفت که در تقصیر عمدی باید قصد اضرار به متعهد در تخلف از قرارداد وجود داشته باشد. نه تنها در این مورد، بلکه در موردی نیز که متعهد، با اراده از اجرای تعهد سرباز می‌زند و می‌داند از رفتار او به متعهدله زیان خواهد رسید، هر چند که ایراد زیان را نخواسته و به تعبیر دیگر قصد نتیجه نداشته باشد، صادق است. بنابر این در تقصیر عمدی لااقل آگاهی به زیانی که به متعهدله وارد می‌شود، لازم است و همین آگاهی در تحقق سوء نیت کافی است. اما تقصیر سنگین، یک اشتباه، یک غفلت فاحش و نابخشودنی است؛ هر چند که نه قصد اضرار در میان است و نه علم به خسارتی که به متعهدله وارد خواهد شد. از این رو مرتکب تقصیر سنگین دارای حسن نیت است. حسن نیت و سوء نیت، وجه تمایز اساسی بین دو مفهوم تقصیر سنگین و تقصیر عمدی است. نتیجه این تمایز آن است که تشخیص تقصیر عمدی ضرورتاً بطور «شخصی» انجام می‌گیرد؛ بدین معنی

که در هر مورد باید وضع درونی و روانی مقصر جهت تشخیص سوء نیت مورد بررسی قرار گیرد، بدون اینکه با یک فرد نوعی، یک انسان متوسط مقایسه شود؛ در حالی که در تقصیر سنگین، بررسی و تشخیص دارای جنبه «نوعی» است و رفتار متخلف، با رفتار یک انسان متوسط مقایسه می‌شود.

ب - تفکیک تقصیر سنگین از «تقصیر عادی» یا «تقصیر سبک»، دقیق‌تر و دشوارتر است. وجه تمایز سنتی و قدیمی در این باب، فاحش بودن تقصیر است. اولین حقوقدان معروف رومی می‌گفت: تقصیر سنگین عبارت است از «عدم درک چیزی که همگان درک می‌کنند»

مؤلفان حقوق قدیم سایر نظام‌های حقوقی می‌گفتند:

«تقصیر سنگین عبارت است از جهل به اموری که کم‌هوش‌ترین اشخاص درک می‌کنند و ترک تدابیری که کم‌دقت‌ترین اشخاص اتخاذ می‌نمایند». بعضی از علمای حقوق سایر نظام‌های حقوقی مانند ژوسران و پلانیول قابل پیش‌بینی بودن زیان را معیار تشخیص تقصیر سنگین از تقصیر سبک تلقی کرده‌اند. بنابراین نظریه تقصیر سنگین عبارت است از رفتار تخلف‌آمیز شخصی که می‌تواند و باید پیش‌بینی کند که از عمل او زیانی به دیگری وارد خواهد شد.

این تعاریف مانند تعاریفی که از علمای معاصر حقوق نقل کردیم، کلی و انتزاعی است و ضابطه روشنی برای تفکیک تقصیر سنگین از تقصیر عادی بدست نمی‌دهد؛ ولی رویه قضایی سایر نظام‌های حقوقی، اگر چه تقصیر سنگین را بطور کلی تعریف نکرده، اما با اعمال این مفهوم در موارد متعدد، ضوابط و معیارهایی جهت تشخیص آن بدست داده است. البته دادگاه‌های سایر نظام‌های حقوقی در این باب به خصوصیات مورد، توجه داشته و در

هر مورد، ضابطه و معیار خاصی را پذیرفته‌اند بی‌آنکه معلق باشد چرا در فلان مورد، فلان ضابطه بر ضوابط دیگر مرجح شمرده شده و ملاک عمل قرار گرفته است.

بند دوم-انواع نقض تعهدات

۱- نقض های اساسی و غیر اساسی

نقض قرارداد در صورتی اساسی تلقی می‌شود که به متعهدله خسارت عمده و اساسی وارد کند و به عبارتی آثار ناشی از آن فاحش و غیر قابل اغماض باشد. در صورتی که نقض قرارداد، فاقد این ویژگی باشد به آن نقض غیر اساسی اطلاق می‌گردد. اساسی بودن نقض، در اصول مقررات بستگی به نوع تعهد یا اهمیت آثار زیان‌بار ناشی از نقض دارد. اما در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا نقض اساسی قرارداد صرفاً به آثار زیان‌بار ناشی از نقض قرارداد بستگی دارد. در حقوق ایران مفهوم نقض اساسی وجود ندارد و ضمانت اجرای نقض قرارداد بستگی به موضوع قرارداد دارد. اگر موضوع قرارداد عین معین باشد، حسب مورد یکی از خيارات قانون مدنی اعمال می‌شود. اما اگر موضوع قرارداد عین کلی یا فعل یا ترک فعل باشد، متعهد الزام به اجرای عین تعهد می‌شود و در صورت عدم امکان الزام، متعهدله حق فسخ دارد.

۲- نقض های قابل پیش بینی و غیر قابل پیش بینی

قابل پیش بینی بودن یا نبودن نقض های تعهدات، یکی از مباحث مهمی است که نه تنها در نظام‌های حقوقی داخلی بلکه در نظام حقوقی تجارت بین‌الملل نیز بدان پرداخته شده است. فارغ از شرایطی که در زمینه نقض

تعهدات در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی وجود دارد از جمله ماده ۴,۷,۷. این اصول که قابل پیش‌بینی شدن خسارت را به عنوان یکی از شرایط پرداخت خسارت از سوی نقض کننده قرار می‌داند به طوریکه در ماده فوق‌الذکر تصریح شده است: ((طرف مسئول عدم اجرای تعهد قراردادی، فقط مسئول صدمه‌ای است که در زمان انعقاد قرارداد، آن را به عنوان خسارتی که احتمال داشت از عدم اجرای قرارداد به وی وارد شود، پیش‌بینی کرده بود یا به طور متعارف می‌توانسته است پیش‌بینی نماید.)) در ارتباط با این ماده، این نکته نیز قابل اشاره است که برخی از انواع جبران خسارت‌هایی نیز که در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی به رسمیت شناخته شده‌اند هم چون خسارات تنبیهی در نظام حقوقی ایران مورد پذیرش قرار نگرفته‌اند کما اینکه می‌توان در قانون الحاق دولت ایران به کنوانسیون حمل و نقل جاده‌ای نیز شاهد بود که خسارات تنبیهی را از شمول کنوانسیون مستثنی اعلام کرده است.

در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی و در ماده ۱-۳-۷ به تقسیم‌بندی نقض تعهدات، نقض اساسی تعهدات و نقض غیراساسی توجه شده است. در نقض اساسی قرارداد، بایستی به اوضاع و احوال هر مورد به صورت خاص توجه شود. در این خصوص مواردی که حضری نیز نیستند به عنوان نقض اساسی قرارداد ذکر شده است و هر آنچه که به جز آن باشد به عنوان نقض غیراساسی قرارداد برشمرده شده است از جمله عدم اجرای تعهد از روی عمد یا بی احتیاطی یا عدم اجرای تعهدات نسبت به متضرر و ... مفهوم مخالف این نوع تعهدات آن است که نقض تعهداتی که واجد اوصاف برشمرده شده در این ماده نباشند به عنوان نقض غیراساسی تعهدات

قراردادی در نظر گرفته می شوند.

نقض قابل پیش بینی قرارداد در وضعیتی صورت می پذیرد که یا بنا به اظهار یا رفتار خود متعهد مبنی بر این که نقض قرارداد در یک زمان و مکان خاص صورت می پذیرد، وقوع نقض قابل پیش بینی بوده باشد.

۳- نقض تعهدات پیش از عقد و در زمان انعقاد قرارداد

نقض تعهدات، صرفاً محدود به دوران عقد نشده بلکه به پیش از آن نیز بسط پیدا می کند. دوره پیش قراردادی به دوره ای اطلاق می شود که طرفین قرارداد آینده به منظور انعقاد یک قرارداد، با یکدیگر وارد مذاکره می شوند تا زمانی که قرارداد نهایی می شود. دوره پیش قراردادی از این منظر مهم می نماید که طرفین قرارداد آینده، حداکثر تلاش خود را می نمایند تا به هدف اصلی و نهایی خود که انعقاد قرارداد است، دست پیدا کنند. دوره پیش قراردادی، دوره تضمین شده ای نیست و از این رو، ممکن است هر یک از طرفین قبل از انعقاد قرارداد اصلی، از مذاکرات کناره گیری کند. اگرچه بر اساس اصل حاکمیت اراده طرفین، طرفین در انعقاد عقود مختارند و در صورت کناره گیری قبل از انعقاد، مسئولیت مدنی متوجه آنها نیست اما ممکن است تحت شرایطی خاص، این مسئولیت مدنی برای آنها احراز شود. خساراتی که در این دوران متوجه هر یک از طرفین می شوند را نمی توان به عنوان هیچ یک از خسارات قطعی یا خسارات احتمالی در نظر گرفت بلکه نوع خسارات به عنوان خسارات اتکایی بایستی محسوب شوند. اصل حاکمیت اراده در حقوق ایران به وسیله ماده ۱۰ قانون مدنی اعلام شده است. به موجب این ماده: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند، در صورتی که خلاف صریح قانون نباشد، نافذ است.»

پس، جز در مواردی که قانون مانعی در راه نفوذ قرارداد ایجاد کرده است، اراده اشخاص حاکم بر سرنوشت قراردادهایی است که منعقد می نمایند و اصل حاکمیت اراده را باید به عنوان «اصل» پذیرفت. نمی توان ادعا کرد که مفاد این ماده در نظام حقوقی ایران پیشینه تاریخی ندارد و ابداع نویسندگان قانون مدنی نتیجه تقلید از حقوق اروپایی است، زیرا فقهای امامیه دست کم در مبحث شرط، از همین اصل پیروی کرده اند و عقد صلح در مقام معامله وسیله تأمین اصل حاکمیت اراده در قراردادها بوده است. گروهی از مفسران و فقیهان نیز وفای به همه عقود که برخلاف اخلاق و عقل و شرع نباشد را واجب دانسته اند. با این وجود، به نظر می رسد که ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی سایر نظام های حقوقی نیز الهام بخش نویسندگان قانون مدنی قرار گرفته است و نفوذ حقوق اروپایی را در این زمینه نباید انکار کرد.

گفتار دوم - مفهوم جبران خسارت

خسارات ناشی از نقض قرارداد از سه ناحیه قابل ملاحظه است: ۱. بخشی از این خسارات ناشی از هزینه هایی است که متعهد له با تکیه و اعتماد بر اجرای قرارداد از طرف دیگر متحمل شده است؛ ۲. بخش دیگر این خسارات ناشی از عدم حصول منفعتی است که حصول آنها در نتیجه اجرای قرارداد متوقع بوده است. ۳. همچنین باید از دارا شدن بلاجهت طرف دیگر در صورت نقض قرارداد جلوگیری کرد خصوصاً اینکه ممکن است این دارا شدن ناشی از این باشد که عین یا معادل آن از کیسه متعهد له زیان دیده از نقض قرارداد رفته باشد.

بر این اساس می توان خسارت را تحت عناوین ذیل بررسی نمود:

۱. خسارات متوقع: برخی این اصطلاح را در دو معنی مورد استفاده

دانسته‌اند: در معنای اعم آن مراد از عدم النفع، خسارت ناشی از محروم ماندن از نفعی است که در صورت اجرای قرارداد، به وسیله متعهد، برای طرف دیگر حاصل میشد، خواه نفع مزبور ناشی از مال معین یا شخص معین باشد یا نفعی باشد که صرفاً از انجام عمل مورد تعهد به دست می آمده است. اما این اصطلاح در معنی اخص، فقط خسارت ناشی از خودداری متعهد از انجام عمل مورد تعهد را در بر می گیرد که از آن می توان به خسارت منافع منتظره نیز یاد نمود. هدف از جبران این نوع خسارت، قرار دادن زیان دیده در موضعی است که اگر قرارداد اجرا میشد، زیان دیده در آن موقعیت قرار داشت.

۲. خسارت اتکایی: علاوه بر آنچه متعاقدين برای تحصيل آن وارد در قرارداد میشوند، مبتنی بر اینکه قراردادی وجود دارد ممکن است هزینه هایی نمایند که اگر قراردادی در کار نباشد، آن هزینه ها را متحمل نخواهند شد. مبتنی بر قاعده فقهی جواز مقابله به مثل، این هزینه ها قابل مطالبه اند زیرا با نقض قرارداد توسط طرف دیگر، این هزینه ها بدون استفاده بر دست طرف دیگر می ماند و سبب آن هم ناقض قرارداد بوده و مقابله به مثل آن به پرداخت مثل آن است. اما قاعده مذکور، خسارات قابل مطالبه را فراتر از این مقدار تصویر میکند و این قابلیت را دارد که تا خسارات منتظره را نیز فرا بگیرد.

۳. خسارت اعاده ای: وقتی قراردادی فسخ میشود یا یکی از طرفین آن را نقض میکند و از اجرای عقد امتناع می ورزد و طرف دیگر نیز این نقض را به عنوان یک فسخ بپذیرد و هر آنچه از آن عقد عاید او شده به ناقض قرارداد باز پس دهد یا تصمیم به باز پس دهی آن داشته باشد، می تواند از طرف

دیگر نیز مطالبه کند که هر آنچه از عقد عایدش شده به او پس دهد. در بیع یک کالای معیوب، با فسخ قرارداد، مبیع معیوب به بایع پس داده میشود و در نتیجه مشتری میتواند ثمن را مطالبه کند.

خسارت دانستن این مورد چندان دقیق و مطابق با تحلیل حقوقی نیست زیرا خسارت اعاده‌ای زمانی پیش می‌آید که دیگر رابطه قراردادی وجود ندارد و در نتیجه به طور طبیعی هر آنچه بعد از قرارداد توقع میرفته است موجود باشد دیگر وجود ندارد و به حال سابق بر میگردد؛ یعنی هر آنچه در نتیجه قرارداد قرار بوده به طرف مقابل منتقل شود، با بطلان قرارداد منتقل نشده است یا اگر منتقل شده به واسطه فسخ آن باز گشته است. حتی اگر عین مال اخذ شده تلف شده باشد، آنچه پرداخت میشود بدل مال مبعوض به عقد است و نه خسارت قراردادی، در حقیقت این نوع به خسارت غیر قراردادی نزدیک‌تر است.

به علاوه، این نوع خسارت با دو نوع سابق قابل جمع دانسته شده است یعنی ممکن است در یک نقض قرارداد هم خسارات متوقع قابل مطالبه باشد و هم خسارات اعاده‌ای و هم خسارت اتکایی، برای مثال در یک پرونده کامن‌لا، هر سه نوع قابل مطالبه دانسته شده: خریدار یک دستگاه، دستگاه معیوبی را دریافت میکند که برای انجام تعهدی تهیه شده که سودی را برای خریدار به دنبال داشته است و برای نصب و کار گذاشتن آن نیز، هزینه‌هایی بر خریدار تحمیل شده است. هزینه‌های نصب و کار گذاری دستگاه به عنوان خسارات اتکایی، منافع متوقع از استفاده از دستگاه قابل مطالبه‌اند. از طرف دیگر چون دستگاه معیوب بوده، خریدار آن را بازگردانده و عقد را فسخ کرده است که در نتیجه، ثمن معامله را میتواند پس بگیرد.

پیش از این که به مفهوم جبران خسارت در نظام‌های حقوقی ایران و انگلستان پرداخته شود، به این موضوع بایستی پرداخته شود که این مفهوم در اسناد بین‌المللی نیز به کار گرفته شده است که توجه بدان از حائز اهمیت است. از جمله در ماده ۷۴ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، از الفاظ *oss* و *damage* استفاده نموده است و خسارات قابل مطالبه را شامل زیان مادی وارده و عدم النفع، و قابلیت پیش‌بینی را شرط لازم برای مطالبه خسارت دانسته است. تعریف مندرج در کنوانسیون بنحو کلی بیان شده و از این جهت با نظام حقوقی کشورهای حقوق‌نویسته و حقوق ایران سنخیت دارد. این ماده به طور ضمنی به اصل جبران کامل خسارت نیز اشاره نموده است. به موجب این اصل، متعهدله حق دارد جبران تمامی زیانهای ناشی از نقض قرارداد توسط متعهد را مطالبه نماید. ارزیابی این زیانها بر مبنای مقایسه وضعیت متعهدله در فرض نقض قرارداد با فرض اجرای کامل قرارداد بعمل می‌آید. این روش تأمین‌کننده منافع مورد انتظار متعهدله می‌باشد که از اجرای قرارداد بدست می‌آید. اصل جبران کامل خسارت هم شامل زیانهای مادی وارده می‌شود و هم شامل عدم النفع میگردد. مع هذا اصل جبران کامل خسارت، استثنائی در کنوانسیون دارد که به ماده ۵ کنوانسیون باز می‌گردد. به موجب این ماده مسئولیت بایع در قبال مرگ یا صدمات بدنی که به سبب کالا به افراد وارد می‌گردد پذیرفته نشده است. لذا جبران آن نیز، اصولاً تابع قوانین داخلی متعاملین خواهد بود.

زیان مادی عمدتاً عبارت است از هرگونه کاهش در دارایی شخص زیان‌دیده یا افزایش در تعهدات یا الزامات نامبرده که مورد اخیر بیشتر در موردی اتفاق می‌افتد که خریدار به موقع به تعهد خود در خصوص

پرداخت ثمن عمل نمی نماید و فروشنده ناگزیر از اخذ وام و پرداخت بهره آن جهت اجرای تعهدات خویش می شود. عدم النفع نیز عبارت است از ممانعت از افزایش دارایی شخص به واسطه نقض قرارداد. بعبارت دیگر، اگر نقض قرارداد رخ نمی داد و قرارداد اجرا می گردید، مقداری به دارایی شخص متعهدله یا خواهان اضافه می شد که اینک به واسطه نقض قرارداد عملی نشده است. اما از جهت دیگر روش جبران خسارت در ماده ۷۴ ناظر بر خسارت، شبیه به حقوق انگلستان می باشد. در قسمت اول این ماده آمده است، «خسارات ناشی از نقض قرارداد بوسیله یکی از طرفین عبارت است از، مبلغی برابر زیان.....» لذا جبران خسارات ناشی از نقض قرارداد بصورت پرداخت مبلغی پول می باشد که این مبلغ برابر است با کلیه زیانهای مادی وارده از جمله عدم النفع.

بند اول - در نظام حقوقی ایران

در نظام حقوقی ایران، خسارت و به تبع آن، جبران خسارت تعریف نشده است و همین امر، ضرورت رجوع به منابع فقهی را افزون می نماید. در فقه، ضرر در معنای ذیل به کار رفته است. صدمه جانی زدن به خود و دیگری، اعم از ضرب و جرح یا قتل، تجاوز به حیثیت دیگران و لطمه زدن به حیثیت خود، تعرض به ناموس دیگران، اتلاف و ناقص کردن اموال خود و دیگران و تجاوز به مال غیر مانند غصب، خیانت در امانت و اختلاس، ممانعت از وجود پیدا کردن نفعی که مقتضی وجود آن حاصل شده است یا عدم النفع مانند کندن درختان میوه ای که شکوفه دارند. همین داشتن شکوفه مقتضی میوه دادن است و میوه منفعت درخت. در صدق ضرر بر عدم النفع، اتفاق نظر وجود ندارد. همچنین ضرر به معنای نقص بر مال دیگری و یا صدمه به

جان کسی می باشد.

ضرر اگر در برابر «ضرر» استعمال شود، غیر ارادی است. پس در لاضرر و لاضرار تکراری صورت نگرفته است. مثال مانند کسی است که درختان میوه ده را از جا بکند یا اجیری زیاده بر اندازه سم پاشی کند و مانع میوه دادن یا کاهش میوه درخت شود. ابن منظور، ضرر را «ضد نفع» معنی کرده و به معنی «سوء حال» آورده است. نهاییه ابن اثیر و مجمع البحرین «ضرر» را «نقض در حق» دانسته اند. مصباح المنیر ضرر را به معنای «عمل مکروه» نسبت به یک شخص یا «نقص در اعیان» می داند. مفردات راغب اصفهانی ضرر را به «سوء حال» تفسیر می کند، اعم از اینکه سوء حال نفس به خاطر قلت علم و فضل یا سوء حال بدن به خاطر فقدان عضوی از اعضا و یا به خاطر قلت مال و آبرو باشد. همانگونه که ملاحظه گردید اختلاف نظر بین اهل لغت به علت استعمالات مختلف کلمه ضرر، امری طبیعی است ولی در مجموع می توان گفت: در مورد نفس و مال، کلمه ضرر استعمال می شود اما در مورد فقد احترام و تجلیل و آبرو، کلمه ضرر کمتر استعمال می شود. مثلاً گفته می شود «فلان شخص در آن معامله ضرر کرد یا دارویی که مصرف کرد مضر بود یا برایش ضرر داشت.» ولی اگر کسی از دیگری هتک آبرویی بکند اصطلاحاً گفته نمی شود که به او ضرر زده است

به گونه ای که ملاحظه گردید و با عنایت به مصادیق ذکر شده ضرر» در فقه هم شامل «ضرر مادی» و هم شامل «ضرر معنوی» می گردد. برخی دیگر از نویسندگان برای ضرر معنا و مفهوم عرفی قائلند و هر گونه تعریفی را در جهت فهم معنای عرفی آن معرفی نموده اند. به قول ایشان رجوع به کتب لغت برای فهم معنای ضرر لازم نیست. بعلاوه مراجعه به آنها نشان میدهد

که آنان نیز سعی کرده اند معانی عرفی ضرر را بیان کنند و به نظر می رسد، ساترین تعریف چنین باشد: «از دست دادن هر یک از مواهب زندگی، جان، مال، حیثیت و هر چیز دیگری که بشر می تواند از آن بهره مند گردد. دکتر جعفری لنگرودی در تعریف خسارت دو معنای عمده برای آن قایل است. خسارت به دو معنا است:

۱. زیانی است که کسی به مال دیگری برساند.
۲. «تاوان»، یعنی مالی که فاعل زیان مالی به غیر، باید بابت جبران به او بدهد.

نویسندگان حقوق مدنی نیز با بهره گیری از معانی لغوی، اصطلاحی و عرفی ضرر گفته اند: هر جا که نقصی در اموال ایجاد شود و یا منفعت مسلمی از دست برود و یا به سلامت و حیثیت و عواطف شخصی لطمه ای وارد آید می گویند ضرری به بار آمده است. کاستن از دارایی شخص و پیشگیری از فزونی آن به هر عنوان که باشد اضرار به اوست. جامعیت و گستردگی این تعریف هم شامل خسارات عدم النفع و هم شامل زیانهای معنوی می شود. بی تردید، یکی از عناصر مسئولیت و سنگ اول بنای آن «ضرر یا خسارت» می باشد. لفظ خسارت را قانون تعریف نمی کند، لکن مصادیق مختلف آن را تحت این عنوان و یا به اسامی دیگر از قبیل ضرر و زیان نام می برند. از قبیل خسارت دادرسی، خسارات تأخیر تأدیه، خسارات حاصل از عدم انجام تعهد، خسارات تأخیر در انجام تعهد و یا عدم تسلیم محکوم به و همچنین، قانونگذار تعریف دقیقی از ضرر و زیان مادی و معنوی ارائه ننموده است. لکن در قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹ و قانون آیین دادرسی کیفری به مصادیقی از آن اشاره شده است.

واژه خسارت در حقوق مدنی به دو معنی عمده استعمال شده است: قانونگذار، گاه آن را به معنی «ضرر» استعمال نموده که در این استعمال هیچگونه تفاوتی میان «خسارت» و «ضرر» وجود ندارد و در برخی کاربردها از لفظ زیان، صدمه و لطمه نیز استفاده شده است که دو مورد اخیر بیشتر ناظر است به صدمه و لطمه زیان‌های به جسم و جان شخص و شخصیت او (معنوی) و گاهی نیز خسارت به معنی چیزی است که برای جبران ضرر پرداخت می‌شود. قانونگذار هنگامی که از خسارات حاصله از عدم اجرای تعهدات یا جبران خسارات سخن می‌گوید، خسارت را به معنای اول به کار برده و هنگامی که از تأدیه خسارات بحث می‌کند (مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ قانون مدنی) معنای دوم را اراده کرده است. همچنین در ماده ۲۲۶ قانون مدنی در مورد ایفاء تعهد از طرف یکی از متعاملین، طرف دیگر می‌تواند ادعای خسارت نماید، مگر اینکه خسارت منتسب به فعل خود او باشد که در این شرایط بر مبنای قاعده اقدام عمل می‌شود. در اینجا خسارت به معنی چیزی است که در مقام جبران ضرر داده می‌شود. یعنی همان غرامت یا تاوان. آنچه که مسلم است خسارات حاصله از عدم انجام تعهد یا تأخیر در انجام تعهد بر طبق قاعده فقهی «لا ضرر» باید جبران شود. در تعریف دیگر، صدق مفهوم خسارات، مستلزم تجاوز به مال غیر (مستقیم یا غیر مستقیم) می‌باشد. در این صورت قصد تخلف از یکی از مقررات جاری کشور، شرط تحقق خسارت است. مثل اینکه کسی قراردادی منعقد کند و در انجام تعهد خود تأخیر ورزد.

در تعریف دیگر، مفهوم خاص ضرر و خسارت عبارت است از تفاوت بین دارایی کنونی زیان‌دیده و دارایی او به فرض عدم وقوع عمل زیان‌آور. به

همین دلیل، خسارت را نفع مالی و یا به اختصار نفع زیان دیده نامیده‌اند و عمدتاً تقلیل دارایی که خسارت را تشکیل می‌دهد یا به شکلتلف و یا نقص مال، فوت منفعت می باشد که فقها آن را عدم النفع می نامند.

برخلاف حالت اول، در حالت دوم دارایی زیان دیده بعد از وقوع عمل زیان آور، مانند قبل از آن است. مع هذا از اوضاع و احوال چنین بر می آید که حادثه زیان آور، مانع افزایش دارایی زیان دیده شده است. خسارت و یا ضرر مادی را می توان به صورت دیگری نیز معرفی نمود. مثلاً، با توجه به اینکه دارایی شخص زیان دیده جمع جبری ارقام مثبت و ارقام منفی آن است، خسارت یا از تقلیل ارزش و یا از تلف، یکی از ارقام مثبت و یا از افزایش ارقام منفی دارایی (یعنی دیون) نتیجه میشود در تعریف دیگر، از واژه ضرر یا خسارت از آن به نفع منفی و نفع مثبت یاد شده است. هم چنین، خسارت به عنوان عدم النفعی تعریف شده است که طرف معامله به انتظار انعقاد معامله، قابلیت اخذ آن را داشته است و بدان دست نیافته است. ضمن اینکه بر مبنای انعقاد معامله فعلی، فرصت انجام معامله دیگری را از دست داده است. من حیث المجموع و با عنایت به تعاریف به عمل آمده به نظر می رسد «ضرر» یا «خسارت»، واجد یک مفهوم عرفی است و کمتر واژه یا اصطلاحی را به می توان پیدا نمود که در مقام توصیف واضح تر از آن باشد. لذا در تشخیص مصادیق نیز باید به عرف مراجعه کرد و دید که آیا عرف در خصوص آن، مورد را ضرر می شمارد یا خیر. مع هذا عرف در قضاوت خود به سیر عادی و طبیعی و متعارف امور بی اعتنا نمی ماند و از ملاک های نوعی در تشخیص مصادیق ضرر استفاده می کند.

بند دوم - در نظام حقوقی انگلستان

در حقوق انگلستان از واژه دامیج (در صیغه مفرد) برای تعریف خسارت استفاده شده است و در توصیف آن همانند حقوق ایران از الفاظ و کلمات مشابه و معادل از قبیل ضرر و زیان، لطمه و صدمه بدنی، هر گونه آسیب بهره گیری شده است. خسارات ممکن است به شخص یا اموال او وارد شده باشد. اما صیغه جمع این کلمه، متمایز از صیغه مفرد آن و به معنای توان یا غرامت پولی است که در مقام جبران ضرر یا زیانهای وارده به شخص یا اموال او در اثر ارتکاب یک فعل غیر قانونی، ترک فعل یا عمل خطا کارانه، حکم به پرداخت می شود.

همچنین ممکن است علت پرداخت خسارت، ارتکاب یک فعل مسئولیت باشد و از این حیث تفاوتی میان مسئولیت مدنی و نقض قرارداد وجود ندارد و ویژگی بارز این غرامات، پرداخت مبلغی پول می باشد. همانگونه که در تبیین اصول یا اهداف حاکم بر جبران خسارت در مباحث آتی ذکر خواهد شد، هدف از جبران خسارت، اعاده وضعیت زیان دیده به زمان قبل از ورود خسارت یا ارتکاب فعل زیانبار می باشد که این امر با پرداخت مبلغی پول، تحقق می یابد.

این ویژگی تا اندازه زیادی متفاوت با حقوق ایران می باشد. بعبارت دیگر، در سیستم کامن لا، و به تبع آن حقوق انگلستان، پرداخت غرامت به پول، اولین و مهمترین ابزار یا روش جبران خسارت می باشد. اما در حقوق ایران پرداخت غرامت به پول، اولین راه حل ممکن نمی باشد. بطور مثال، در ماده ۳۱۱ قانون مدنی ایران در بحث غصب آمده است که غاصب باید مال مغضوب را عیناً به صاحب آن رد نماید و اگر عین تلف شده باشد، باید ثمن

یا قیمت آنرا بدهد و... در ادامه ماده ۳۱۲ قانون مذکور اشعار میدارد: هر گاه مال مغضوب مثلی بوده و مثل آن پیدا نشود غاصب باید قیمت... را بدهد.....».

یا در مواد ۳۲۸ و ۳۳۱ قانون مدنی، در باب اتلاف و تسبیب، به لحاظ تلف عین مال و عدم امکان استرداد آن، بدواً مثل و در صورت عدم امکان به لحاظ تعذر، رد مثل یا نایاب شدن آن، قیمت آن پرداخت می شود. لذا بطوریکه اشاره شد، پرداخت قیمت به عنوان آخرین ابزار جبران خسارت می باشد. مع هذا، قانونگذار، در ماده ۳ قانون مسئولیت مدنی مصوب سال ۱۳۳۹، دست قاضی را باز گذارده و به وی امکان را داده است که طریقه و کیفیت جبران آنرا با توجه به اوضاع و احوال قضیه تعیین نماید. بنابراین در جایی که قاضی تشخیص می دهد پرداخت قیمت در همان ابتداء، مناسب ترین روش برای جبران خسارت می باشد، می تواند حکم به پرداخت آن نماید. کنوانسیون بیع بین المللی کالا (مواد ۷۵ و ۷۶) نیز از حیث جبران خسارت با پرداخت مبلغی پول شبیه به سیستم حقوق کامن لا و انگلستان می باشد. این موضوع با مروری در مواد ۷۵ و ۷۶ کنوانسیون مزبور که در مقام سنجش یا ارزیابی خسارت در فرض فسخ قرارداد و انجام یا عدم انجام معامله جایگزین انشاء گردیده، قابل استنباط می باشد.

در حقوق انگلستان، در قبال نقض تعهدات قراردادی، چهار نوع جبران خسارت پیش بینی شده است که عبارتند از: خسارت جبرانی یا ترمیمی، خسارت تنبیهی، خسارت اعاده ای و خسارت اسمی. در ادامه مروری مختصر بر اقسام متعدد خسارت بعمل می آوریم که قبل از ورود به مباحث اصلی اقسام خسارت، مروری اجمالی بر آن مفید بوده و زمینه را جهت ارائه

بحث‌های تفصیلی فراهم می نماید:

خسارت جبرانی یا ترمیمی : که هدف از آن پرداخت آن جبران ضرروزیانهای وارده به شخص زیان‌دیده می‌باشد. اصل اولیه در حقوق انگلستان این است که پرداخت خسارت باید به منظور جبران زیانهای وارده باشد، البته استثنائاتی بر این اصل وجود دارد.

● خسارت تنبیهی : که آن را یک نوع خسارت شبه حقوقی- شبه کیفری نیز می‌نامند. هدف از آن، مجازات یا کیفر اعمال خشونت آمیز شخص می‌باشد و از این جهت این خسارت جریمه یا شرط کیفری نیز نامیده شده است. هدف اولیه این نوع خسارات، جبران خسارت نبوده، بلکه همان گونه که در بالا نیز خاطرنشان شد، مجازات یا تنبیه متخلف از تعهد قراردادی می‌باشد. در قضیه *Hill v Church of Scientology of Toronto* آمده است :

((خسارت تنبیهی، هیچ ارتباطی با آنچه که خواهان به عنوان جبران خسارت دریافت می نماید، ندارد. هدف آنها جبران خسارت خواهان نبوده بلکه در مقابل، مجازات خواهان می باشد. این روش جبران خسارت، طریقی است که بواسطه آن، هیأت منصفه یا قاضی خشم خود را از رفتار متخلفانه خواننده ابراز می نماید.))

در طول یک دهه گذشته، البته رویه قضایی انگلستان در صدد بوده است که حدود و ثغور خسارت تنبیهی ناشی از نقض قرارداد را به نحو مطلوب‌تری تبیین نماید و شاید یکی از بهترین تلاش‌ها در این زمینه را می‌توان در قضیه *Whiten v Pilot Insurance Co*. مورد اشاره قرار داد:

((۱. حکم به جبران خسارات تنبیهی به دسته‌های خاصی از سوءرفتارها و

تخلفات قراردادی محدود نمی شود. در مقابل، ساز و کار کنترل متناسب در یک ارزیابی منطقی به این نکته معطوف می باشد که شرایط و اوضاع و احوال در چه شرایط و اوضاع و احوالی الحاق تنبیه به جبران خسارت در یک دعوای مدنی را توجیه می نماید؛

۲. اهداف کلی خسارت تنبیهی، بازگردانده شدن وضعیت قرارداد به پیش از انعقاد قرارداد، بازدارندگی و ارعاب می باشد؛

۳. صدور حکم مجازات از سوی یک دادگاه کیفری برای جرمی به دلایلی که مربوط به همان واقعیاتی است که مربوط به نقض قرارداد در یک دعوای مدنی است، مانع از آن نخواهد شد که دادگاه حقوقی حکم به جبران خسارت بدهد و بنابراین صدور حکم کیفری مبنی بر محکومیت، مانع از خسارت تنبیهی در یک دعوای مدنی نخواهد شد؛

۴. یک رویکرد اصولی نسبت به خسارات تنبیهی مورد نیاز می باشد؛

۵. حکم نسبت به خسارات تنبیهی تنها در مواردی ضروری و لازم می باشد که این مقدار، پایین ترین مقداری باشد که اهداف یادشده در فوق را دنبال می نماید؛

۶. هیچ مقدار مشخص و ثابت خسارت تنبیهی وجود نداشته و هیچ ارتباطی نیز بین خسارت تنبیهی و خسارت جبرانی وجود نخواهد داشت .))

خسارت تنبیهی، اساساً در نظام حقوقی انگلستان نه به عنوان یک اصل، بلکه به عنوان یک استثناء، مورد پذیرش قرار گرفته است و به ویژه در مواردی مورد استناد دادگاه قرار گرفته است که یکی از طرفین در نقض اصل حسن نیت، مرتکب نقض تعهد قراردادی شده است. در رویه قضایی انگلستان، خسارت تنبیهی، عمدتاً در روابط قراردادی میان کارفرما و

کارگر مورد رأی واقع شده است. این استثنای نبودن خسارت تنبیهی، موجب شده است که تنها در موارد معدودی بدان حکم داده شود. برای نمونه در مواردی که کارفرما عامدانه اطلاعات محرمانه کارگر یا کارمند خود را برای ایجاد یک کسب و کار رقیب نسبت به او، بکار می گیرد. البته در مواردی که نقض حق کپی رایت، منتهی به نقض قرارداد اصلی شده است و هم چنین در مواردی که تکلیف به امانت داری در یک رابطه قراردادی نقض شده است، دادگاه‌های انگلستان پی رأی به خسارت تنبیهی داده‌اند.

در نقطه مقابل جواز خسارت تنبیهی در نظام حقوقی انگلستان، نظام حقوقی ایران وجود دارد. در حقوق ایران، اصل بر ترمیمی بودن خسارات و اعاده وضع زیان دیده به حالت سابق است و در حقوق داخلی، حکم به پرداخت خسارت تنبیهی نوعاً مورد پذیرش قرار نمی گیرد. البته خسارت تأخیر تأدیه، وجه التزام، جریمه اجبار و دیه به عنوان راه حل جایگزین خسارات تنبیهی در نظام حقوق ایران مورد پذیرش قرار گرفته اند.

● خسارات اسمی: مبلغی است بسیار ناچیز (مثلاً پرداخت یک پوند) که حکم به پرداخت آن می شود. عمدتاً موارد آن جایی است که واقعاً خسارتی به شخص وارد نشده است یا ادله کافی برای اثبات ورود خسارت در دسترس نمی باشد و هدف از آن، اثبات حقانیت خواهان در دعوی و اعلام نقض حقوق قانونی می باشد.

● خسارات عام یا مستقیم: که نتیجه طبیعی و ضروری عمل خطاکارانه شخص می باشد که گاهی اوقات به آن خسارات نزدیک یازیان‌های مستقیم گفته می شود که اثر مستقیم و بلافصل نقض قرارداد است که نسبت به آن طرح دعوی شده است. این زیان معمولی و قابل پیش‌بینی است.

● خسارات خاص یا غیر مستقیم: خساراتی است که نتیجه طبیعی ولی نه ضروری و اجتناب ناپذیر خطا یا عمل زیانبار شخص می باشد. که این واژه معادل خسارات غیر مستقیم نیز می باشد که شرایط پرداخت آن بر طبق قابلیت پیش بینی خسارات می باشد که در مباحث آتی به تفصیل مورد بحث و بررسی قرار خواهد گرفت. چنین ضرر و زیانهائی بطور مستقیم و بلا فصل یا بلا واسطه و فوری از عمل شخص ناشی نمی شود. بلکه پیامدهای غیر مستقیم و معالواسطه عمل شخص می باشد و در اثر دخالت شرایط و اوضاع و احوال خاصی که معمولاً نیز قابل پیش بینی نمی باشند، بروز می کند. این ضرر و زیانها، نتیجه طبیعی عمل شخص است امانه از نتایج و آثار مستقیم و بلا فصل عمل او.

● خسارات بیش از حد مقرر قانونی :

یک نوع دیگر از نهادهای جبران خسارت که در حقوق انگلستان مورد توجه در زمینه جبران خسارت معنوی می گردد، خسارات مشدده یا خسارات بیش از حد مقرر قانونی است. این نوع خسارات را نبایستی با خسارات تنبیهی اشتباه نمود چرا که همان گونه که گفته شد، هدف اولیه خسارات تنبیهی، نه جبران خسارت، بلکه تنبیه متخلف از قرارداد می باشد. خساراتی است که توسط هیأت منصفه حکم به پرداخت می شود و مبلغ آن براساس اوضاع و احوال و وقایع خاص پرونده بیش از مبلغی است که قانون حکم می نماید که به آن خسارات غیر متعارف و خشونت آمیز نیز گفته می شود. در رویه قضایی انگلستان به تفکیک میان خسارات بیش از حد مقرر قانونی و خسارات تنبیهی، توجه شده است. از جمله در قضیه Vorvis v

Insurance Corporation of British Columbia آمده است :

((خسارات مشدده یا خسارات بیش از حد مقرر قانونی نسبت به جبران خساراتی صورت می گیرد که بیش از حد مقرر قانونی صورت پذیرفته است. این خسارات عمدتاً به خسارات معنوی و روانی مربوط بوده و معمولاً به خساراتی مربوط می شود که بر مبنای قواعد کلی مرتبط با ارزیابی خسارت ها، قابلیت تقویم دارند. خسارت های مشدده یا خسارات بیش از حد مقرر قانونی، در ذات و ماهیت خود، خسارات جبرانی بوده و می توانند تنها در این راستا، مورد حکم واقع شوند. خسارات تنبیهی، از سوی دیگر، در ماهیت امر خود تنبیهی بوده و می توانند تنها در مواردی مورد حکم واقع شوند که شکایت خواهان به منظور تنبیه خوانده باشد.))

● خسارات مورد انتظار :

در نظام حقوقی انگلستان ، جبران خسارت ها هم برای خسارتهای مادی و هم خسارت های معنوی مورد حکم قرار می گیرند. خسارت های معنوی، خسارت هایی هستند که مربوط به آسیب و تألمات روحی و روانی می شوند. اما خسارت های مادی، خسارت هایی هستند که می توانند به صورت پولی تقویم شوند و اساساً از خسارت ها به اموال، خدمات، خسارت ها به اعتبار تجاری یا مبالغ مالی و خسارت ها به منفعت اقتصادی ناشی می شوند . اصل اساسی در جبران خسارت انگلستان ، خواه مرتبط با خسارات مورد انتظار باشد یا اینکه خسارات مشدده یا سایر نهادهای جبران خسارت در حقوق انگلستان ، ((بازگرداندن به وضعیت سابق)) بوده است . بنابراین، اصل اساسی در جبران خسارت هایی که ناشی از نقض قرارداد بوده است، بازگرداندن آن ها به وضعیت سابق بوده به شکلی که خواهان بتواند به

وضعیتی که پیش از انعقاد قرارداد داشته است بازگردد. اصل اساسی دیگر در جبران خسارت‌ها در حقوق انگلستان، آن است که جبران خسارت بایستی منصفانه، متناسب و منطقی و مورد انتظار باشد و بر همین اساس، خسارت‌های غیرمستقیم در نظام حقوقی انگلستان قابل مطالبه نیستند. هرگونه جبران خسارت مورد انتظار بر مبنای قانون نظام ارزی انگلستان، بایستی به پول ملی انگلستان باشد. در نتیجه این امر، بسیاری از محاکم قضایی انگلستان در دعاوی مطروحه حتی اگر خسارت مربوط به قراردادهایی با ارزهای خارجی باشد، حکم به پرداخت جبران خسارت به پول ملی انگلستان می‌نمایند. در دعاوی عدم اجرای قرارداد، حکم به پرداخت آن می‌شود. ارزیابی این خسارات به گونه‌ای است که وضعیت اقتصادی متعهدله قبل و بعد از اجرای فرضی قرارداد در نظر گرفته می‌شود و این مابه‌التفاوت را به عنوان مبلغ خسارت به او می‌پردازند و هدف از پرداخت آن، قراردادن متعهدله در وضعیتی است که در صورت اجرای کامل قرارداد در آن وضعیت قرار می‌گرفت.

● خسارات تبعی :

این خسارات عمدتاً مشتمل بر هزینه‌ها یا مخارج معقول ناشی از توقف تحویل کالا یا حمل و نقل یا مراقبت کالا بخاطر نقض تعهد خرید و فروش مجدد یا اعاده کالا می‌شود. همچنین خسارات ناشی از نقض تعهد توسط فروشنده مشتمل بر هزینه‌های معقول بازرسی دریافت، حمل و نگهداری کالاهایی که به درستی به مقصد رسیده است و هرگونه هزینه معقول از لحاظ تجاری و حق الزحمه‌ها و مخارج مربوط به تأمین خسارات و هرگونه هزینه معقول ناشی از تأخیر در اجرا یا نقض قرارداد می‌شود.

■ خسارات غیر قابل جبران: خساراتی است که هیچگونه ضابطه پولی یا استاندارد دقیق برای ارزیابی آن وجود ندارد و نمی توان براساس قانون، جبران دقیقی برای آنها منظور نمود.

■ خسارات مقطوع و جریمه ها: در حقوق ایران از آن به عنوان وجه التزام یاد می نمایند.

■ جریمه

تعیین مقطوع خسارت بصورت شرط ضمنی در عقد، ناظر به ارزیابی واقعی و تعیین از پیش میزان زیانهای ناشی از نقض قرارداد می باشد.

■ جبران خسارات آتی: جبران خسارات که در موقع محاکمه رخ نداده ولی بطور عادی و طبیعی بعداً رخ خواهد داد و نتیجه اعمال انجام شده یا نقض قرارداد خواهد بود.

■ خسارات فرضی یا احتمالی: خساراتی است که میزان آن هنوز تعیین نشده است ولی از طریق اعمال یا وقایعی که سبب طرح دعوی می باشند، قابل حدس و پیش بینی خواهد بود. اما وقوع آن، بستگی به تحولات قریب الوقوع و محتمل الوقوع در آینده خواهد داشت و ناشی از یک امری احتمالی و حدسی یا ظنی می باشد. پس از بیان مختصر واژگان مربوط به اقسام خسارت اینک به تعریف جامع آن می پردازیم.

اینکه آیا دارایی شخص بواسطه نقض قرارداد کاسته شده است یا خیر، موضوع پیچیده ای است که بررسی و تفحص بیشتری را طلب می نماید. بطور مثال اگر مستأجری که تعهد به تعمیر عین مستأجره نموده، آنرا تعمیر نکند ولی بعداً بتواند ثابت نماید که صاحب خانه قصد تخریب ملک یا بنای آنرا داشته است، آیا می تواند با اثبات این مطلب از پرداخت خسارت شانه

خالی نماید یا خیر. این امر بستگی به استفاده ای دارد که خواهان از آن مال در نظر داشته است. یا مثلاً، اگر خریدار کالایی که بواسطه نقض قرارداد توسط فروشنده قادر به قبض نمی باشد، بتواند همان کالا را با همان کیفیت و قیمت قرارداد اول تهیه نماید، عملاً زیانی به وی وارد نیامده تا بتواند جبران آنرا مطالبه نماید. یا در فرض خسارت ناشی از تأخیر در تحویل کالا، اگر خوانده (فروشنده) بتواند ثابت نماید که تسلیم مورد معامله در موعد مقرر، هیچ تاثیری در وضعیت خواهان نداشته و به فرض که کالا در سر موعد نیز تسلیم می شد، خواهان توانایی یا امکان استفاده و بهره مندی از آن مال را نداشته است، می تواند کلاً یا جزئاً از مسئولیت معاف شود. بنابراین اگر خوانده بتواند ثابت نماید که نقض قرارداد زیانی به دارایی خواهان وارد ننموده یا با توجه به استفاده مورد نظر او از کالای موضوع قرارداد، تأثیری منفی در وضعیت او ایجاد ننموده است، حسب مورد این امر موجب حذف یا کاهش مسئولیت او می شود و در صورتی که خوانده نتواند این امر را اثبات نماید، صرف این واقعیت که خواهان آنچه را که برابر تحصیل آن قرارداد بسته، به دست نیاورده است، زیان محسوب می شود و خواهان الزامی ندارد که ثابت نماید که از مال، استفاده مفید و سودآوری به عمل می آورده است.

جبران خسارت ممکن است به واسطه ارتکاب یک عمل مسئولیت مدنی، ناشی از نقض یک قرارداد باشد.

پرداخت پول به صورت یک مبلغ مقطوع بوده و در یک زمان و بدون قید و شرط، حکم به پرداخت آن می شود. اما این مبلغ الزاماً وجه رایج انگلستان نمیباشد. معهداً پرداخت خسارت بصورت اقساط یا ماهیانه یا سالیانه حسب

توافق طرفین مقدور می باشد و قوانین موضوعه اخیراً چنین اختیاری را به دادگاه ها اعطاء نموده اند تا در پرونده های مربوط به ایراد جرح و صدمه به پرداخت خسارت بصورت اقساط در خلال مدت زمانهای متوالی حکم نمایند.

هدف از جبران خسارت، پرداخت غرامت و جبران کلیه ضرر و زیانها یا صدماتی است که خواهان متحمل شده است. همانگونه که لرد بلک برن در تعریف خود از ارزیابی و پرداخت خسارت گفته است: «خسارت باید با پرداخت مبلغی پول صورت بگیرد به گونه ای که خواهان را در همان وضعیت قبل از ورود خسارت یا انجام فعل زیانبار قرار دهد» این عبارت بعدها نیز در پرونده های دیگری تکرار و مورد تأیید واقع شده است، اما اجرای آن در مورد تعهدات قراردادی باید به گونه ای باشد که خواهان را در وضعیتی قرار دهد که در صورت اجرای قرارداد، در آن قرار می گرفت. حال آنکه اجرای ظاهری این قاعده منجر به نادیده گرفتن قرارداد و قراردادن خواهان در وضعیتی می باشد که گوئی اصلاً قراردادی منعقد نشده است. همچنین نباید محدودیت های مربوط به جبران خسارت را فراموش نمود. بنابراین در مواردی که خسارات وارده ناشی از فعل یا خطای خود خواهان می باشد یا خساراتی که داخل در قلمرو پیش بینی در محدوده مسئولیت مدنی یا نقض قرارداد نبوده و قانون جبران آنرا مقرر ننموده است یا خساراتی که خواهان امکان اجتناب از ورود آنها را داشته است یا خساراتی که بسیار مبهم و ناشناخته است را نمی توان مطالبه نماید.

هم چنین در نظام حقوقی انگلستان، در خصوص تعریف زیان چنین اشاره شده است: «توصیف موسع زیان شامل هر گونه صدمه یا لطمه به شخص یا

شخصیت یا اموال خواهان می شود. مفهوم لطمه یا صدمه به شخص (جسمی یا فیزیکی) واضح است و نیاز به توضیح ندارد. لطمه وارده به شخصیت شامل ایراد لطمه به احساسات، حیثیت و شهرت می شود. ایراد زیان به اموال خواهان شامل صدمه به اموال خاص و موجود او یا به طور کلی لطمه به دارایی یا وضعیت مالی شخص می باشد که مورد اخیر نیازمند بحث و بررسی است. اما موقتاً می توان آنرا چنین توصیف نمود «تفاوت بین ارزش دارایی موجود خواهان و ارزش آن در فرض اجرای تعهدات قراردادی». یعنی اگر قرارداد اجراء می گردید، فلان اندازه به دارایی خواهان اضافه می شد. اینک این نقصان به عنوان ضرر زیان یا خسارت محسوب می شود انواع مختلفی از جبران خسارتها در نظام حقوقی انگلستان پیش بینی شده اند که عبارتند از:

۱- خسارت های اتکایی :

خسارت های اتکایی به یک خواهان که در مقام متضرر است، جبران خسارتهایی را در اختیار قرار می دهد که به وی تحمیل شده است ضمن این که در همین زمان وی از طرف دیگر انتظار دارد تا به قرارداد منعقدۀ احترام بگذارد. برای نمونه، در صورتی که شخص الف، شخص ب را برای ایجاد فنس در حوالی خانه اش استخدام نموده و شخص ب نیز تجهیزاتی که برای این کار لازم است، تهیه نماید، با این حال، شخص الف به شخص ب اطلاع دهد که از قرارداد، پشیمان شده است و از پرداخت امتناع نماید؛ در این چنین شرایطی، شخص ب در حینی که خواهان را ملزم می نماید تا به قرارداد منعقدۀ احترام بگذارد، می تواند در قبال تجهیزاتی نیز که خریداری نموده است، خواستار جبران خسارت شود.

۲- اعاده به وضع سابق :

در صورتی که یک طرف قرارداد، منفعتی را در قبال نقض قرارداد در اختیار طرف دیگر (متضرر) قرار بدهد، طرف متضرر می تواند تقاضای اعاده آن منفعت را بنماید. برای نمونه، در صورتی که شخص الف توافق نماید تا موتورسیکلت شخص ب را در قبال ۱۰۰۰ دلار خریداری نماید، بدین صورت که ۵۰۰ دلار به صورت پیش و ۵۰۰ دلار پس از دریافت موتورسیکلت. در صورتی که شخص الف، ۵۰۰ دلار اولیه را پرداخت نموده اما شخص ب هیچ گاه موتورسیکلت را تحویل ندهد؛ نتیجتاً شخص الف می تواند تقاضای اعاده ۵۰۰ دلار خود را از شخص ب بنماید.

۳. خسارت های مربوط به منافع ممکن الحصول

شخص متضرر میتواند به دلیل نقض قرارداد از سوی متعهد، تقاضای جبران خسارت های مربوط به منافع ممکن الحصول را بنماید. برای نمونه، شخص الف، شخص ب را که یک خواننده مشهور است، استخدام نموده تا در سالن کنسرت او به اجراء پردازد و بر همین اساس نیز اقدام به انجام تبلیغات می نماید. در صورتی که شخص ب از اجرای کنسرت خودداری نماید، وی شخص الف را از منفعتی که می توانسته است بدست آورد، محروم ساخته است. وی میتواند به دلیل منافع ممکن الحصول از شخص ب که خواننده بوده است، طرح دعوی نماید.

۴. خسارت های مربوط به تقلیل ارزش

برخی اوقات در فاصله بین نقض قرارداد و انجام رسیدگی قضایی، ارزش مال موضوع معامله تقلیل می یابد. برای نمونه، در صورتی که شخص الف با شخص ب برای خرید یک انبار سوله به منظور نگهداری گندم هایش

قرارداد ببندد اما با وجود پرداخت مبلغ از سوی شخص الف، شخص ب از تحویل انبار سوله خودداری نموده و بدین دلیل، گندم های شخص ب، کیفیت اولیه خود را از دست بدهند و ارزش قیمتی شان در بازار تقلیل یابد، شخص الف، می تواند از شخص ب به دلیل کاهش کیفیت و ارزش قیمتی گندم هایش طرح دعوی نماید.

۵. خسارت های مربوط به فرصت های از دست رفته
برخی اوقات، طرف متضرر به دلیل رفتار تخلف آمیز شخص دیگری، فرصت برای دریافت منفعت را از دست می دهد. با این حال، التزاماتی برای دریافت این نوع خسارت وجود دارد. برای نمونه منفعت نمی تواند آن چنان دور باشد که وضع مسئولیت مدنی بر طرف دیگر، ناعادلانه باشد. به علاوه، شخص متضرر می بایستی اثبات نماید که وی می توانسته است منفعت را به دست آورد در صورتی که رفتار تخلف آمیز از سوی شخص نقض کننده قرارداد ایجاد نمی شده است. این واقعیت که فرصت وجود داشته است، کفایت نمی کند بلکه خواهان می بایستی اثبات نماید که وی می توانسته است منفعت را کسب نماید.

بند سوم - در سایر نظام های حقوقی

بر اساس ماده ۱۲۳۱-۴ قانون مدنی سایر نظام های حقوقی، جبران خسارت معنوی می بایستی به خساراتی محدود گردد که نتیجه مستقیم و فوری نقض قرارداد است. از این رو، خسارات غیرمستقیم قراردادی تنها در حدود و چارچوبی که مورد توافق هر دو طرف متعهد و متعهدله باشد، قابل جبران می باشد. از سوی دیگر، در سایر نظام های حقوقی، اینکه خساراتی به

صورت مستقیم یا غیرمستقیم است، یک موضوع مربوط به رابطه سببیت است.

نوع دیگری از خسارات ناشی از نقض قرارداد که در ماده ۱۲۳۱-۳ قانون مدنی سایر نظام های حقوقی مورد توجه قرار گرفته اند، تقسیم خسارات به خسارات ملموس و خسارات غیرملموس است. خسارات ملموس یا موردانتظار، خساراتی است که در موعد ایفاء تعهدات قراردادی، در صورت نقض آنها قابلیت پیش بینی دارند. با این حال، ماهیت برخی از قراردادها در سایر نظام های حقوقی هم چون بیمه به نحوی است که خسارات در آن قابلیت پیش بینی ندارند و از این رو، در صورت نقض تعهدات قراردادی در این چنین قراردادهایی، عموماً از راه حل هایی استفاده می شود که در نظام های حقوقی کامن لا مطرح شده است.

تقسیم بندی هایی دیگر نیز در ارتباط با جبران خسارت معنوی در سایر نظام های حقوقی وجود دارد از جمله اینکه برخی قراردادها به نحوی است که میان یک گروه یا یک جمع با گروه یا جمع دیگری منعقد می شود. در صورت نقض این قراردادها که عموماً در در سایر نظام های حقوقی، اولین اقدام برای تشخیص جبران خسارت در قرارداد، تشخیص این است که آیا قرارداد به نحو صحیح یا باطل بوده است. در صورتی که قرارداد به هر یک از موارد قانونی، باطل اعلام شود، دیگر مسأله جبران خسارت مطرح نمی شود چرا که جبران خسارت صرفاً مربوط به قرارداد قانونی و مشروع است. در این نظام حقوقی، البته با توجه به نقش وسیع دادگاه ها در تفسیر قراردادها و جبران خسارت قراردادی، طرفین قرارداد همواره تلاش دارند تا در جهت محدود نمودن این نقش اقدام نمایند. از جمله آنها می توان به ((شرط

قرارداد کامل)) اشاره نمود به موجب این شرط که تصریح می دارد که: ((این قرارداد بر کلیت قراردادی که ارتباطات بین طرفین را شکل می دهد؛ حاکم می باشد.)) با توافق با این شرط، طرفین دادگاه ملزم می گردند تا صرفاً به شروط و مفاد مندرج در قرارداد، توجه داشته باشد و بر همین اساس به اوضاع و احوال و قرائنی که در این زمینه وجود دارد و یا بعداً در اثر اجرای قرارداد ممکن است پدید آید، توجهی نداشته باشد.

در نظام حقوقی انگلستان، نقض قرارداد هم می تواند در اثر نقض تعهدات صریح و هم نقض تعهدات ضمنی پدید آید. تعهدات صریح آن دسته از تعهداتی هستند که مستقیماً در قرارداد مندرج می شوند و تعهدات ضمنی آن دسته از تعهداتی هستند که آن چنان بنیادین و اساسی هستند که خواه اینکه در قرارداد مندرج شوند یا خیر، طرفین متعهد بدان هستند.

خساراتی که در نظام حقوقی انگلستان، خواهان می تواند مدعی آن شود علاوه بر خسارت های مستقیم، خسارت ناشی از عدم النفع، فرصت از دست رفته و هزینه های اضافی که برای ایفای تعهدات قراردادی لازم و ضروری است؛ می باشند. هدف از جبران خسارت در نظام حقوقی انگلستان، قرار دادن طرف متضرر در وضعیتی است که در صورتی که نقض انجام نمی گرفت در آن قرار داشت. طرف متضرر می تواند انتخاب نماید که چه نوع جبرانی را می خواهد: جبران خسارت یا ایفای یک تعهد خاص. ایفای تعهد خاص در زمانی است که دادگاه، طرف متعهد را ملزم می نماید تا به ایفای تعهدی پردازد که متعهد به انجام آن بوده است. با این حال، در صورتی که طرف مبلغ مالی معادل خسارت خودش را مطالبه نماید، دادگاه دیگر نمی تواند به ایفای یک تعهد خاص حکم دهد.

البته تفاوت هایی در نظام جبران خسارت انگلستان با ایران وجود دارد برای نمونه می تواند به نهاد ((خسارت های تقلیلی)) و ((خسارت های اسمی)) در نظام حقوقی انگلستان اشاره نمود. بر اساس این نظام، ولو آنکه دادگاه تشخیص دهد که متضرر در وضعیت صحیحی است و اینکه طرف دیگر یعنی متعهد بایستی به طرف متضرر، جبران خسارت نماید، طرف متضرر از این مسئولیت برخوردار است تا نسبت به تقلیل خسارات وارده اقدام نماید. این بدان معناست که طرف متضرر بایستی هر آنچه را می تواند انجام دهد تا خسارات را تا بدانجا که ممکن است کاهش دهد. برای نمونه، در صورتی که شخص الف تعهد نماید تا نقاشی شخص ب را به ۱۰۰۰ دلار خریداری نماید اما متعاقباً از اجرای پرداخت خود به شخص ب خودداری کند، شخص الف، نقض قرارداد نموده است. با این حال، شخص ب که در این جا اثر نقاشی متعلق به او بوده است و متضرر شده است، می بایستی از طریق تلاش برای پیدا کردن راهی دیگری برای تقلیل خسارات خود اقدام نماید. در صورتی که وی نقاشی خود را به ۸۰۰ دلار به فروش برساند، وی می تواند از شخص الف صرفاً به دلیل ۲۰۰ دلار طرح دعوی نماید.

با این حال، در صورتی که در چنین فرضی، شخص ب از فروش نقاشی خودداری نماید، وی از تقلیل خسارات خودداری نموده است و دادگاه می تواند بر این اساس وی را به جبران خسارت پایین تری ذی حق نماید. در برخی از وضعیت ها، دادگاه میتواند متضرر را صرفاً به خسارت های اسمی حکم دهد که یک میزان بسیار پایین است که بخش کوچکی از ادعای او را تحت پوشش قرار می دهد. برای نمونه، در برخی از قضایا، دادگاه به جبران خسارت یک دلاری، طرف متضرر را رأی داده است.

مبحث دوم - منابع قانونی حاکم بر جبران خسارت معنوی در نظام های حقوقی ایران و انگلستان

در ارتباط با منابع قانونی حاکم بر جبران خسارت معنوی در نظام های حقوقی ایران و انگلستان ، باید به چند نکته اصلی اشاره نمود. اولاً این که در سطح نظام های حقوقی ایران و بخش های فرانسوی نشین انگلستان ، قاعدتاً قوانین موضوعه به عنوان اصلی ترین منابع قانونی حاکم بر جبران خسارت معنوی هستند در حالی که در نظام حقوقی انگلستان - به جز در بخش های فرانسوی نشین آن - این رویه قضایی است که مهم ترین منبع قانونی در زمینه جبران خسارت معنوی است.

منابع قانونی متعددی در هر یک از این سه نظام حقوقی در ارتباط با جبران خسارت معنوی وجود دارد برای نمونه در کنار ضرورت اثبات مسئولیت مدنی در زمینه نقض قرارداد در سایر نظام های حقوقی که به صورت کلی نیازمند اثبات سه عنصر وقوع رفتار تخلف آمیز، اثبات رابطه سببیت و وقوع خسارت است، در برخی از موارد رابطه سببیت در نظام حقوق مدنی سایر نظام های حقوقی مفروض در نظر گرفته می شود و آن در مواردی است که عوامل متعددی در نقض قرارداد و بروز خسارت نقش آفرینی می کنند.

گفتار اول - در نظام حقوقی ایران

علی رغم تمامی تحولات صورت گرفته در زمینه مسئولیت مدنی در نظام حقوقی ایران بایستی اذعان داشت که هم چنان قانون مسئولیت مدنی، مهمترین مرجع و منبع تبیین جبران خسارت معنوی محسوب می شود. ماده یک این قانون مقرر داشته است: «هر کس بدون مجوز قانونی عمداً یا در نتیجه بی احتیاطی به جان یا سلامتی یا مال یا آزادی یا حیثیت یا شهرت تجارتي

یا به هر حق دیگر که به موجب قانون برای افراد ایجاد گردیده لطمه‌ای وارد نماید که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود می‌باشد». همانطور که ملاحظه می‌شود دایره شمول این ماده بسیار وسیع است و تمامی افعال زیانباری که چه از روی عمد و نیت و چه به واسطه بی احتیاطی، موجب هر گونه خسارت مادی و معنوی به دیگران در حوزه های مختلف سلامت، دارایی، آزادی و اعتبار و ... می‌شود را در بر می‌گیرد. با تمسک به این ماده می‌توان دریافت هر گونه خسارتی که به واسطه نقض قرارداد، و در نتیجه سوء نیت و یا بی احتیاطی و عدم کنترل کافی طرفین قرارداد رخ دهد، می‌توان مسئولیت مدنی آنان را در پی داشته باشد.

تازه ترین تحول در حوزه جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد به مواد ۳۵ تا ۳۷ لایحه تجارت بازمی‌گردد. بر اساس ماده ۳۵ مزبور در صورت نقض تعهدات اساسی قراردادی، متعهدله می‌تواند رأساً قرارداد را فسخ نماید. در این مورد، وجود حق فسخ مانع الزام به ایفاء تعهد و اعمال آن، مانع تقاضای جبران خسارات ناشی از نقض نیست.

طبق ماده ۳۶ یادشده، در صورت نقض تعهدات غیر اساسی قراردادی، متعهدله می‌تواند به موجب اخطار، مهلت اجرای قرارداد به وسیله متعهد را به نحو متعارف تمدید کند. در این صورت، متعهدله مجاز به الزام متعهد به ایفاء تعهد نیست. اگر متعهد تعهدات خود را در مهلت مذکور اجرا نکرد یا اعلام نمود که اجرا نمی‌کند، متعهدله می‌تواند تا زمانی که تعهد مذکور انجام نشده است، قرارداد را فسخ نماید. در هر حال، متعهدله می‌تواند، حسب مورد، خسارات ناشی از عدم اجرای قرارداد یا تأخیر در اجرای آن را

از متعهد مطالبه کند، مگر اینکه عدم اجراء یا تاخیر به حادثه خارجی غیر قابل پیش بینی و غیر قابل رفع مستند باشد.

بر اساس ماده ۳۷ مذکور، هر گونه نقض قرارداد، شامل عدم اجرای قرارداد یا تأخیر در اجرای آن، به زیان دیده حق مطالبه جبران کامل خسارت را می دهد، مگر این که نقض قرارداد ناشی از تجویز صریح مقنن باشد. مطالبه جبران کامل خسارت، نافی اعمال ضمانت اجراهای دیگر در نظر گرفته شده برای نقض قرارداد نیست و اعمال ضمانت اجراهای مذکور، نافی حق مطالبه جبران کامل خسارت نمی باشد.

گفتار دوم - در سایر نظام های حقوقی

در وهله اول بایستی گفت که اصلاحیه حقوق قراردادهای سایر نظام های حقوقی که بر مبنای مصوبه شماره ۱۳۱-۲۰۱۶ در فوریه ۲۰۱۶ میلادی صورت گرفت، تغییرات اساسی در زمینه حقوق قراردادهای سایر نظام های حقوقی از جمله در زمینه جبران خسارت معنوی به وجود آورده است. از جمله تغییرات آن بود که اگرچه در ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی سابق سایر نظام های حقوقی به اصل حسن نیت اشاره شده است، اما این اصل صرفاً در مرحله اجرای قراردادها موردنظر بود اما ماده ۱۱۰۴ قانون مدنی جدید سایر نظام های حقوقی، این اصل را بسط داده و علاوه بر مرحله اجراء، حتی به مرحله مذاکره و پیش از انعقاد قرارداد نیز بسط داده است. هم چنین، شروط ناعادلانه در صورتی که به موجب قانون مدنی جدید (۲۰۱۶) در قراردادها گنجانده شوند و در اثر اعمال آن ها، شخص متعهد نتواند به ایفاء تعهدات قراردادی خود بپردازد، وی مشمول جبران خسارت نخواهد شد.

اصل کلی جبران خسارت در قانون مدنی سایر نظام های حقوقی به رسمیت

شناخته شده است برای نمونه بر طبق ماده ۲۱-۲۷ قانون مدنی سایر نظام های حقوقی (۲۰۱۶)، مقرر شده است که در صورت ورود ضرر به منافع ملی سایر نظام های حقوقی، علاوه بر جنبه های مجرمانه، وی بایستی به جبران خسارت پردازد. مسئولیت مدنی سایر نظام های حقوقی به طور سنتی بین قوانین ناظر بر مسئولیت مدنی غیرقراردادی و مسئولیت مدنی قراردادی تقسیم می شود. این قاعده از اصل عدم انباشت مسئولیت ها یا اصل عدم توازن اعمال ناشی می شود که بیان می کند مسئولیت قراردادی و غیرقراردادی از هم متمایز هستند، حتی اگر مکمل یکدیگر باشند. مسئولیت قراردادی ضمانت اجرایی را برای عدم رعایت تعهدات قراردادی اعمال می کند، در حالی که مسئولیت مدنی غیرقراردادی، ضمانت اجرایی را به نقض قواعد رفتاری که توسط قانون، مقررات یا رویه قضایی تحمیل می شود، ضمیمه می کند. سایر نظام های حقوقی در حال بازنویسی قوانین خصوصی ناظر بر تعهدات خود است. در سال ۲۰۱۶، قانون قراردادها که رژیم کلی حاکم بر تعهدات و قانون اثبات تعهدات توسط دولت سایر نظام های حقوقی اصلاح شد - و این قانون همانطور که ابلاغ و لازم الاجرا شد در سال ۲۰۱۸ مشمول اصلاحات بیشتری در زمان تصویب آن از سوی پارلمان سایر نظام های حقوقی شد. در مارس ۲۰۱۷، وزارت دادگستری سایر نظام های حقوقی پیش نویس لایحه ای را برای اصلاح «مسئولیت مدنی» منتشر کرد که برای این منظور مسئولیت عدم اجرای قرارداد و مهم ترین دلایل «مسئولیت فراقراردادی» را گردآوری کرده بود. به ویژه، ماده ۱۲۴۱ آن که مقرر می دارد:

((شخص مسئول ضرر ناشی از تقصیر خود است.))

خطا نیز در ماده ۱۲۴۲ قانون مدنی جدید سایر نظام های حقوقی تعریف شده است :

«تخطی از یک الزام قانونی یا کوتاهی در وظیفه عمومی مراقبت یا اهتمام به منزله تقصیر است.»

در سایر نظام های حقوقی ، حق جبران خسارت معنوی ها در حوزه های مختلف از جمله قراردادهای اداری و عمومی مورد تأکید قرار گرفته است. در سایر نظام های حقوقی ، شورای دولتی این کشور تأکید نموده است که مقام عمومی از اختیار مطالبه خسارت های ناشی از قراردادهای اداری حتی در فرض سکوت قرارداد، برخوردار است به عبارت دیگر، مقام عمومی این حق را دارد که حتی در صورت سکوت قرارداد اداری، در صورت وجود موارد، اقدام به فسخ قرارداد بر مبنای اصل حمایت از منفعت عمومی نماید . بر این اساس، دو وضعیت در مورد فسخ قرارداد اداری در نظام حقوقی اداری سایر نظام های حقوقی ممکن است پدید آید یا اینکه قرارداد اداری حاوی شرایط صریحاً ضمنی فسخ قرارداد بوده یا اینکه در این مورد سکوت کرده است. غالباً در وضعیت دوم، اصل صلاحیت های متوازن در نظام حقوقی اداری سایر نظام های حقوقی اعمال می شود. در مقابل، در صورت عدم ایفاء تعهدات از سوی کارفرمای دولتی، پیمانکار تنها از این حق برخوردار است تا با توسل به مراجع قضایی، دولت را به اجرای قرارداد و پرداخت خسارات ناشی از قرارداد ملزم نماید -چنین، بر اساس اصل منفعت عمومی، مقام عمومی از اختیار فسخ قرارداد اداری بدون توسل به محاکم دادگستری و اجبار پیمانکاران به پرداخت خسارت بر مبنای شروط قرارداد برخوردار است.

تنها مورد استثنایی بر این اصل، در مورد فسخ قراردادهای اعطای امتیاز بر اموال و دارایی‌های عمومی است که در صورت فسخ این قراردادها، کارفرمای دولتی تنها در صورت پرداخت خسارت به امتیازگیرنده (پیمانکار خصوصی) می‌تواند اقدام به فسخ قرارداد نماید.

هم‌چنین، در این نوع قرارداد، فسخ قرارداد بنا به تصمیم قضایی می‌باشد و در صورت وقوع تقصیری که منتهی به نقض قرارداد از سوی هر یک از طرفین شود یا عدم توانایی ایفاء قرارداد، طرف دیگر می‌تواند در حوزه صلاحیت قضایی که مقرر یا موقعیت اصلی طرف نقض کننده قرارداد است اقدام به درخواست فسخ از ناحیه دادگاه مزبور نماید. فسخ قضایی در این چنین نوع قراردادها را می‌توان یک نوع حمایت از حقوق مکسبه پیمانکار دانست. در اعلام فسخ قضایی قرارداد، قاضی بایستی فسخ قضایی را متناسب با میزان تقصیر نقض کننده قرارداد اداری در نظر داشته باشد.

به طور کلی در سایر نظام های حقوقی، در حوزه های خاصی نیز دارای نظام جبران خسارت های افتراقی ناشی از نقض قرارداد است برای نمونه در حوزه قراردادهای مربوط به بکارگیری ربات ها همان طور که پارلمان اروپایی در گزارش خود مورخه ۱۶ فوریه ۲۰۱۷ میلادی، دو رویکرد احتمالی را مورد نظر قرار داد: الف - یک نظام مسئولیت مدنی محض یا ب (یک رویکرد مدیریت خطر. رویکرد مسئولیت محض میتواند به طرف متضرر کمک نماید. از این رو، تنها این دلیل را لازم می شمرد که خسارت واقع شده است و یک ارتباط سببیت بین اقدام ربات و ضرر واقع شده وجود دارد. رویکرد مدیریت خطر میتواند از سوی دیگر، شخصی را مسئول

مدنی بداند که قادر است تا خطرها را کاهش دهد. در مجموع، طرف مسئول می بایستی تنها به نسبت سطح واقعی دستوراتی که به ربات ها داده شده است، مسئول مدنی شناخته شود. هر چه میزان قابلیت های یادگیری ربات ها، بیشتر باشد یا هر چه مدت آموزش ربات ها بیشتر باشد، به همان میزان، مسئولیت کاربر یا مالک این ربات ها بیشتر خواهد شد. نه تنها، این چنین نظام مسئولیت مدنی، جبران خسارت برای قربانیان آینده را تضمین می نماید، قطعیت حقوقی را نیز ایجاد می کند. با توجه به اینکه تأثیر کاربران انسانی برای ربات هایی که همیشه یادگیرنده هستند، مهم تر خواهد بود، مسئولیت مدنی صرفاً برای سازنده و تولیدکننده، دیگر کافی یا متناسب نخواهد بود.

گفتار سوم - در نظام حقوقی انگلستان

در نظام حقوقی انگلستان به دلیل کامن لا بودن، عمده منابع رسمی مرتبط با جبران خسارت معنوی، در سطح رویه قضایی جلوه گر است تا قوانین و مقررات. با این حال، قوانین و مقرراتی نیز در این حوزه به تصویب رسیده اند. برای نمونه می توان به ماده ۳ قانون مسئولیت مدنی پادشاهی و آیین رسیدگی به آن (۱۹۸۵) اشاره نمود که در آن، تصریح شده است، پادشاهی نسبت به هر نوع خسارتی که از ناحیه کارکنان آن وارد می آید، دارای مسئولیت مدنی است. در قوانین استانی انگلستان نیز اشاره های لازم در این خصوص به عمل آمده است. برای نمونه در ماده ۱۴۵۸ قانون مدنی کبک انگلستان آمده است: ((هر شخص مکلف به احترام گذاشتن به تعهداتی است که در قرارداد بدان پای بند شده است. در صورتی که شخص تعهد خود را در قبال طرف قرارداد ایفاء ننماید، نسبت به خسارات وارده بدنی،

معنوی و مادی مسئول می باشد و ملزم به جبران آن می باشد .))
 اصولاً بر طبق قوانین انگلستان ، سه شرط برای حدوث خسارات قراردادی لازم است که بدون وجود هر یک از این سه شرط، امکان وقوع ندارد. این سه شرط عبارتند از : الف- یک قرارداد صحیح و معتبر وجود داشته باشد ؛ ب- اختلافی راجع به تفسیر یا اجرا یا عدم اجرائیهات مندرج در قرارداد مطرح شده باشد ؛ ج- موضوع اختلاف راجع به نقض تعهدات قراردادی باشد .

مبحث سوم - مبانی ناظر بر جبران خسارت معنوی در نظام حقوقی ایران و انگلستان

در هر نظام حقوقی، میزان خسارتی که در نتیجه نقض قرارداد توسط طرف ذی نفع قابل مطالبه است، بستگی به هدف از جبران خسارت در آن نظام حقوقی دارد. در زمینه هدف جبران خسارت دو نظریه و رویکرد وجود دارد، نظریه اول این است که وضعیت متعهدله باید به حالت پیش از انعقاد قرارداد بازگردد؛ در نتیجه متعهد ملزم به ترمیم ضرری است که مستقیماً به متعهدله از ناحیه عدم اجرای تعهد وارد نموده است. اما نسبت به تفویت منافع مورد انتظار از قرارداد که از آن به عدم النفع نیز تعبیر می شود، مسئولیتی وجود ندارد. در نظریه دوم، هدف از جبران خسارت برآورده ساختن انتظارات متعهدله از اجرای تعهد است. لذا باید تا اندازه ای از ناحیه متعهد جبران خسارت صورت گیرد که زیان—دیده در وضعیتی قرار داده شود که اگر قرارداد اجرا می شد، در آن وضعیت قرار می گرفت. نظریه دوم با عنوان «نظریه جبران کامل خسارت» نیز تعبیر می شود.

نظام حقوقی فرانسه و سوئیس متمایل به نظریه اول، اما نظام حقوقی انگلیس و آمریکا بر لزوم در نظر گرفتن وضعیت متعهدله در وضعیت پس از عقد تأکید دارند. در نظام حقوقی کامن‌لا، نوعی خسارت برای نقض قرارداد، پیش‌بینی شده است که از آن به خسارات ناشی از انتظار تعبیر می‌شود و این خسارت برای حمایت از منفعت مورد انتظار طرف قرارداد طراحی شده است، با این هدف که قربانی نقض قرارداد در وضعیتی قرار بگیرد که اگر قرارداد انجام شده بود در آن وضعیت قرار داشت. البته این اصل در کامن‌لا با استثنائاتی مواجه شده است از جمله اینکه خساراتی که در زمان انعقاد قرارداد قابل پیش‌بینی نبوده، قابل مطالبه نمی‌باشند.

نظریه غالب در تجارت بین‌الملل که در اسناد مربوطه نیز انعکاس یافته نیز نظریه دوم است. اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی در ماده ۲-۴-۷ این نظریه را ذیل عنوان «جبران کامل خسارت» تصریح نموده است. در کنوانسیون قراردادهای بیع بین‌المللی کالا، به پرداخت کامل خسارت تصریح نشده، اما ماده ۷۴ بر قاعده پرداخت کامل استوار است، در این ماده تصریح شده است «خسارت ناشی از نقض قرارداد به وسیله یکی از طرفین عبارت است از مبلغی برابر زیان، از جمله عدم النفعی که طرف دیگر بر اثر نقض متحمل شده استدر حقوق ایران اگر چه اصل جبران خسارت ناشی از تخلف از تعهدات قراردادی با وجود شرایط مواد ۲۲۱ قانون مدنی و ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی مورد تصریح است اما نسبت به اینکه این جبران خسارت باید کامل باشد و زیان دیده در موقعیت بعد اجرای قرارداد قرار گیرد، تصریحی وجود ندارد.

اگرچه در اصل لزوم جبران خسارات ناشی از نقض تعهدات قراردادی،

حقوق ایران با اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی و کنوانسیون قراردادهای بیع بین‌المللی کالا، هم نظر است اما در اینکه چه مواردی به عنوان خسارت ناشی از نقض تعهد، قابل مطالبه بوده؛ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی به صراحت نظریه دریافت خسارت کامل را پذیرفته است و آن را شامل خسارت‌های وارده و نیز خسارت‌های ناشی از محروم شدن از منافع متعارف و مورد انتظار می‌داند. از مفهوم ماده ۷۴ کنوانسیون قراردادهای بیع بین‌المللی کالا نیز به وضوح پذیرش این نظریه برداشت می‌شود. بنابراین از منظر این دو سند، بعد از جبران خسارت، باید زیان دیده در موقعیتی قرار گیرد که اگر قرارداد اجرا می‌شد، در آن موقعیت قرار داشت. این نظریه در حقوق ایران با چالش مواجه است چرا که مقررات مدنی ایران در مورد لزوم جبران خسارات مادی که بالفعل وارد شده، با این دو سند بین‌المللی موافق است اما در مورد خسارت‌های ناشی تفویت منافع که از آن به عدم النفع نیز تعبیر می‌شود، قابل مطالبه نمی‌باشد.

مهم‌ترین امری که در ارتباط با هر نهاد حقوقی بایستی جستجو نمود، مبانی آن است. البته این که در ادامه یک مبنای خاص در یک نظام حقوقی آمده است، دلالت بر آن ندارد که ضرورتاً در سایر نظام‌های حقوقی بدان توجه نمی‌شود چه آنکه فقهاء و حقوق دانان اسلامی با توجه به آموزه‌های فقهی و حقوقی که از آیات شریفه قرآن برگرفته شده است؛ اشاره نموده‌اند که التزام به یک تعهد مانع از آن می‌گردد که آن را انکار نمود. در هر صورت، با تدقیق در قانون مدنی و سایر قوانین دیده می‌شود که جبران خسارت معنوی در نظام حقوقی ایران، در أبواب متفاوت از جمله تسلیم مبیع و عین مستاجر، خیار تخلف شرط، مزارعه و مسااقات مورد بررسی قرار گرفته

است.

گفتار اول - ایران

پیش از این که به بحث در ارتباط با مبانی جبران خسارت معنوی در نظام حقوقی ایران پرداخته شود، باید گفت که نظام حقوقی ایران در زمینه فوق الذکر متأثر از مبانی فقهی است و این امر موجب می شود که تفاوت های اساسی در زمینه جبران خسارت معنوی در نظام حقوقی ایران با نظام های حقوقی سایر نظام های حقوقی و انگلستان به وجود آید برای نمونه در ارتباط با اصل جبران کامل خسارت، نظر مشهور فقهاء مبتنی بر این امر که صرفاً برخی از خسارات قراردادی قابلیت جبران دارند و خسارات دیگر ولو آنکه عرفاً، آنها را به عنوان خسارات قابل جبران به رسمیت بشناسد؛ نمی توانند جبران شوند. از سوی دیگر، از نظر فقهاء، جبران یک خسارت نیز حد و حدود و چارچوبی دارد و لازم نیست که آن چنان که حقوق دانان اشاره می کنند، خسارات وارده به زیان دیده به صورت کامل جبران شود. به عبارت دیگر، از نظر فقهاء، جبران خسارت معنوی تابع ملاحظات است که از سوی شارع مقدس در وهله اول و قانون گذار اسلامی مشخص شده است و صرفاً در این چارچوب است که می توان اقدام نمود.

بند اول - قاعده لاضرر

مهم ترین قاعده ای که به عنوان پشتوانه جبران خسارت معنوی محسوب می شود، قاعده لاضرر است. اهمیت قاعده لاضرر در زمینه جبران خسارت معنوی به این دلیل است که این قاعده یک قاعده عقلانی بوده و بر اساس بنای عقلاء بنیان نهاده شده است و آن چنان بدیهی است که عقل حتی بدون حکم شارع نیز می توانست بدان دست یابد. اهمیت این قاعده به اندازه ای

است که بسیاری از متفکران اسلامی، آن را راز و رمز هماهنگی اسلام با پیشرفت ها و توسعه فرهنگی می دانند. اصل ضرر که در نظر طرفداران لیبرال، مهم ترین اصل برای جرم انگاری رفتارها است بر این اساس بنا شده است که تنها رفتارهایی باید در حوزه حقوق کیفری وارد شوند که به دیگران ضرر می رسانند. به موجب این اصل، ضرر به غیر و پیشگیری از آن، اولین دغدغه حقوق کیفری است و بر همین مبنا، برخی از مصادیق رفتارهای ضرروری می بایست جرم تلقی شود. لغویون هم چون ابن اثیر در نهاییه و راغب در مفردات، ضرر را به معنای یک امر وجودی و عدم النفع، در تنگنا قرار دادن دیگری، ایجاد نقص در جان یا مال یا عرض و ضررهای معنوی و ضرار را مجازات بر ضرر، ورود ضرر توسط دو نفر به یکدیگر، هم معنای ضرر، ورود ضرر توسط شخصی بدون آنکه سودی عایدش شود، ورود ضرر به دیگری با قصد قبلی و تکرار در ورود ضرر گرفته اند و معنای «لا» را نیز، عمدتاً نفی جنس دانسته اند در دیدگاه اسلامی، وجوب و تحریم فقهی در جهت فلسفه هدایت تشریع الهی، جلب مصالح و دفع مفسد و مضار مادی و معنوی از انسان را دنبال می کند که برای بسیاری از آنها مجازات دنیوی اعم از قصاص تا تعزیر مقرر شده است. حکم حکومتی بودن قاعده لاضرر این خصوصیت را دارد که بر اساس آن، می توان برای اعمال مدیریت به صورت کلی و مدیریت اقتصاد جامعه و کشور اقدام به جرم انگاری نمود. قاعده ((الضرر یدفع بقدر الامکان)) نیز به نوعی توجیه کننده مجازات برای جرایم اقتصادی بر اساس اصل لاضرر می تواند باشد؛ یعنی بر اساس عمل به مصالح مرسله، دفع ضرر قبل از وقوعش با تمام وسایل ممکن واجب است. از این روست که جهاد برای دفع شر دشمنان، مشروع

شده است و مجازات ها برای از بین بردن جرم ها واجب شده است. هم چنین بنا به قاعده ((الضرر یزال)) جبران ضرر در جرایم اقتصادی باید مورد توجه قرار بگیرد. جرمی اقتصادی محسوب می شود که منجر به آسیب به اقتصاد یا یک سیستم اقتصادی شود و لزومی ندارد که در یک بخش تجاری اتفاق افتاده باشد بلکه با انگیزه کسب سود و در هر جای جامعه که روی دهد؛ جرم اقتصادی محسوب می شود. لذا می توان گفت که جرم اقتصادی با سیاست اقتصادی که کل نظام اقتصادی را تنظیم می کند در ارتباط است و در پی حمایت از مالکیت خصوصی نیست.

بند دوم - قاعده اکل مال به باطل

«قاعده اکل مال به باطل»، یک قاعده کلی است که تمام تصرفات، اعم از تصرفات مالی و غیرمالی، تصرفات عدوانی، قمار، ربا، رشوه، غصب و غیره را در برمی گیرد. این قاعده به قدری اساسی و ضروری و بنیادین می باشد که به عنوان یکی از ارکان چهارگانه معاملات و قراردادها نیز شناخته می شود به نحوی که در کنار غرری بودن، ضرری بودن، ربوی بودن به عنوان یکی از موارد چهارگانه بطلان معاملات تجاری شناخته می شوند فارغ از تاثیراتی که در حقوق کیفری دارند. از پارامترهای این قاعده بررسی اکل مال، باطل و حرام است. بعضی از فقها باطل را اعم از باطل شرعی و عرفی می دانند، همین امر سبب شده تا قاعده اکل مال، قلمرو و مصادیق متعددی داشته باشد و بیان می کنند که اکل مال هم معاملات، و هم غیر معاملات و حقوق را شامل می شود. قاعده فوق، مهم ترین سند برای جلوگیری از نشر باطل و حرام می باشد. از نظر اسلام، هرگونه تصرف در اموال و دارایی ها باید بر اساس حق و عدالت و بر مبنای صحیح صورت گیرد و هر چیزی که

خارج از این اصل باشد، حرام و باطل است. بر این اساس، تحصیل درآمد از راه های غیر مشروع و با استفاده از ابزار و وسایل غیر مجاز، حرام است و باطل و به دلیل عمومیت و اطلاقش، همه را شامل می شود. حتی مطابق با آنچه برخی گفته اند، گستردگی معنای باطل نیز همین معنا را اقتضاء می کند. نه تنها تحصیل درآمد از راه های ناصواب، بلکه صرف و خرج کردن آن در مسیرهای حرام و ناپسند نیز، باطل است. از طرفی در جامعه اسلامی، هم دخل و هم خرج، هم تولید و هم توزیع، بایستی با معیارهای صحیح و مشروع انجام پذیرد.

گفتار دوم - انگلستان

در نظام حقوقی انگلستان، اصل حسن نیت به عنوان یک ضابطه، قاعده یا فاکتوری تفسیر شده است که برای ایفای تعهدات در یک موقعیت خاص، الزامی است. بر اساس اصل حسن نیت در نظام حقوقی انگلستان، یک دسته از تعهدات معتبر شناخته می شود و یک دسته از تعهدات نیز نامعتبر. برای نمونه تحمیل هزینه های نامتعارف بر متعهد به منظور ایفای تعهدات خلاف اصل حسن نیت تشخیص داده شده است هم چنین در مواردی که توافقاتی خلاف الزامات ایمنی و سلامت صورت می پذیرد. لذا در صورتی که در اثر تحمیل چنین تعهداتی بر متعهد، وی مرتکب نقض تعهدات شده یا در ایفای تعهدات تاخیر داشته باشد، متعهدله نمی تواند مدعی جبران خسارت ناشی از نقض تعهدات یا جبران خسارت ناشی از تاخیر در ایفای تعهدات قراردادی شود.

در هر صورت، دیوان عالی کشور انگلستان به منظور ارزیابی این که نقض تعهدات بر اساس اصل حسن نیت صورت گرفته است یا خیر، بر مبنای

اصلی موسوم به ((توازن احتمالات)) عمل نموده و سه ضابطه کلی را بر اساس این اصل، مدنظر قرار داده است :

۱- آیا تعهد در راستا یا به منظور تحصیل این هدف وضع شده است که منطقاً با کارکردی که از ایفای آن تعهد مدنظر است، مرتبط است ؟

۲- آیا ایفای تعهد به منظور دستیابی به هدف یا منظوری که متعهدله از قرارداد داشته است، ضروری است ؟

۳- آیا در صورتی که تعهد به درستی ایفاء نشده است یا به صورت کلی ایفاء نشده باشد، متعهدله دچار دشواری ناروا می شود ؟

اصل حسن نیت یک اصل برگرفته از نظام حقوقی کامن لا بوده و این امر را می توان در آرای متعدد صادره در کشورهای تابع این نظام حقوقی سراغ گرفت. از جمله در قضیه ((گورباکش سینگ در مقابل نیکا سینگ و دیگری)) ، به این موضوع پرداخته شده است که در قرارداد خرید یک باب ملک مسکونی در کشور انگلستان توسط یکی از اتباع هند، با توجه به اینکه ملک مسکونی متعلق به غیر بوده است و تبعه هندی در زمان خرید، حسن نیت داشته است، آیا این حسن نیت او می تواند مانع از مسئولیت مدنی و کیفری او شود و دادگاه بر اساس همین موضوع، مسئولیت مدنی و کیفری او را منتفی دانسته است. این موضوع در قضیه ((آر. کی محمد عبیدالله و دیگران در مقابل حاجی سی. عبدالوهاب)) نیز تکرار گردیده است. هم چنین، برخی آرای قضایی بوده اند که اصل حسن نیت در آنها به نحو بارزتری مورد اشاره قرار گرفته است. برای نمونه می توان به رأی صادره در قضیه ((گیت وی ریپلتی ال. تی. ئی در مقابل آرتون هولدینگز ال. تی. دی و لاهو دوولوپومنت ال. تی. دی)) اشاره نمود. در رأی صادره تصریح شده

است :

((قانون الزام می نماید که طرفین قرارداد حاضر، حقوق خود را به صورت صادقانه، منصفانه و با حسن نیت اعمال نمایند. این استاندارد است که زمانی نقض می شود که یک نفر در ایفای حقوق و تعهدات خود بر مبنای قرارداد، سوءنیت داشته باشد. حُسن نیت، راهنمایی است که طرفین بر مبنای آن، اهداف متقابل قراردادی شان را دنبال می نمایند.))

ثانیاً، در مقابل توجه زیاد به اصل حُسن نیت در نظام حقوقی کامن لا، اما نمیتوان با این عنوان در نظام فقهی شیعه، بابی را سراغ گرفت. همین امر موجب شده است که در رویه قضایی ایران نیز، علی رغم اهمیت اصل حسن نیت، توجه آن چنان لحاظ نشود هرچند می توان به آرای قضایی که اتفاقاً ناظر بر جایگاه اصل حسن نیت در قراردادها است، اشاره نمود.

گفتار سوم - سایر نظام های حقوقی

اصل وفای به عهد، اساسی ترین اصل حاکم بر جبران خسارت معنوی در حقوق سایر نظام های حقوقی است که بشر آن را از ابتدای پیدایش خود شناخته و پای بندی و احترام آن از نظر اخلاقی، یک امر نیکو و عدم احترام و تبعیت از آن به عنوان یک امر ناروا و ناپسند تلقی شده است.

اصل وفای به عهد صرفاً در حقوق داخلی مورد توجه قرار نگرفته است بلکه در حقوق تجارت بین الملل نیز مورد نظر بوده است. برای نمونه ساده ترین وسیله انجام تعهد، وفای به عهد یا در اصطلاح حقوق سایر نظام های حقوقی ، پرداخت است. موضوع تعهد هرچه باشد اعم از وجه نقد یا تسلیم مال (عین معین یا کلی)، فعل یا ترک فعل با انجام آن، وفای به عهد صورت می گیرد.

فصل دوم - شرایط خسارت ناشی از نقض قرارداد در نظام حقوقی ایران و انگلستان

طرح موضوع :

آنچه که به عنوان شرایط خسارت ناشی از نقض قرارداد قابل اشاره است، آن می باشد که در وهله اول به مسئولیت قراردادی مرتبط می باشد و نه مسئولیت قهری. اهمیت این امر آن است که در مسئولیت قراردادی، رفتار زیان بار عموماً به صورت ترک فعل واقع می شود و این ترک فعل خود به می تواند به سه صورت تاخیر در ایفای تعهدات، عدم ایفای تعهدات و نقض تعهدات صورت پذیرد. از سوی دیگر، برای آن که به موضوع جبران خسارت معنوی بتوان ورود پیدا نمود، در وهله اول در هر نظام حقوقی فارغ از نظام حقوقی ایران و انگلستان و یا سایر نظام های حقوقی، بایستی اثبات گردد که خسارت وارده ناشی از فعل زیانبار بدون مجوز قانونی ارتکاب یافته و به عبارت دیگر، نامشروع باشد؛ در غیر این صورت، به موضوع جبران خسارت معنوی ورود نمی گردد.

سه شرط اصلی در نظام حقوقی ایران برای جبران خسارت معنوی، در نظر گرفته شده است أولاً نقض تعهد صورت گرفته باشد بدین معنا که تعهدی از سوی متعهد به متعهدله ارایه شده باشد؛ اما متعاقباً متعهد از ایفای تعهدات خود خودداری نموده باشد ثانیاً تعهد به جبران خسارت معنوی در صورتی است که یا بدان در قرارداد تصریح شده باشد یا در صورتی که در قرارداد تصریح نشده باشد به موجب عرف یا قانون، این خسارت معین شده باشد؛ در غیر این صورت جبران خسارتی در این چنین شرایطی در نظام حقوقی

ایران صورت نمی پذیرد. ثالثاً، اثبات رابطه انتساب میان فعل زیان بار و وقوع خسارت است که اثبات این رابطه، مهم ترین رکن هر جبران خسارت معنوی خواهد بود.

این فصل به شرایط جبران خسارت معنوی در هر سه نظام حقوقی ایران و انگلستان پرداخته می شود. بدیهی است که شرایط در این زمینه به دو دسته شرایط ماهوی و شرایط شکلی باید تقسیم شود. این بدان معناست که چه شرایطی اولاً بایستی محقق شود تا جبران خسارت معنوی در هر یک از نظام های حقوقی فوق الذکر بدان ها منتسب گردد ثانیاً آیین رسیدگی محاکم قضایی در هر یک از این نظام های حقوقی نسبت به جبران خسارت معنوی چیست. این موارد، پرسش هایی هستند که در این فصل بدان ها پاسخ داده می شود.

مبحث اول - شرایط ماهوی لازم برای جبران خسارت معنوی در نظام حقوقی ایران و انگلستان

شرایط ماهوی برای جبران خسارت معنوی به آن دسته از شرایطی اشاره دارد که به ماهیت جبران خسارت بازمی گردد بدون این که به آیین رسیدگی به دعاوی در این زمینه پردازد. در این مبحث در هر گفتار، به رویکرد سه نظام حقوقی ایران و انگلستان پرداخته می شود.

گفتار اول - تقصیر

تقصیری که در این قسمت مورد نظر قرار می گیرد علاوه بر این که می تواند از جانب خود متعهد باشد می تواند گاهی از جانب متعهدله باشد که در ادبیات فقهی از آن تعبیر به اقدام می شود. عنصر تقصیر البته در نظام

های حقوقی نوشته از جمله سایر نظام های حقوقی و ایران نسبت به نظام های حقوقی عرفی از اهمیت بیشتری برخوردار است. در ادامه به مفهوم تقصیر و جایگاه آن در هر سه نظام حقوقی ایران و انگلستان پرداخته می شود.

بند اول - در نظام حقوقی ایران

تقصیر که در فقه از آن به عنوان ضمان یاد شده است، تعریف مشخصی را در آن به خود ندیده است و مصادیق مختلفی از جمله تعدی، تفریط، عدم تحفظ و اهمال در مورد آن بکار برده شده است. در نظام حقوقی مسئولیت مدنی ایران، تقصیر در معنای عام خود به کار برده شده است و هم در ارتباط با بی احتیاطی یک شخص و هم در موارد عمد او بکار برده می شود. تقصیر در نظام حقوقی ایران هم از سوی اشخاص حقیقی و هم اشخاص حقوقی اعم از حقوقی حقوق خصوصی و حقوقی حقوق عمومی مورد پذیرش قرار گرفته است؛ این تقصیر در قوانین مختلف به انحاء مختلف مورد نظر قرار گرفته اند برای نمونه ماده ۷۸ قانون تجارت الکترونیک تصریح می دارد: ((هرگاه در بسته مبادلات الکترونیکی، در اثر نقص یا ضعف سیستم موسسات دولتی ... خسارتی وارد شود، موسسات مزبور مسئول جبران خسارت وارده می باشند.)) یا اینکه در ماده ۱۱ قانون مسئولیت مدنی ۱۳۳۹ در باب تقصیر از ناحیه نهادهای دولتی مقرر می نماید: ((هرگاه خسارت وارده مربوط به نقص وسایل ادارات و موسسات ... باشد... جبران خسارت بر عهده اداره یا موسسه مربوطه می باشد.))

بند دوم - در نظام حقوقی انگلستان

در نظام حقوقی انگلستان نیز به مانند سایر نظام های کامن لایی به تقصیر

زیان دیده توجه شده است. این تقصیر که تحت عنوان قاعده ((به یک شخص مشتاق، خطا وارد نمی گردد))؛ نقش مهمی در تعیین میزان خسارت وارده به زیان دیده دارد. گاهی این تقصیر، منتهی به محرومیت کامل شده، گاهی محرومیت جزئی او را در پی دارد.

بند سوم - در سایر نظام های حقوقی

در سایر نظام های حقوقی، جبران خسارت قراردادی صرفاً در دو وضعیت نقض قرارداد یا تأخیر در ایفاء تعهدات قراردادی مطرح می شود مگر اینکه اثبات شود که خسارت واقع شده به سبب یک عامل خارجی بوده است که نمی تواند قابل انتساب به یک طرف قرارداد باشد. شرایط مربوط به ایفاء تعهدات قراردادی بسته به اینکه تعهدات از نوع تعهدات به فعل باشد یا تعهدات به نتیجه؛ متغیر است. در مورد اول، یعنی تعهدات به نتیجه، خواهان برای اثبات نقض قرارداد صرفاً بایستی اثبات نماید که تعهدات مطرح شده، ایفاء نگردیده است. در مورد دوم، یعنی تعهدات به فعل، خواهان بایستی اثبات نماید که متعهد با تقصیر، تعهدات خود را ایفاء نکرده است. نقض قرارداد بایستی موجب تضرر متعهدله شده باشد. دادگاه های فرانسوی جبران خسارتهای متعددی از جمله خسارتهای مادی، خسارت های تنبیهی یا خسارت های بدنی را مورد توجه قرار داده اند. علاوه بر شرط ورود ضرر به متعهدله، بایستی یک رابطه سببیت بین نقض قرارداد و خسارت واقع شده وجود داشته باشد و بر همین اساس بایستی گفت که خسارات بایستی فوری باشند و در نتیجه مستقیم عدم ایفاء تعهدات قراردادی باشند. بر طبق نظام آیین دادرسی مدنی سایر نظام های حقوقی، هر تعهد قراردادی که فراتر از ۱۵۰۰ یورو باشد می بایستی به وسیله یک

فعل خصوصی یا موثق اثبات شود مگر اینکه :

۱. دریافت سند مکتوب به لحاظ مادی یا معنوی امکان پذیر نباشد؛
۲. طبق عرف، نوشتن مکتوب قرارداد، مرسوم نباشد؛
۳. دلیل مکتوب به دلیل وقوع یک واقعه فورس مازور از بین رفته باشد.

البته به مانند سایر نظام های حقوقی، استثنائاتی در زمینه جبران خسارت معنوی در سایر نظام های حقوقی مورد پذیرش قرار گرفته است که عبارتند از: اشتباه، تقلب، اکراه، فقدان دلیل، عدم افشای اطلاعات، تعارض بین قرارداد خصوصی و نظم عمومی که در مواد ۶ و ۱۱۳۴ قانون مدنی سایر نظام های حقوقی آمده است.

تقصیر برای مدت ها، مبنای مسئولیت قراردادی در سایر نظام های حقوقی بوده است. منشاء مفهوم تقصیر قراردادی از نظر تاریخی به ((دومات)) و ((پوتیر)) باز میگردد. دومات در اثر خود تحت عنوان ((Les Lois Civiles dans leur Ordre Naturel)) یک اصل کلی تقصیر قراردادی را به عنوان عنصر تشکیل دهنده تقصیر قراردادی و قهری به رسمیت می شناسد. بر همین اساس بوده است که نقض یک تعهد قراردادی به عنوان تقصیری تلقی می شود که خسارت به طرف دیگر قرارداد را در پی دارد.

پیش از تدوین قانون مدنی سایر نظام های حقوقی، پوتیر نظریه ای تحت عنوان ((سلسله مراتب تقصیر)) را مطرح نمود. از دیدگاه وی، نقض کننده یک قرارداد می بایستی ضرری را که به طرف متضرر ناشی از عدم توجه و دقت او بوده است، جبران نماید. استاندارد رفتاری مورد نیاز همراستا با

توجهی که می‌بایستی در ایفای تعهدات قراردادی اتخاذ می‌شده است، افزایش می‌یابد. در ارتباط با ایقاعات که متعهد هیچ‌گونه استحقاقی در مقابل ایفای تعهدات خود ندارد، جبران خسارت صرفاً در قبال نقض شدید اثبات می‌گردد. در مقابل، در مواردی که هر دوی متعهد و متعهدله بر مبنای تعهدات متقابل قراردادی به ایفای تعهدات خود می‌پردازند، متعهد متخلف حتی در قبال تقصیرهای کوچک نیز دارای مسئولیت مدنی می‌گردد. در مواردی که قراردادی به نوعی منعقد شده است که صرفاً در جهت منافع متعهد باشد، متعهد متخلف حتی در قبال تقصیرهای بسیار کوچک نیز دارای مسئولیت مدنی می‌گردد. این تقسیم‌بندی سنتی که در ارتباط با جبران خسارت معنوی در سایر نظام‌های حقوقی مورد پذیرش قرار گرفته بود، نهایتاً در قانون مدنی سایر نظام‌های حقوقی مورد توجه قرار نگرفت و رد شد.

علی‌رغم توجه قانون مدنی سایر نظام‌های حقوقی به صورت کلی به دیدگاه‌های پوتیر و دومات، اما عبارت ((تقصیر)) در مواد کلیدی قانون مدنی این کشور در ارتباط با نقض قرارداد از جمله مواد ۱۱۴۲، ۱۱۴۶، ۱۱۴۷ و ۱۱۸۴ وارد نشده و در مقابل به عبارت ((عدم ایفای تعهدات قراردادی)) اشاره شده است. تنها ماده‌ای که به صورت مستقیم در قانون مدنی سایر نظام‌های حقوقی به تقصیر اشاره نموده است، ماده ۱۱۳۷ است که به تقصیر یک انسان منطقی و معقول اشاره نموده است.

آغاز قرن بیستم میلادی، شاهد افزایش توجه آکادمیک به مفهوم تقصیر بود. البته ارتباط مفهوم تقصیر با جبران خسارت در دکتترین حقوق سایر نظام‌های حقوقی از سوی طرفداران نظریه خطر مانند سالیس و نظریه تضمین

از جمله سینکتل مورد تردید قرار گرفت. با این وجود، در مقابل، پلانیول با طرفداری از اینکه محور اصلی نقض قرارداد در حقوق سایر نظام های حقوقی بایستی تقصیر باشد، چارچوب کلی نقض قرارداد و جبران خسارت در سایر نظام های حقوقی مدرن را پایه ریزی نمود و این موضوع سرانجام در مواد ۱۲۸۳-۱۲۸۴ قانون مدنی سایر نظام های حقوقی مندرج گردید. با وجود این، تحول اصلی در زمینه جبران خسارت معنوی در سایر نظام های حقوقی در دهه ۲۰ میلادی و با طرح دیدگاه دیموگ که تمایز بین تعهد به فعل و تعهد به نتیجه را در سایر نظام های حقوقی ایجاد نمود، مطرح گردید.

البته این امر مهم می باشد که در مواردی که مبنای مسئولیت، تقصیر باشد، فعل بایستی مقصرانه باشد. با این حال، در سایر نظام های حقوقی با توجه به اهمیت مباحث حقوق مصرف کنندگان، امروزه تقصیر رنگ باخته است. در هر صورت، در نظام حقوقی فوق الذکر، در صورتی که مبنای مسئولیت مدنی، تئوری خطر یا تضمین حق یا تعهد ایمنی باشد، نیازی به عنصر تقصیر نیست.

گفتار دوم - رابطه انتساب

به ندرت این حالت پیش می آید که صرفاً یک عامل در ورود خسارت ناشی از نقض قرارداد دخیل باشد چرا که پیچیدگی حیات اجتماعی، موجب می گردد که عوامل مختلفی در وقوع یک خسارت نقش داشته باشند؛ با این حال، آنچه که در عالم حقوق و به ویژه تحت عنوان رابطه انتساب مهم می نماید؛ آن است که صرفاً آن دسته مهم می نماید که نقش موثری و غالب در وقوع خسارت داشته باشند. در ادامه به جایگاه رابطه انتساب در سه نظام

حقوقی ایران و انگلستان پرداخته می شود.

بند اول - نظام حقوقی ایران

لزوم وجود این شرط از ماده ۵۲۰ قانون آیین دادرسی مدنی که تصریح نموده «خواهان باید این جهت را ثابت نماید که زیان وارده بلاواسطه ناشی از عدم انجام تعهد یا تأخیر آن و یا عدم تسلیم خواسته بوده است در غیر این صورت دادگاه دعوای مطالبه خسارت را رد خواهد نمود.» بر می آید.

در نظام حقوقی مسئولیت مدنی ایران خواه مسئولیت مدنی قراردادی یا قهری، اثبات رابطه انتساب لازم بوده و بنابر قواعد کلی که در این زمینه وجود دارد، اثبات رابطه انتساب بر عهده مدعی است. البته در تمامی موارد، اثبات رابطه انتساب بر عهده مدعی یا خواهان نبوده بلکه در برخی موارد بر علت پذیرش فرض تقصیر، خواهان از اثبات رابطه انتساب معاف می گردد؛ مثال بارز آن در بند ۲ ماده ۱۱۳ قانون دریایی ایران مندرج شده است که تصریح نموده است: ((در صورتی که فوت یا صدمات بدنی ناشی از تصادم یا به گل نشستن یا انفجار یا حریق و یا غرق شدن کشتی باشد فرض بر این است که حادثه بر اثر تقصیر و یا غفلت متصدی حمل و یا مامورین مجاز او اتفاق افتاده است مگر آنکه خلاف آن اثبات شود.))

بند دوم - نظام حقوقی انگلستان

برای جبران خسارت وجود رابطه سببیت کامل میان نقض تعهد و ایجاد ضرر، ضروری است. البته اثبات رابطه سببیت در تمامی موارد در قضایای حقوقی الزام آور نبوده بلکه در برخی موارد، قانون گذار یا رویه قضایی، ((فرض سببیت)) را به رسمیت شناخته است. برای نمونه می توان در دیوان عالی کبک انگلستان به قضیه ((لاوسن علیه لافریر)) اشاره نمود که در

آن، زنی که دچار بیماری سرطان سینه شده بود مدعی شده بود که پزشک معالج او در مراحل اولیه درمان، این بیماری او را تشخیص نداده است و به دلیل همین عدم تشخیص به موقع، بیماری او تشدید شده است و مدعی جبران خسارت در این ارتباط شد. از سوی دیگر، پزشک معالج مدعی شده بود که تشخیص به موقع وی در جلوگیری از تشدید بیماری نقش نداشته است و در هر صورت، این سرطان منتهی به فوت بیمار می شده است. نهایتاً دیوان عالی کبک انگلستان نظر داد:

((در برخی موارد که قصور فرد باعث ایجاد خطری آشکار برای دیگری شود و چنین خطری مسلم و نمودار باشد، می توان رابطه سببیت را مفروض دانست مگر این که دلالت هایی خلاف آن وجود داشته باشد.))

به دلیل دشواری ارزیابی و احراز سرزنش اخلاقی و ملاحظات مربوط به عدالت اجتماعی، به تدریج گرایش به معیار نوعی افزایش یافت و برای رفتار افراد جامعه استانداردهایی مقرر شد، به نحوی که اگر رفتارشان پایین تر از این استانداردها باشد، مسئول شناخته می شوند. در حقوق کشورها به تدریج این استانداردها در قالب انسانی الگو و قاعده ای رفتاری که عملکرد واردکننده زیان یا زیان دیده با آن سنجیده می شود، تجلی یافت. در معیار نوعی تقصیر، برخلاف معیار شخصی، به جای «آزادی و عدالت فردی» بیشتر به «امنیت و نظم و عدالت اجتماعی» توجه می شود.

در تعریف انسان متعارف برخی معتقدند که انسان متعارف کسی است که مطابق معمول عرف عمل کند بنابراین لازم است ابتدا تعریف درستی از عرف داشته باشیم. توضیح اینکه اگر طبق تعاریف جامعه شناسان، عرف را عاداتی بدانیم که به مدت طولانی بین مردم مرسوم شده و همه در برابر واقع

معین آن را بکار ببندند، در تعریف انسان متعارف دچار اشتباه خواهیم شد چراکه ممکن است برخی از رفتارهایی که در جامعه مستقر شده، نامعقول باشد به همین دلیل تعریف عرف در منابع حقوقی از تعریف ارائه شده توسط جامعه شناسان متفاوت است. در منابع حقوقی مقصود از واژه عرف «عاداتی است که چهره الزامی یافته و قاعده حقوقی ایجاد کرده است».

بند سوم - در سایر نظام های حقوقی

بر مبنای ماده ۱۱۰۰ قانون مدنی سایر نظام های حقوقی، تعهدات می توانند از اقدامات قضایی، ایفای داوطلبانه تعهدات یا تعهد به ایفای یک وظیفه اخلاقی ناشی شود. در سایر نظام های حقوقی، تقصیر نه تنها در ارتباط با مسئولیت های قراردادی به بار می آید بلکه در قبال مسئولیت پیش قراردادی نیز پیش می آید. از سوی دیگر، تقصیر رکن اساسی مسئولیت بوده و وجود رابطه سببیت بین خسارات وارده و تقصیر ضروری است. مفهوم مخالف این نظریه این است، کسی که از روی عمد و مقصّرانه زیان وارد نکند ملزم به جبران خسارت نیست؛ زیرا عادلانه نیست کسی که مرتکب تقصیر نشده بلکه اعمال مشروع وی سبب ورود زیان به دیگری شده است را، مسئول بدانیم. این نظریه که سابقه تاریخی آن به قرن ۱۳ میلادی بازمی گردد، در قرن ۱۸ میلادی در اروپا رواج یافته و مواد ۱۳۸۲ و ۱۳۸۳ قانون مدنی سایر نظام های حقوقی براساس آن، تدوین گردیده است.

ماده ۱۳۸۲: فعل هر شخص به هر نحو منجر به خسارت دیگری شود، شخصی را که از تقصیر او خسارت ایجاد شده مکلف به جبران می سازد.

ماده ۱۳۸۳: هر کس مسؤول خسارتی است که نه تنها با فعل خویش، بلکه

حتی با مسامحه یا بی احتیاطی وارد نموده است.

در حقوق سایر نظام های حقوقی نیز به مانند نظام حقوقی ایران، اثبات رابطه انتساب از زمره اجزای اصلی مسئولیت مدنی است؛ البته این نکته قابل اشاره است که در نظام حقوقی مسئولیت مدنی سایر نظام های حقوقی، در همه وضعیت ها نیاز به اثبات رابطه انتساب نیست و آن در برخی موارد تصریح شده قانونی است برای نمونه در زمینه حقوق مصرف کنندگان.

گفتار سوم - وقوع خسارت از سوی یک انسان متعارف

جبران خسارت در حقوق انگلستان نیز از اهمیت بسیار بالایی برخوردار می باشد. پیش از اینکه به مفهوم جبران خسارت معنوی هادر نظام حقوقی انگلستان پرداخته شود، چند نکته مهم می نماید. اولاً اینکه تنها خسارت هایی در عالم حقوق انگلستان قابلیت جبران دارند که قطعی یا حتمی باشند. خسارت قطعی یا حتمی، خسارتی است که به طور قطع وارد شده است یا واقع خواهد شد. بنابراین می تواند ناظر بر گذشته یا آینده باشد. به عنوان مثال، هنگامی که شخص در اثر تصادم با اتومبیل فوت می نماید، این زیانی قطعی مربوط به گذشته است. حال اگر، فردی در اثر اصابت با اتومبیل مجروح شود، این که تا چه مدت طول می کشد تا بهبود یابد یا به چه مدت امکان ادامه اشتغال برای وی وجود نخواهد داشت، مربوط به آینده است ولی در اصل ورود زیان، تردیدی نیست.

ثانیاً اینکه در جبران خسارت معنوی ها، هدف اول، نقش تحذیری جبران خسارت است که اشخاص را از ورود زیان به دیگران باز می دارد و هدف دوم، جبران خسارت زیان دیده است که باید دید آیا این شیوه واقعاً خسارت های وارد را جبران می نماید یا خیر.

حقوق مسئولیت مدنی در صدد است تا در نقطه‌ای که می‌توانیم آن را «نقطه تعادل» بنامیم، «حق امنیت زیان‌دیدگان» را با «حق آزادی و فعالیت واردکنندگان زیان» جمع کند. برای برقراری این تعادل معیارهای مختلفی وجود دارد. نخستین معیار که بیشترین اهمیت را به حق آزادی و فعالیت می‌دهد، «معیار شخصی تقصیر» است. در این معیار دایره مسئولیت بسیار محدود است و اشخاص تنها در صورتی مسئول شناخته می‌شوند که از لحاظ اخلاقی قابل سرزنش باشند. به دنبال انقلاب کبیر سایر نظام‌های حقوقی و انقلاب صنعتی که فردگرایی در اوج خود بود، این برداشت از تقصیر که گمان می‌رفت زمینه را برای شکوفایی صنایع و علوم فراهم می‌سازد و به منزله دادن نوعی یارانه است، رواج داشت و همین مفهوم مدنظر تدوین‌کنندگان قانون مدنی سایر نظام‌های حقوقی بوده است.

مبحث دوم - شرایط شکلی ناظر بر مطالبه خسارت ناشی از نقض قرارداد در نظام‌های حقوقی ایران و انگلستان

در مبحث دوم به شرایط شکلی ناظر بر مطالبه خسارت ناشی از نقض قرارداد در نظام‌های حقوقی ایران و انگلستان می‌پردازد. منظور از شرایط شکلی، شرایطی است که بر مبنای قانون آیین دادرسی مدنی یا هر قانون مرتبط شکلی دیگر، شرایط جبران خسارت معنوی برای آن تدوین شده است.

گفتار اول - نظام حقوقی ایران

قبل از ورود در مفروض و پرسش و پاسخ‌ها، لازم به ذکر است در حقوق ایران میان حقوق مدنی و حقوق کیفری تفاوت‌های بنیادین وجود داشته و حقوق مدنی بر کیفری تفوق دارد. از میان تمامی تفاوت‌هایی که میان این

دو شاخه از حقوق برقرار بوده و هست، از جمله اعلامی و تأسیسی بودن احکام در حقوق مدنی و صرفاً تأسیسی بودن آنها در حقوق کیفری، یا تفوق ضابطه عینی در حقوق مدنی و تفوق ضابطه شخصی در حقوق کیفری، یا جریان داشتن همیشگی حقوق مدنی تا جریان یافتن موردی و مبتنی بر نظم عمومی حقوق کیفری و ...، در ارتباط با خسارت قراردادی، اصالت داشتن حقوق مدنی نسبت به حقوق کیفری و مآلاً موردی بودن حقوق کیفری نسبت به آن، اهمیت دارد و این خود تأثیرات عمده ای در تفسیر و اجرای مقررات مربوطه به همراه خواهد داشت.

علی الظاهر، مهمترین مواد مورد استناد در جبران خسارت قراردادی، ماده ۵۱۵ قانون آئین دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی (ق.ا.م.) و ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری (ق.ا.ک.) است. مفروض آن است که قاعداً خسارت قراردادی قابل مطالبه است اما، پرسش هایی در این خصوص وجود دارد که آیا فارغ از خسارت عادی ناشی از چنین نقضی، یعنی خسارتی که موجود و قابل احراز است، خسارتی که در آینده وارد خواهد شد نیز قابل مطالبه است؟ آیا با توجه به تصریح بر عدم النفع در این ماده، به ویژه نوع عبارت بندی آن، عدم النفع در خسارت قراردادی قابل مطالبه است؟ وضعیت ماده ۱۴ فوق، به چه ترتیب است و آیا این ماده نوعی بازشناسی عدم النفع نیست؟ آیا می توان، در جبران خسارت قراردادی، به ماده ۱۴ استناد کرد یا آنرا، حداقل مبنایی برای مطالبه خسارت اینچنینی قرار داد؟ پاسخ های اولیه و مقدماتی به این پرسشها، می تواند قبل از ورود در تحلیل مواد پیش گفته، امکان مطالبه خسارت قراردادی آینده، تمایز آن با عدم النفع و ممنوعیت مطالبه نوع اخیر، وضعیت خاص و استثنایی ماده ۱۴ و

غیرقابل استناد بودن آن برای مطالبه خسارت قراردادی است.

بند اول - مطالبه خسارات قراردادی مستند با استفاده از حقوق مدنی

در ماده ۵۱۵ ق.د.م. تقصیر، خصوصیت دارد. تقصیر مستند به ماده ۹۵۳ قانون مدنی ایران (ق.م.)، شامل تعدی و تفریط است. با استفاده از مواد ۹۵۱ و ۹۵۲ ق.م.، تعدی، تجاوز از حدود متعارف نسبت به مال و حق دیگری و تفریط ترک عمل الزامی یا متعارف برای حفظ مال دیگری است. بنابراین خسارت، قاعدتاً، زمانی قابل مطالبه است که تقصیر به کیفیتی که قانونگذار مقرر داشته، محرز باشد. قرائت توأمان مواد ۵۱۵ و ۵۲۰ ق.د.م. و لحاظ عنوان مبحث دوم مربوط به مواد ۲۲۶ ق.م. "در خسارات حاصله از عدم اجرای تعهد" دلالت دارد، خسارات تنها زمانی قابل مطالبه است که بلاواسطه از سوی مقصر وارد شده باشد.

مستند به ماده ۵۱۵، در قابل مطالبه بودن خسارات قراردادی موجود و قابل احراز، مشروط به آنکه شرایط لازم قانونی دیگر فراهم باشد، تردیدی نیست، اما دو تصریح در این ماده می تواند محل اختلاف باشد که در ادامه بررسی خواهد شد

بند دوم - قابل مطالبه بودن خسارتی که در آینده وارد خواهد شد

در متن ماده ۵۱۵ به خسارتی تصریح شده است که در آینده وارد خواهد شد. حقوقدانان بر این اعتقادند که خسارتی که در آینده، مسلماً و قطعاً، به متعهد له وارد خواهد شد، در صورت تخلف از انجام تعهد، از متعهدله قابل مطالبه است. به این جهت خسارت از حیث ارتباط با زمان پیدایش به خسارت حال و آینده تقسیم می گردد.

اما دریافت آنچه این ماده درصدد تبیین آن است، بدون تشریح مقتضی

شرط و مانع ممکن نیست. مقتضی افاضه کننده وجود معلول و دربردارنده علل رابعه مادی، صوری، فاعلی و غایی است. وجه تشابه خسارتی که وارد شده و خسارتی که وارد خواهد شد، مستند به ماده ۵۱۵ ق.د.م. وجود مقتضی است، اما تفاوت این دو، در شرط و مانع است؛ وجه تشابه شرط و مانع آن است که هیچ کدام در زمره علل اربعه موجد خسارت قرار ندارند که از علل معدّه می باشند، عللی که علل موجد را معد تأثیر و حصول خسارت می نمایند، اما تمایز آن دو، در امر وجودی بودن شرط (نتیجه عدم شرط، عدم مشروط است اما نتیجه وجود آن، الزاماً وجود مشروط نیست) و امر عدمی بودن مانع (نتیجه وجود مانع، عدم معلول است اما نتیجه عدم آن، الزاماً وجود معلول نیست) و مقدم بودن بررسی شرط بر بررسی مانع است. خسارتی که وارد شده است، علاوه بر اینکه مقتضی است، واجد شرط و فاقد مانع می باشد، اما خسارتی که وارد خواهد شد اگرچه مقتضی است، لیکن به واسطه نبود شرط یا وجود مانع معد حصول نیست.

برخی از حقوقدانان پنداشته اند که خسارتی که در آینده وارد خواهد شد، همان عدم النفع است، اما عدم النفع مندرج در تبصره ۲ ماده ۵۱۵ ق.د.م. نمی تواند و نباید همان خسارتی باشد که در آینده وارد خواهد شد. خسارتی که در آینده وارد خواهد شد زمانی قابل مطالبه است که مقتضی در آن ثابت باشد. برخی دیگر از حقوقدانان، اگرچه در مسیر نتیجه گیری مطلوب وارد شده اند لیکن به دلیل توجه منحصر به مانع به عنوان یکی از علل معدّه علل موجد و طرح نادرست مثال، نتوانسته اند به نتیجه مطلوب نائل گردند. از جمله کارگری که به واسطه توقیف، از کار روزانه خود

بازمانده است، می تواند خسارات وارده به خود را مطالبه نماید. اگر منظور این حقوقدان مطالبه خسارتی باشد که در آینده وارد خواهد شد، در فرض سؤال وجود مقتضی قابل اثبات نیست و از این حیث محکوم به رد است مگر آنکه به طریقی دیگر مطالبه خسارت محقق گردد.

مثال شایسته و متناسب می تواند داستان کشاورزی باشد که درخت های میوه (علت فاعلی) را برای تولید میوه و فروش در بازار (علت غایی) کاشته است. درخت های کاشته شده هم اکنون شکوفه کرده (علت مادی) و مالک منتظر تبدیل شکوفه ها به میوه است (علت صوری)، اما به عللی مثل در لفافه نشدن شکوفه ها و سرمازدگی آنها (شرط) یا ممانعت از ورود آب به باغ (مانع) مشخص می شود که میوه ای در کار نخواهد بود، در این صورت مالک، اگر به موجب قرارداد باغبانی را متعهد به در لفافه قراردادن شکوفه ها نموده باشد یا از شخص صاحب حق آبی، برای آبیاری این درختان آب خریده باشد و این دو از ادای تعهدات قراردادی تخطی نمایند، خسارتی که در آینده در قالب نداشتن میوه حصول خواهد یافت، قابل مطالبه است. مثال دیگر، ماده ۴۹ قانون ثبت اختراعات و علائم تجاری ایران است هرچند این ماده از سوی حقوقدانان به اهدافی دیگر مورد استناد بوده است، اما محروم شدن موجود در آن، دلالت دارد که منفعتی وجود دارد یا در آینده موجود خواهد شد (مقتضی بودن) که مدعی از آن (به دلیل فقدان شرط و وجود مانع) محروم شده است و این با منفعتی که می توانست موجود باشد، بنیاناً متفاوت است.

بند سوم - غیرقابل مطالبه بودن عدم النفع

قسمت اخیر ماده ۲۶۷ ق.م و تبصره ۲ ماده ۵۱۵ ق.د.م. متذکر عدم النفع

شده است. اگرچه برخی از حقوقدانان با استفاده از دو عبارت عدم النفع و منفعت فوت شده، بدون توجه به تفاوت این دو، از عدم النفع حمایت کرده یا فوت منفعت را به آینده مرتبط کرده اند، اما این دو تأسیس حقوقی، متمایز از یکدیگر، یکی، منفعت عین، بسان خود عین مال در مثال تصرف به عدوان خانه و ممانعت از استیفای مالک، است و دیگری، در مثال ممانعت ثالث از فروش خانه توسط مالک در موقعیت خوب بازار که عدم النفع است. این تمایز واجد اثر حقوقی قابل توجه است زیرا منفعت فوت شده عین، همانگونه که خسارت به خود عین نیز قابل مطالبه است، می تواند مورد ادعای خواهان قرار گرفته و جبران آن مطالبه شود؛ در نتیجه در ذیل خسارت وارد شده مندرج در متن ماده ۵۱۵ ق.د.م. قرار می گیرد و ارتباطی با خسارتی که در آینده ایجاد خواهد شد، ندارد.

دکتر کاتوزیان در تعریف عدم النفع به فوت منفعت اشاره دارد و آنرا، اگر از سوی عرف به عنوان ضرر مسلم شناسایی و از تلف بخت و امکان متمایز گردد، قابل مطالبه می داند. اما وی، در جایی دیگر، ممنوعیت مطلق خسارت عدم النفع مستند به تبصره ۲ ماده ۵۱۵ ق.د.م. را مورد شناسایی قرار داده و به اشتباه عدم النفع را همان خسارتی که در آینده حصول خواهد یافت، معرفی می نماید. همین استدلال را نیز دکتر امامی ارائه می دهد. دکتر لنگرودی فقدان مانع حصول نفع مقتضی را، منشاء خسارات یا همان عدم النفع، می داند اما این سه نظریه، حداقل در زمان حاضر بدون مبنا است، زیرا هر سه آنها مبتنی بر مواد قانون دادرسی سابق منسوخ صادر شده است که اکنون قدرت اجرایی ندارد.

برخی حقوقدانان دیگر، در تلاش برای ایجاد مبنا به منظور قابل مطالبه

کردن عدم النفع، رویکردی متفاوت، اتخاذ کرده اند. مستند به ماده ۲۶۷ ق.م. و تبصره ۲ ماده ۵۱۵ ق.د.م. اینگونه استدلال می نمایند که اولاً، آنچه در قانون صراحتاً غیرقابل مطالبه اعلان شده است، ضرر و زیان یا خسارت ناشی از عدم النفع است نه خود عدم النفع لذا آنرا (احتمالاً مستند به اصاله الاباحه) قابل مطالبه می دانند؛ و ثانیاً، آنچه در این دو ماده بیشتر ملحوظ نظر قانونگذار بوده است، نه عدم النفع که اعلام ضمنی ممنوعیت خسارت بر خسارت بوده است.

اما کماکان عدم النفع غیرقابل مطالبه است زیرا: ۱. آنچه از متن ماده قابل دریافت است خسارت ناشی از عدم اجرا است، لذا وجود ضرر برای مطالبه لازم است. اگر به فرض، قانونگذار در ارتباط با تعیین ماهیت عدم النفع ساکت باشد، مستند به ماده ۳ ق.د.م. تعیین ماهیت با استناد به منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر انجام می شود. لذا حقوقدانانی که به قابل مطالبه بودن عدم النفع باور دارند، قبل از استناد به اصولی چون اصاله الاباحه، باید ماهیت آنرا در فقه جستجو نمایند. نظریه مشهور فقها، عدم النفع را ضرر نمی داند و چون اساساً ضرر نیست، برخلاف عده ای که معتقدند فقها تنها عدم النفع را ضرر نمی دانند نه اینکه بر غیر قابل مطالبه بودن آن نظری داشته باشند باید آنرا غیرقابل مطالبه دانست؛ ۲. قانونگذار مستند به ماده ۳۱۲ ق.م. ضمناً عدم النفع را ضرر نمی داند؛ ۳. صراحت این دو ماده مبین آن است که خسارت و ضرر مسبب است و عدم النفع سبب و به همین دلیل باید نتیجه گیری کرد که این دو عبارت درست انشاء نشده اند. زیرا موافقان مطالبه عدم النفع، به واقع آنرا مرادف با ضرر می دانند و نه سبب و منشاء ضرر و استفاده از تصریح مواد، به همان اندازه که می تواند مؤید وجود این نوع خسارت

باشد، همزمان مؤید عدم آن نیز هست؛ و ۴. عدم النفع امر عدمی و ناموجود است و قابل مطالبه بودن آن زمانی مفید خواهد بود که بتوان آنرا اثبات کرد در حالی که چنین نیست و همین عامل ممیزه آن با خسارتی است که در آینده وارد خواهد شد. از آن جهت که در عدم النفع خواهان مدعی ورود خسارتی است که هیچگاه نبوده و نخواهد بود در حالی که در خسارتی که در آینده وارد خواهد شد، مدعی جبران خسارتی را مطالبه می نماید که هم اکنون نیست ولی خواهد بود.

بند چهارم- مطالبه خسارات قراردادی با استفاده از حقوق کیفری
در مطالبه خسارت قراردادی مستند به ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری نیز بررسی دو مفهوم در این ماده ضروری است که در ادامه بررسی خواهد شد.

۱- مفهوم ممکن الحصول

در تبصره ۲ ماده ۱۴ فوق، منافع ممکن الحصول تصریح شده است. دکتر آخوندی بر این باور است که اگر ممکن در برابر محال و در نتیجه ممکن الحصول در مقابل ممتنع الحصول قرار گیرد، قلمرو این نوع ضرر و زیان بطور غیرمعقول گسترش می یابد. زیرا هر آنچه که محال و ممتنع نباشد، لاجرم ممکن خواهد بود در نتیجه امکان دارد که شخص در یک زمان معین و محدود موقعیت های مناسبی بدست آورد و منافع سرشاری تحصیل کند. از دید وی، این معنی وسیع کلمه مورد نظر مقنن نبوده است و قلمرو منافع ممکن الحصول نمی تواند تا این حد نامعقول و غیرمتعارف گسترش یابد. وی نتیجه گیری می کند که مراد از منافع ممکن الحصول، منافی است که در زمان وقوع جرم، منشاء حقوقی داشته و مدعی خصوصی از آن محروم

شده است. این نظریه نیز مطرح شده است که منظور این نیست که هر نفعی که احتمال دارد در آینده عاید مجنی علیه گردد، قابل مطالبه باشد، بلکه منظور منافی است که چنانچه جرم واقع نمی شد آن نفع به طور قطع و یقین به دست می آمد. در واقع مراد از عبارت ممکن الحصول، محتمل الحصول نیست بلکه امکان حصول و دستیابی به آن نفع است. دکتر خالقی نیز معتقد است که منظور از منافع ممکن الحصول منافی است که سبب تحقق آنها موجود بوده و روند طبیعی امور منجر به حصول آنها می شده، ولی ارتکاب جرم مانع تحقق این منافع برای شاکی شده است.

اساتید متخصص در دادرسی مدنی نیز به این مطلب توجه داشته اند. دکتر شمس مستند به قانون آیین دادرسی کیفری، منافع ممکن الحصول را، همچون دکتر شهیدی، خسارت آینده خوانده و زمانی قابل مطالبه می داند که زمینه و مقدمات آن فراهم شده و قرینه ای بر امکان حصول آن در آینده موجود باشد. به زعم دکتر شمس اگر ادعا صرفاً احتمالی باشد، از ذیل عنوان منافع ممکن الحصول خارج شده و مشمول عنوان عدم النفع است اما وی ظاهراً توجه نداشته است که از یک سو بر قطعی بودن خسارت وارده برای مطالبه تأکید دارد و از سوی دیگر منافع ممکن الحصول که اساساً وجود و عدم در آن، همانگونه که خواهد آمد، علی السویه است. نکته آن است که اعلان نظر وی با نادیده انگاشتن واژه ممکن و معنای آن در تلف منافع ممکن الحصول که بلا تردید هر معنایی داشته باشد، قطعیت از آن برداشت نمی گردد، محقق شده است. دکتر شهیدی با ذکر مثالی با استناد به ماده ۹ قانون دادرسی کیفری منسوخ (هم اکنون ماده ۱۴) خسارت ناشی از تلف شدن محصول، که قطعاً در آینده محقق خواهد شد را از سوی متعهد له

قابل مطالبه می داند. اما این مثال نمی تواند صحیح باشد، زیرا برخلاف مثال کاشت درختان میوه که قبلاً مورد توجه بود، شکوفه محصول نیست و اگر تبدیل به میوه گردد، دیگر در زمره خساراتی که در آینده وارد خواهد شد، نیست بلکه خسارت به خود عین مال در زمان حاضر است. آنچه در تبصره ۲ ماده ۱۴ ق.د.ک. قابل مطالبه اعلام شده است نه تلف مال، که تلف منافع ممکن الحصولی بوده است که عمل مباشر بلاواسطه عامل آن بوده است.

با لحاظ توصیفات فوق، در حصول ضرر و زیان، ضرر و زیان موضوع و حصول محصول است. ثبوت محصول بر موضوع از سه حالت خارج نیست. حالت اول، ثبوت محصول بر موضوع ضرورت دارد که موجب حصول ضرر و زیان است. قانونگذار، این نوع ضرر و زیان را در دو قالب مادی و معنوی، در صدر ماده ۱۴ ق.د.ک. و پیش از تبصره ۲ آن، مورد شناسایی قرار داده است؛ در حالت دوم، ثبوت محصول بر موضوع محال است، در این صورت نه ضرر و زیانی حصول دارد و نه چنین خواهد شد؛ اما در حالت سوم، ثبوت محصول بر موضوع ممکن است. در ارتباط با حالت سوم که هم حصول یافتن آن و هم حصول نیافتن آن، به یک اندازه قابل اثبات است و قاضی در خصوص چنین ضرر و زیانی نه از قبول آن ابایی دارد و نه از قبول خلاف آن زیرا اساساً مقتضی معدوم است. تمایز حالت اول و سوم در آن است که اولی، حصول یافته و مستقر است ولی در سومی، حصول و استقرار مورد تردید و نیازمند علت است.

قانونگذار کیفری به دلیلی که ناشی از حکمت آن در حفظ و حمایت از نظم عمومی است، برخلاف رویکردی که در قانونگذاری در امور مدنی داشت، فزاتر از مطالبه خسارت در امر مدنی که منوط به تحقق خسارت، ولو

در حد ادنی با وجود مقتضی و موثر در آینده بود، در امور کیفری خسارتی که ممکن است و هیچ نوع اقتصادی ندارد و موجود و ناموجود بودن آن به یک اندازه متصور است را قابل مطالبه اعلام نموده است. در اینجا می توان برای اثبات نظریه فوق مثالی را یادآور شد که دکتر عدل، اگرچه در توجیه عدم النفع ذکر می نماید اما به واقع مربوط به ممکن الحصول است و آن محبوس نمودن یک نفر صانع است که اگر محبوس نمی شد از صنعت خود منافعی حاصل می کرد. همانگونه که از مثال دریافت می شود، صانعی که محبوس شده، اگر به واسطه توقیف غیرقانونی باشد و نتواند در محل کار خود حاضر شود، فارغ از اینکه اگر حاضر می شد می توانست فعالیت نماید یا خیر و آیا فعالیت وی می توانست منافعی را برایش به ارمغان آورد یا خیر، وضعیتی که دقیقاً معرف منافع ممکن الحصول است، می تواند به دادگاهی که به موضوع توقیف غیرقانونی وی رسیدگی می نماید یا دادگاه حقوقی، دادخواست داده و مطالبه منفعتی را نماید که اساساً موجود نیست، حد ادنی مقتضی را متمتع نیست و تنها می توانست، به همان اندازه ای که ناموجود باشد، موجود باشد.

۲- خصوصیت مطالبه منفعت ممکن الحصول

منافع ممکن الحصول ناشی از جرم" در ماده ۱۴، مبین آن است که این ماده و تبعاً تبصره ۲ آن صرفاً و منحصرأ در ارتباط با امور کیفری و در خصوص ضرر و زیان ناشی از جرم یا تلف منافع ممکن الحصول ناشی از جرم است. این نظریه نیز وجود دارد که ضرر شناسایی شده از سوی قانونگذار کیفری در ماده ۱۴ ق.د.ک، خواه به صورت کاهش دارایی های مثبت، همچون از بین رفتن اعیان یا اموال یا کاهش ارزش آنها، یا افزایش دارایی های منفی،

به مانند اشتغال ذمه مالی؛ یا با خارج کردن مال از تصرفات مالکانه مجنی علیه باشد، همانند ربودن؛ یا صدمه بر تمام یا قسمتی از مالی که در تصرف مالک است، همانند تخریب؛ و یا با واداشتن مجنی علیه به صرف هزینه هایی چون هزینه دادرسی یا کارشناس و وکیل، در هر حال تماماً باید ناشی از ارتکاب جرم باشد، لذا محدود به قوانین کیفری است.

با در نظر داشتن تعدد موجبات ضمان قهری از جمله مسئولیت ناشی از قاعده لاضرر، مسئولیت ناشی از قاعده ید، مسئولیت ناشی از اقدام، مسئولیت ناشی از غرور، مسئولیت ناشی از حیلولة و سایر مسئولیت های دیگری که قانون و فقه مورد شناسایی قرار داده است، قانونگذار کیفری، در مطالبه منفعت ممکن الحصول تنها مسئولیتی را تحمیل خواهد کرد که ناشی از اتلاف به معنای دقیق حقوقی کلمه باشد. اتلاف در حقوق ایران دارای مفهوم معین است و پس از شناسایی آن در ماده ۳۰۷ ق.م. به عنوان یکی از موجبات ضمان قهری، در ماده ۳۲۸ ق.م. با این عبارت بندی "هر کس مال غیر را تلف کند ضامن آن است و باید مثل یا قیمت آن را بدهد اعم از این که از روی عمد تلف کرده باشد یا بدون عمد و اعم از این که عین باشد یا منفعت و اگر آن را ناقص یا معیوب کند ضامن نقص قیمت آن مال است." تشریح می گردد.

اتلاف در تبصره ۲ ماده ۱۴ ق.د.ک. متمایز از تسبیب است که در ماده ۳۳۱ ق.م. به "هر کس سبب تلف مالی بشود باید مثل یا قیمت آن را بدهد و اگر سبب نقص یا عیب آن شده باشد باید از عهده نقص قیمت آن برآید." تعریف شده است. لذا از آنجایی که در اتلاف عمل مباشر محرز بوده و تلف مال مستقیماً به عمل مرتکب مرتبط است، قانونگذار کیفری تنها این

نوع رفتار را مسئولیت زائد دانسته است، اما تلف ناشی از تسبیب، به این معنا که بر اساس زمینه سازی شده و مع الواسطه از میان رود، مشمول تبصره فوق نمی داند. در مثال صنعت گری که مجبوس است، اگر شخصی با همان هدف ممانعت از حضور بر سر کار صانع، شکایتی را علیه صانع مطرح نماید که منتهی به بازداشت وی توسط مراجع قانونی شود و وی نتواند به این واسطه منفعتی را تحصیل نماید، مستحق مطالبه خسارت علیه شخص موصوف نیست.

گفتار دوم - نظام حقوقی انگلستان

در نظام حقوقی انگلستان، رفتارهایی که مدت ها تکرار شده و جنبه عمومی پیدا کرده ولی از نظر مردم اجباری نیست و به شکل قاعده حقوقی تجلی پیدا نکرده، به معنی خاص کلمه «عرف» نیست. مانند: آداب و رسوم محلی در جشن ها و سوگواری ها؛ به همین دلیل برخی از حقوق دانان اصطلاح «انسان معقول و متعارف» را به کار برده اند و بر این باورند که رفتار نامعقول، بی احتیاطی است هرچند که عادت همگان باشد، با این وصف انسان متعارف شهروند معمولی از طبقه متوسط جامعه است که دارای هوش، استعداد، حافظه، اطلاعات، تجربه، بینش، جرأت تشخیص، خویشتن داری، ایثار، نوع دوستی و توانایی های جسمی انسان معمولی است. برای مثال اشتباه کند، بترسد و ... ولی این ضعف ها نباید از معیارهای معمولی رفتار اجتماعی پایین تر باشد؛ به عبارت بهتر انسان متعارف حد وسط فضایل را دارد. این اوصاف ویژگی های توصیفی انسان متعارف است. اما انسان متعارف ویژگی هنجاری نیز دارد به این معنی که باید تکالیفی که برای شهروندان مقرر شده را رعایت کند. به طور مثال: مقررات راهنمایی و

رانندگی، شهرسازی، محیط زیست و ... را مراعات نماید؛ چراکه صرف نقض این مقررات، رفتاری خلاف انسان متعارف است. همچنین حقوق فردی دیگران مانند حق مالکیت و حقوق مربوط به شخصیت را نیز رعایت کند. در کنار این تکالیف، هر شخص موظف است در رفتارش احتیاط کند و مراقبت‌های لازم را به عمل آورد اما چون این تکالیف جنبه کلی دارند در هر مورد رفتار انسان متعارف به عنوان الگو، معیار مقایسه قرار می‌گیرد.

مسئولیت مدنی ناشی از سوء نیت شخص مرتکب را گویند و از انواع آن می‌توان به ایراد ضرب و جرح، توقیف غیرقانونی و تجاوز به املاک اشاره نمود. همان گونه که می‌دانیم اصل بر عدم اضرار است با این حال بایستی توجه داشت که این نوع مسئولیت مدنی به دلیل اضرار عمدی به غیر، به معنای نادیده گرفتن آزادی و برابری دیگران بوده و قابل سرزنش و نکوهش می‌باشد. البته تجربه و عقل دریافته که گاه اضرار به غیر تحت شرایطی موجه است برای مثال دفاع مشروع. مسئولیت ناشی از عمد با مسئولیت ناشی از بی احتیاطی تفاوت‌هایی دارد: مسئولیت ناشی از بی احتیاطی بر عرف و هنجارهای اجتماعی تکیه می‌کند حال آنکه مسئولیت ناشی از عمد بیشتر ریشه‌های اخلاقی دارد. هم چنین در مسئولیت ناشی از عمد، قاعده کلی، عدم اضرار است اما در مسئولیت ناشی از بی احتیاطی منافع طرفین، تجربه و عرف همگی دارای اهمیت هستند و مجموعه این عوامل و شاخص‌ها در تعیین شخص بی احتیاط، تاثیر گذارند. علاوه بر این، در بی احتیاطی لازم است رابطه خاص بین زیان دیده و مرتکب، وجود داشته باشد در حالی که در مسئولیت ناشی از عمد چنین رابطی ضرورت ندارد. از دیگر تفاوت‌های عنصر معنوی در عمد می‌توان به ضرورت وجود مسئولیت‌های

عمدی اشاره نمود

گفتار سوم - در سایر نظام های حقوقی

از منظر حقوق سایر نظام های حقوقی نیز مطالبه خسارت منوط به ورود ضرر است. البته ضرری که در اینجا مورد نظر است، ضرر ناشی از عدم ایفای تعهدات قراردادی است و نه ضرری که به موجب مسئولیت قهری مورد لحاظ قرار می گیرد. اگر نقض تعهد منجر به ایراد هیچ ضرری نشده باشد، جبران خسارت موضوعاً منتفی بوده و وظیفه ای برای جبران ضرر وجود نخواهد داشت.

مبحث سوم - شرایط تقویم خسارات ناشی از نقض قرارداد در نظام حقوقی ایران و انگلستان

گفتار اول - در نظام حقوقی ایران

مقدم بر جبران خسارت معنوی، ورود خسارت است و تعیین این خسارت به سه روش قانونی، قضایی و با توافق طرفین انجام می گردد. محاسبه ی قانونی آن بدین صورت است که ماده ۷۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸ نسبت به میزان خسارت تأخیر تأدیه و وجه التزام، حداکثر خسارت تأخیر تأدیه و وجه التزام را ۱۲ درصد در سال اعلام کرده بود که طرفین اگر زاید بر آن توافق می کردند در واقع خلاف قسمت اخیر ماده ۱۰ قانون مدنی محسوب می شد و نافذ نبود و طی آن مقرر شده بود:

((در دعاوی که موضوع آن وجه نقد است اعم از این که راجع به معاملات با حق استرداد و یا سایر معاملات استقراض یا غیر معاملات استقراضی باشد خسارت تأخیر تأدیه معادل صدی دوازده (۱۲ درصد) محکوم به در سال

است و اگر علاوه بر این مبلغ، قراردادی به عنوان وجه التزام یا مال الصلح، مال الاجاره و هر عنوان دیگری شده باشد در هیچ موردی بیش از صدی دوازده در سال نسبت به مدت تأخیر حکم داده نخواهد شد؛ لیکن اگر خسارت کمتر از صدی دوازده معین شده باشد به همان مبلغ که قرارداد شده است حکم داده می شود.))

چنانچه ملاحظه می گردد، حتی در صورت توافق طرفین، دادگاه نمی توانست به خسارت بیش از ۱۲ درصد در سال حکم دهد؛ اما متعهد به میل خود مبلغی بیش از ۱۲ درصد پرداخت کرده بود؛ نمی توانست درخواست استرداد مازاد پرداخت شده را بنماید. در این خصوص ماده ۷۲۶ همان قانون مقرر نموده بود:

((هرگاه به عنوان خسارت، بیش از مبلغی که قانون تعیین کرده است تأدیه شده باشد دعوای استرداد آن مسموع نخواهد بود.))

البته عبارت بالا مطلب تازه ای نیست؛ در واقع تکرار بیان ماده ی ۲۶۶ قانون مدنی است که مقرر داشته است: ((در مورد تعهداتی که برای متعهد له قانوناً حق مطالبه نمی باشد، اگر متعهد به میل خود آن را ایفاء نماید؛ دعوای استرداد او مسموع نخواهد بود.)) در این موارد اگرچه تحت عنوان حق و تعهد طبیعی، ضمانت اجرای قانونی وجود ندارد و برای متعهد له قانوناً حق مطالبه نمی باشد ولی اگر متعهد به دلخواه خود ایفاء تعهد کند مشمول ماده ی ۲۶۶ قانون مدنی خواهد بود و دعوای استرداد از ناحیه متعهد مسموع نخواهد بود.

اما در حال حاضر ماده ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ در خصوص خسارت تأخیر تأدیه در صورت عدم وجود قرارداد فیما بین طرفین

در اجرای تبصره ی ماده ۵۱۵ قانون فقط شاخص بانک مرکزی را معتبر می داند. در این ماده مقرر شده است :

((در دعاوی که موضوع آن دین و از نوع وجه رایج بوده و با مطالبه دین و تمکن مدیون ، مدیون امتناع از پرداخت نموده ، در صورت تغییر فاحش شاخص قیمت سالانه از زمان سر رسید تا هنگام پرداخت و پس از مطالبه ی طلبکار، دادگاه با رعایت تناسب تغییر شاخص سالانه که توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تعیین می گردد محاسبه و مورد حکم قرار خواهد داد مگر این که طرفین به نحو دیگری مصالحه نمایند.))

بین ماده ی ۵۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹ با ماده ۷۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۱۸ ، تفاوت هایی بین شرح ذیل است :

۱- در ماده ۷۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی ، خسارات به صورت مقطوع و ثابت ۱۲ درصد در سال تعیین شده است در حالی که ماده ۵۲۲ قانون جدید، صحبت از تغییر شاخص قیمت ها با اعلام بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران شده است .

۲- در ماده ۷۱۹ قانون سابق، به وجه نقد اشاره شده در حالی که در ماده ۵۲۲ قانون فعلی صحبتی از وجه رایج شده است. بدیهی است وجه نقد با وجه رایج تفاوت دارد. وجه نقد، ارزشهای خارجی را هم در برمی گیرد در حالی که وجه رایج مطابق با مقررات پولی و بانکی مملکت، ریال ایران می باشد که هیأت عمومی دیوان عالی کشور در رأی وحدت رویه ی شماره ۹۰-۵۳ / ۱۰ / ۴ هیئت عمومی، ارزش خارجی را وجه نقد تلقی کرده است.

۳- در ماده ۷۱۹ قانون سابق، تغییر شاخص قیمت چه به صورت فاحش یا کمتر تأثیری در میزان خسارت تأخیر تأدیه ندارد در حالی که در ماده ۵۲۲

جدید، شرط صدور حکم مقید به تغییر شاخص قیمت سالانه از زمان سر رسید تا هنگام پرداخت شده است و به نظر علت این که قانونگذار در ماده ۵۲۲ از وجه رایج صحبت کرده موضوع تغییر شاخص قیمت سالانه است که در ارزهای خارجی اغلب به مورد یورو و دلار و پول کشورهای توسعه یافته چنان تغییر فاحشی را شاهد نیستیم.

۴- در ماده ۷۱۹ قانون سابق، توافق طرفین بیش از ۱۲ درصد در سال را تحت هر عنوان اعم از وجه التزام یا مال الصلح یا مال الاجاره و هر عنوان دیگری را فاقد ضمانت اجرا دانسته و دادگاه را از صدور حکم به میزان زاید ممنوع کرده است. در حالی که در ماده ۵۲۲ جدید، مصالحه و توافق طرفین در مورد تأخیر تأدیه را به هر نحو که باشد نافذ و معتبر می داند.

۵- قلمروی ماده ی ۲۲ قانون آیین دادرسی مدنی جدید گسترده تر از موضوع دیون قراردادی ماده ۷۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی سابق بوده است و شامل دیون غیر قراردادی نیز می شود.

در دیه نیز بر فرض که وسیله ای به عنوان جبران خسارت تعیین شود میزان آن از طرف شارع به طور مقطوع تعیین شده است و به جز موارد تراضی طرفین، مراجع قضایی حق صدور حکم به کمتر از میزان دیه را ندارند.

یا در تبصره ی ماده ۲ قانون صدور چک مصوب ۱۳۶۶ با اصلاحات بعدی، دارنده ی چک قادر شده است محکومیت صادر کننده ی را نسبت به پرداخت کلیه خسارات و هزینه های وارد شده که مستقیماً و به طور متعارف در جهت وصول طلب خود از ناحیه ی وی متحمل شده را از دادگاه تقاضا نماید و به موجب ماده واحده نظر مجمع تشخیص مصلحت نظام ۱۳۷۷ / ۹ / ۲۱، خسارات تأخیر تأدیه بر مبنای نرخ تورم از تاریخ چک تا زمان وصول

آن که توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران اعلام شده، خواهد بود.

نحوه‌ی دیگر تعیین وجه خسارت توسط دادگاه با رسیدگی قضایی تعیین می‌شود. مرجع رفع تظلمات و رسیدگی به شکایات، دستگاه قضایی است که مطابق ماده ۷۰ قانون آیین دادرسی مدنی با تقدیم دادخواست شروع می‌شود و این نوع از تعیین مسئولیت و میزان خسارات در واقع شایع‌ترین روش برای تعیین مسئولیت ناشی از تأخیر در انجام تعهد و عدم انجام تعهد است. ماده ۷۲۷ قانون آیین دادرسی مدنی در این خصوص مقرر می‌دارد: ((... دادگاه میزان خسارت را پس از رسیدگی معین کرده و حکم خواهد داد.)) بنابراین در صورتی که دادگاه مطابق قواعد عمومی مربوط به مطالبه‌ی خسارات، مسئولیت متعهد را محقق بداند میزان خسارات وارده را با صدور قرار کارشناسی و استفاده از نظریه کارشناسان مربوطه تعیین خواهد کرد که در حقوق کشورهای اسلامی و عربی از آن به عنوان ((تعویض قضایی)) تعبیر می‌شود. (ماده ۲۱۸ قانون مدنی مصر)

در این گونه موارد، متعهدله باید ثابت کند که از عدم انجام تعهد یا تأخیر در اجرای آن، به او خسارت وارد شده است. میزان این خسارت با دلایل اثباتی، از جمله جلب نظر کارشناس معین می‌شود. در این موضوع که آیا متعهدله برای مطالبه خسارت، باید تقصیر متعهد و تخلف او از قرارداد را هم ثابت کند یا این که متعهد باید اجرای آن را اثبات کند تا از پرداخت خسارت معاف شود، باید به نوع تعهد توجه کرد. اگر تعهد از نوع تعهدات به نتیجه باشد، متعهد مسئول پرداخت خسارت است مگر این که ثابت کند حادثه خارجی که نمی‌توان به او مربوط کرد، مانع از اجرای تعهد شده

است. (مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ قانون مدنی) اما اگر تعهد از تعهدات به وسیله باشد، اثبات تقصیر متعهد به عهده ی زیان دیده است.

خسارت تأخیر را در جایی می توان مطالبه کرد که اصل تعهد باقی و قابل اجراء باشد. برای مثال اگر اثبات شود که مال مورد امانت در نتیجه ی تعدی و تفریط امین تلف شده است، از لحظه ی تلف، مالک حق پیدا می کند که مثل یا قیمت آن را بگیرد و نمی تواند در دادخواست های خود تا تاریخ صدور حکم و اجرای آن، خسارت تأخیر در انجام تعهد را بخواهد.

نهایتاً تعیین میزان خسارت می تواند توسط طرفین، قبل از خسارت یا بعد از خسارت و ضمن عقد و یا به موجب قراردادی جداگانه در خصوص میزان وجه التزام و خسارت پرداختی توسط متخلف به توافق برسد؛ آنچه قبل از ورود خسارت منعقد می شود تحت عنوان وجه التزام نام می گیرد و آنچه بعد از ورود خسارت مورد توافق قرار می گیرد در قالب ماده ی ۱۰ قانون مدنی در قانون مدنی مورد بحث قرار دارد. این توافق چنانچه پس از وقوع خسارت باشد به عنوان صلح در اجرای ماده ۷۵۲ قانون مدنی که اعلام می دارد: ((صلح ممکن است یا در مورد تنازع موجود و یا جلوگیری از تنازع احتمالی یا در مورد معامله و غیر آن واقع شود.)) محسوب خواهد شد.

بند اول - تقویم خسارات توافقی

اساس خسارت توافقی مبلغی است که هر دو طرف یک قرارداد (که تعهد اصلی آن پرداخت وجه نقد نباشد) در حین مذاکرات قراردادی خویش به عنوان خسارت قطعی متضرر، ناشی از تخلف طرف مقابل، تعیین کرده و به صورتی که مخالف قانون نباشد در قرارداد درج میکنند. نکته قابل توجه آن

است که باید میان این مبلغ ((وجه التزام قراردادی)) با ((وجه التزام قضایی)) که دادگاه در مرحله رسیدگی به اختلاف طرفین برای تأخیر در انجام تعهدی که جز توسط متعهد انجام پذیر نیست تعیین مینماید و قابل کاهش و یا افزایش هم هست، و ((وجه التزام غیرقراردادی)) که قانون در موارد خاصی مشخص میکند، تفاوت گذارد. چه در دو نوع آخر به هیچ وجه عنصر اراده و توافق طرفین وجود نداشته و رد نتیجه از موضوع این مطالعه خارج است. استثناء قراردادهایی که تعهد اصلی آن پرداخت وجه نقد است از قاعده کلی مندرج در ماده ۲۳۰ قانون مدنی دو مورد است که یکی ریشه در قبل از پیروزی انقلاب اسلامی در ایران داشته و دیگری به بعد از آن مربوط میشود و هیچ یک در خود قانون مدنی ذکر نشده و هر دو نیز ریشه در نظر اسلام به بهره پول (ربا) دارد. آنچه از مفاد ماده ۲۳۰ قانون مدنی به عنوان عناصر ضروری تشکیل دهنده شرط خسارت توافقی در حقوق ایران استنباط میشود عبارتند از: الف. خسارت تعیین شده باید به صورت مبلغی پول باشد اگرچه تعیین مال دیگری به جای آن نیز ممکن است. پرداخت انی مبلغ میتواند به صورت نقد باشد و یا در برخی قراردادهای قبیل قرارداد حمل و نقل و مقاطعه کاری به صورت کسر از مبلغ استحقاقی متعهد، مثل مال الاجاره حیوان و یا ماشین آلاتی که به اجاره گرفته شده است.

ب. مبلغ فوق باید به صورت مقطوع و غیرقابل تغییر تعیین شود. بدین منظور لازم است که طرفین در طول مذاکرات قراردادی احتمال وقوع خسارت و میزان آنرا به دقت ترین وجه بررسی و پیش بینی کرده و مبلغی را که جبران کننده آن باشد در قرارداد ذکر نمایند. چرا که در غیر این صورت و به علت غیر قابل تغییر بودن آن در مرحله اجرا ممکن است یکی از دو طرف مورد

اجحاف قرار گرفته و خسارت تماماً جبران نشود. این استنباطی است که از قانون میشود اگرچه ادعای مخالف آن نیز شده است. در نظر آقای دکتر کاتوزیان: ((اگر مبلغ توافقی براساس تزویر و حيله ای که یک طرف قرارداد به کار میبرد چنان کم باشد که به نظر مسخره و بی معنی آید، در واقع چنان رفتار میشود که گویی اصولاً مبلغی تعیین نشده و شرط فوق به ((شرط عدم مسئولیت)) تبدیل میشود. و یا اگر مبلغ بسیار گزاف باشد، به علت استیفاء ناروای طلبکار شرط نافذ نخواهد بود.)). این تحلیل با ماده ۲۳۰ قانون مدنی و مبانی حقوقی این ماده مندرج در قبل منطبق به نظر نمیرسد و بیشتر ملهم از افکار عدالت خواهانه و روش دادگاههای انصاف است، در حالی که نفوذ شرط در هر دو حالت مذکور در فوق قانونی میباشد و اگر رفتار فریبکارانه یک طرف قرارداد در دادگاه اثبات گردد این رفتار میتواند مبنای فسخ معامله و ابطال شرط به علت تدلیس و رفتار غیرقانونی باشد و نه به علت زیاد یا کم بودن مبلغ توافقی.

ج. زمان تعیین این مبلغ و تکمیل شرط، براساس نص ماده فوق الذکر در ضمن معامله است که منظور در طول مذاکرات قراردادی و همزمان با انعقاد عقد است و نه پس از آن. با این حال به نظر میرسد هر توافقی که قبل از وقوع تخلف بدین منظور صورت پذیرد (به صورت الحاقیه قرارداد) نیز میتواند دارای اعتبار بوده و قابل مطالبه تلقی گردد. به علاوه میتوان شرط خسارت را در قرارداد لازم جداگانه دیگری نیز توافق و وارد نمود.

د. امکان مطالبه این خسارت توسط طرف متضرر بسته به شرایط توافق طرفین است.

اگر نوع خاصی از تخلف قراردادی (فعل یا ترک) سبب استحقاق متضرر به

این مبلغ گردد، فقط در همان زمان وی میتواند درخواست آن را بنماید و در سایر تخلفات چنین حقی نخواهد داشت. لیکن اگر توافق خاصی در این زمینه صورت نپذیرفته، ارتکاب هر نوع تخلفی که سبب تأخیر در اجرا و یا عدم اجرای تعهدات گردد به متضرر حق خواهد داد این مبلغ را مطالبه کند. هر شرط خسارت توافقی باید ضمن یک عقد لازم آمده باشد. در این صورت اگر شرط باطل شود عقد لطمه ای نمیبیند، اما اگر عقد باطل شود شرط ضمن آن نیز باطل خواهد گردید. اگر شرط ضمن یک عقد جایز آمده باشد، در صورت توافق طرفین بر فسخ عقد، شرط میتواند همچنان نافذ بوده و طرف متضرر را مستحق دریافت مبلغ آن ناشی از تخلفات قراردادی بنماید. آنچه از ویژگیهای این شرط میتوان گفت ویژگیهای اختصاصی ای است که این پدیده در حقوق ایران دارا می باشد. این ویژگیها عبارتند از: الف. اولین ویژگی مقطوع بودن مبلغ شرط است. بدین معنی که به هیچ وجه دادگاه حق نخواهد داشت دخالتی در آن کرده و مبلغ را کاهش و یا افزایش دهد. به قولی ((شرط وجه التزام هر نوع بازرسی را در این باره ممنوع میداند.)) به عبارت دیگر، این مبلغ در همه حال در حقوق ایران خسارت تلقی شده و بوی اجحاف و ایذا از آن استشمام نمیشود تا نیاز به مداخله دادگاه در تعدیل آن داشته باشد. بنابراین اگر مبلغ توافقی بسیار کمتر و یا بیشتر از خسارت واقعی هم باشد باز متضرر فقط استحقاق آن را خواهد داشت، نه مبلغ خسارت واقعی را، چراکه هیچ ارتباطی بین این دو وجود ندارد و مبلغ شرط میتواند متفاوت از میزان خسارت واقعی هم باشد. ب. این مبلغ خسارت است و نه جریمه، و به محض وقوع تخلف جانشین خسارت قراردادی شده و باید دارای کلیه شرایط مربوط به خسارت

قراردادی به استثناء آنچه که از ویژگیهای خاص خسارت توافقی است باشد و دادگاه نمیتواند خسارت دیگری را به جای آن تعیین کند. با این توجیه استدلال آنانی که این مبلغ را نوعی جریمه تخلف خصوصاً در موردی که در اثر تخلف خسارتی به متعهدله وارد نشده دانسته اند، رد میشود.

ج. ویژگی دیگر این شرط آن است که متضرر به محض وقوع تخلف، استحقاق دریافت مبلغ مندرج در آن را پیدا میکند. در واقع تعهد به پرداخت خسارت توافقی یک تعهد فرعی است که بنا بر قولی، به محض وقوع تخلف، جانشین تعهد اصلی میشود. به علاوه، برخلاف قاعده عمومی خسارات (مسئولیت) قراردادی که نیاز به اثبات ورود خسارت دارد، در اینجا متضرر نیازی به اثبات ورود خسارت به خویش را نداشته و صرف اثبات تخلف او را کفایت می کند.

د. علاوه بر عدم لزوم اثبات ورود خسارت، اثبات میزان خسارت وارده نیز لزومی ندارد و مطالبه مبلغ شرط، تکلیفی را در این جهت برای متضرر ایجاد نمی نماید.

هـ. اگر در قراردادی شرط خسارت وجود داشته باشد دیگر نمیتوان با وقوع تخلف آن را نادیده گرفته و به سراغ خسارت غیرمعین قراردادی رفته و از دادگاه خواست که میزان آن را تعیین نماید.

۴- شرایط اعتبار و استحقاق خسارت توافقی: اگرچه ماده ۲۳۰ قانون مدنی اعتبار شرط خسارت توافقی را اعلام نموده، ولی ذکری از تخلفی که ارتکاب آن متضرر را مستحق دریافت مبلغ آن مینماید ننموده است. اعمال و اجرای شرط خسارت توافقی در حقوق ایران در موارد و قراردادهای

مختلف متفاوت بوده و تنها بستگی به توفیق طرفین نداشته بلکه به ماهیت قرارداد نیز ارتباط دارد. شرط خسارت توافقی ممکن است در هر یک از دو حالت عدم انجام تعهد و تأخیر در انجام تعهد، قابل اجرا باشد:

الف. عدم انجام تعهد: هدف اولیه طرفین از انعقاد هر قراردادی اجرای آن است و هیچ امری جایگزین واقعی آن نمیگردد. در نتیجه، همیشه در اختلافات باید ابتدا درخواست اجرای قرارداد را نمود و اگر نشد خسارت را مطالبه کرد. در برخی قراردادها زمان اجرای قرارداد، عامل مهمی است و تخلف از اجرا در زمان مقرر سبب میگردد که دیگر متعهدله تمایلی به اجرای آن در خارج از زمان مقرر نداشته باشد. در این صورت تنها راه جایگزین، جبران خسارت وی است. اما در مواقع دیگر علیرغم گذشت زمان اجرای قرارداد، هنوز هم متعهدله خواستار اجرای آن است. در اینکه آیا پس از وقوع چنین حالتی متعهدله میتواند الزام متعهد به اجرای قرارداد را بخواهد یا اینکه فقط حق مطالبه خسارت توافقی را دارد، تردید است.

به عبارت دیگر، آیا حق انتخاب اجرا و یا خسارت با متعهدله است یا با متعهد؟ در حقوق ایران پاسخ این سؤال روشن نیست و صحت هر یک از این دو حالت مورد تردید است. به این تردید برخی آراء صادره از دادگاههای کشور نیز دامن زده اند. گروهی معتقدند با تعیین خسارت، طرفین جایگزینی برای عدم اجرای تعهد قراردادی تعیین کرده اند و به محض عدم اجرا، شرط خسارت فعال شده و جایگزین موضوع اصلی تعهد میشود (اصل جایگزینی خسارت). این گروه برای نظر خویش به برخی آراء استناد میکنند از قبیل:

۱- رأی شماره ۲۹۰۷-۲۵/۹/۲۱ شعبه ۶ دیوان عالی کشور که در آن اعلام

داشت: ((... نظر به اینکه در ضمن تعهد خسارت متصوره از عدم انجام تعهد پیش بینی و معین گردیده، دیگر حقی برای متعهدله جز وجه التزام مقرر موجود نخواهد بود...))

۲- رأی شماره ۶۸/۹/۷۹۶ هیأت عمومی دیوان عالی کشور در قرارداد انتقال یک باب مغازه (سرقفلی) که چنین بیان میدارد: ((... در بند ۴ قرارداد استنادی مورخ ۶۰/۱۰/۲۴ تصریح شده در صورت انصراف هر یک از طرفین قرارداد، طرف منصرف شده مبلغ ۵۰٪ را کهر دوبدل شده به عنوان ضرر به طرف دیگرپردازد. بنابراین ضمانت اجرای انصراف از قرارداد، معین گردیده و تعهد دیگری برای طرفین قید نشده و با این ترتیب دعوی الزام به انتقال رسمی یک باب مغازه (سرقفلی) مورد پیدا نمیکند.....)) با پذیرش استدلال این گروه میتوان چنین فهمید که در نظر این گروه اعتبار و اصالت به متخلف داده شده است و نه متضرر، چراکه به نوعی با خواست و تمایل وی که همان عدم اجرای تعهد است همراهی میکنند.

به نظر میرسد تمایل حقوق ایران، برخلاف این نظر باشد و آن را میتوان از عبارت ماده ۲۳۷ ق.م. نیز استنباط کرد. بر همین اساس گروه دیگری معتقدند الزام به اجرا بر اعمال مقررات شرط خسارت اولویت دارد و باید ابتدا به دنبال اجرای تعهد اصلی قرارداد بود تا شرط خسارت (اصل اولویت اجرا). دلیل اینان نیز آراء ذیل است:

۱- در رأی شماره ۲۵۴۴-۲۱/۸/۱۲ شعبه ۷ دیوان عالی کشور اعلام داشته است که: ((اگر طرفین تعهد مقرر دارند که در مدت معین در دفترخانه رسمی برای تنظیم سند و ثبت در دفترخانه حاضر شوند و متعهد شوند که در صورت تخلف هر یک از آنها، متخلف مبلغی به طرف دیگر بدهد... تعیین

این وجه التزام مانع الزام به اجرای قرارداد و تنظیم سند رسمی معامله نخواهد بود.))

۲- همچنین در رأی اصراری شماره ۵۲/۳/۳-۱۱ ردیف ۲۶ هیأت عمومی دیوان عالی کشور، آن دیوان رأی دادگاه استان را که گفته بود: «ضمانت عدم انجام معامله مطالبه وجه التزام است نه درخواست الزام طرف به انجام معامله» نقض کرده و الزام متعهد به انجام معامله را به اکثریت مجاز شمرد.

۳- در رأی نسبتاً جدید شماره ۲۴۴-۲۴۳-۶۸/۸/۸ شعبه ۲۷ حقوقی یک تهران در مورد حق انتخاب متعهد بین اجرای تعهد و یا انتخاب پرداخت مبلغ وجه التزام، نظر شعبه بر آن قرار گرفت که: «تعیین وجه التزام عدم انجام تعهد به معنای تأخیر فروشنده در انجام و یا عدم انجام اصل تعهد نمیشود بلکه به معنای بدل انجام تعهد، و شرطی به نفع متعهدله است تا در صورتی که انجام تعهد اصلی مقدور نباشد از این حق و شرط استفاده نماید. ولی در حالتی که انجام تعهد اصلی امکانپذیر بوده و متعهدله درخواست اجرای اصل را داشته ولی متعهد از اجرای آن خودداری ورزد درخواست الزام متعهد به انجام تعهد (اجرای تعهد اصلی) مستفاد از مواد ۲۱۹ و ۲۳۰ قانون مدنی دارای مجوز قانونی و حق متعهدله میباشد.»

رای اخیر بیشتر منطبق با موازین حقوقی به نظر می‌آید و میتوان در صورت تخلف متعهد، متعهدله را در انتخاب بین این دو آزاد گذارد. در نتیجه، به عنوان مثال، خریدار میتواند یا الزام فروشنده به تسلیم مبیع و پرداخت زیانهای ناشی از تأخیر را از دادگاه بخواهد، و یا خسارت پیش بینی شده برای عدم انجام تعهد را مطالبه نماید. اگر تعهد شخصی باشد، در صورت امتناع متعهد از انجام آن، متعهدله حق خواهد داشت اجبار او را براساس

مواد قانونی درخواست نماید. در چنین حالتی قاضی میتواند به طریقی (مثل تعیین خسارت تأخیر) متعهد را موظف به انجام تعهد نماید. اگر به هیچ وجه امکان اجبار نبود، طرف مقابل حق فسخ و حق درخواست خسارت را خواهد داشت.

در هر حال اگر متعهدله یکی از دو امر الزام به انجام تعهد و یا دریافت خسارت را انتخاب نمود، حق دیگر خودبه خود ساقط می گردد و او دیگر نمیتواند از تصمیم خود منصرف شود چراکه حق دوم اسقاط شده و دیگر وجود ندارد تا گزینش گردد. برخلاف این نظر، برخی ادعا کرده اند که در حقوق ایران تا زمانی که حق انتخابی اجرا نشده متعهدله میتواند تصمیم خود را تغییر دهد. این استنباط نیز صحیح به نظر نمیرسد، چراکه طبق موازین حقوقی پس از وقوع تخلف متعهدله حق انتخاب دارد و اینحق با یک بار انتخاب اِعمال و اجرا شده و دیگر مبنایی برای دادن حق انتخاب مجدد وجود ندارد تا وی بتواند آن را اعمال کند. به علاوه، ترویج این امر سبب ایجاد عدم اطمینان در قراردادهای و تزلزل در دادرسی خواهد گردید.

بند دوم. تقویم خسارات مربوط به تأخیر در اجرا

اگر زمان اجرای قراردادی اهمیت خاصی نداشته باشد و متعهد در اجرای تعهد بر اساس آنچه در قرارداد پیش بینی شده و یا عرف برای آن منظور میدارد، ولو در عقد تصریح نشده باشد، تأخیر کند، آیا میتوان به متعهدله حق داد تا هم از متعهد درخواست اجرای تعهد را بکند و هم مطالبه خسارت را بنماید؟ به عبارت دیگر، آیا امکان جمع بین اجرای تعهد و دریافت خسارت وجود دارد و متعهدله میتواند هم خسارت را درخواست کند و هم

پس از آن، اجرای قرارداد را؟ پاسخ این سؤال در رابطه با تخلف عدم انجام تعهد و تأخیر در اجرا متفاوت است. قطعاً اگر تعیین خسارت برای تأخیر در اجرا باشد، متعهدله مستحق اجرا نیز خواهد بود. ولی اگر دریافت خسارت برای عدم اجرا باشد الزام به اجرا دیگر ممکن نیست، چرا که اِعمال شرط خسارت بدلیاست برای اجرا و رویه آن است که آن را عوض اجرای تعهدی که زمان انجام آن سپری شده قرار میدهند و جمع بین این دو امکانپذیر نیست، مگر اینکه در قرارداد توافق بر جمع شده باشد که در این صورت دیگر نام تخلف، عدم اجرا نیست بلکه تأخیر در اجرا است. گاه ممکن است قرارداد اصلی متشکل از چند قرارداد فرعی باشد. در این صورت اگر عدم اجرای هر یک از تعهدات فرعی شرط درخواست خسارت توافقی باشد، متعهدله علاوه بر درخواست خسارت، حق درخواست اجرای تعهدات دیگر را نیز خواهد داشت و درخواست خسارت لطمه ای به آن نمیزند.

اگر اجرای یک قرارداد در بخشهای متعدد امکانپذیر باشد و متعهد بخشی از تعهد را اجرا کند و در اجرای بقیه تخلف نماید (اعم از عدم اجرا و یا تأخیر در اجرا) باید دید آیا متعهدله حق مطالبه خسارت توافقی را دارد یا خیر، و اگر پاسخ مثبت است آیا این استحقاق بر کل مبلغ شرط خسارت توافقی تعلق میگیرد یا اینکه مبلغ فوق به نسبت میزان تعهد اجرا شده تبعیضگردیده و وی مبلغ خسارت معادل عدم اجرا را مستحق میگردد؟ در پاسخ برخی از حقوقدانان روش دوم را پذیرفته اند، که به نظر میرسد مبتنی بر انصاف بوده و با مفاد ماده ۲۳۰ ق.م. و مقررات مربوط دیگر سازگاری ندارد. در حالی که روش اول (عدم قابلیت تجزیه) صحیحتر به نظر میرسد، چرا که این مبلغ از ابتدا خسارت تخلف در اجرا بوده و تخلف در اجرا نیز اعم است از تخلف

در اجرای کل یا جزء. مهم آن است که در هر دو حال، قرارداد به طور کامل اجراء نشده و متعهد نیز تخلف نموده است. لذا متعهدله، استحقاق دریافت کل مبلغ خسارت را خواهد داشت. علیرغم صراحت ماده ۲۳۰ قانون مدنی در تنفیذ شرط خسارت توافقی توسط دادگاهها، کم و بیش بین حقوقدانان بحث ضرورت تجدیدنظر در این روش مطرح شده و برخی پیشنهاد اعطاء حق مداخله به دادگاهها در مواردی که مبلغ توافقی زیاد بوده و سبب اجحاف بر یک طرف می باشد را داده اند. به عبارت دیگر، ایشان تفوق انصاف و عدالت را بر مقررات قانون ترجیح میدهند. به اعتقاد اینان اعمال مفاد ماده ۲۳۰ قانون مدنی در برخی مواقع ممکن است منتج به بی عدالتی گردد و دادگاهها بایستی اختیار مداخله داشته باشند تا رابطه دو طرف را تعدیل نمایند. با این حال، تاکنون هیچیک از آنان پیشنهاد یا معیار خاصی برای تمیز موارد بی عدالتی از موارد قابل قبول نداده و جملگی اختیار تشخیص و تمیز را به دادگاه داده اند. در یکی از این نظرها میخوانیم: ((دادرس میتواند آنچه را رفتار انسانی با حسن نیت و منصفانه می بیند زیر عنوان شرط ضمنی و شرط بنایی، در عقد اجرا کند و از اتهام تحریف قرارداد نیز دور بماند.)) به نظر میرسد اگر همانطور که در قبل گفته شد خسارت توافقی را خسارت تخلف بدانیم و نه جبران زیان وارده، دیگر نیازی به مداخله دادگاهها و تغییر مبلغ توافقی نخواهد بود. با این حال و در صورت نیاز میتوان دو راه برای تجویز دخالت دادگاهها در این شروط یافت. اولین مبنای حق، تعیین خسارت توسط طرفین یک قرارداد قانون است. در حقوق ایران ماده ۲۳۰ ق.م. اولین متن قانونی در این زمینه است. ماده فوق بیان میدارد: ((اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف،

متخلف مبلغی به عنوان خسارت تأدیه نماید حاکم نمیتواند او را به بیشتر و یا کمتر از آنچه ملزم شده است محکوم کند.) اگرچه این ماده ترجمه ای از قسمت اول ماده ۱۱۵۲ ق.م. سایر نظام های حقوقی است که مقرر می دارد؛ ((زمانی که در قراردادی مقرر شود که طرفی که تعهد خود را انجام نمیدهد باید به طرف مقابل مبلغ معینی به عنوان خسارت بپردازد، بیشتر و یا کمتر از این مبلغ را نمیتوان به نفع وی رأی دادولی عدم مخالفت حقوق ایران با آن، و تأیید و تنفیذ آن توسط مقررات اسلامی مسلم به نظر میرسد. به علاوه در هیچیک از نوشته های حقوقی بحثی مخالف آن توسط حقوقدانان مطرح نشده، و همچنین توجهی نیز به بخش دوم ماده ۱۱۵۲ ق.م. سایر نظام های حقوقی که در سال ۱۹۷۵ به بخش اول اضافه گردید نشده است که بیان میدارد: ((با این حال قاضی محکمه میتواند با صلاحدید و تشخیص خود و یا به هر دلیل دیگر، خسارت مورد توافق را اگر به طور مشهودی زیاد بوده و یا به طور نامناسبی کم باشد، کاهش و یا افزایش بدهد. هر تصمیمی که در قرارداد برخلاف این امر گرفته شده باشد فرض بر عدم وجود آن خواهد بود.)) نگردیده است.

تا حدودی شبیه همین مفهوم در ماده ۳۸۶ قانون تجارت ایران نیز مندرج است وقتی مقرر میدارد: ((اگر مال التجاره تلف یا گم شود متصدی حملونقل، مسئول قیمت آن خواهد بود. قرارداد طرفین میتواند برای میزان خسارت مبلغی کمتر و یا زیادتر از قیمت کامل مال التجاره معین نماید.))

گفتار دوم - در سایر نظام های حقوقی

اصل اول در هر قرارداد اجرای آن است. اما در صورتی که قرارداد به دلیل امتناع متعهد یا تقصیر وی یا به علت عوامل خارجی اجرا نشود مسایل مختلفی در مورد جبرانهای عدم اجرای قرارداد و حدود آن پیش می آید. در این مبحثکه بخش کوتاهی از کتاب (اصول حقوق سایر نظام های حقوقی) می باشد به صورت فشرده به آخرین نظرها و رویکردها در خصوص جبران های عدم اجرای قرارداد در حالات مختلف در حقوق سایر نظام های حقوقی و تا حدی حقوق انگلیس اشاره شده است. اجرای نوعی قرارداد، خسارات قراردادی و فسخ مهمترین جبرانهای است که مورد بحث قرار گرفته است. حقوقدانان سایر نظام های حقوقی بر خلاف انگلیسی ها اغلب به یک نظریه، مانند نظریه (جبرانهای نقض قرارداد) اشاره نمی کنند، اما در عوض، به آثار مختلف عدم اجرای تعهدات قراردادی و دعاوی قابل اقامه در این مورد توجه می نمایند. در تمام موارد، تمایل ثابت حقوقدانان سایر نظام های حقوقی تلاش در جهتی است که اطمینان دهند قرارداد اجرا می شود و به عبارت دیگر هم رهیافت اجرای عین تعهدات قراردادی و هم انحلال قرارداد به دلیل عدم اجرا (فسخ) نسبت به حقوق انگلیس بسیار متفاوت است و برای یک حقوقدان فرانسوی، حکم به پرداخت خسارت به طور جدی (دومین راه حل) تلقی می شود. همانگونه که برخی نویسندگان اشاره می کنند (اجرای قرارداد با همان شرایطی که در توافق بوده است برای هر طرف حقی را ایجاد می کند که وی همواره اجرا را مطالبه کند).^۱ - اجرای نوعی^۳ رهیافت جدید برای دستیابی به دستور اجرای نوعی، تفوق مضاعف حقوقدانان سایر نظام های حقوقی بر شرایط قانون مدنی را نشان

می دهد . زیرا موضوع اخیر از ملاحظه ای ناشی می شود که بر اساس آن برای رهایی شخص از فشار و اضطرار، بیش از قدرت الزام آور حاکمیت قراردادی به دولت توجه شده است و معنای این امر آن است که هیچ قاعده ای برای تضعیف حمایت از دستوری که دادگاه اتخاذ می کند پیش بینی نشده است ۴ و به طور مشخص آنکه بر اساس ماده ۱۱۴۲ قانون مدنی، جبران اصلی برای عدم اجرای قرارداد، خسارت است ۵۰ در مورد قبل، دادگاهها عمل الزام به پرداخت مبلغی پول (خسارات قانونی) ۶ را برای هر ماده یا هر روز، در مدتی که شخص از اجرای دستورات آنها امتناع می ورزد توسعه دادند ۷۰ زمانی این مبالغ به عنوان شکلی از خسارات توجیه می شد (که واقعا "این گونه نبود) اما وقتی که یک مبنای قانونی مناسب برای این عمل ارائه شد، استقلال وجه التزام از خسارات آشکار گردید، بدون اینکه در این واقعیت تغییری ایجاد شود که باید مبلغی به طرف دادخواهی پرداخت گردد بدیهی است، ترس از تجمع مسئولیت، حداقل محرکی را برای اطاعت از حکم دادگاه ایجاد می کند، زیرا طرف دیگر، خود می تواند آن مبلغ را با طرح دعوا علیه اموال طرف مختلف، بدست آورد حالت دوم که در آن، شرایط قانون مدنی مقهور شده است آن است که ماده ۱۱۴۲ به صورت استثناء (خسارات) پیش بینی شده، در حالیکه قاعده (اجرا) در دو مقرر ذیل منعکس می گردد، اینکه ممکن است زیان دیده قادر گردد در جای دیگر، اجرای جانشین را بدست آورد و همچنین دستور قضائی برای تخریب چیزهایی که در مقام نقض تعهدات قراردادی ایجاد شده است (که نباید انجام می شد) پیش بینی می شود به هر حال، اولین مورد اثبات می کند که مفهوم فرانسوی (اجرای نوعی) به آنچه که حقوقدان کامن لا به

عنوان (اجرای عین تعهد قراردادی) تلقی می کند منحصر نمی باشد، زیرا آن به انجام واقعی امری که تعهد طرف مستلزم آن است ارتباط دارد، این کار واقعی توسط شخص دیگری اجرا می شود در موردی که دادگاه واقعاً به اجرای تعهد قراردادی به وسیله طرف حکم می کند معمولاً آن را با تهدید به خسارات قانونی مساعدت می نماید، غالباً در این مورد اصطلاح (اجرای نوعی الزام آور) را به کار می برند. اجرای نوعی الزام آور در بحث از طرح دعوا در مورد اجرای تعهدات قراردادی براساس موضوع تعهد، تفاوت‌هایی ایجاد می شود. تعهدات مربوط به مبلغی پول، غالباً ساده می باشند، زیرا در این مورد دادگاه‌ها به راحتی در سررسید دستور پرداخت می دهند، آن مبلغ علیه اموال مدیون همراه با نرخ قانونی بهره تأخیر، قابل جبران می باشد از طرف دیگر، دادگاه‌های سایر نظام های حقوقی دارای یک صلاحیت کلی هستند که با توجه به مشکلات مالی مدیون تا دو سال برای پرداخت به اومهلت دهند ثانیاً، حقوقدانان سایر نظام های حقوقی دریافته اند که طبقه بندی سنتی تعهدات در انتقال مال با دقت و بررسی از بین می رود. زیرا اصولاً "در حقوق سایر نظام های حقوقی، این تعهدات (خود اجرا) هستند، چراکه مالکیت می تواند بر اساس توافق منتقل می شود و در چنین حالتی، مالکیت ها از طریق تعهد به تسلیم چیزی، جابجا می شوند که این خود تعهد به انجام فعل می باشد در این مورد چنانچه تعهد به انتقال (خود اجرا) نباشد، به طور مثال در مورد اموال کلی، به عنوان تعهد به انجام فعل مورد بحث قرار می گیرد این مسأله برای ما تعهد به انجام فعل و تعهد به عدم انجام فعل را مطرح می کند در اینجا اصولاً دادگاه‌ها دستور اجرا خواهند داد مگر آن که اجرا از نظر مادی، اخلاقی و قانون

ناممکن باشد با توجه به این موارد، نظریه (عدم امکان اخلاقی) به دادگاهها اجازه می دهد تا از آزادی شخصی طرفین قرارداد حمایت کنند و گاهی صریحاً حکم نمایند که عدم اجرای تعهدات شخصی تنها دعوای خسارات را مطرح می کند در هر حال، این قید بسیاری از مواردی را که در آنها حکم به اجرا خواهد شد خارج می کند، مواردی که یک دادگاه انگلیسی، حق اجرای عین تعهد را اعطا نمی کند مانند آنکه فروشنده به تحویل مال معین محکوم می شود. همانگونه که اشاره شد، در قانون مدنی با تعهدات منفی^۸ (تعهد به ترک فعل) برخورد خاصی شده است و قانون پیش بینی می کند طرف می تواند از دادگاه درخواست کند تا دستور تخریب چیزی که با نقض تعهد ایجاد شده صادر گردد یا خود این کار را با هزینه طرف مقابل انجام دهد در اینجا، تناسب خسارات در مقابل چنین دستوری و همچنین منافع اشخاص ثالث در حفظ وضع موجود به وسیله دادگاه پایین تر در تصمیمی که متضمن دستور است در نظر گرفته نمی شود از طرف دیگر، اصل اجرای با حسن نیت در این زمینه در ارتباط با دیگران اعمال می شود و معنای این سخن آن است که طرف با سوء نیت دستور اجرا را تحصیل نخواهد کرد^۲ - خسارات علی رغم امکان استفاده وسیع از دستور اجرای عین تعهدات قراردادی، مسأله خسارات به صورت یک شکل بسیار مهم از کارکرد حقوق سایر نظام های حقوقی مطرح می باشد^{۱۰} در برخی از موارد دستور اجرای عین تعهد بی معنی است (به طور مثال، در مورد زیانهای شخصی)، اما در بسیاری از موارد دیگر زیان دیده، اعتماد خود نسبت به کیفیت اجرائی را که طرف دیگر اعلام کرده بود از دست داده است. همانگونه که در حقوق انگلیس مشاهده می شود، اصولاً خسارات

معادل ضرر زیان‌دیده که ناشی از عدم اجرا بوده است قابل دستیابی است، که اصطلاحاً به آن (جبران از طریق پرداخت معادل ۵) گفته می‌شود الف - اظهار نامه اجرا از آنجا که قانون مدنی به طور کلی لازم می‌داند که زیان‌دیده قبل از جبران خسارات، اعلامیه ای برای اجرا، به طرفی که قرارداد را نقض کرده است بدهد این شرط معمولاً به وسیله دادگاهها و حقوقدانان به دعوی خسارات تأخیر محدود می‌شود و در موردی که اجرا ناممکن است و همچنین وقتی که طرف دیگر از اجرا امتناع کرده است از آن صرف‌نظر نموده اند اگر چه در ابتدا یک اعلامیه بسیار دقیق لازم بود، در حال حاضر یک نامه معمولی کافی است. ب - تقویم خسارات ۴ نقطه شروع حقوق سایر نظام های حقوقی برای تقویم خسارات در قرارداد و غیر قرارداد آن است که زیان دیده می‌تواند جبران کامل ضررهای خود را دریافت کند و در مورد قرارداد، این مساله از طریق ماده ۱۱۴۹ قانون مدنی مورد حمایت قرار می‌گیرد که بر اساس آن جبران خسارات وارد شده و منافی که در نتیجه نقض قرارداد به شخص نرسیده مجاز می‌باشد ۰ بنابراین، در متون فرانسوی بحث های دقیق در مورد، (عناوین خسارات) که به دلیل نقض قرارداد با اقامه دعوا قابل جبران است مشاهده نمی‌کنیم، با این همه، خسارات معنوی ۶ (مانند اضطراب روحی، از بین رفتن اعتبار و غیره) قابل جبران است. در عوض، برای یک حقوقدان کامن‌لا، به طور مشخص، مقررات محدودی در موضوع شمارش خسارات وجود دارد و این امر از طریق عواملی که اصولاً (در صلاحیت برتر ارزیابی) در دادگاههای پائین تر است توضیح داده می‌شود خصوصاً حقوقدانان سایر نظام های حقوقی، در این زمینه بین جبران خسارت منافع اتکائی و مورد انتظار برای

زیان‌دیده تفاوت قائل نمی‌شوند ۱۰ دو موضوع مهم دیگر باقی می‌ماند اولاً، قانون مدنی در مورد عدم دستیابی به خسارات در خسارات قراردادی، دو بررسی را مشخص می‌کند، به نحوی که به طور کلی طرف نقض‌کننده تنها برای ضررهائی که در زمان انعقاد قرارداد پیش‌بینی می‌شود یا می‌تواند قائل پیش‌بینی باشد مسئول است، اما در موردی که طرف - مقصر به تقلب است که در اینجا به معنای سوءنیت و به طور خاص عدم اجرای عمدی است، وی مسئول تمام ضررهائی است که اثر بلاواسطه و مستقیم نقض تلقی می‌شود و دیوان نقض برای ایجاد اطمینان نسبت به اجرای مناسب این مقررات دخالت می‌کند. بنابراین، به طور مثال در مورد (نقض بدون تقصیر) بدیهی است که شرط قابلیت پیش‌بینی نسبت به حدود و نوع ضرری که زیان‌دیده متحمل می‌شود اعمال می‌گردد اما نسبت به ارزش پولی آن جریان ندارد ثانیاً، ممکن است دادگاهها، خسارات زیان‌دیده را به دلیل تقصیر مشترک او (تقصیر زیان‌دیده) کاهش دهند، خواه محتوای تعهدی که وی به نقض آن استناد می‌کند تعهد به نتیجه باشد خواه تعهد به وسیله حدود کاهش در (صلاحیت برتر ارزیابی) دادگاههای پائین تر قرارداد این مسأله، دو مفهوم اساسی دارد ۱۰ اولاً، تقصیر یا سایر کوتاهی‌های زیان‌دیده می‌تواند در ضرر اصلی او دخالت کند، به طور مثال، بی احتیاطی یک راننده، در تصادفی که به سبب فرمان معیوب اتومبیل نیز به وقوع پیوسته است مشارکت می‌کند. بنابراین، در اینجا، این امر بیشتر شبیه مدافعه تقصیر مشترک در انگلیس عمل می‌کند (نسبت به اندازه محدودی که در دعاوی نقض قرارداد اعمال می‌شود) ثانیاً در هر حال، گاهی حقوق سایر نظام‌های حقوقی در اجرای وظیفه‌ای که در حقوق انگلیس به وسیله آنچه موسوم به

وظیفه (کاستن از خسارت) است انجام می شود، به تقصیر مشترک زیاننده استناد می کند لذا اگر زیاننده در انجام مراحل ضروری برای کاهش ضررهای خود که ناشی از نقض طرف دیگر است کوتاهی کند، از آن پس، هر ضرری که بوجود آید بیش از خوانده، ناشی از تقصیر او تلقی می شود در هر حال، در این مورد نظر حقوق سایر نظام های حقوقی کاملاً مبهم است. به همین دلیل، نقطه شروع آن است که زیاننده نمی تواند به بازار ورود و با اختیار خود، اجرای جانشینی را بدست آورد بلکه باید ابتدا تأیید دادگاه برای اجرا توسط شخص ثالث و به هزینه طرف دیگر را پیگیری نماید، اگر چه برای فروش های تجاری و موارد اضطراری، تا جایی که انجام این کار به ارزانی ممکن باشد، تاییدیه لازم نیست ۸۰ معنای این امر در عمل آن است که زیاننده می تواند بدون مجوز اجرای جانشین را بدست آورد، اما اگر وی چنین کاری را انجام داد این خطر را می پذیرد که دادگاه بعدی به او بگوید که وی باید ابتدا درخواست می کرده و یا قیمتی که با آن اجرای جانشین، بدست آمده بسیار یا لا بوده است. ج - شروط معافیت ۱ دادگاههای سایر نظام های حقوقی همواره با اثر شروط معافیت مقابله کرده اند و راههای زیادی را برای انکار یا کاهش اثر آنها یافته اند اولاً، اگر اصولاً بتوان پذیرفت که چنین شرطی مسئولیت قراردادی را منتفی یا اصلاح کند، در مورد مسئولیت غیر قراردادی مبتنی بر تقصیر که با منافع عمومی (نظم عمومی) ارتباط پیدا می کند چنین کاری صورت نخواهد گرفت ثانیاً هیچ شرطی بر مسئولیت قراردادی طرف که ناشی از تقلب یا تقصیر سنگین باشد تأثیر ندارد، مورد اخیر شکل شدیدی از تقصیر است و شامل بی مبالاتی می باشد ۸۰ ثالثاً دادگاهها در زمینه های خاصی در تجارت،

از استثناء یا محدود کردن مسئولیت منع کرده اند: بنابراین، وقتی که قانون مدنی به روشنی، فروشنده را از استثناء کردن مسئولیت خود نسبت به عالم بودن به عیوب مخفی منع می کند، دادگاهها این مسأله را به کلیه فروشندگان تجاری که به صورت غیر قابل انکاری به عیوب کالاهایشان عالم فرض می شوند تسری داده اند رابعاً، دادگاهها قدرت دارند که هر شرط غیر منصفانه ۹ در قرارداد مصرف کننده در مقابل شرط معافیت به کار رود د - شروط جزائی ۱ در حقوق سایر نظام های حقوقی، شرط جزائی، هر شرطی است که هدف آن تضمین اجرای قرارداد است و بنابراین، به طور قابل ملاحظه ای، وسیع تر از نظریه شرط جزائی در انگلیس است. با توجه به این هدف، دور از انتظار نیست که قانون مدنی همانطور که در ابتدا مطرح کرده بود آنها را معتبر دانسته است در هر حال از سال ۱۹۷۵، در موردی که شرط جزائی شکل شرطی را به خود می گیرد که پرداخت مبلغ معینی پول را از طریق خسارات الزام می کند، دادگاهها می توانند این مبلغ را به شرط آنکه آشکارا افراطی یا سفهی ۵ (مسخره) باشد کاهش یا افزایش دهند دیوان نقص اجازه می دهد که دادگاههای پائین تر به عنوان یکی از موضوعات در (صلاحیت برتر ارزیابی) خود تصمیم بگیرند آیا دخالت مناسب است یا خیر، و اگر مناسب دیدند، مبلغ مورد حکم، کمتر از ضرر واقعی زیان دیده نخواهد بود

۳- فسخ قرارداد به دلیل عدم اجرا اصولاً حقوق سایر نظام های حقوقی به یک طرف قرارداد دو طرفه اجازه نمی دهد به دلیل عدم اجرا از سوی طرف دیگر، قرارداد را فسخ کند، هرچند که این موضوع جدی باشد، اما در عوض، لازم است وی از دادگاه چنین اقدامی (فسخ) را درخواست کند

زمانی که چنین درخواستی به دادگاه می‌رسد، باید عدم اجرا از سوی طرف مقابل و همچنین جدیت کافی در فسخ واقعی قرارداد (فسخ قضائی) احراز شود، موضوع اخیر در (صلاحیت برتر ارزیابی) دادگاههای پائین تر است. حتی در صورت احراز این موضوع، دادگاههای سایر نظام های حقوقی، صلاحیت بسیار بالائی در اعلام یا عدم اعلام فسخ دارند این امر مجدداً ترجیح بیشتر بر اجرا شدن قرارداد را نشان می‌دهد. بنابراین، اگر طرفی که قرارداد را اجرا نکرده است پیشنهاد کند آن را اجرا نماید، دادگاهها قرارداد را فسخ نخواهند کرد و فرصت دیگری برای این مقصود به او می‌دهند اگر چه اصولاً در موردی که دادگاه فسخ را می‌پذیرد، اثر انحلال قرارداد از ابتدا می‌باشد، دادگاهها در مواردی اعلام کرده اند که قرارداد تنها تا اندازه خاصی فسخ می‌شود، این امر معمولاً به تقلیل قیمت پرداخت شده به وسیله زیان دیده برای اجرای ناقص ۴ از سوی طرف دیگر منجر میگردد. رهیافتی که نمونه اصلی آن، بیع تجاری کالا است ولی در خارج از این زمینه نیز اتخاذ شده است. توجه به این نکته لازم است که وقتی دادگاهها اعلام می‌کنند قراردادی (از ابتدا بر هم می‌خورد) این امر همچنان به زیان دیده اجازه می‌دهد که خسارت قراردادی عدم اجرا را مطالبه کند و همچنین هر شرطی که بر مسئولیت حاکم باشد اجرا خواهد شد شروط فاسخ فسخ قضائی از نظر زیان‌دیده قرارداد دو عیب دارد، زیرا مراجعه به دادگاه هم زحمت دارد و هم نتیجه آن مبهم است. استثنائات قانونی مختلفی نسبت به شرط مراجعه به دادگاه وجود دارد، اما قانون مدنی به طور معمول پذیرفته است که طرفین می‌توانند بر شرط صریحی که فسخ به دلیل عدم اجرا را پیش بینی می‌کند توافق نمایند، این شروط در عمل بسیار گسترده هستند و

اصولاً بر اساس قیود خود اثر خواهند داشت، تنها محدودیت آن است که زیان‌دیده باید در تصمیم خود برای فسخ، شرایط حسن نیت را رعایت کند. در حقوق سایر نظام‌های حقوقی فسخ راه حلی استثنایی و خلاف قاعده محسوب می‌شود و اصل بر بقاء و اجرای قرارداد است. به همین دلیل برای اعلام فسخ قرارداد مراجعه شخص به دادگاه و دخالت قاضی ضروری است. ریشه تاریخی این امر هم به حقوق رم بر می‌گردد. در آن سیستم نهادی به نام «حق فسخ قرارداد به دلیل عدم اجرا» به رسمیت شناخته نشده بود. فروشنده ای که کالا را به خریدار تسلیم می‌کرد، در صورت تخلف خریدار از پرداخت ثمن، حق استرداد مبیع را نداشت؛ فقط می‌توانست اجرای اجباری قرارداد را بخواهد. این سابقه تاریخی که با نگرش بسیار مضیق نسبت به فسخ همراه بود، امروزه در حقوق سایر نظام‌های حقوقی که به شدت تحت تأثیر حقوق رم است، دخالت قاضی در امر فسخ قرارداد را توجیه می‌کند. اینکه باید دید که جز در موارد استثنایی که فسخ رأساً توسط صاحب‌خيار اعمال می‌شود، دادگاه برای اعلام فسخ قرارداد چه معیارها و ضوابطی را مدنظر قرار می‌دهد و این معیارها تا چه حد با راه حل موجود در کنوانسیون همسو هستند؟ شدت نقض و اساسی بودن یا نبودن آن چه نقشی در رأی دادگاه ایفاء می‌کنند؟ اجمالاً در باب بیع پذیرفته شده است که عدم مطابقت کالا موجب ایجاد دو حق و دعوی برای مشتری می‌شود: حق (دعوی) تقلیل ثمن و حق (دعوی) فسخ؛ به این دو راه حل در ماده ۱۶۴۴ ق.م.ا اشاره شده است اما هرگونه عدم مطابقت یا تخلف موجب ایجاد حق فسخ نمی‌شود.

رای پذیرش فسخ قرارداد لازم است که عدم اجرا بسیار شدید و مهم باشد

در فرض عدم اجرای کلی لزوماً این شرط محقق است اما چنانچه زیان‌دیده به هنگام عدم اجرای جزئی یا عدم اجرای تعهدات فرعی یا اجرای ناقض تعهد، بخواهد قرارداد را فسخ کند، رویه قضایی برای دادگاه یک نوع اختیار قضایی جهت ارزیابی و احراز این نکته که آیا تخلف انجام شده آنقدر شدید است که چنین ضمانت اجرایی را اقتضا کند، قائل است. هنگامی که بحث از عدم اجرای کامل یک تعهد فرعی است یا عدم اجرای جزئی یک تعهد اساسی، این قاضی است که با دخالت و ارزیابی خویش تشخیص می‌دهد که آیا فسخ توجیهی دارد یا خیر؟ عدم اجرای جزئی هنگامی می‌تواند منجر به فسخ کل قرارداد گردد که به تعبیر دیوان عالی کشور سایر نظام‌های حقوقی، مربوط به یک تعهد قاطع و تعیین‌کننده به هنگام انعقاد قرارداد باشد در خصوص مؤثر و شدید بودن عدم اجرا از شعبه اول مدنی دیوان عالی کشور سایر نظام‌های حقوقی در تاریخ ۱۸ ژوئیه ۱۹۹۵ رأیی صادر شده که جالب به نظر می‌رسد.

کلینیکی از دادن یک دستیار ضروری به پزشک بیهوشی خود با این استدلال که وی از اجرای تعهد خود دایر بر مشارکت در پرداخت کلیه هزینه‌های کلینیک خودداری می‌رزد، دریغ می‌کند. دادگاه در خصوص رابطه بیمار و بیمارستان از یک سو و پزشک و بیمارستان از سوی دیگر چنین رأی می‌دهد: «کلینیک در برابر بیمار مرتکب یک نقض شدید شده که موجب ایجاد حق فسخ برای بیمار است ولی کلینیک حق ندارد قرارداد خود با پزشک را فسخ کند؛ زیرا پزشک به بخشی از تعهداتش عمل کرده و تخلف وی آنقدر شدید نیست که فسخ قرارداد را توجیه نماید.» قاضی می‌تواند در اعلام فسخ تمام اوضاع و احوال مؤثر در قضیه تا روز

تصمیم را مدنظر قرار دهد. برای مثال، در قرارداد فروش ملکی شرط شده بود که ثمن معامله ظرف چهار ماه پرداخت شود. فروشنده علی رغم گذشت یک سال از تاریخ انعقاد، موفق به دریافت ثمن نشد و لذا علیه خریدار اقدام به دعوی فسخ کرد. سه ماه پس از طرح دعوی، خریدار ثمن را می پردازد. دیوان عالی کشور تصریح کرده است که در این صورت قاضی می تواند با در نظر گرفتن کلیه اوضاع و احوال مؤثر در قضیه از جمله گذشت یکسال از تاریخ انعقاد عقد و عدم اعلام فسخ در این مدت و پرداخت ثمن ظرف سه ماه پس از طرح دعوی، از اعلام فسخ بیع امتناع کند. برخی از نویسندگان در خصوص چگونگی احراز اساسی بودن نقض انجام شده تعبیر دقیق تری دارند؛ بدین ترتیب که عدم مطابقت کالا با اوصاف مندرج در قرارداد در صورتی اساسی و شدید بوده و فسخ را توجیه می نماید که کالای تسلیم شده، تمام اهداف مورد نظر خریدار را برآورده نسازد.

آنچه در ماده ۲۵ کنوانسیون به «انتظارات شخصی از قرارداد» تعبیر شده و در قسمت «الف و ب» بند ۲ ماده ۳۵ نیز آمده است. آراء جالبی هم در تأیید این معنا از دیوان عالی کشور سایر نظام های حقوقی صادر شده است: شعبه اول مدنی دیوان عالی کشور در مورد دعوایی که دستگاه جرم گیری کاملاً منطبق با سفارش خریدار تحویل گردیده ولی با استفاده ای که مدنظر خریدار بوده، تناسب نداشته است، نقض را محقق دانسته است

همچنین در پرونده دیگر، اعلام فسخ قرارداد فروش یک دستگاه کامپیوتر که به علت عدم انجام تعهد فروشنده در ارائه اطلاعات و توصیه های لازم (obligation de conseil)، کاملاً برای خریدار مبتدی غیر قابل استفاده بود، موجه تشخیص داده شده است. در حقوق سایر نظام های حقوقی

همچنین از این نظر دفاع شده است که فقط نقض یک تعهد اساسی نظیر پرداخت ثمن یا تسلیم مبیع می تواند فسخ را توجیه کند و تأخیر ساده در تسلیم کالا موجب ایجاد حق فسخ نمی شود مگر اینکه آثار بسیاری شدیدی به دنبال داشته باشد. این انعطاف است که دخالت قاضی را توجیه می کند؛ هر چند راه حل مزبور از این جهت که درخواست شخص را کاملاً منوط به ارزیابی قاضی می کند، قابل انتقاد است.

براساس آنچه گفته شد، می توان چنین نتیجه گیری کرد که راه حل حقوق سایر نظام های حقوقی با نقشی که دادگاه در ارزیابی شدت عدم اجرا ایفا می کند و صرفاً نقض عهدی را موجب فسخ قرارداد می داند که متضمن خسارت شدید به طرف قرارداد باشد، با مفهوم نقض اساسی موردنظر در کنوانسیون همسو بوده و مغایرت اساسی بین آنها به چشم نمی خورد، هر چند که به تفاوت هایی نیز می توان اشاره کرد: اولاً، در کنوانسیون ارزیابی آثار نقض و در نتیجه تصمیم به فسخ در وهله اول با خود زیان دیده است در حالی که در سایر نظام های حقوقی این دادگاه است که دخالت دارد و با ارزیابی اوضاع و احوال و آثار نقض، فسخ قرارداد را قبول یا رد می کند. ثانیاً، در ماده ۲۵ کنوانسیون معیارهای نسبتاً روشن تر و عینی تر در مورد ورود خسارت عمده به منافع طرف قرارداد مقرر گردیده است. ثالثاً، در کنوانسیون پیش بینی شده که زیان دیده در صورتی می تواند به دلیل تحقق نقض اساسی قرارداد، اعلام فسخ نماید که نقض کننده آثار ناشی از نقض را، پیش بینی کرده یا می بایست پیش بینی می کرد؛ نکته ای که در حقوق موضوعه سایر نظام های حقوقی در باب فسخ قرارداد معمولاً سخنی از آن به میان نمی آید، گرچه در مبحث مطالبه خسارت ناشی از عدم اجرای

قرارداد به این قاعده توجه شده و در ماده ۱۱۵۰ ق.م.سایر نظام های حقوقی صراحتاً تصریح گردیده است که متعهد صرفاً مسئول جبران خسارت پیش بینی شده است.

گفتار سوم - نظام حقوقی انگلستان

در هر نظام حقوقی، میزان خسارتی که در نتیجه نقض قرارداد توسط طرف ذی نفع قابل مطالبه است، بستگی به هدف از جبران خسارت در آن نظام حقوقی دارد. در زمینه هدف جبران خسارت دو نظریه و رویکرد وجود دارد، نظریه اول این است که وضعیت متعهدله باید به حالت پیش از انعقاد قرارداد باز گردد؛ در نتیجه متعهد ملزم به ترمیم ضرری است که مستقیماً به متعهدله از ناحیه عدم اجرای تعهد وارد نموده است. اما نسبت به تفویض منافع مورد انتظار از قرارداد که از آن به عدم النفع نیز تعبیر می شود، مسئولیتی وجود ندارد؛ در نظریه دوم، هدف از جبران خسارت برآورده ساختن انتظارات متعهدله از اجرای تعهد است. لذا باید تا اندازهای از ناحیه متعهد جبران خسارت صورت گیرد که زیان دیده در وضعیتی قرار داده شود که اگر قرارداد اجرا می شد، در آن وضعیت قرار می گرفت. نظریه دوم با عنوان «نظریه جبران کامل خسارت» نیز تعبیر می شود.

نظام حقوقی فرانسه و سوئیس متمایل به نظریه اول، اما نظام حقوقی انگلیس و آمریکا بر لزوم در نظر گرفتن وضعیت متعهدله در وضعیت پس از عقد تأکید دارند. در حقوق ایران اگر چه اصل جبران خسارت ناشی از تخلف از تعهدات قراردادی با وجود شرایط مواد ۲۲۱ قانون مدنی و ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی مورد تصریح است اما نسبت به اینکه این جبران خسارت باید

کامل باشد و زیان دیده در موقعیت بعد اجرای قرارداد قرار گیرد، تصریحی وجود ندارد.

مبحث چهارم - استثنایات جبران خسارت معنوی در نظام های حقوقی ایران و انگلستان

گفتار اول - ایران

بند اول - قانون

قانونگذار ایرانی ضمن تأیید اصل جبران خسارت معنوی، نفوذ آن را منوط به مخالفت نداشتن با قانون کرده است و بدین ترتیب حکومت قانون را برتر از تراضی اشخاص می داند و به عنوان قاعده در حقوق ایران می توان بیان داشت «قراردادی اثر حقوقی دارد که مخالف با قوانین نباشد». اگر نیروی الزام آور قوانین در همه جا یکسان بود، اجرای این قاعده با مشکلی مواجه نمی شد. ولی، مشکل در این است که گاهی قانونگذار نظر ارشادی دارد و می خواهد آنچه را عادلانه و مفید می داند در صورت سکوت طرفین حاکم نماید، و در اینگونه موارد طرفین می توانند بر خلاف قانون تراضی نمایند. به این دسته از قوانین، قانون تکمیلی گفته می شود که در مقابل قانون امری قرار دارد، یعنی قوانینی که امکان تراضی بر خلاف آن وجود ندارد و قانون بر اراده طرفین ارجحیت دارد. بنابراین، برای احراز نفوذ یا بطلان قراردادهایی که با قانون مخالف است، در مرحله اول باید طبیعت قانون را شناخت، و اگر قانون امری باشد، قرارداد باطل است و اگر تکمیلی به شمار رود، قرارداد نافذ می باشد.

درباره ضابطه تشخیص قانون امری از تکمیلی، معیار دقیقی ارائه نشده است.

برخی از حقوقدانان بیان داشته‌اند: هرگاه قانون با نظم عمومی ارتباط داشته باشد، امری است و در سایر موارد تکمیلی است. اما این ضابطه نیز چندان راهگشا نمی‌باشد زیرا مفهوم نظم عمومی یک مفهوم نسبی بوده و در برابر مسائل اقتصادی و سیاسی دیدگاه‌ها در مورد نظم عمومی یکسان نمی‌باشد و در این موارد اختلاف نظر وجود دارد. در نهایت باید اظهار داشت که بیان یک معیار دقیق و ثابت برای تشخیص قانون امری و تکمیلی وجود ندارد و برای تمیز این دو باید از عرف یا دادرس (رویه قضایی) کمک گرفت.

پاره‌ای از اماره‌ها نیز نشانه امری بودن قانون است. یکی از این نشانه‌ها، لحنی است که قانونگذار در بیان احکام خود استفاده می‌کند. برای مثال، واژه‌هایی نظیر «باید»، «مکلف است» یا «ممنوع است»، ظهور در امری بودن قانون و کلماتی مانند «می‌تواند» یا «اختیار دارد» نشانه تکمیلی بودن قانون است. همچنین احکام استثنایی که برخلاف قواعد کلی قراردادهای وضع می‌شود و نتیجه تراضی دو طرف نمی‌باشد و قواعدی که به منظور حمایت از اشخاص ثالث در برابر دو طرف عقد است، جنبه امری دارند.

بند دوم - نظم عمومی

قواعد مربوط به حسن جریان امور راجع به اداره یک کشور یا راجع به حفظ امنیت و اخلاق در روابط بین افراد به طوری که افراد نتوانند از طریق قراردادهای خصوصی از آن تجاوز نمایند. نظم عمومی مدلول مقرراتی است که قوام و بقای ذات و حیثیت و منافع یک ملت به حمایت از آن مقررات بستگی دارد، خواه در امور داخلی یک کشور باشد یا در روابط بین‌المللی. ماهیت نظم عمومی در مقام ذات خود از حیث داخلی و خارجی بودن تعدد

و تکثر ندارد، یعنی نظم عمومی داخلی و خارجی دو ماهیت مختلف نیستند بلکه نظم عمومی ماهیت واحدی است که به اعتبار داخلی یا خارجی بودن، عوارض مختلف پیدا میکند.

قلمرو نظم عمومی، برحسب تعبیری که از رابطه فرد با اجتماع می‌شود، تغییر می‌کند. به طور خلاصه، برحسب انتخاب یکی از دو مکتب فردی یا اجتماعی، این نتایج در قلمرو نظم عمومی ایجاد می‌شود:

از نظر فردگرایان، نظم عمومی فقط ناشی از قانون است. ولی به نظر گروه مخالف، نظم عمومی دارای منابع دیگری نظیر اخلاق حسنه یا عرف و عادت نیز هست. مواد ۱۰ و ۱۲۹۵ ق.م. از مکتب اجتماعی پیروی کرده است. در ماده ۹۷۵ ق.م. امور دیگری مانند اخلاق حسنه و احساسات جامعه، منبع نظم عمومی قرار داده شده است. همچنین ماده ۶ قانون آیین دادرسی مدنی نیز، به پیروی از همین اصل، قراردادهای مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه را باطل اعلام کرده است.

بر مبنای عقاید فردگرایان، قواعد مربوط به نظم عمومی اختصاص به قوانین حقوق عمومی دارد و اشخاص در حقوق خصوصی آزادی کامل دارند، زیرا قوانین دسته اخیر فقط ناظر به روابط خصوصی اشخاص و حفظ منافع آنان است. این نظر نیز مورد پیروی قانونگذار ایران قرار نگرفته است. زیرا بی تردید غالب قوانین مربوط به احوال شخصیه و بسیاری از مقررات راجع به حقوق مالی و اصول مالکیت بستگی به نظم عمومی دارد.

از نظر قلمرو و طبیعت، نظم عمومی به سیاسی و اقتصادی تقسیم می‌شود. نظم عمومی سیاسی که معنی مرسوم نظم عمومی است، مانع از آن می‌شود که اشخاص در قراردادهای خصوصی خود به نهادهای اساسی جامعه تجاوز

کنند.

این نظم تنها چهره بازدارنده و منفی دارد و به انجام هیچ کاری فرمان نمی‌دهد. مبنای نظم عمومی سیاسی بر این نکته استوار است که شخص در زندگی اجتماعی به طور کاملاً آزاد نیست و باید در برابر پاره‌ای از نهادهای اساسی محدود شود، نهادهایی که لازمه زندگی اجتماعی و تمدن است و باید از آن‌ها در برابر خواست‌های فردی دفاع شود.

در نظم عمومی اقتصادی، دولت در پی آن است که اقتصاد را رهبری کند و قراردادهای خصوصی را به عنوان عامل توزیع ثروت، در نظارت خود بگیرد. پس، نه تنها آثار این قراردادها را به طور امری تعیین و برطرفین تحمیل می‌کند، گاهی آزادی پیمان بستن یا خودداری از آنرا از اشخاص می‌گیرد. در برقراری نظم عمومی اقتصادی، تنها اصول برتر تمدن یا اخلاق حسنه مورد استناد قرار نمی‌گیرد. دولت برای رسیدن به هدف‌های اقتصادی خویش، نظمی را برقرار می‌سازد که قراردادها باید پیرو آن باشند. به همین جهت، نظم عمومی اقتصادی از ثبات نسبی نظم عمومی سیاسی بی‌بهره است و پیوسته در حال دگرگونی تحول است.

بند سوم - اخلاق حسنه

اخلاق حسنه، قواعدی است که در زمان و مکان معین، توسط اکثریت یک اجتماع رعایت آن لازم شمرده می‌شود یا عمل به آن‌ها نیکوتلقی می‌شود. بر مبنای ماده ۹۷۵ ق.م. اخلاق حسنه را یکی از منابع نظم عمومی قراردادهاست، ولی ماده ۶ قانون آ.د.م. آنرا، در کنار نظم عمومی در زمره موانع نفوذ قراردادهای می‌آورد و می‌گوید: «عقود و قراردادهایی که مخل

نظام عمومی یا بر خلاف اخلاق حسنه است، در دادگاه قابل ترتیب اثر نیست». پس این پرسش به وجود می‌آید که بین مفهوم اخلاق حسنه و نظم عمومی چه رابطه‌ای وجود دارد؟ در پاسخ باید گفت، اخلاق حسنه چهره خاصی از نظم عمومی است، با آنکه منظور نهایی اخلاق، ساختن انسانی منزه و پارسا است و حقوق به برقراری عدالت و برابری نظر دارد، نظام حقوقی هیچگاه بی‌نیاز از اخلاق نبوده است. زیرا در بسیاری از موارد، برای حفظ عدالت اجتماعی، ناگزیر است که پاره‌ای از قواعد اخلاقی را حمایت کند. به همین جهت، باید اخلاق را بیگمان یکی از مبانی مهم حقوق دانست. گروهی از قواعد اخلاقی را که در متون قوانین امری آمده یا مبنای اینگونه قوانین قرار گرفته است، باید در شمار قواعد مربوط به نظم عمومی آورد. ولی گروه دیگر که ضمانت اجرای آن تنها وجدان عمومی است، به عنوان ویژه «اخلاق حسنه» مورد استناد قرار می‌گیرد. از سوی دیگر، مبنای قواعد حقوق تنها اخلاق نیست و گاه ضرورت‌های اقتصادی و سیاسی اصولی را به وجود می‌آورد که اخلاق در آن مورد حکمی ندارد. پس احتمال دارد امری که خلاف نظم عمومی است با هیچ یک از قواعد اخلاقی تعارض نداشته باشد. بدین ترتیب، نظم عمومی و اخلاق حسنه هر کدام قلمرو ویژه‌ای می‌یابد که در عین ارتباط و نفوذ در یکدیگر، جداگانه باید مورد توجه قرار گیرد. با وجود این، چون اموری که خلاف اخلاق حسنه است نظم عمومی را نیز برهم می‌زند و هیچگاه حقوق نمی‌تواند به امور غیر اخلاقی بی‌اعتنا بماند، به اصطلاح منطقی، رابطه این دو مفهوم را باید عموم و خصوص مطلق دانست. بدین تعبیر که آنچه با اخلاق حسنه منافات دارد با نظم عمومی نیز مخالف است ولی امکان دارد، قراردادی که با نظم عمومی در تعارض

است از نظر اخلاقی ناپسند به نظر نیاید.

درباره معیار تمیز اخلاق حسنه و مبانی آن بین حقوقدانان اختلاف است. گروهی، برای این که حکومت اخلاق حسنه را بر اراده توجیه کنند و از اقتدار و نفوذ دادرسان در بازرسی افکار عمومی بکاهند، تنها منبع اخلاق حسنه را قانون می‌دانند و بر همین مبنا کوشش می‌کنند تا تمام قواعد اخلاقی موجود در مواد قانون را به دقت تعیین کنند. این نظر را باید مردود شمرد. زیرا اگر قاعده‌ای در مواد قانون آمده باشد، در شمار اصول مربوط به نظم عمومی است و دادرس نیازی به مراجعه به اخلاق حسنه ندارد. درحالی‌که از لحن مواد ۹۷۵ ق.م و ۶ آ.د.م به خوبی پیداست که رجوع به قواعد اخلاقی برای تکمیل اموری است که به نظم عمومی ارتباط دارد و در عین حال نیز در زمره قوانین امری نیامده است. همچنین اگر پذیرفته شود که نظم عمومی می‌تواند خارج از قانون نیز مورد استناد قرار گیرد، به طریق اولی اخلاق حسنه را نیز نباید ناشی از قانون پنداشت. جمع دیگر در اثر نفوذ علم جامعه‌شناسی، بر آن شده‌اند که بر اخلاق نیز جامعه اجتماعی پوشانند و از راه تجربی، یعنی مشاهده و بررسی رویدادها قواعد اخلاق حسنه را جستجو کنند. به نظر این گروه، هیچ قاعده ثابتی برای تمیز نیک و بد وجود ندارد و آنچه متعارف است اخلاقی نیز هست.

بند چهارم - شرط معافیت از مسئولیت

معافیت از مسئولیت را به انحاء مختلف می‌توان در قرار داد درج نمود گاهی با توسعه یا تضییق قوه قاهره و گاهی نیز نوع مسئولیت یا میزان و مبلغ آن تعیین و تحدید می‌گردد و همچنین شرط کاهش مدت اقامه دعوا و

سلب مسئولیت اقامه دعوا پس از مدت زمان مشخص نیز در زمره آنهاست.

الف - شرط توسعه و تضییق قوه قاهره

اینگونه شروط به جای این که قوه قاهره را با حذف یکی از ویژگی های آن توسعه دهد حوادث معین را در حکم قوه قاهره قرار می دهد. از چنین شروطی به عنوان شرط استثنای بعضی اسباب عدم اجرا، تعبیر می کنند و معنی شرط این است که متعهد در برخی موارد استثنایی، مسئول اجرا نشدن قرارداد نباشد مانند این که در قرارداد حمل و نقل شرط شود متصدی ضامن تلف کالا در صورت بروز دزدی یا حریق نیست، یا در قرارداد پیمانکاری شرط شود متعهد مسئول تأخیر ناشی از طغیان پیش‌بینی شده رودخانه نیست. شرط کاهش مسئولیت ممکن است قوه قاهره را توسعه دهد مثلاً غیر قابل پیش‌بینی بودن را از شرایط حذف کند. در این صورت بدون وجود شرایط کامل قوه قاهره، مطابق قرارداد، احکام و اوصاف قوه قاهره بر آن بار می شود.

ب - شرط تحدید نوع مسئولیت و میزان یا مبلغ آن

ممکن است شرط شود مدیون فقط مسئول خسارت مادی باشد و خسارات عدم‌النفع یا زیان معنوی به عهده او نباشد و یا مبلغ معینی به عنوان سقف خسارت پیش‌بینی شود یا بخشی از کرایه کاهش یابد. به طور مثال: شرکت راه آهن میزان مسئولیت خود را به این روش محدود می کند که در صورت تأخیر بیش از مدت تعیین شده، ۵۰ درصد کرایه به مسافر عودت داده می شود.

ج - شرط کاهش مدت اقامه ی دعوا (تحدید مرورزمان)
محدود کردن مدت اقامه دعوا گامی است در جهت تحکیم قراردادها و کاستن نزاع‌ها و دعاوی حقوقی و افزایش امنیت حقوقی. از این رو این شرط نه تنها مخالفتی با قانون و نظم عمومی ندارد بلکه باید آن را تأمین کننده نظم عمومی دانست. بدیهی است در صورتیکه شرط کوتاه کننده مدت مرور زمان، به وسیله قانون منع شود، چنین شرطی باطل خواهد بود.

د- شرط عدم مسئولیت

ممکن است بتوان شرط اسقاط اختیارات موضوع ماده ۴۴۸ را یکی از مصادیق شرط عدم مسئولیت بر شمرد. این شرط امروزه در بسیاری از قولنامه‌ها و اسناد به صورت رسم القباله درج می‌شود. و حتی دفاتر اسناد رسمی به موجب بخشنامه ۱۰۹۳-۳۵۱۲۶ صادره از سازمان ثبت مکلفند کافه اختیارات را از متعاملین سلب نمایند. برخی نویسندگان شرط اسقاط کافه اختیارات را بی اساس دانسته اند. برخی دیگر شرط سقوط اختیار تفلیس را با نظم عمومی مغایر دانسته و شرط را بی اثر تلقی نموده اند. سقوط اختیار تدلیس نیز با مخالفت جدی تر حقوقدان ها مواجه شده است.

به نظر می رسد که در این ارتباط نص فقهی دال بر صحت شرط اسقاط کافه اختیارات نیافته است؛ شرط اسقاط اختیارات را که ماده ۴۴۸ قانون مدنی پیش بینی نموده است شامل برخی اختیارات، مانند: اختیار مجلس و تأخیر می گردد و نمی توان شامل اختیارات تدلیس، تفلیس و نیز اختیار رؤیت دانست؛ با توجه به رواج شرط عدم مسئولیت نسبت به عیوب و شرط اسقاط کافه اختیارات شایسته است دادگاه ها در هنگام رسیدگی به دعاوی مطروحه

صرفاً به استناد درج شرط، دعوی مشروطاً علیه را رد ننمایند و به مسأله لزوم تفهیم به مشروطاً علیه و اوضاع و احوال قرارداد و معقول بودن شرط توجه نمایند، به این موضوع در حقوق انگلیس (کامن لا) توجه ویژه‌ای می‌شود و در هنگام درج شرط معافیت، تفهیم به مشروطاً علیه را در مرحله انعقاد شرط و عقد، لازم می‌داند.

گفتار دوم - انگلستان

استثنای سیاست عمومی یکی از مهم‌ترین استثنائات در زمینه جبران خسارت در حقوق انگلستان می‌باشد.

سیاست عمومی، ((اصل حقوقی است که بر مبنای آن مقرر شده است که هیچ تابعی به لحاظ قانونی نمی‌تواند اقدامی را صورت دهد که معطوف به آسیب به عموم بوده یا علیه خیر عمومی باشد.)) دکترین سیاست عمومی در نظام حقوقی کامن لا و از جمله انگلستان دارای ریشه‌های قدیمی و عمیقی بوده و ((اگرچه از زمان‌های باستان وجود داشته است چندین نام را اختیار نموده است و حتی در برهه‌ای، دشمنی‌ها و عداوت‌ها علیه خود را برانگیخته است.)) در نظام حقوقی کامن لا، اصل سیاست عمومی از دو بخش مجزا تشکیل شده است که بخش اول آن، با مفهوم اصل انصاف، حقوق طبیعی و نهایتاً حقوق الوهی گره خورده است و از نظر مفسران قدیمی حقوق کامن لا، ((در باطن هر انسانی وجود داشته و به وی می‌گوید که چه اقدامی را صورت داده و از چه اقدامی اجتناب نماید.)) دومین بخش سیاست عمومی که ارتباط بیشتر و عمده‌تری با بحث جبران خسارت به عنوان یک استثناء پیدا می‌نماید آن است که این مفهوم به عنوان

یک مفهوم سکولار حقوقی دیده می شود و بنابراین، بر این مبناء، سیاست عمومی اجازه نمی دهد که عملی هرچند از طریق قرارداد انجام گیرد که با خیر عمومی متعارض باشد یا صرفاً به منظور خیر شخصی بدان استناد شود. البته در رویه قضایی کامن لا، تلاش شده است که دامنه سیاست عمومی تا بدان جا که امکان پذیر است، محدود شود و مثال بارز آن در قضیه *Printing & Numerical Registry Co. v. Sampson* قابل مشاهده است:

((نبایستی این امر فراموش شود که شما نبایستی به صورت خودسرانه آن دسته از قواعد را که تصریح می دارند که یک قرارداد خاص در صورتی باطل می باشد که علیه سیاست عمومی باشد، بسط داد به این دلیل که در صورتی که یک چیز وجود داشته باشد که مهم تر از سیاست عمومی باشد، این است که اقتضاء می نماید که انسان ها در تمام سنین و با هر سطح فهم و ادراک می بایستی از حداکثر آزادی انعقاد قرارداد برخوردار بوده و اینکه قراردادهایشان زمانی که به صورت آزادانه و داوطلبانه منعقد می شوند می بایستی مقدس تلقی شده و می بایستی از سوی دادگاه ها اجرایی شوند. در نتیجه، آنها بایستی این امر را در نظر بگیرند که اولویت سیاست عمومی نبایستی به نحوی باشد که با آزادی قراردادها در تعارض باشد.))

البته تعارض هایی نیز در رویه قضایی کامن لا در ارتباط با حدود و ثغور اصل سیاست عمومی مشاهده می شود که از جمله نمونه های بارز آن می توان به قضیه *Egerton v. Earl of Brownlow* دقت نمود.

گفتار سوم - سایر نظام های حقوقی

بند اول - فورس ماژور

در ادبیات حقوقی غربی عموماً برای اشاره به فورس ماژور از اصطلاح ((فعل خداوند)) استفاده می گردد. واژگان ((فعل خداوند)) به لحاظ حقوقی به این صورت تعریف شده است که : ((یک فعل طبیعی مستقیم، خشونت آمیز، ناگهانی و مقاومت ناپذیر است که خواننده (متعهد) نمی تواند از طریق هر میزان توانایی اش، آن را پیش بینی نموده یا حتی در صورتی که آن را پیش بینی نموده باشد، نمی تواند از طریق میزان مراقبت و مهارتش به شکلی عمل نماید که تأثیرات آن را محدود می سازد.)) در حالیکه مثلاً، می توان این چنین ادعا شود که همه گیری ویروس کرونا و ابتلاء به بیماری کووید - ۱۹ یک فورس ماژور است اما به نظر نمی رسد که محاکم قضایی این چنین رویکردی را داشته باشند چرا که به لحاظ تاریخچه این بیماری، به عنوان یک بحران جغرافیایی دیده شده است تا یک بحران طبیعی (که البته با توجه به همه گیری آن در جهان و تأیید سازمان بهداشت جهانی در این رابطه، بنظر می رسد مازجر از ابعاد مختلف قابل بررسی و استدلال است). مضافاً، علی رغم تلفات فراوان بیماران مبتلا به ویروس کرونا، اما نبایستی شیوع آن را آن چنان خشونت آمیز یا مستقیم دانست که اشخاص را از اجتناب از نتایج آن ناتوان سازد. از سوی دیگر، بایستی اذعان داشت که مفهوم فورس ماژور از قراردادی به قرارداد دیگر متغیر بوده و به این بستگی دارد که چه حوادثی می تواند به عنوان فورس ماژور تلقی شود. دو رویکرد عمده در این مورد در نظام حقوقی کامن لا و رومی - ژرمنی وجود دارد. در حالی که در نظام حقوقی کامن لا، فورس ماژور به عنوان یک مفهوم

جداگانه پذیرفته نمی‌شود و عمدتاً به عنوان یک شرط ضمن عقد مورد توجه قرار می‌گیرد. اما در نظام حقوقی رومی-ژرمنی، معمولاً تأثیر فورس مازور بر قراردادهای به صورت اندارج شرط فورس مازور قابل مشاهده است. نمونه‌های شایع در این زمینه عبارتند از تروریسم، ناآرامی‌های مدنی یا کودتا، فجایع طبیعی و نقض یا خرابی دستگاه‌های تولیدی. با این حال، در اغلب قراردادهای فورس مازور به صورت موسع تفسیر می‌شود که هر واقعه خارجی که خارج از کنترل طرفین قرارداد باشد را شامل می‌شود. در مورد این که نقض قراردادی به عنوان فورس مازور محسوب گردد یا خیر، بایستی به ادبیات قراردادی توجه نمود. در صورتی که ادبیات مرتبط با فورس مازور به مواردی هم چون غیرقابل پیش بینی بودن به عنوان فورس مازور اشاره نموده باشد، قطعاً می‌توان نقض قرارداد را به عنوان یک فورس مازور محسوب نمود. فرض مقابل آن، در صورتی است که متعهد مسئولیت خطرهای ناشی از فورس مازور را مورد پذیرش قرار داده است، حتی در صورتی که بتوان نقض قرارداد را به عنوان یک فورس مازور تلقی نمود؛ به علت این شرط ضمن عقد، نمی‌تواند به فورس مازور استناد نماید.

بند دوم - واقعه عقیم ساز

استیصال یا درماندگی، یک دکترین حقوق کامن لایی بوده که از نظر ماهیت به فورس مازور نزدیک است. با این حال، نسبتاً مضیق‌تر است. بر طبق این دکترین، ممکن است یک اتفاق یا واقعه رخ داده که خارج از تقصیر هر یک از طرفین قرارداد بوده به نحوی که یک طرف را از ایفاء تعهدات قراردادی‌اش ناتوان یا مستأصل نماید. در نظام حقوقی کامن لا،

حتی اگر شرط فورس ماژور در یک قرارداد تجاری نیامده باشد، یک طرف قرارداد می‌تواند در صورتی از ایفای تعهدات قراردادی‌اش معاف شود که اثبات نمود که یک واقعه عقیم‌ساز رخ داده است. اینکه یک واقعه خاص به عنوان یک واقعه عقیم‌ساز محسوب شود تا حدود زیادی به تصمیمات پیشین محاکم قضایی بستگی دارد. در حالی که در نظام حقوقی کامن‌لا، هیچ ملاک و استاندارد عینی برای تشخیص عقیم شدن یک قرارداد وجود ندارد، اما معمولاً موارد زیر برای تشخیص عقیم شدن قرارداد آورده می‌شود:

- ۱- واقعه عقیم‌ساز پس از اینکه قرارداد منعقد شد، رخ می‌دهد؛
- ۲- در زمان انعقاد قرارداد، وقوع واقعه عقیم‌ساز فراتر از حدود تفکر و اندیشه طرفین قرارداد بوده است؛
- ۳- وقوع واقعه عقیم‌ساز، ایفای قرارداد را غیرممکن ساخته یا شدیداً با آنچه که طرفین ابتدائاً در نظر داشته‌اند، متفاوت می‌سازد؛
- ۴- هیچ یک از طرفین قرارداد در وقوع واقعه عقیم‌ساز، تقصیری نداشته‌اند.

با توجه به شرایط فوق، این سؤال مطرح می‌شود که نظریه عقیم‌سازی قرارداد با کدام یک از نظریات در نظام حقوقی داخلی قابل تطبیق است؟ به نظر می‌رسد که متناسب‌ترین نظریه‌ای که در این خصوص مطرح است، نظریه غبن حادث باشد. غبن حادث به این معناست که غبن که همان نقصان و خسران مالی یا نابرابری اقتصادی و عدم تعادل میان تعهدات طرفین است نه تنها در مرحله انعقاد عقد، بلکه حتی در زمان اجرای تعهدات نیز می‌تواند موثر باشد. البته از آنجا که غبن از نظر فقهی بایستی حتماً، در زمان انعقاد

عقد باشد، شرایطی لازم است تا بتوان به نظریه غبن حادث، استناد نمود. از جمله اینکه ((اگر عرف ضرر ناشی از غبن حادث را ضرری ناروا و نامتعارف بداند و در عین حال، آن را دست کم در عقود خاص مانند عقود عهدی مستمر به لزوم عقد نسبت دهد، قید هم زمانی هیچ تأثیری بر اجرای مفاد قاعده نخواهد داشت.))

در رویه قضایی نیز به دکترین ((عقیم شدن)) قرارداد اشاره شده است از جمله در قضیه *Hepburn v. Taylor* که خواننده در دفاعیه خود به دکترین عقیم شدن قرارداد اشاره نمود، دادگاه تصریح کرد که شرایطی که ایفای تعهدات قراردادی را برای طرف مزبور غیرممکن ساخته است، نمی بایستی به سبب تقصیر وی باشد و اینکه عقیم شدن قرارداد نایستی به دلیل تقصیر خود زیان دیده باشد. در قضیه *Millinum Telecommunications Limited v. Bahamas Telecommunication Company Ltd* نیز دادگاه این اصل را تصدیق نمود که واقعه عقیم ساز می بایستی در زمانی که طرفین مبادرت به انعقاد قرارداد می نمایند فراتر از حدود تفکر و اندیشه و قصد آنها باشد. دادگاه به مانند رأی قبلی، این امر را مورد تصدیق قرار داد که مانع نایستی تقصیر هر یک از طرفین قرارداد باشد. بنابراین در صورتی که شرایط و اوضاع و احوال یک واقعه عقیم ساز به واسطه قصور یا غفلت هر یک از طرفین قرارداد باشد، استناد بدان به عنوان واقعه عقیم ساز غیرممکن است. بند سوم- دشواری (هاردشیپ)

مفهوم هاردشیپ و فورس ماژور ظاهراً به ویژه از آن رو که ویژگی های مشترکی دارند؛ به یکدیگر مرتبط می باشند؛ با این حال، تفاوت های اساسی بین آنها حاکم است. هاردشیپ در نظام حقوقی ایران پیش بینی نشده است و

همین امر موجب شده است که در رویه قضایی مورد توجه قرار نگیرد. بدیهی است که هاردشیپ با تعدیل قرارداد ارتباطش می‌تواند به عنوان مبنای تعدیل قرارداد مطرح شود. در واقع، اگر هاردشیپ را به عنوان معادل همان عسر و حرج قرار بدهیم، بایستی این گونه مطرح نمود که همان طور که گفته خواهد شد در صورتی که عسر و حرج در قراردادهای پس از شیوع کرونا واقع شود به گونه‌ای که اجرای تعهدات را با دشواری و پیچیدگی همراه سازد، مناسب‌ترین راه کار توسل به تعدیل قرارداد است اگرچه ساز و کارهای حمایتی دیگر نظیر خیار فسخ و انفساخ نیز وجود داشته باشند.

تفاوت بین این دو مفهوم به این صورت تشریح شده است: هاردشیپ در جایی مدنظر است که ایفای تعهد طرف متضرر از قرارداد، دشوارتر بوده اما غیرممکن نمی‌باشد در حالی که فورس ماژور بدین معناست که ایفای تعهد شخص متضرر، حداقل به صورت موقت غیرممکن شده است. به علاوه، ظاهراً تفاوت عملکردی بین دو مفهوم مزبور نیز وجود دارد. هاردشیپ، دلیلی برای تغییر در برنامه قراردادی طرفین محسوب می‌شود. در این شرایط، هدف طرفین، همچنان اجرای قرارداد باقی می‌ماند. با این حال، فورس ماژور در چارچوب عدم ایفای تعهد قرار می‌گیرد و ناظر بر تعلیق یا خاتمه قرارداد می‌باشد.

دکترین‌های ایالات متحده در ارتباط با شرایط تغییر یافته بر مبنای دکترین، غیرممکن شدن و تحولات بعدی آن، هم در اصلاحیه دوم قانون قراردادها و هم مجموعه قوانین متحدالشکل تجاری، تعریف دقیق شده‌اند. بخش ۲۶۱ اصلاحیه دوم قانون قراردادها ایالات متحده تحت عنوان ((ایفای تعهد به

واسطه غیر مترقبه بودن عملی نشدن قرارداد)) تصریح نموده است:
((در مواردی که ایفای تعهد یک طرف قرارداد پس از اینکه قرارداد منعقد گردید، بدون قصور او به واسطه وقوع حادثه‌ای غیر عملی شود، تکلیف وی به ایفای آن تعهد ساقط می‌شود مگر آن که مفاد قرارداد یا اوضاع و احوال به گونه‌ای دیگر دلالت دارد.)) قانون متحدالشکل تجاری در بخش ۲-۶۱۵ خود تحت عنوان ((عذر عدم واقع شدن اوضاع و احوال پیش بینی شده)) نیز اصطلاح ((غیر عملی)) را به کار می‌گیرد. در هر دو قانون، این اصطلاح، ((غیر ممکن)) را شامل می‌شود. بند مربوطه بخش ۲-۶۱۵ قانون متحدالشکل تجاری بیان می‌دارد:

((به جز تا آنجا که فروشنده‌ای، تعهد بالاتری را برعهده گرفته و تحت‌الشمول بخش قبلی راجع به ایفای تعهد جایگزین قرار بگیرد: الف) تأخیر در تسلیم یا عدم تسلیم کلی یا جزیی کالا از سوی بایعی که مطابق با بندهای ب و ج عمل نموده است در صورتی بر مبنای قرارداد بیع، نقض تکلیف او محسوب نمی‌شود که ایفای تعهد آن گونه که توافق شده است به واسطه وقوع یک حادثه احتمالی که عدم وقوع آن فرض اساسی انعقاد قرارداد بوده است یا رعایت با حسن نیت، هرگونه مقررات یا دستورات خارجی یا داخلی، خواه اینکه متعاقباً باطل شود یا نه؛ باشد.)) بند ب بخش ۲-۶۱۵ قانون متحدالشکل تجاری شرط تخصیصی (allocation requirement) را در مواردی گنجانده است که تنها بخشی از قابلیت فروشنده برای ایفای تعهد تحت تأثیر قرار بگیرد. بند ج همین بخش شرط اطلاع را تصریح می‌دارد. بر مبنای عبارت پردازی بخش ۲-۶۱۵ قانون متحدالشکل تجاری، این بخش تنها فروشنده را از تسلیم کالاهای موضوع

قرارداد معاف نموده است. به هر حال، باور عمومی بر این است که این ماده بایستی به همان میزان در مورد خریداران، قابل اعمال در نظر گرفته شود. مفهوم غیرعملی شدن تجاری که تکلیف یک طرف قرارداد را ساقط می نماید به منظور توجه به ویژگی ساختار تجاری که در آن، این عذر به عنوان دفاع مورد استفاده قرار می گیرد؛ به کار گرفته می شود اگرچه حادثه واقع شده، اجرای قرارداد را مطلقاً غیرممکن نسازد. به هر حال، دادگاه ها از پذیرش هر چیزی کمتر از غیرممکن شدن به عنوان عذر عدم ایفاء تعهدات قرارداد سرباز زده اند. رویکرد ایالات متحده به وضعیت های شرایط تغییر یافته از مفهوم سنتی فورس ماژور موسع تر است. رویکرد ایالات متحده، اصلاح قرارداد را مجاز نشمرده و عذر غیرعملی شدن به دلیل شیوه تلقی دادگاه ها، از جامعیت مفهوم هاردشیپ برخوردار نشده است.

ممکن است طرفین در هنگام انعقاد قرارداد و پیش بینی شرط مذاکره، تکلیف مقطع مورد نظر را روشن نمایند. آنها می توانند پیش بینی کنند که در این مدت و تا مشخص شدن نتیجه، اثر عقد معلق بماند. این امر باعث تحریک طرفین برای تسریع در رسیدن به نتیجه می شود. یا ممکن است پیش بینی نمایند که قرارداد با آخرین شرایط قبل حادثه به راه خود ادامه دهد و مسئولیت ناشی از تأخیر در مذاکره، بر عهده کسی قرار گیرد که نا برابری ایجاد شده به نفع او است.

اما در صورت عدم پیش بینی وضعیت معامله چگونه خواهد بود؟ برخی از حقوقدانان معتقدند اگر طرفین قرارداد علاوه بر پیش بینی شرط تعدیل، محدوده ای برای نابرابر شدن عقد در نظر گرفته باشند، رسیدن به آن شرایط باعث معلق شدن آثار عقد می شود. اما اگر چنین سقفی معین نشده باشد،

اصل اولیه که همان ادامه اجرای قرارداد است باید در پیش گرفته شود. اکثر حقوقدانان تعدیل قرارداد را مناسب‌ترین روش پس از برهم خوردن تعادل اقتصادی قرارداد می‌دانند. تعدیل قرارداد در نظام‌های حقوقی کشورهای خارجی کم و بیش مطرح است، به گونه ای که هم اکنون حقوق برخی از کشورها این نظریه را به رسمیت شناخته و جزء قوانین و مقررات خود در آوردند و در برخی از کشورها، رویه قضایی و دکترین حقوقی به سمت تعدیل و تجدیدنظر در شرایط قرارداد گرایش نشان داده اند.

بند چهارم - شرط عدم مسئولیت

شرط محدود کردن مسئولیت مدنی همیشه در مواردی غیرمؤثر است که اولاً تعهدات قراردادی به صورت عامدانه یا در نتیجه قصور شدید نقض می شود. ثانیاً در مقابل مصرف کنندگان، ثالثاً در مقابل دعاوی غیرقراردادی ناشی از شبه جرم، رابعاً در قبال خسارات شخصی، خامساً در مقابل مسئولیت مدنی در قبال محصولات. عدم توافق بر روی محدود نمودن مسئولیت مدنی هم چنین می تواند از مقررات پیشین یا برخی از انواع قراردادها باشد. برای نمونه در قراردادهای مربوط به ساخت و ساز در سایر نظام های حقوقی، امکان محدود نمودن مسئولیت مدنی در قبال عیوب ساخت و ساز وجود ندارد و همین وضعیت در مورد مسئولیت مدنی که ناشی از انواع مختلف قراردادهای حمل و نقل می باشد، جاری می گردد.

در بسیاری از نظام‌های حقوقی از جمله در حقوق سایر نظام های حقوقی قاعده‌ای وجود دارد که به موجب آن، شرط مسئولیت یا تحدید مسئولیت ناشی از قرارداد در صورت ارتکاب تقصیر عمدی یا تقصیر سنگین از سوی

شخصی که شرط به نفع او است، مؤثر نخواهد بود. به دیگر سخن، هرگاه طرف قرارداد که از شرط عدم مسئولیت یا تحدید مسئولیت برخوردار است، مرتکب تقصیر عمدی یا تقصیر سنگین شده باشد، نمی تواند به شرط مذکور استناد کند و در این موارد، شرط هیچ گونه تأثیری نخواهد داشت. قاعده الحاق تقصیر سنگین به تقصیر عمدی، یک قاعده قدیم است که حتی در حقوق رُم وجود داشته و با عبارت *Culpa lata dolo aequipartur* بیان شده است. در حقوق امروز نیز بسیاری از کشورها بویژه اغلب کشورهای حقوق نوشته که مبتنی بر حقوق رم می باشد، آنرا پذیرفته اند. البته اثبات تقصیر عمدی یا تقصیر سنگین بر عهده طرفی است که برای بی اثر ساختن شرط تحدید مسئولیت، به آن استناد می نماید.

در مورد عدم اجرای شرط عدم مسئولیت یا تحدید مسئولیت در صورت ثبوت تقصیر عمدی، چنین استدلال کرده اند.

توافق بر عدم مسئولیت یا تحدید مسئولیت متعهد در صورت ارتکاب تقصیر عمدی، برخلاف نظم عمومی و باطل است.

هرگاه متعهد، مسئول تقصیر عمدی خود نباشد، در واقع اجرای قرارداد بستگی به میل و تصمیم یک جانبه او خواهد داشت و به تعبیر دیگر او آزاد خواهد بود قرارداد را اجرای کند یا نکند و این گونه شرط با طبیعت قرارداد ناسازگار و باطل است.

اما در مورد الحاق تقصیر سنگین به تقصیر عمدی، چنین استدلال کرده اند: اگر تقصیر سنگین در حکم تقصیر عمدی نباشد، ممکن است متعهد عمداً نقض قرارداد کند و چون اثبات عمدی که امری درونی است دشوار می باشد، از مسئولیت معاف تلقی شود. به تعبیر دیگر، الحاق تقصیر سنگین

به تقصیر عمدی مانع از آن است که دارنده سوءنیت، خود را به نادانی و جهالت بزند و در پناه آن از مسئولیت دور بماند؛ چنانکه «مازو»ها مؤلفان بنام فرانسوی گفته‌اند «نباید اجازه داد که خیانت، نقاب ساده حماقت بر چهره زند».

به هر حال آنان که تقصیر سنگین را در حکم تقصیر عمدی می‌دانند، شرط عدم مسئولیت ناشی از تقصیر سنگین را نیز بر خلاف نظم عمومی و باطل تلقی می‌نمایند که مفروض ما در این نوشته نیز همین نظر است.

مبحث پنجم - تفاوت از نظر شرایط

در قوانین ایران نیز بر حق مطالبه خسارت ناشی از نقض تعهدات قراردادی، تأکید شده است، از جمله 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...». همچنین در مواد ۲۲۷ و ۲۲۸ این قانون و نیز ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی این حق مورد تصریح قرار گرفته است.

از منظر حقوق ایران و اسناد فوق‌الذکر نیز مطالبه خسارت منوط به ورود ضرر است. اگر نقض تعهد منجر به ایراد هیچ ضرری نشده باشد، جبران خسارت موضوعاً منتفی بوده و وظیفه‌ای برای جبران ضرر وجود نخواهد داشت.

برای جبران خسارت وجود رابطه سببیت کامل میان نقض تعهد و ایجاد ضرر ضروری است. لزوم وجود این شرط از ماده ۵۲۰ قانون آیین دادرسی مدنی که تصریح نموده «خواهان باید این جهت را ثابت نماید که زیان وارده

بلاواسطه ناشی از عدم انجام تعهد یا تأخیر آن و یا عدم تسلیم خواسته بوده است در غیر این صورت دادگاه دعوای مطالبه خسارت را رد خواهد نمود.»
بر می آید. شرط لزوم وجود رابطه سببیت بین نقض تعهد و ورود ضرر، به طور ضمنی از ماده ۷۴ کنواسیون قراردادهای بیع بین المللی کالا نیز استنباط می شود.

از شرایط امکان مطالبه خسارت، قابلیت پیش بینی خسارت ناشی از نقض قرارداد توسط خواننده در زمان انعقاد قرارداد است. بر اساس این شرط که از حقوق سایر نظام های حقوقی ماده ۱۱۵۰ قانون مدنی گرفته شده «متعهد تنها پرداخت زیانها و خساراتی را بر عهده دارد که هنگام عقد قرارداد پیش بینی می شده یا بایستی پیش بینی می شد. بدان شرط که عدم اجرای تعهدات به هیچ وجه ناشی از تدلیس وی نباشد.» خسارت های طبیعی و عادی ناشی از نقض قرارداد که در زمان انعقاد قرارداد قابل پیش بینی بوده و به صورت متعارف مورد توجه طرفین بوده، قابل مطالبه است و باید توسط نقض کننده قرارداد، جبران شود اما زیان های استثنائی و نامتعارف از جمله ضررهای دور و غیر مستقیم، که به صورت عادی ورود آن پیش بینی نمی شود، قابل جبران نخواهد بود.

فصل سوم- روش های جبران خسارت معنوی در نظام های حقوقی ایران و انگلستان

طرح موضوع :

همان طور که پیشتر اشاره شد، پس از انعقاد هر قرارداد، طرفین آن از این انتظار برخوردارند که طرف مقابل نسبت به مفاد تعهد خود متعهد بوده باشد و آن را نقض نکند. با این وجود، نقض تعهدات یک امر محتمل است. در هر صورت، قانون گذاران در تمامی نظام های حقوقی، روش هایی را در مقابل جبران خسارت معنوی پیش بینی نموده اند که آنها را می توان در قالب سه دسته تقسیم بندی نمود : ۱- الزام به ایفاء تعهدات ؛ ۲- پرداخت خسارت ؛ ۳- اعاده به وضع سابق. در هر نظام حقوقی، بسته به مبانی که در زمینه جبران خسارت معنوی دنبال می شود، سلسله مراتبی میان این سه دسته وجود دارد به نحوی که در نظام های حقوقی کامن لا از جمله انگلستان، اولین روش جبران خسارت، پرداخت خسارت پولی بوده در حالی که در نظام های حقوقی رمی-ژرمنی مانند سایر نظام های حقوقی و جمهوری اسلامی ایران، اولین شیوه جبران خسارت، الزام به ایفاء تعهدات است. البته در این بین میان تعهدات پولی و غیرپولی نیز تفاوت هایی وجود دارد که در ادامه در این فصل مورد تاکید قرار می گیرد.

روش های جبران خسارت در مسئولیت مدنی، که همانا شیوه های اجرای تعهد فاعل زیان می باشند، بر مبنای اهداف مسئولیت مدنی تعیین می گردند. در واقع ((شیوه های جبران خسارت در مسئولیت مدنی، طرق اجرای تعهد

مسئول و تابع اهداف مسئولیت مدنی‌اند. از آنجا که اهداف مزبور در کلیه نظام‌های حقوقی یکسان نیستند، شیوه‌های تأمین آنها و اجرای تعهد یکسان نیستند. ((اهداف مورد نظر عبارت‌اند از: جبران کامل خسارت، جلب رضایت زیان‌دیده و بازگرداندن وضع پیشین وی. با توجه به اینکه اصالت این اهداف در نظام‌های حقوقی متفاوت است، شیوه‌های تأمین آنها یکسان نیست. این راه‌ها به‌طور کلی عبارت‌اند از: جبران عینی یا اعاده وضع سابق که در اشکال مختلف نمود می‌یابد؛ و جبران معادلی که خود بر دو نوع، جبران غیرنقدی خسارت (دادن بدل و مثل) و جبران نقدی (پرداخت پول) است. اصول کلی روش‌های یادشده در نظام‌های مختلف کم‌وبیش یکسان است، اما کیفیت استفاده از آنها و ترجیحاتی که به هریک داده می‌شود، در نظام‌های حقوقی متفاوت است.

دو شیوه اصلی جبران خسارت در عرض هم نیستند تا هر کدام از عامل زیان یا زیان‌دیده بتواند به میل خود یکی را اختیار کند. اما ترتیب تقدم و تأخر میان آنها به نظم عمومی ارتباط ندارد؛ لذا طرفین می‌توانند برخلاف آن تراضی کنند یا دادگاه طریق متناسب را برگزیند (ماده ۳ قانون مسئولیت مدنی). روش‌های جبران خسارت در مسئولیت مدنی در واقع، طرق اجرای تعهد فاعل زیان است. از آن جا که انواع مختلف ضررهای مادی، معنوی و جسمانی با روش واحدی قابل جبران نیستند، ضروری است که طرق مختلف ترمیم خسارت و کارایی و کفایت هر یک مورد مطالعه قرار گیرد. تقریباً در تمام نظام‌های مختلف حقوقی این مطلب مورد توجه قرار گرفته و موادی نیز به آن اختصاص یافته است.

پیش از این که بحث در ارتباط با شیوه‌های جبران خسارت در حقوق سایر

نظام های حقوقی مورد بررسی قرار بگیرد، لازم به ذکر است همان گونه که در فصل گذشته نیز اشاره شد، مبنای اصلی جبران خسارت معنوی در نظام حقوق سایر نظام های حقوقی، نظریه خدمات عمومی و تقدم منافع عمومی بر منافع فردی است. در سایر نظام های حقوقی، نظریه های سوسیالیستی حاکم است و این نظریه ها در دوره ای از زمان ایجاد شده اند که مهم ترین کار دولت، ارائه خدمات عمومی بوده است؛ بنابراین مفهوم خدمات عمومی هسته اصلی حقوق جبران خسارت سایر نظام های حقوقی را ایجاد کرد.

مبحث اول - روش های جبران خسارت معنوی در نظام حقوقی ایران
در مبحث نخست این فصل به روش های جبران خسارت معنوی در نظام حقوقی ایران پرداخته می شود. نکته ای که در این خصوص بر اساس اصل سلسله مراتب روش های جبران خسارت وجود دارد، آن است که در وهله نخست، الزام به ایفای تعهدات صورت می گیرد و سپس به جبران خسارت های پولی و اعاده به وضع سابق پرداخته می شود.

گفتار اول - اعاده به وضع سابق

اعاده به وضع سابق، یکی از اصلی ترین شیوه های جبران خسارت معنوی بوده که البته بدان جبران خسارت کامل نیز اطلاق می شود. این نوع روش جبران خسارت به صراحت در قوانین ایران به رسمیت شناخته نشده است اما این امر مانع از آن نشده است که این روش جبران خسارت در نظام حقوقی ایران مورد توجه قرار بگیرد و به عنوان اصل اولیه در زمینه جبران خسارت

معنوی مورد نظر قرار بگیرد از جمله می توان به تعطیل شدن کارخانه های غیراستاندارد، جمع آوری محصولات زیان بار و ... اشاره نمود.

گفتار دوم - الزام به ایفای تعهدات

در نظام حقوقی ایران به پیروی از فقه امامیه، مهم ترین شیوه جبران خسارت، اجبار به اجرای عین تعهد است و بنابراین، تا زمانی که امکان اجرای عین تعهد وجود داشته باشد، نوبت به سایر ساز و کارهای جبران خسارت نمی رسد. در واقع، یک رابطه طولی در این زمینه وجود دارد. زمانی که یک قرارداد بین دو طرف تشکیل می شود، هر کدام از طرفین انتظار دارند که تعهدات ناشی از آن اجرا شود. در واقع هدف از انعقاد یک قرارداد، عمل به تعهدات آن است. در صورتی که هر کدام از طرفین به تعهدات خود عمل نکنند، طرف مقابل می تواند الزام به انجام تعهد را از او مطالبه کند. این موضوع به معنای آن است که اگر شخصی به تعهد خود عمل نکند، قرارداد به سرعت فسخ نمی شود. بلکه ابتدا شخصی که به تعهدش عمل نکرده است، از طریق دادگاه الزام به ایفای تعهد می شود. بعد از آن اگر با حکم دادگاه همچنان تعهد خود را انجام ندهد، در مورد این قرارداد، تصمیم مناسب گرفته می شود. در کلیه قراردادهای حقوقی، همواره مجموعه ای از تعهدات وجود دارد که هر یک از طرفین قرارداد، ملزم و متعهد به اجرای آن می باشند. اگر هر یک از طرفین قرارداد در موعد تعیین شده، از انجام تعهدات خود استنکاف ورزد، طرف دیگر می تواند از دادگاه، الزام او به ایفای (انجام) تعهد را بخواهد. مطالبه همزمان الزام به ایفای تعهد و خسارت ناشی از عدم انجام تعهد در دادخواست واحد به

نحوی که خواسته دوم بدل خواسته اول باشد، از مصادیق مردد بودن خواسته است و قرار رد دعوا صادر می شود.

موضوع تعهد ممکن است مالی یا غیرمالی باشد. دعوای الزام به تعهد مالی، زمانی مطرح می شود که موضوع تعهد مال باشد. این مال ممکن است مال منقول یا غیرمنقول باشد.

بند اول - در ارتباط با تعهدات مالی

طبق ماده ۲۲۱ قانون مدنی، اگر کسی تعهد به انجام یا تعهد به خودداری از انجام کاری را نماید، در صورت تخلف مسئول خسارت طرف مقابل است به شرطی در قرارداد بر جبران خسارت تصریح شده و یا تعهد عرفاً به منزله تصریح باشد و یا بر حسب قانون موجب ضمان باشد.

در صورت عدم ایفاء تعهد با رعایت ماده ۲۲۱ قانون مدنی، حاکم می تواند به کسی که تعهد به نفع او شده است اجازه دهد که خود او عمل را انجام دهد و متخلف را به تأدیه مخارج آن محکوم نماید. هر گاه شرط در ضمن عقد شرط فعل باشد اثباتاً یا نفیاً کسی که ملتزم به انجام شرط شده است باید آن را بجا بیاورد و در صورت تخلف طرف معامله می تواند به دادگاه رجوع نموده تقاضای اجبار به وفا شرط بنماید. (ماده ۲۳۷ قانون مدنی) هر گاه انجام کاری که شرط شده در ضمن قرارداد آمده باشد و شخص ملتزم قادر به انجام آن نباشد ولی انجام آن به وسیله شخص دیگری مقدور باشد دادگاه می تواند به خرج ملتزم موجبات انجام آن فعل را فراهم کند. (ماده ۲۳۸ قانون مدنی)

هر گاه انجام فعل مشروط ممکن نباشد و فعل مشروط هم از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب او واقع سازد طرف مقابل حق فسخ معامله

را خواهد داشت. (ماده ۲۳۹ قانون مدنی)

بند دوم - الزام به ایفای تعهد غیرمالی

الزام به ایفای تعهد (غیرمالی) مبنی بر عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می نماید بلکه متعاملین به کلیه ی نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می شود، ملزم می باشند (ماده ۲۲۰ قانون مدنی). در نتیجه انعقاد عقد علاوه بر تعهد قراردادی که در عقد تصریح می شود ممکن است تعهدات قانونی و تعهدات عرفی متعدد برای متعاقدين ایجاد شود که طرفین بر طبق اصل لزوم و نیروی الزام آور قراردادها ملزم به ایفای آن می باشند

گفتار سوم - تعلیق مدت قرارداد

اگرچه اصل بر ایفای تعهدات قراردادی، عرفی و قانونی از سوی هر یک از طرفین قرارداد است و این انتظار مشروع نیز از آن ها وجود دارد که به ایفای تعهدات مزبور بپردازند اما گاه به سبب رخدادهای پیش بینی نشده، امکان دارد که این تعهدات به صورت دائم یا موقت انجام نپذیرد. در این شرایط، هر یک از طرفین حداکثر تلاش خود را به کار می بندد تا از حقوق قانونی و قراردادی اش حفاظت نماید. در این شرایط، یکی از ساز و کارهای موجود، تعلیق مدت قرارداد است. با توجه شیوع جهانی بیماری کووید - ۱۹ در سالهای اخیر و همان طور که در بخش های قبلی نیز کم و بیش اشاره گردید علی القاعده در مورد شماری از قراردادها به ویژه قراردادهایی که پیش از کرونا منعقد شده اند را می توان به عنوان فورس ماژور محسوب نمود، از آنجا که در هر صورت با پیشرفت های علوم واکسن سازی، بایستی همه گیری ویروس کرونا را به عنوان یک وضعیت موقت، گذرا و غیردائم

حساب نمود؛ می توان قایل به تعلیق مدت قرارداد بود. در حین تعلیق مدت قرارداد، خسارتی از سوی طرفین قابل مطالبه نبوده ولی وظایف و تعهداتی در جهت حفاظت از وضعیت موجود برای از سرگیری تعهدات پیش بینی می شود. اگرچه در مقررات داخلی، اشاره ای به تعلیق مدت قرارداد نشده است اما در برخی از موافقت نامه های بین المللی جمهوری اسلامی ایران، از تعلیق مدت قرارداد بر اثر حوادث مربوط به بهداشت عمومی اشاره شده است. برای نمونه بر مبنای بند الف ماده ۸ قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به موافقت نامه تسهیل تشریفات اعطای روادید به بازرگانان کشورهای عضو گروه دی-۸ مصوب ۱۳۸۲/۲/۲۳ آمده است: ((هر یک از طرف های متعاقد به دلایل امنیت ملی، نظم عمومی یا بهداشت عمومی می تواند لازم الاجراء شدن این موافقت نامه را به تأخیر انداخته یا اعمال تمام یا بخشی از آن را در قبال تمامی طرف های متعاقد یا تعدادی از آنها به صورت موقت به حالت تعلیق درآورد. اعمال و رفع چنین اقدامی باید از مجاری دیپلماتیک، فوری به اطلاق مدیر اجرایی گروه دی-۸ برسد که وی نیز به نوبه خود آن را به طرف های دیگر ابلاغ خواهد نمود.))

گفتار چهارم - تعدیل قرارداد

تعدیل قرارداد به معنی تغییر شرایط قرارداد به منظور متناسب کردن آن با شرایط و اوضاع و احوال جدید است. تعدیل قرارداد می تواند راجع به موضوع، مبلغ، مدت و سایر شرایط باشد. البته تعدیل قرارداد در هر شرایطی امکان پذیر نبوده و به شروطی از جمله ((ارتباط مستقیم شرط الحاقی به عقد سابق))، ((صحت عقد سابق)) و ((متقالبانه نبودن قصد طرفین)) منوط شده است.

علی رغم اینکه در قانون ما بطور صریح و به عنوان یک قاعده و مقررہ کلی اشاره ای به تعدیل در قراردادهای نشده است؛ اما در موارد متعددی حکم به تعدیل قراردادهای در حال اجرا داده شده است. که در زیر به برخی از آن ها اشاره می کنیم:

الف) ماده ۴ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب سال ۱۳۵۶ را می توان ذکر کرد. طبق این قانون که قبل از تصویب قانون سال ۱۳۷۶ در مورد محل های تجاری قابلیت اعمال داشت روابط بین مؤجر و مستأجر در پایان مدت اجاره قطع نمی شد، بلکه قانون به مستأجر اجازه می داد به سکونت در محل ادامه دهد لذا ممکن بود اجاره سالیانی به طول بیانجامد و در اثر گذشت زمان، تعهدات طرفین نابرابر گردد. به همین علت در جهت پیشگیری از هر نوع نابرابری، قانونگذار تحت شرایط خاصی اجازه درخواست بازبینی در عقد را به طرفین داده بود: « مؤجر یا مستأجر می تواند به استناد ترقی یا تنزل هزینه زندگی درخواست تجدید نظر نسبت به میزان اجاره بها را بنماید مشروط بر اینکه مدت اجاره منقضی شده و از تاریخ استفاده مستأجر از عین مستاجر به از تاریخ مقرر در حکم قطعی که بر تعیین یا تعدیل اجاره بها صادر شده، سه سال تمام گذشته باشد. دادگاه با جلب نظر کارشناس اجاره بها را به نرخ عادلہ روز تعطیل خواهد کرد. حکم دادگاه در این مورد قطعی است.»

ب) نمونه دیگر مربوط به قانون روابط مؤجر و مستأجر سال ۱۳۶۲ است و بر اساس این قانون که قبل از تصویب قانون جدید مصوب سال ۱۳۷۶، بر اجاره های مسکونی حاکم بود و در مورد قراردادهای منعقدہ قبل از تاریخ قانون جدید نیز قابلیت اجرا داشت، پس از اتمام مدت اجاره می بایستی عین

مستأجره بلافاصله تحویل مؤجر می گردید. لذا ممکن بود موجب مشقت برای مستأجر گردد بر همین اساس ماده ۹ این قانون بازبینی عقد توسط قاضی را مورد پیش بینی قرار داده بود: «در مواردی که دادگاه تخلیه ملک مورد اجاره را به علت کمبود مسکن موجب عسر و حرج مستأجر بداند و معارض با عسر و حرج مؤجر نباشد می تواند مهلتی برای مستأجر قرار دهد.»

ج) قانون مسئولیت مدنی به دادگاه اجازه می دهد در شرایط خاصی از میزان مسئولیت متعهد بکاهد. «بموجب ماده ۴ این قانون دادگاه می تواند میزان خسارت را در مورد زیر تخفیف دهد: هر گاه پس از وقوع خسارت واردکننده زیان به نحو مؤثری به زیان دیده کمک و مساعدت کرده باشد. هر گاه وقوع خسارت ناشی از غفلی بود که عرفاً قابل اغماض باشد و جبران آن نیز موجب عسرت و تنگدستی واردکننده زیان شود. وقتی که زیان دیده به نحوی از انحاء موجبات تسهیل ایجاد زیان را فراهم نموده یا به اضافه شدن آن کمک و یا وضعیت واردکننده زیان را تشدید کرده باشد.»

د) ماده ۲۷۷ قانون مدنی نیز در مقام بیان بخشی از قواعد عمومی قراردادی اشعار می دارد که: «متعهد نمی تواند متعهد له را مجبور به قبول قسمتی از موضوع تعهد نماید ولی حاکم می تواند نظر به وضعیت مدیون مهلت عادلانه یا قرار اقساط دهد.»

ه) ماده ۶۵۲ قانون مدنی نیز در باب قرض مقرر می دارد: «در موقع مطالبه حاکم مطابق اوضاع و احوال برای مقتضای مهلت یا اقساطی قرار می دهد.»

ماده ۲۷۷ قانون مذکور این امکان را با توجه به «وضعیت مدیون» ممکن می داند در حالی که ماده ۶۵۲ قانون مدنی، قاضی را مختار می داند که مطابق اوضاع و احوالشان تصمیم بگیرد. با این برداشت، تغییر و تحولات خارجی

که تعهدات عقد را تحت تأثیر قرار می دهند نیز می توانند توجیه گر تمدید مهلت یا تقسیط تعهدات آن گردد.

ی) آیین نامه شرایط عمومی پیمان: این آیین نامه بنا بر تکلیف قانون برنامه و بودجه سال ۱۳۵۱ توسط سازمان برنامه و بودجه در سال ۱۳۵۳ آماده و به تصویب هیأت وزیران رسید.

می دانیم که اجرای قراردادهای پیمانکاری با توجه به طبیعت این نوع قراردادها غالباً نیازمند زمان طولانی است. از سوی دیگر سابقه این نوع از فعالیت ها در کشور ما حکایت از تغییرات عمده اقتصادی از جمله تغییر قیمت مواد اولیه، کالاهای، دستمزد کارگران و کاهش ارزش پول دارد.

بنابراین در عرف رایج چنین قراردادهایی، طرفین به آینده ی خیالی خود دل نمی بندند و غالباً برای اوضاع و احوال متغیر آینده، چاره اندیشی می کنند تا از آثار نامطلوب حوادث خارج از وجود اختیار خود، رهایی یابند. قانونگذار نیز با درک این واقعیت و پذیرش مبنای منطقی آن در صدد سر و سامان بخشیدن به آن برآمده و با تصویب آیین نامه مورد بحث، قالب و فرمول معینی برای تعدیل نرخ قرارداد در طول اجرای آن در نظر گرفته است. پیمان هایی که بین دستگاه های دولتی (به ویژه سازمان هایی که بودجه آنها از محل بودجه عمومی کشور تأمین می شود) و پیمانکاران داخلی در ارتباط با کارهای ساختمانی و تأسیساتی منعقد می شود تابع آیین نامه یاد شده اند.

بر اساس بند الف و ب ماده ۳۶۷ مکرر این آیین نامه، پیمان های با مبلغ اولیه بیش از ۵۰ میلیون ریال شامل تعدیل آحاد بها خواهند بود و این تعدیل می تواند با توجه به افزایش قیمت های واحد در هزینه کار، حداکثر تا ۲۵

درصد افزایش قیمت را شامل شود.

گفتار پنجم - فسخ قرارداد

فسخ قرارداد، یکی از اصلی ترین شیوه های حقوقی و قانونی برای عدم استمرار قرارداد می باشد. البته، فسخ قرارداد نبایستی به عنوان یک اصل بلکه به عنوان یک استثناء مورد پذیرش قرار گیرد چرا که اصل اخلاقی و هم چنین حقوقی حاکم بر قراردادها، اصل الزام آور بودن عقود و هم چنین اصل وفای به عهد، به عنوان دو اصل مهم اخلاقی حاکم بر قراردادها می باشد این امر حتی با تصریح قانون گذار نیز همراه بوده است به نحوی که قانون گذار در ماده ۲۱۹ قانون مدنی، تصریح داشته است که در صورت تردید در لازم یا جایز بودن عقود، اصل بر لازم بودن آنهاست هرچند که تمامی عقودی که بر مبنای قانون منعقد شوند، بایستی اصل لازم الاتباع قراردادها را در مورد آنها حاکم دانست. احترام به اصل لزوم قراردادها و هم چنین استثناء بودن فسخ از طرق دیگر نیز در قانون مدنی قابل استنباط است چه آنکه قانون گذار در صورت تخلف هر یک از طرفین قرارداد از حدود تعهدات شان، ابتدایا توسل به فسخ قراردادها را پیش بینی ننموده است بلکه در وهله اول در صورتی که اجبار متعهد به انجام تعهد امکان پذیر باشد، بایستی قبل از اعمال فسخ، بدان متوسل شد. این امر نیز نشان می دهد که در توسل به فسخ در قراردادها، قانون گذار ایرانی یک شیوه اخلاقی یعنی احترام به اصل لزوم قراردادها را در پیش گرفته است.

در حقوق موضوعه ایران در باب فسخ، نشانهای از مفهوم نقض اساسی قرارداد دیده نمی شود. اصولاً در حقوق ما در اعمال فسخ قرارداد به اهمیت نوع تعهد نقض شده یا آثار ناشی از نقض توجهی نشده و اعلام فسخ قرارداد

شکل و کیفیت خاص خود را دارد. ممکن است ادعا شود که چون تعهد به پرداخت ثمن یکی از تعهدات اساسی مشتری در قرارداد بیع به شمار می آید و قانون گذار نیز در ماده ۴۰۲ قانون مدنی تحت عنوان «خیار تأخیر ثمن» نقض آن را موجب ایجاد حق فسخ برای بایع دانسته است لذا نهاد نقض اساسی هم چندان نامأنوس و بیگانه با مبانی حقوق ایران نیست. به این ادعا باید چنین پاسخ گفت که با توجه به اینکه حق فسخ به علت عدم پرداخت ثمن فقط در بیع عین معین یا در حکم معین پذیرفته شده و امتناع از تأدیه ثمن در بیع کلی از اسباب فسخ اعلام نشده و از طرفی نقض تعهد مربوط به تسلیم مبیع که اهمیت آن کمتر از پرداخت ثمن نیست، این حق را چه در بیع عین معین و چه در کلی، به مشتری نمی دهد. (۷۹) بنابراین به نظر می رسد پیش بینی حق فسخ در ماده ۴۰۲ قانون مدنی مبتنی بر مفهوم نقض اساسی نبوده بلکه مبنای آن روایات خاصی است که تدوین کنندگان قانون مدنی از آن الهام گرفته اند. در حقوق ایران در یک تقسیم بندی کلی قراردادها بر سه دسته اند: الف- قراردادهایی که موضوع آن فعل یا ترک فعل است بدون اینکه نقل و انتقالی صورت گیرد. ب- قراردادهایی که موضوع آن انتقال مالکیت و تسلیم عین کلی است. ج- قراردادهایی که موضوع آن انتقال و تسلیم عین معین است.

مبحث دوم - روش های جبران خسارت معنوی در نظام حقوقی انگلستان

گفتار اول - الزام به ایفای تعهدات

بند اول - در مورد تعهدات پولی

ایفای تعهد خاص در قانون مدنی انگلستان در ماده ۷,۲,۱ در مورد تعهدات پولی بدین صورت پذیرفته شده است که :

((در مواردی که طرفی ملزم است تا پولی را پرداخت نموده و از انجام این اقدام ، خودداری می نماید، طرف دیگر می تواند الزام وی به این اقدام را مطالبه نماید .))

در توضیح این ماده بیان شده است که منعکس کننده این اصل پذیرفته شده است که پرداخت وجهی را که به موجب تعهد قراردادی سررسید شده است، همیشه می توان مطالبه کرد و در صورت عدم برآورده شدن خواسته، با اقدام قانونی در دادگاه اجرا می گردد. اصطلاح «الزام» در این ماده هم برای دربرگیرنده تقاضای طرف مقابل (بدون نیاز به رجوع به دادگاه) و هم اجرای چنین خواسته ای در صورت لزوم توسط دادگاه به کار می رود. بنابراین، الزام در معنای موسع در اصول قراردادهای تجاری بین المللی به کار گرفته شده است که هم شامل الزام طرف به پرداخت مبلغ بدون نیاز به رجوع به دادگاه و هم شامل الزام به پرداخت مبلغ با رجوع به دادگاه می گردد.

این ماده صرفاً شامل پرداخت به پول های ملی کشورها نبوده و صرف نظر از ارزی که پرداخت در آن سررسید است یا ممکن است انجام شود اعمال می شود. به عبارت دیگر، حق مطالبه متعهدله شامل موارد پرداخت ارزی نیز

می شود. برای تعیین ارزی که تعهد پولی در آن سررسید است یا ممکن است پرداخت شود، می توان به مواد ۶، ۱، ۹، ۶، ۱، ۱۰ و ۷، ۴، ۱۲ مراجعه بشود استثنائاً، ممکن است حق الزام به پرداخت بهای کالا یا خدماتی که باید تحویل یا ارائه شود مستثنی شود. این به ویژه در مواردی است که عرف، فروشنده ملزم به فروش مجدد کالاهایی می کند که خریدار آن را نه پذیرفته و نه پرداخت کرده است..

بند دوم - در مورد تعهدات غیر پولی

در صورتی که طرفی که تعهدی غیر از یکی برای پرداخت پول دارد، انجام ندهد، طرف دیگر ممکن است اجرای آن را بخواهد، مگر اینکه الف) ایفای تعهد از نظر قانونی یا در واقعیت غیرممکن است. ب) ایفای تعهد یا، در صورت لزوم، اجرا به طور غیرمنطقی سنگین یا پرهزینه است.

ج) طرفی که استحقاق اجرای آن را دارد ممکن است به طور منطقی از منبع دیگری بتواند ایفای آن تعهد را مطالبه نماید د) عملکرد منحصرأ شخصی است

ث) طرفی که حق ایفای تعهدات را دارد نیازی به انجام کار در مدت معقول پس از آگاهی از عدم انجام را داشته باشد.

اصل الزام به اجرای تعهدات غیر پولی به مانند تعهدات پولی به صورت یک اصل مطلق به رسمیت شناخته نشده است بلکه در این زمینه استثنایاتی به رسمیت شناخته شده است. مطابق ماهیت الزام آور قرارداد (نگاه کنید به ، هر یک از طرفین به عنوان یک قاعده باید این حق را داشته باشد که از

طرف دیگر نه تنها تعهدات پولی، بلکه همچنین تعهدات غیر پولی را که به موجب آن متعهد شده است، بخواهد. مهمانی - جشن. در حالی که این موضوع در کشورهای تابع نظام حقوقی نوشته مورد مناقشه نیست، سیستم های حقوق کامن لا اجرای تعهدات غیر پولی را تنها در شرایط خاص مجاز می دانند.

ماده ای که در اصول قراردادهای تجاری بین المللی پیش بینی شده است با عنوان ((حق اجرای تعهدات غیر پولی)) در مقرر ۷,۲,۲ با پیروی از ماده ۴۶ کنوانسیون بیع بین المللی کالا، اصل ایفای تعهدات خاص را در مورد تعهدات غیر پولی اما با لحاظ استثنایاتی مورد پذیرش قرار داده است.

این اصل به ویژه در مورد قراردادهای غیر از قراردادهای بیع اهمیت دارد. برخلاف تعهد به تسلیم موضوع مورد معامله، تعهدات قراردادی برای انجام فعل یا ترک فعل اغلب فقط توسط طرف دیگر قرارداد قابل انجام است. در چنین مواردی تنها راه الزام به اجرا توسط طرفی که مایل به انجام آن نیست، اجراست.

اصل الزام به ایفای تعهدات در این ماده نمی تواند به جز آنچه می باشد که به عنوان تعهد علیه متعهد وضع شده است به جز در مواردی که استثنایاتی وجود داشته باشد که در ماده ۷,۲,۲ مندرج شده است که در این موارد، می توان به صورت صلاح دیدی عمل کرد و خواننده را به ایفای تعهد یا تعهداتی غیر از آنچه که در قرارداد مندرج شده است، ملزم نمود. این گزاره برخلاف کنوانسیون بیع بین المللی کالا است که در آن مقرر شده است: "دادگاه ملزم به صدور حکم برای ایفای تعهد خاص نیست مگر اینکه طبق قوانین متبوع خود در مورد قراردادهای بیع مشابهی که تحت کنترل

[کنوانسیون] نیستند؛ ملزم شده باشد". طبق اصول قراردادهای تجاری بین المللی در مورد تعهدات غیر پولی نیز دادگاه باید حکم به اجرا بدهد، مگر اینکه یکی از استثنائات مندرج در این ماده اعمال شود.

بند سوم - استثنایات

استثنایاتی که در این ماده مندرج شده اند، شامل موارد ذیل می شوند :

۱- عدم امکان ایفاء تعهدات

بر طبق بند الف این ماده انجامی که از نظر قانون یا در واقع غیرممکن است، نمی تواند الزامی باشد با این حال، غیرممکن بودن قرارداد را باطل نمی کند: ممکن است راه حل های دیگری برای طرف متضرر در دسترس باشد امتناع از دریافت مجوز عمومی که بر اساس قانون داخلی لازم الاجراء، ضروری است و اعتبار قرارداد را تحت تأثیر قرار می دهد، قرارداد را باطل می کند. در نتیجه به علت تعارض با نظم عمومی، مشکل قابل اجرا بودن اجرا نمی تواند رفع شود..

۲- تغییر کلی شرایط و اوضاع و احوال

در موارد استثنایی، به ویژه زمانی که بعد از انعقاد قرارداد، شرایط به شدت تغییر کرده است، عملکرد، اگرچه هنوز ممکن است، ممکن است آنقدر سنگین شده باشد که با اصل کلی حسن نیت و معامله منصفانه مغایرت داشته باشد. برای نمونه، این مثال را می توان ارایه داد که یک نفتکش در آب های ساحلی در طوفان شدید غرق شده است. اگرچه بلند کردن کشتی از کف دریا امکان پذیر است، اما اگر این امر باعث شود که مالک کشتی هزینه ای بیش از ارزش نفت را متحمل شود، فرستنده ممکن است نیازی به اجرای قرارداد حمل نداشته باشد

واژه‌های «در صورت لزوم، اجرا» بر این واقعیت دلالت دارند که در نظام های حقوق کامن لا این دادگاه‌ها هستند و نه متعهدین که بر اجرای احکام ناظر بر الزام به ایفای تعهدات نظارت می‌کنند. در نتیجه، در مواردی خاص، به‌ویژه مواردی که شامل ایفای تعهدات در مدت زمان طولانی است، دادگاه‌های این کشورها از الزام به ایفای تعهدات غیرپولی خودداری می‌کنند، در صورتی که این امر، مسئولیت های غیرمتناسبی را بر متعهد بار نماید.

گفتار سوم - معامله جایگزین

بسیاری از کالاها و خدمات از نوع استاندارد هستند، یعنی همان کالاها یا خدمات توسط بسیاری از تامین کنندگان ارائه می‌شود. اگر قراردادی برای چنین کالاهای اصلی یا خدمات استاندارد انجام نشود، اکثر مشتریان مایل نیستند زمان و تلاش خود را برای ایفای همان تعهدات قراردادی از طرف مقابل تلف کنند. در عوض، آنها وارد بازار می‌شوند، کالاها یا خدمات جایگزین را تحصیل نموده و برای عدم کارکرد خسارت مطالبه می‌کنند. با توجه به این واقعیت اقتصادی، بند (ج) هر زمان که طرف دارای حق عملکرد ممکن است به طور منطقی عملکرد را از منبع دیگری دریافت کند، عملکرد خاصی را مستثنی می‌کند. آن طرف می‌تواند قرارداد را فسخ کرده و معامله جایگزینی منعقد کند. اعمال این ضمانت اجراء در صورتی امکان پذیر است که انتظار ((معقولانه)) ای وجود داشته باشد که در صورتی که فرد دیگری غیر از متعهدله نیز در یک قرارداد خاص قرار می‌گرفت، در موقعیت برابری و مشابهی قرار می‌گرفت.

کلمه "معقولانه" نشان می دهد که صرفاً این واقعیت که ایفای تعهد به همان صورتی را که می توان از منبع دیگری به دست آورد، به خودی خود کافی نیست، زیرا در شرایط خاص نمی توان انتظار داشت که طرف متضرر به طور منطقی به تامین کننده دیگری مراجعه کند.

گفتار چهارم - ایفای یک تعهد خاص که بر مبنای شخصیت عمده یکی از طرفین عقد بنا نهاده شده باشد

در مواردی که اجرا منحصراً خصوصیت شخصی دارد، اجرا با آزادی شخصی متعهد تداخل خواهد داشت. علاوه بر این، اجرای عملکرد اغلب کیفیت آن را مختل می کند. نظارت بر عملکرد بسیار شخصی نیز ممکن است منجر به مشکلات عملی غیرقابل جبران شود، همانطور که تجربه کشورهای که دادگاه های خود را با چنین مسئولیتی مواجه کرده اند نشان می دهد. به همه این دلایل، بند (د) اجرای عملکرد منحصراً شخصی را مستثنی می کند.

دامنه دقیق این استثنا اساساً به معنای عبارت «شخصیت منحصراً شخصی» بستگی دارد. گرایش مدرن این است که این مفهوم را به اجرای یک شخصیت منحصر به فرد محدود کند. این استثنا در مورد تعهدات متعهد شده توسط یک شرکت اعمال نمی شود. همچنین فعالیت های معمولی یک وکیل، جراح یا مهندس مشمول این عبارت نیست، زیرا آنها می توانند توسط افراد دیگری با همان آموزش و تجربه انجام شوند. اجرا در صورتی که قابل واگذاری نباشد و به مهارت های فردی با ماهیت هنری یا علمی نیاز داشته باشد یا شامل یک رابطه محرمانه و شخصی باشد، منحصراً شخصی

است.

گفتار پنجم - درخواست الزام به ایفای تعهدات غیر پولی در مدت زمان معقول

اجرای یک قرارداد اغلب مستلزم آمادگی و تلاش ویژه متعهد است. اگر زمان اجرا گذشته باشد اما متعهدله در مدت معقول تقاضای اجرا نداشته باشد، ممکن است متعهد حق داشته باشد که متعهدله بر انجام اصرار نداشته باشد. اگر به متعهد اجازه داده شود که متعهدله را در وضعیت عدم اطمینان در مورد نیاز به اجرای آن رها کند، ممکن است خطر سفته بازی متعهد به ناعادلانه، به ضرر متعهد، در صورت توسعه مطلوب بازار، ایجاد شود.

گفتار ششم - اعاده به وضع سابق

یکی دیگر از ضمانت اجرای مندرج در اصول قراردادهای تجاری بین المللی ناظر بر نقض قرارداد، اعاده به وضع سابق است. در توضیح ضمانت اجرای اعاده به وضع سابق بایستی گفت که در اصول قراردادهای تجاری بین المللی، اعاده به وضع سابق تنها در موارد نقض قراردادی مجاز شمرده شده است که متعهد در آنها با اجرای تعهدات، قاعده آمره ای را نقض نماید. البته همان گونه که در این ماده قید شده است بایستی مورد به مورد در هر قرارداد مدنظر قرار بگیرد که آیا قاعده آمره ای نقض شده است یا خیر.

حتی در مواردی که در نتیجه نقض یک قاعده آمره، طرفین از هر گونه جبران خسارت طبق قرارداد محروم می شوند، باید دید که آیا آنها حداقل می توانند ادعای اعاده به وضع سابق آنچنان که در ایفای تعهد قراردادی

توسط متعهد ارائه کرده‌اند یا خیر؛ مطرح کنند. در این خصوص، دو وضعیت می‌توان تصور نمود بدین صورت که در برخی وضعیت‌ها، قاعده آمره به صراحت، قراردادهایی را که ناقض آن هستند

اگر قاعده اجباری در این مورد ساکت باشد، این ماده، مطابق با روند مدرن، رویکردی منعطف اتخاذ می‌کند و مقرر می‌دارد که در مواردی که طبق قراردادی ناقض یک قاعده اجباری عمل شده است، در صورتی که این امر معقول باشد، ممکن است استرداد اعطا شود. شرایط (بند ۱). به عبارت دیگر، برخلاف دیدگاه سنتی که حداقل در مواردی که هر دو طرف از نقض قاعده اجباری آگاه بوده یا باید می‌دانستند، باید در همان جایی که هستند رها شوند، یعنی حتی حق دریافت منافع را نداشته باشند. اعطا شده، طبق اصول ممکن است استرداد اعطا شود یا خیر بسته به این که آیا بهتر است به گیرنده اجازه داده شود آنچه را که دریافت کرده است نگه دارد یا به اجراکننده اجازه داده شود آن را پس بگیرد.

همان ضوابط مندرج در بند (۳) ماده ۳,۳,۱ برای تعیین اینکه آیا هرگونه راه حل قراردادی در شرایط موجود وجود دارد یا خیر، برای تعیین معقول بودن اعطای استرداد طبق بند (۱) این ماده اعمال می‌شود. با این حال، از آنجایی که راه حل‌های قراردادی و جبران خسارت متفاوت است، معیارهای یکسان ممکن است به نتایج متفاوتی بر اساس حقایق یکسان منجر شود.

مبحث سوم - روش‌های جبران خسارت معنوی در سایر نظام‌های حقوقی در مبحث سوم این فصل به روش‌های جبران خسارت معنوی در سایر نظام‌های حقوقی پرداخته می‌شود. آنچه که مهم می‌نماید، آن است که به مانند نظام حقوقی ایران، اصلی‌ترین روش جبران خسارت معنوی در سایر

نظام های حقوقی نیز الزام به ایفای تعهدات از سوی متعهد در وهله اول می باشد و در صورت عدم کارا بودن، اعاده به وضع سابق و پرداخت خسارت های پولی در دستور کار قرار می گیرد. در ادامه به این روش ها پرداخته می شود.

گفتار اول - اعاده به وضع سابق

در سایر نظام های حقوقی به موجب مواد ۱۱۴۹ و ۱۱۵۰ قانون مدنی، اعاده به وضع سابق یا همان جبران کامل خسارات مورد نظر قرار گرفته است. در ماده ۱۱۴۹ قانون مدنی سایر نظام های حقوقی تصریح شده است که در صورت نقض قرارداد از سوی هر یک از طرفین قرارداد، طرفی که مبادرت به نقض قرارداد نموده است، در مقابل کلیه خسارت هایی که به طرف مقابل وارد شده است اعم از خسارات مستقیم، خسارات غیرمستقیم، خسارات جانبی اصل، خسارات فرعی، تبعی و غیره، مسئول است.

با این حال، آنچه که با نظام حقوقی ایران ایجاد تفاوت می نماید؛ آن است که علاوه بر ضررهای واقعی، عدم النفع ها را نیز شامل می گردد به شرطی که این ضررها قابل پیش بینی باشند و بر این موضوع، استثنایی در نظر گرفته شده است که آن، در وضعیتی است که بدهکار، مسئول در قبال کل خسارت وارد شده اعم از پیش بینی شده و پیش بینی نشده باشد و آن در وضعیتی است که وی، مرتکب تقصیر عمدی شده باشد.

علاوه بر عدم النفع، خسارات جانبی نیز از زمره خساراتی است که در این ماده مورد تصریح واقع شده است و آن در صورتی است که پرداخت این خسارات به صراحت یا به صورت ضمنی در قرارداد ذکر شده باشد

گفتار دوم - الزام به ایفای تعهدات

الزام به ایفای تعهدات در سایر نظام های حقوقی به مانند سایر نظام های حقوقی نوشته ، به عنوان شیوه اصلی و ابتدایی مورد نظر قرار می گیرد؛ با این حال، این تفاوت با نظام حقوقی ایران وجود دارد که دادگاه های فرانسوی این اختیار را دارند که می توانند با وجود امکان صدور رای نسبت به الزام به ایفای تعهدات، به پرداخت خسارت پولی رای دهند. الزام به ایفای تعهدات در سایر نظام های حقوقی به دو صورت مستقیم و غیرمستقیم صورت می پذیرد. در الزام به ایفای تعهدات مستقیم که بدان اجرای عینی تعهدات نیز اطلاق می گردد ، بدین صورت است که در صورتی که موضوع تعهد، تحویل یک عین معین بوده باشد، بایستی در همان وضعیت استرداد شود. در صورتی که موضوع تعهد، کلی باشد ، اجرای تعهد با مشخص کردن فردی از افراد آن انجام می پذیرد. در این نوع الزام به ایفای تعهدات به تصریح ماده ۱۱۴۲ قانون مدنی، در صورت عدم ایفای تعهد یا عدم امکان الزام او، خسارت های پولی بایستی از سوی متعهد متخلف به متعهدله زیان دیده پرداخت شود. در قانون مدنی سایر نظام های حقوقی ، علاوه بر تعهداتی که موضوع آن ها فعل مثبت بوده است به تعهداتی نیز که موضوع آنها فعل منفی نیز بوده است توجه شده است بدین معنا که بر مبنای ماده ۱۱۴۳ قانون مدنی سایر نظام های حقوقی ، در صورتی که موضوع تعهد، امتناع از انجام کاری بوده و به صورت کلی به شکل سلبی بوده است و متعهد به یک فعل ایجابی برای نمونه ساخت و ساز به جای تخریب پرداخته است، متعهدله زیان دیده می تواند از دادگاه فرانسوی، درخواست الزام متعهد متخلف به تخریب ساختمان را اخذ نماید بدون این که به حق او

در مطالبه سایر خسارات خللی وارد آید.

اجرای غیرمستقیم تعهد که در موردی است که دادگاه به منظور فشار به متعهد به ایفای تعهدات خود، مقرر می دارد که به ازای هر روز تاخیر در ایفای تعهدات، مبلغ معینی به عنوان خسارت به طرف مقابل یا دادگاه بایستی پرداخت نماید.

گفتار سوم- پرداخت خسارت پولی

یکی دیگر از شیوه های بارز جبران خسارت معنوی در سایر نظام های حقوقی، پرداخت خسارت پولی است. البته در رویه قضایی سایر نظام های حقوقی، حق زیان دیده نسبت به دریافت خسارت پولی از تاریخ صدور رای دادگاه به محکومیت متعهد متخلف به پرداخت خسارت پولی آغاز شده و پیش از آن، نمی توان حقی را برای متعهدله متضرر نسبت به دریافت خسارت پولی متصور بود. با این حال، این اختیار بر عهده متعهدله متضرر وجود دارد تا پیش از صدور حکم محاکم قضایی، حق خود نسبت به دریافت خسارت پولی را به غیر منتقل نماید.

مبحث چهارم- تفاوت ها از نظر شیوه های جبران خسارت

در مورد جبران خسارت در قراردادهایی که زمان و موضوع تعهد قراردادی هر دو از اهمیت خاصی برخوردارند و به بیان دیگر، چنانچه تعهدی در موعد مشخص خود اجرا نشود، دیگر مطلوبیت خود را از دست می دهد، در مقایسه با قراردادهایی که زمان و مکان اجرای تعهد از اهمیت بنیادین برخوردار نیستند، می توان قائل به تفکیک شد. مثال بارز نوع اول قرارداد، تهیه شام مجلس عروسی است. اگر در آن زمان مقرر، غذا تهیه نشود، دیگر برای ذی نفع از فایده ای برخوردار نیست. گاهی حکم به الزام متعهد به

اجرای تعهد قراردادی می‌شود و گاهی خود منتفع از تعهد، می‌تواند به حکم دادگاه با هزینه متعهد نسبت به اجرای تعهد اقدام کند. گاهی هم خسارت از طریق پرداخت وجه به ذی‌نفع قابل تحقق است. بنا بر مراتب مذکور به نظر می‌رسد درخواست خسارت عدم اجرای تعهد، ناظر به قراردادهایی است که موعد اجرای تعهد قراردادی به سر آمده و متعهد به وظیفه خود عمل نکرده است؛ به این ترتیب جز در مواردی که مطالبه خسارت برای عدم انجام بخشی از تعهد قراردادی ملحوظ است، به طور کلی باید گفت: با درخواست خسارت، دیگر قراردادی بین طرفین مجری نیست و نمی‌توان قائل به ادامه اعتبار قرارداد مزبور بود. در واقع، مطالبه خسارت، راهکاری جایگزین در مقابل عدم ایفای تعهدات قراردادی توسط متعهد است و در صورتی که در قالب نظام روابط قراردادی تنظیم شده بین طرفین، چاره دیگری نباشد در این صورت، زیان‌دیده می‌تواند به سازوکار مطالبه خسارت روی آورد. بنابراین جز در مواردی که تعهدات قراردادی جنبه مستمر دارند، درخواست جبران خسارت عدم اجرای قرارداد به منزله اختتام قرارداد باید تلقی شود.

خسارت عدم انجام تعهد و خسارت تأخیر در انجام تعهد هر یک جداگانه قابل مطالبه هستند؛ اما نکته ظریفی که در اینجا باید مورد توجه قرار داد، این است که قانونگذار ایرانی در مورد خسارت تأخیر تأدیه هر چند طبق ماده ۷۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی سابق خسارت تأخیر تأدیه پول را قابل مطالبه می‌دانست، بعد از انقلاب ضمن نسخ ماده مزبور در بند دوم ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی، مقرر شد خسارت تأخیر تأدیه در موارد قانونی قابل مطالبه است.

منظور از موارد قانونی مذکور در این ماده، مصادیق ماده ۵۲۲ همین قانون و ماده ۲ قانون الحاق یک تبصره به ماده ۲ قانون اصلاح موادی از قانون صدور چک است.

نتیجه گیری و پیشنهادها

الف- نتیجه گیری

هم چنان که در نتیجه گیری هر کتاب مرسوم است، به اثبات یا رد فرضیات کتاب پرداخته می شود. سؤال اصلی که در این کتاب مطرح شده است، آن است که شرایط جبران خسارات ناشی از نقض قرارداد در نظام های حقوقی ایران و انگلستان چگونه است؟ در این خصوص بایستی اشاره نمود که در هر یک از این نظام های حقوقی، شرایط مختلفی در زمینه جبران خسارت پیش بینی شده بوده است. اگرچه برخی از اصول کلی هم چون اثبات رابطه انتساب میان خسارت وارده و عامل زیان، میان آنها مشترک است. با این حال، شرایط جبران خسارت معنوی در نظام حقوقی ایران به صورت کلی ناظر بر اثبات مسئولیت مدنی است. البته این مسئولیت مدنی اصولاً مبتنی بر تقصیر است اما در برخی از انواع قراردادها بدون اثبات تقصیر مورد پذیرش قرار می گیرد برای نمونه در قراردادهایی که ناظر بر حمایت از حقوق مصرف کنندگان خودرو است؛ مسئولیت مدنی که مورد پذیرش قانون گذار قرار گرفته است در دوره تضمین، یک نوع مسئولیت مدنی مطلق است بدون این که نیازی باشد تا هیچ گونه تقصیری از سوی شرکت مونتاژکننده خودرو اثبات شود. البته در نظام حقوقی ایران با توجه به قانون مدنی، تقسیم بندی های دیگری نیز در حوزه شرایط جبران خسارت معنوی می توان ارائه نمود بدین معنا که در ارتباط با اینکه تعهدی که ارائه شده است، یک نوع تعهد به وسیله است یا تعهد به نتیجه، شرایط نقض آن متفاوت بوده و بالتبع آن، شرایط جبران خسارت نیز متفاوت است. در

صورتی که تعهد از نوع تعهد به وسیله یا همان تعهد به فعل باشد، صرف این که متعهد اثبات نماید که بر مبنای قرارداد، تمام تلاش خود را برای حصول نتیجه بکار بسته است، کفایت می نماید. در این موارد، در صورتی که نتیجه حاصل نشده باشد، جبران خسارتی لازم نیست که از سوی متعهد به متعهدله پرداخت شود. با این حال، در شرایطی که تعهد به صورت تعهد به نتیجه باشد، عدم حصول نتیجه موجب نقض تعهدات قراردادی می شود.

از سوی دیگر، بر طبق قانون ایران، در بحث شرایط جبران خسارت معنوی، لازم نیست که تعهد به صراحت در یک قرارداد مندرج شده باشد تا در صورت نقض آن، جبران خسارت به متعهدله تعلق پیدا نماید؛ بلکه در صورتی نیز که به صورت ضمنی یا بر اساس عرف یا قانون نیز این تعهد مورد پذیرش قرار گرفته باشد، به منزله درج در قرارداد است و با آن، تفاوت ندارد.

در ارتباط با شرایط جبران خسارت معنوی، هم چنین زمانی قابل اعمال است که اصل قرارداد به صورت صحیح منعقد شده باشد و از این رو، در فقدان هر یک از شرایط اساسی صحت معامله که در ماده ۱۹۰ قانون مدنی مندرج شده است به جز رضا که ضمانت اجرای آن عدم نفوذ است، جبران خسارت معنوی نیز پیش نمی آید. از این رو، در صورتی که طرفین یک قرارداد که ناظر بر فروش مشروبات الکلی است و با توجه به ماده ۱۹۰ قانون مدنی، جهت آن تصریح شده باشد؛ به تعهدات خود عمل ننمایند از جمله اینکه فروشنده مشروبات الکلی اقدام به تحویل مورد توافق به خریدار ننماید در صورتی که خریدار ایفای تعهد نموده است، در صورتی که فروشنده اقدام به بازگرداندن مبالغ پرداخت خریدار ننماید، خریدار نمی تواند مطالبه

خسارت ناشی از نقض قرارداد نماید.

از دیگر شرایطی که برای جبران خسارت معنوی لازم است تا تحقق یابد، این است که بایستی نقض قرارداد صورت گرفته باشد تا بتوان نسبت به مطالبه جبران خسارت اقدام نمود. این بدان معناست که در عقود موجدی که موعد سررسید نرسیده است، نمی توان مادام که این موعد پرداختی نرسیده است اقدام به مطالبه جبران خسارت در صورت نقض قرارداد نمود.

البته تمامی شرایط جبران خسارت معنوی در نظام حقوقی ایران تابع قانون مدنی نبوده بلکه در برخی موارد از جمله نقض حقوق مولف، تابع قوانین خاصی است که در این حوزه به تصویب رسیده اند. به عبارت دیگر، امروزه با توجه به پیچیدگی هایی که قراردادها داشته است، دیگر تمامی شرایط جبران خسارت معنوی را نمی توان در قالب کلی مورد بررسی قرار داد بلکه قوانین خاص متعدد در این حوزه مورد توجه قرار گرفته است.

در سایر نظام های حقوقی، شرایط جبران خسارت معنوی بر اساس بند ۴ ماده ۱۲۳۱ قانون مدنی این کشور مقرر شده است. بر این اساس، تنها خسارت هایی ناشی از نقض قرارداد قابلیت مطالبه دارند که مستقیم و فوری باشند. خسارت های غیرمستقیم در صورتی در این نظام حقوقی قابلیت جبران دارند که میان متعهد و متعهدله، توافق شده باشد. معیار تقسیم بندی میان مستقیم بودن و غیرمستقیم بودن خسارت، رابطه انتساب میان خسارت و نقض قرارداد است. در صورتی که خسارت ها نتوانند در چرخه رابطه انتساب قرار بگیرند، خسارت ها، غیرمستقیم تلقی خواهند شد.



در پاسخ به سوال اول فرعی در ارتباط با اینکه نقض اساسی قرارداد در هر یک از نظام های حقوقی ایران و انگلستان چیست، بایستی گفت که در نظام حقوقی ایران، تقسیم بندی نقض قرارداد به اساسی یا عمدی با خرد صورت نگرفته است. با این حال، می توان نقض اساسی قرارداد را نوعی از نقض قرارداد دانست که به بنیان و اساس قرارداد لطمه وارد نموده و مانع از بهره مندی طرف متضرر از مزایای انعقاد قرارداد شود. به منظور این که نقض به عنوان یک نقض اساسی شمرده شود، بایستی برای شخصی که اقدام به نقض قرارداد نموده است، قابل پیش بینی باشد.

در پاسخ به سوال فرعی دوم نیز بایستی گفت که یکی از مهم ترین تفاوت ها در زمینه جبران خسارت معنوی در نظام های حقوقی ایران و انگلستان در مبانی جلوه گر است به نحوی که در نظام حقوقی ایران مبتنی بر موازین فقهی بوده و قاعده حقوقی خاصی در این زمینه شناسایی نشده است در حالی که در نظام حقوقی انگلستان، اصل حسن نیت و در سایر نظام های حقوقی، اصل وفای به عهد است.

نهایتاً، در پاسخ به سوال فرعی سوم در مورد آثار جبران خسارت معنوی در نظام های حقوقی ایران و انگلستان بایستی گفته شود که این آثار به دو دسته آثار مستقیم و آثار غیرمستقیم تقسیم می شود. اثر مستقیمی که جبران خسارت معنوی دارد بایستی متضرر را به وضعیت پیش از انعقاد قرارداد بازگرداند و در صورت عدم چنین کارکردی نمی تواند جبران خسارت مؤثری باشد.

جبران خسارت در هر سه نظام حقوقی ایران و انگلستان از اهمیت بسیار بالایی برخوردار می باشد. در ارتباط با نظام حقوقی انگلستان، چند نکته

مهم می نماید اولاً اینکه تنها خسارت‌هایی در عالم حقوق انگلستان قابلیت جبران دارند که قطعی یا حتمی باشند. خسارت قطعی یا حتمی، خسارتی است که به طور قطع وارده شده است یا واقع خواهد شد. بنابراین می تواند ناظر بر گذشته یا آینده باشد. به عنوان مثال، هنگامی که شخص در اثر تصادم با اتومبیل فوت می نماید، این زیانی قطعی مربوط به گذشته است. حال اگر، فردی در اثر اصابت با اتومبیل مجروح شود، این که تا چه مدت طول می کشد تا بهبود یابد یا به چه مدت امکان ادامه اشتغال برای وی وجود نخواهد داشت، مربوط به آینده است ولی در اصل ورود زیان، تردیدی نیست. این نکته نیز مهم است که، در نظام حقوقی انگلستان میان استان کبک و سایر بخش های انگلستان، بایستی قایل به تفکیک شد چه آنکه استان کبک به طور عمده از جمله در زمینه جبران خسارت معنوی وامگیر از نظام حقوق مدنی سایر نظام های حقوقی است. در این خصوص به طور اساسی بایستی به مواد ۱۴۵۷ و ۱۴۵۸ قانون مدنی کبک انگلستان اشاره نمود

ثانیاً اینکه در جبران خسارت معنوی ها، هدف اول، نقش تحذیری جبران خسارت است که اشخاص را از ورود زیان به دیگران باز می دارد و هدف دوم، جبران خسارت زیان دیده است که باید دید آیا این شیوه واقعاً خسارت‌های وارد را جبران می نماید یا خیر.

از آنجا که دولت انگلستان در اسناد بین المللی ناظر بر جبران خسارت عضویت دارد، بنابراین دیدگاه های بین المللی ناظر بر جبران خسارت، در نظام حقوقی انگلستان رسوخ پیدا کرده است. یک نکته مهم در ارتباط با جبران خسارت آن است که امروزه در اسناد بین المللی متعددی به موضوع

جبران خسارت به صورت ضمنی یا صریح اشاره شده است. برای نمونه اساسنامه دیوان کیفری بین المللی ایجاد ((اصول مرتبط جبران خسارت در ارتباط با قربانیان از جمله پرداخت غرامات، بازپروری و بازگرداندن آنها به وضعیت سابق)) را الزام آور نموده و برای این منظور، ایجاد یک صندوق کمک در جهت منافع بزه دیدگان و خانواده‌های آن‌ها را تکلیف نموده و دیوان را ملزم می نماید تا ((از ایمنی، تمامیت جسمانی و روانی، کرامت و حریم خصوصی قربانیان)) دفاع نماید. به طور کلی در رویه قضایی انگلستان، این امر مورد پذیرش قرار گرفته است که حق به دریافت جبران خسارت، از تعهد دولت‌ها به احترام و تضمین احترام به قواعد حقوقی نشأت می گیرد که منبع آن در حقوق بین الملل عرفی، معاهدات بین المللی ذی ربط که یک دولت در آنها عضویت دارد و هم چنین قوانین داخلی آن دولت می باشد.

پرداخت خسارت، ساده‌ترین و معمول‌ترین شکل ترمیم ضرر و زیان در دنیای فعلی است. این طریق برای جبران انواع مختلف ضرر و زیان اعم از مادی، معنوی و عدم النفع قابل اجراست زیرا هدف از اقامه دعوی خصوصی این است که وضع مادی متضرر به حالت قبل از وقوع جرم برگردد و ضرر معنوی او تا حد امکان جبران شود و این هر دو با پرداخت خسارت امکان پذیر است. شورای دولتی سایر نظام های حقوقی علی‌الاصول، از محکوم کردن مدعی علیه به اعاده وضع متضرر به حالت قبل از ارتکاب عمل، خودداری می کند و حکم به پرداخت خسارت می دهد. علمای حقوق این کشور با الهام از روش شورای دولتی سایر نظام های حقوقی، پرداخت خسارت را متداول‌ترین و ساده ترین طریق جبران ضرر و زیان می دانند.

دامنه جبران خسارت اما در حقوق سایر نظام های حقوقی به نظر می رسد که از دامنه جبران خسارت ها در حقوق ایران فراتر رود به نحوی که برخی از تأسیسات مربوط به جبران خسارت می باشد که در حقوق ایران پیش بینی نشده است برای نمونه جبران خسارت تنبیهی.

در سایر نظام های حقوقی ، در ارتباط با جبران خسارت در قبال نقض قراردادها، اصولاً دو رویکرد وجود دارد. یک رویکرد یا رهیافت را اصطلاحاً رویکرد یا رهیافت حق محور می نامند؛ بدین معنا که اصولاً حق دریافت جبران خسارت در قبال نقض قراردادها بایستی توسط نظام های حقوقی به رسمیت شناخته شود. در این رویکرد، اخلاق به عنوان یک مکمل قواعد حقوقی در نظر گرفته می شود و بنابراین در صورت خلاء یا ابهام یا سکوت قواعد حقوقی، بایستی به قواعد اخلاقی رجوع شود. رویکرد یا رهیافت دوم که رهیافت ضرورت محور می باشد، مبتنی بر این است که صرفاً در مقابل نقض الزامات حقوقی است که بایستی حق جبران خسارت مورد پذیرش قرار بگیرد بنابراین، نقض الزامات اخلاقی، اصولاً با دریافت خسارت همراه نبوده بلکه بر مبنای ضرورت خواهد بود که این جبران خسارت مورد پذیرش قرار می گیرد.

ب-پیشنهادهای :

۱- در نظام حقوقی ایران، برخلاف در سایر نظام های حقوقی و انگلستان بین نقض های اساسی و غیر اساسی قراردادی که به صورت مستقیم بر دامنه جبران خسارت نیز تأثیر گذار است، تفکیکی قایل نشده اند. اگرچه سطح نقض تعهدات قراردادی با توجه به تقسیم بندی هایی مانند تعهد به وسیله و تعهد به نتیجه، به نوعی در نظام حقوقی ایران می تواند قابل اشاره باشد، اما با

توجه به معیارها و شاخص‌های متفاوت در میزان جبران خسارت‌ها نیز تأثیرگذار است. به نظر می‌رسد که قانونگذار ایرانی، بایستی به تفکیک‌بندی دقیق بر اساس موازین و استانداردهای بین‌المللی ناظر بر نقض تعهدات قراردادی بپردازد.

۲- بسیاری از انواع جبران خسارت‌هایی که در اثر نقض قرارداد در نظام‌های حقوقی سایر نظام‌های حقوقی و انگلستان به رسمیت شناخته شده‌اند، در نظام حقوقی ایران قابل رویت نیستند. برای نمونه، خسارات تنبیهی یا فرصت‌های از دست رفته. این موارد به رسمیت شناخته نشده، به ویژه در مواردی از اهمیت برخوردارند که یک قرارداد تجاری بین‌المللی در ایران واقع شده و در مورد دامنه جبران خسارات اختلاف نظر واقع می‌شود. به نظر می‌رسد که بایستی این نوع خسارات در نظام حقوقی ایران به رسمیت شناخته شود. از زمره این نوع خسارات که در نظام حقوقی ایران، لازم به شناسایی آنها وجود دارد، خسارات تنبیهی است. مبحث خسارت تنبیهی از سری مباحث پیشرفته حقوق مدنی است. خسارت تنبیهی ماهیت ضمانت اجرا را دارد. یعنی یک نوع تضمین انجام تعهد است. به عبارت دیگر، اگر در قراردادی شرط خسارت تنبیهی درج شده باشد، این شرط در مرحله نخست، ماهیت بازدارنده و تضمین‌کننده را دارد و در مرحله دوم، در صورت عدم انجام تعهد، این شرط در عمل تبدیل به شرط خسارت می‌شود. در نظام حقوقی ایران، خسارت تنبیهی در قوانین بطور صریح پذیرفته نشده اما دادگاه‌ها در برخی موارد حکم به آن داده‌اند. همچنین دکترین حقوقی آن را پذیرفته و از سوی دیگر با منطق حقوقی نیز سازگار است. مثالی که می‌توان برای خسارت تنبیهی در اینجا ذکر کرد عبارت است از

پیش پرداخت‌هایی که در قراردادهای ملکی اخذ می‌شود. در معاملات ملکی، وقتی خریدار به فروشنده تعهد خرید می‌دهد باید یک پیش پرداخت انجام دهد و در صورت عدم خرید ملک، مبلغ پیش پرداخت به خریدار مسترد نخواهد شد. پیش پرداختی که در زمان تعهد به بیع، انجام می‌شود، ماهیت ضمانت اجرا را دارد یعنی خرید را از سوی شخص خریدار تضمین می‌کند و اگر خریدار به تعهد خود که همان خرید ملک است عمل نکند، پیش پرداخت در آن هنگام ماهیت خسارت تنبیهی را به خود می‌گیرد.

مدل پیشنهادی قانون جبران خسارت معنوی ایران

مقدمه توجیهی :

با توجه به پیچیدگی قراردادهای متعدد در حوزه های شخصی و تجاری و ناکارآمد بودن قوانین و مقررات فعلی در پاسخ دهی به شرایط جبران خسارت معنوی ، تدوین قانونی که شرایط کلی ناظر بر جبران خسارت معنوی را پیش بینی نماید؛ به شدت احساس می گردد. تجربیات نظام های قانون گذاری در سطح نظام های حقوقی پیشرفته نیز نشانگر آن است که به سمت و سوی تدوین قوانین جدید ناظر بر جبران خسارت معنوی رهسپار شده اند.

ماده یک- تعاریف

۱- جبران خسارت:

۲- قرارداد : هر نوع قراردادی اعم از عقود معین و غیرمعین که بر اساس ماده ۱۰ قانون مدنی توجیه می گردند.

۳- نقض قرارداد : به معنای عدم ایفای تعهدات قراردادی در موعد مقرر در قرارداد یا توافق است.

۴- تعهد: منظور از تعهد در این قانون، تعهد قانونی، قراردادی و عرفی است.

ماده دو- مقررات این قانون در ارتباط با تمامی قراردادهای اعمال می شوند که در چارچوب قوانین و مقررات ایران منعقد شده اند یا اینکه طرفین

قرارداد، قانون ایران را به عنوان قانون حاکم بر قرارداد مورد توافق قرار داده اند یا موضوع قرارداد در ارتباط با اموالی باشد که صلاحیت انحصاری محاکم قضایی جمهوری اسلامی ایران در آنها به رسمیت شناخته شده است.

ماده سه- شرایط جبران خسارت معنوی به شکل زیر است :

۱- خسارت باید مستقیم باشد؛

۲- امکان اثبات رابطه سببیت میان جبران خسارت و نقض قرارداد وجود داشته باشد

۳- تعهد به موجب قانون، عرف یا قرارداد بتواند برعهده متعهد قرار بگیرد

۴- با وجود زمان فرارسیدن ایفای تعهدات، متعهد از ایفای تعهدات خودداری نموده باشد

۵- متعهد از حق حبس خود استفاده نکرده باشد

ماده چهار- در موارد زیر، خسارتی با وجود نقض قرارداد به متعهد داده نمی شود :

۱- قوه قهریه موجب نقض قرارداد شده باشد

۲- متعهده خود در بروز خسارت نقش موثر داشته باشد

۳- متعهده در زمانی که تعهد به فعل وجود داشته باشد به جای مطالبه ایفای تعهد، خسارت را مطالبه نموده باشد

ماده پنج- در قراردادهایی که به نفع حقوق عامه مردم است یا قراردادهایی که منافع افراد زیادی را شامل می شود، شرایط جبران خسارت معنوی بدون نیاز به اثبات تقصیر از سوی خواهان خواهد بود. محاکم قضایی در این موارد، خارج از نوبت به رسیدگی خواهند پرداخت.

ماده شش - خسارت هایی که ناشی از نقض قرارداد حاصل می شود با خسارت هایی که ناشی از تاخیر در ایفای تعهدات خواهد بود متفاوت است و شامل این قانون نخواهد بود.

ماده هفت - در صورتی که میزان جبران خسارت معنوی به توافق پیشینی یا پسینی طرفین قرارداد رسیده باشد، بر اساس آن عمل می گردد اما در صورتی که این میزان مشخص نشده باشد، قاضی بر اساس قوانین مربوطه نسبت به تعیین جبران خسارت اقدام خواهد نمود.

ماده هشت - مقررات این قانون ناقض قوانین خاصی نخواهد بود که شرایط جبران خسارت معنوی به صورت خاص در آنها پیش بینی شده است.

منابع

الف - منابع فارسی

۱- کتب

- ۱- احمدی، امیر و اسدی، بهنام؛ آثار نقض قرارداد در حقوق ایران با نگاهی به سیستم حقوقی کامن لا و اسناد بین المللی، انتشارات قانون یار، ۱۳۹۴.
- ۲- بهرامی، بهرام، حقوق تجارت کاربردی، چاپ اول، انتشارات نگاه بین، تهران، ۱۳۸۲.
- ۳- بهمنی، محمد؛ مسئولیت قراردادی و جبران خسارت معنوی، انتشارات خرسندی، ۱۳۹۹.
- ۴- حکمت نیا، محمود، مسئولیت مدنی در فقه امامیه (مبانی و ساختار)، تهران، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی، چاپ اول، ۱۳۸۶.
- ۵- دهقانی دهج، ایمان؛ انتخاب شیوه جبران خسارت معنوی: مطالعه تطبیقی، انتشارات پژوهشکده حقوقی شهردانش، ۱۴۰۱.
- ۶- رضایی نیا، مسعود؛ جبران خسارت معنوی در داوری تجاری بین المللی، پژوهشکده حقوقی شهر دانش، چاپ اول، تهران، ۱۳۹۶.
- ۷- رنجبر، مسعودرضا؛ تعیین خسارت ناشی از نقض قرارداد، انتشارات میزان، چاپ اول، تهران، ۱۳۸۸.
- ۸- زنبوری قانع، خسرو؛ سیاست تقنینی قانون گذار در جبران خسارت معنوی، انتشارات شمیم مهر و اندیشه، ۱۳۹۶.
- ۹- عباس پور ایکدر، نازنین؛ مظلوم رهنی، علیرضا و عسکری، سامان؛ جایگاه قلمرو نظریه تقصیر، انتشارات مرجع علم، ۱۴۰۱.

- ۱۰- کامیار (کارکن)، محمدرضا، گزیده آرای دادگاه های حقوقی، چاپ اول، (تهران: نشر حقوقدان، ۱۳۷۶)،
- ۱۱- لور راسا، میشل، مسئولیت مدنی، ترجمه محمد اشتري، تهران، نشر حقوق دان، چاپ اول، ۱۳۷۵

۲- مقالات

- ۱۲- اژدری، حسن و دیگران، جایگاه و روش های جبران خسارت معنوی در حقوق مصر، فصلنامه کتاب ات حقوقی و بین المللی، سال دوازدهم، شماره چهل و سوم، بهار ۱۳۹۸
- ۱۳- امینی، منصور و برجیان، علی؛ جبران خسارت قراردادی در حقوق مدنی انگلستان (ایالت کبک)، فصلنامه کتاب ات حقوقی شماره ۶۸
- ۱۴- بادینی، حسن و فروزان بروجنی، فرناز؛ نگرش تحلیلی به امکان فسخ قرارداد با وجود ممکن بودن اجرای عین تعهد در حقوق ایران و آلمان، مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، ۱۰، ۱، بهار (۱۳۹۷):
- ۱۵- بنایی اسکویی، مجید؛ تعدیل قرارداد در صورت حدوث تعذر مالی، مجله مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۴، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۲
- ۱۶- جعفری، فریدون و عباسی مقرب، محسن؛ مبانی فقهی و حقوقی جرم انگاری تصدی بیش از یک شغل دولتی در حقوق ایران، پژوهشنامه حقوق کیفری، سال هفتم، شماره اول، بهار و تابستان ۱۳۹۵، شماره پیاپی ۱۳
- ۱۷- جوانمردی، ناهید، "ماهیت وفای به عهد و بررسی مصادیق آن در حقوق ایران"، فصلنامه پژوهش حقوق و سیاست
- ۱۸- حاجی عزیزی، بیژن و غلامی، نگین؛ بررسی تطبیقی فرض سببیت در

مسئولیت قراردادی، دوفصلنامه حقوق تطبیقی، شماره ۲۵، شماره پیاپی ۱۰۰، پاییز و زمستان ۱۳۹۲.

۱۹- حاجی عزیزی، بیژن؛ روش های جبران خسارت در مسئولیت مدنی، دو ماهنامه علمی-پژوهشی دانشور، دانشگاه شاهد، دی ۱۳۸۰، سال نهم.

۲۰- حاجی وند، امین و میرکمالی، سیدعلیرضا؛ مبانی فقهی، حقوقی و جرم شناختی رسیدگی افتراقی به جرایم سبز، فصلنامه کتاب ات حقوقی معاهده، شماره ۵۹، ص ۱۴۴.

۲۱- خزایی، سیدعلی؛ مسئولیت پیش قراردادی؛ شرایط تحقق و زیان های قابل جبران، پژوهش نامه حقوق اسلامی، سال هفدهم، بهار و تابستان ۱۳۹۵، شماره یک، ص ۴۳.

۲۲- خشنودی، رضا و دیگران؛ مبانی نظری، اهداف و شیوه های جبران خسارت در حقوق رقابت، مجله حقوقی دادگستری، سال هشتم و یکم، شماره نود و نهم، پاییز ۱۳۹۶.

۲۳- راستاد، مجتبی؛ تعدیل ناشی از اجرای قرارداد در قراردادهای پیمانکاری، اولین کنفرانس پژوهش های نوین علمی در زمینه مدیریت، حسابداری، حقوق و علوم اجتماعی، دانشگاه شیراز، ۱۳۹۶.

۲۴- رضایی، روح الله و دیگران، نقض عامدانه قرارداد و تاثیر آن بر جبران خسارت معنوی، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال هفتم، شماره ۲۶، بهار ۱۳۹۸.

۲۵- زارعی، محمد حسین و مولایی، آیت، ۱۳۹۲؛ آسیب شناسی ویژگی های قرارداد اداری ایران در مقایسه با حقوق سایر نظام های حقوقی و انگلستان، فصلنامه دیدگاه های حقوق قضایی، شماره ۶۳.

- ۲۶- سعیدی، علی اصغر و حیدری، علی اصغر؛ ارزیابی کاربست قوانین معاملات اسلامی در نظام قراردادهای بازار سرمایه ایران، فصلنامه نظریه اجتماعی متفکران مسلمان، سال پنجم، شماره یک، بهار و تابستان ۱۳۹۴
- ۲۷- سلیمانی، حمید؛ سلطانی، عباسعلی و صفایی، مریم؛ واکاوی قلمرو قاعده ((اکل مال به باطل))، دو فصلنامه مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق، سال دهم، شماره سی و چهارم، پاییز و زمستان ۱۳۹۵،
- ۲۸- شایگان، اسماعیل و آشوری، محمد؛ نظام حقوقی جبران خسارت ناشی از بازداشت متهمان بیگناه؛ پژوهشی در حقوق ایران و حقوق تطبیقی، فصلنامه حقوق کیفری، دوره ۶، شماره ۲۳، تابستان ۱۳۹۷
- ۲۹- شعاریان، ابراهیم و شیرین بیگ پور، رویا؛ تاثیر انواع نقض قرارداد بر ضمانت اجرای آن با تاکید بر اسناد بین المللی، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال هفتم، شماره ۲۶، بهار ۱۳۹۸
- ۳۰- شعبانی، مهدی و باقری، احمد؛ بازنگری فقهی در مشروعیت و پی آمد غبن حادث، فصلنامه فقه و اصول، سال پنجاهم، شماره ۱، شماره پیاپی ۱۱۲، بهار ۱۳۹۷
- ۳۱- شوشی نسب، نفیسه؛ نحوه ارزیابی خسارت های درد و رنج، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، دوره ۱۳، شماره ۳۳، تابستان ۱۳۹۰
- ۳۲- صفایی، سیدحسین و عسگری، جعفر؛ نقض قابل پیش بینی قرارداد در فقه و حقوق ایران با نگاهی به نظام کامن لا و کنوانسیون وین ۱۹۸۰، پژوهشنامه حقوق اسلامی، سال پانزدهم، شماره دوم، پاییز و زمستان ۱۳۹۳،
- ۳۳- طاهری میرقاید، یوسف و فرهادیان، عبدالرضا؛ بررسی چگونگی خسارت در نظام حقوقی ایران و کنوانسیون بیع بین المللی کالا، چهارمین

همایش ملی حقوق ارزیابی کارآمدی قانون در نظام جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۹۶،

۳۴-عزیزی، علیرضا و مهدوی ثابت، محمدعلی؛ مبانی فقهی و حقوقی جرم انگاری اخلال در فرآیند دادرسی کیفری، فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال ۱۰، شماره ۱۸، بهار و تابستان ۱۳۹۷،

۳۵-علوی قزوینی، سیدعلی و وکیلی مقدم، محمد حسین؛ بازنگری در مفاد قرارداد، فصلنامه فقه و حقوق اسلامی، سال اول، شماره اول، پاییز- زمستان ۱۳۸۹

۳۶-فلاح زاده، علی محمد و پرسا، محمد، ۱۳۹۲؛ فسخ قرارداد پیمانکاری از ناحیه کارفرما، فصلنامه نقد رای، سال دوم، شماره چهارم و پنجم.
۳۷-قاسمی حامد، عباس و دیگران، خسارت تنبیهی در حقوق ایران، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۸۱، بهار ۱۳۹۲

۳۸-مرادزاده، حسن و رضوی، فهیمه سادات؛ شیوه های جبران خسارت معنوی در زندگی مشترک زوجین، فصلنامه فقه و حقوق خانواده، سال بیست و یکم، بهار و تابستان ۱۳۹۵، شماره ۶۴،

۳۹-مقدادی، محمد مهدی و عینی، مجتبی؛ مسئولیت مدنی ناشی از احتمال ابتلای به بیماری در حقوق ایران و حقوق آمریکا، فصلنامه حقوق پزشکی، سال یازدهم، شماره چهل و دوم، پاییز ۱۳۹۶

۴۰-مهدوی، محمود و دیگران، مبانی جرم انگاری جرایم اقتصادی در فقه امامیه، فصلنامه مطالعات حقوق کیفری و جرم شناسی، دوره ۴، شماره ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۶، پیاپی ۸

۴۱-میرسعیدی، سیدمنصور و زمانی، محمود؛ جرم اقتصادی؛ تعریف یا

ضابطه ۹؛ فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، سال دوم، شماره چهارم، پاییز

۱۳۹۲

۴۲- نصیری، مرتضی و دیگران، مطالعه تطبیقی حق تعلیق و حق حبس در حقوق داخلی و قرارداد نمونه فیدیک، فصلنامه مدرس علوم انسانی، ویژه نامه حقوق، بهار ۱۳۸۴

۴۳- نیازی نخعی، علی؛ جبران ضرر با توجه به قانون و فقه، کنفرانس بین المللی هزاره سوم و علوم انسانی، ۱۳۹۷

۴۴- وطنی، امیر و دیگران، امکان جبران کامل خسارات در اصول قراردادهای تجاری بین المللی، کنوانسیون قراردادهای بیع بین المللی کالا و حقوق ایران، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال چهارم، شماره دوازدهم، پاییز ۱۳۹۴

۳- کتاب ها

۴۵- نریمانی، باقر؛ زمان اجرای تعهدات قراردادی و ضمانت اجرای آن (بررسی تطبیقی حقوق ایران و آمریکا)، پایان نامه ی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه پیام نور مرکز تهران، زمستان ۸۹

ب- منابع عربی

- ۱- سنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، ج ۳، (بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۹۸۵م)،
- ۲- عاملی، سیدمحمد جواد، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، ج ۵، (بیروت: موسسه المفید، بی تا)

ب- منابع انگلیسی

A-Books

- ^۱Abraham, Wilfred and Del Almeida Alvarenga, FIDIC: An Analysis of International Construction Contracts, Kluwer Law International B.V, 2005
- ^۲Ackerman, Susan and Lindseth, Peter , Comparative Administrative Law, Edward Elgar Publishing , 2010.
- ^۳Arvind, T. T. , “ Contract Law ” , Oxford University Press, 2019
- Badini, Hassan, Philosophy of Civil Liability, First Edition, Tehran, Publishing Company Publication, 2005 .
- ^۴Brunner, Christoph, “ Force Majeure and Hardship Under General Contract Principles: Exemption for Non-performance in International Arbitration ” , Kluwer Law International B.V., 2009
- ^۵C Sainctelette, De la Responsabilité et de la Garantie. Accidents du Transport et de Travail (Bruylant Bruxelles 1884); Rémy (n 8) 331-332; B Starck, ‘Domaine et Fondement de la Responsabilité sans Faute’ RTD Civ (1958 (
- ^۶Cassels, Jamie and Ammah Adjin-Tettey, Elizabeth, “ Remedies: The Law of Damages ” , Irwin Law, 2008
- ^۷Chen-Wishart, Mindy, “ Contract Law ” , Oxford University Press, 2018
- ^۸Davies, Paul S., “ JC Smith's the Law of Contract ” , Oxford University Press, 2018
- Dietrich Maskow, Hardship and Force Majeure, 1992 Am. J. Comp. L. 657, 658 (1992),(
- ^۹Draetta, Ugo, Force Majeure Clauses in International Trade Practice, 5 Int'l Bus. L. J. 547 (1996),(

- ۱۰ Dragoș, D. C. (2009). Legea contenciosului administrativ. Comentarii și explicații / Administrative Litigation Law. Comments and explanations. Edition 2. Bucharest: C.H. Beck
- ۱۱ European Parliament, Resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics, P8_TA-PROV(2017)0051
- ۱۲ Gotanda, John , “ Supplemental Damages in Private International Law: The Awarding of Interest, Attorneys' Fees and Costs, Punitive Damages and Damages in Foreign Currency Examined in the Comparative and International Context ” , Kluwer Law International B.V., 1998
- ۱۳ Hanisch, Zivilrechtliche Haftungskonzepte für Roboter, in Hilgendorf/Günther, Robotik und Gesetzgebung, 109, 114 (2013); Lohmann, Ein europäisches Roboterrecht –überfällig oder überflüssig?, ZRP 2017, 168, 169.
- ۱۴ Hansen, Karen and Zenobia, Kent,(2011) " Civil Engineer's Handbook of Professional Practic" , John Wiley & Sons
- ۱۵ Hutchison, Andrew and Myburgh, Franziska, “ Research Handbook on International Commercial Contracts ” , Edward Elgar Publishing, 2020
- ۱۶ J Domat, Les Lois Civiles dans leur Ordre Naturel, le Droit Public, et Legum Delectus (Paris 1713) No VIII to X of Section II, of Title V of the Book III
- ۱۷ Jones, Gareth H. et al , “ Restitution: Past, Present and Future: Essays in Honour of Gareth Jones ” , Hart Publishing, 1998
- ۱۸ Klamert, Marcus, The Principle of Loyalty in EU

Law , OUP Oxford, 2014

-۱۹Leroux/Labruto et al., euRobotics, Suggestion For A Green Paper on Legal Issues in Robotics, Grant Agreement Number: 248552, public report, Dec 2012, 55; see also Lohmann, Ein europäisches Roboterrecht –überfällig oder überflüssig?, ZRP

-۲۰Lgrand JR. Pierre(1986), Pre-contractual Disclosure and Information: English and French Law Compared, oxford J. legal stu, 6.

-۲۱Macqueen , Hector , Good Faith in the Scots Law of Contract : An Undisclosed Principle ?in ‘‘Good Faith in Contract and Property’’ edited by Forte , Oxford Publication , 1999

-۲۲Maither, Lyndon and Comm. CFE, B ‘‘ ,Canadian Securities Law, The Ontario Securities Act and Alberta Securities Act, ‘‘The Top 111 Cases’’: A Primer ‘‘ , Lyndon Maither, 2014

-۲۳McCormack, Stuart C., ‘‘ Intellectual Property Law of Canada - Second Edition ‘‘ , Juris Publishing, Inc., 2010 .

-۲۴McKendrick, Ewan, ‘‘ Force Majeure and Frustration of Contract ‘‘ , CRC Press, 2013.

-۲۵Michel Leu, Rasa,(1996) Civil Liability, Translated by Mohammad Ashtari, First Edition, Lawyer Publication, Tehran

-۲۶O'Sullivan, Janet and Hilliard, Jonathan, ‘‘ O'Sullivan and Hilliard's the Law of Contract ‘‘ , Oxford University Press, 2018

-۲۷P.J.M. DeClercq, Modern Analysis of the Legal Effect of Force Majeure Clauses in Situations of Commercial Impracticability, 15 J.L. & Com. 213, 255 note 18 (1995).(

- ۲۸Pagallo, The Laws of Robots: Crimes, Contracts, and Torts, 126 (2013).
- ۲۹Pathak, Akhileshwar , “ Contractual Damages: Kailash Nath Associates V Delhi Development Authority ” , Indian Institute of Management, Ahmedabad, 2018
- R Demogue, Traité des Obligations en Général (Rousseau Paris 1923-1933) Book V, No 1237
- ۳۰R Rodière, ‘Une Notion Menacée: la Faute Ordinaire dans les Contrats’ RTD Civ (1954) 201; A Tunc, ‘Force Majeure et Absence de Faute en Matière contractuelle’ RTD Civ (1945) 17; P Esmein, ‘Le Fondement de la Responsabilité Contractuelle Rapprochée de la Responsabilité Délictuelle’ RTD Civ (1933) 627; F Terré, Y Simler and P Lequette, Droit Civil, Les Obligations (10th edn, Dalloz Paris 2009) 575 ff.
- ۳۱R Saleilles D (1897) 433; R Saleilles, Les Accidents de Travail et la Responsabilité Civile: Essai d'une Théorie Objective de la Responsabilité Délictuelle (Rousseau Paris 1898).
- ۳۲Ramus, Jack; Birchall, Simon and Griffiths, Phil ,(2006) " Contract Practice for Surveyors " , Routledge
- ۳۳Ryan, Daniel ,Essential Principles of Contract and Sales Law in the Northern Pacific: Federated States of Micronesia, the Republics of Palau and the Marshall Islands, and United States Territories, iUniverse, 2005
- ۳۴Schlechtriem, Peter and Butler, Petra, “ UN Law on International Sales: The UN Convention on the International Sale of Goods ” , Springer Science & Business Media, 2008 .
- ۳۵Seerden, Rene J. G. H.; Seerden, René and Stroink, F. A. M., Administrative Law of the

European Union, Its Member States and the United States: A Comparative Analysis, Intersentia nv, 2002

-۳۶ Stubbs, Amanda and Dering, Chris, (2002) "Environmental Law for the Construction Industry", Thomas Telford

-۳۷ Study Group on a European Civil Code, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR), Volume 2, sellier. european law publ., 2009

-۳۸ Taylor, Simon, "Medical Accident Liability and Redress in English and French Law", Cambridge University Press, 2015

-۳۹ Yates, Richard et al, "Business Law in Canada", Prentice Hall, 2002

B- Articles

-۴۰ Sindberg, Kim, "CoronAdvice: covid-19 from a Trade Finance perspective", BoD – Books on Demand, 2020, p 19.

-۴۱ Mastracci, Marco, "The International Distribution Agreement: A Practical Approach to Transnational Contracting across the European Union, the United States and Latin America (2nd edition)", Universal-Publishers, 2020, p 280.

C-Documents

-۴۲ Egerton v. Earl of Brownlow (1853), 4 H.L.C. 1 at 196.

-۴۳ M. (J.) v. Bradley (sub nom. M. (J.) v. B. (W.))(2004), 71 O.R. (3d) 171 (C.A.) at para. 65 [QL]

-۴۴ Deckert v. Prudential Insurance Co., [1943] O.R. 448, [1943] O.J. No. 467 (C.A.) at

-۴۵Emergency Ordinance no. 54/2006 on the regime of public assets concession contracts¹ and art. 54 (1). b) and c) of Government Decision no. 71/2007 for the approval of the Rules of implementation of the provisions referring to the assignment of public procurement contracts and of services concession contracts stipulated in Government Emergency Ordinance no. 34/2006 on the assignment of public procurement contracts, public works concession contracts, and services concession contracts²