

Claim for Damages for Failure of Performing a Contractual Obligation Despite the Possibility of the Specific Performance of an Obligation in Ja'fari Jurisprudence and Positive Law

Seyed Rauof Shojaei Nezhad ¹, Mansour Amini ^{2*}

1. PhD Student in Private Law, Faculty of Law, Theology and Political Science, Science and Research Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

2. Associate Professor, Department of Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran.

ARTICLE INFORMATION

Article Type: Original Research

Pages: 17-30

Article history:

Received: 27 Dec 2022

Edition: 9 Mar 2023

Accepted: 10 Apr 2023

Published online: 23 Sep 2023

Keywords:

Refusal to Perform, Consideration, Real Damage, Performance Guarantee, the Specific Performance of an Obligation.

Corresponding Author:

Mansour Amini

Address:

Iran, Tehran, University Shahid Beheshti, Faculty of Law.

Orchid Code:

0000-0002-5487-653X

Tel:

02122431758

Email:

aminimansour@yahoo.fr

ABSTRACT

Background and Aim: If the obligor refuses to perform the contract and causes damage to the obligee, its primary legal performance guarantee in jurisprudence and law is the compulsory specific performance of an obligation, but the common practice is the necessity to go through the process of binding the obligee through the court as a necessary prelude to claiming damages. In Iranian law, it gives the obligee the possibility of an economic evaluation between the performance of the obligation and the subsequent payment of damages; therefore, the ability to claim damages in the assumption of the obligee's voluntary refusal to perform an obligation that it is possible to perform is the issue of research.

Materials and Methods: This research is of theoretical type and the research method is descriptive-analytical and the method of data collection is library and has been done by referring to documents, books and articles.

Ethical Considerations: In this article, Originality of texts, honesty and trusteeship Has been complied with.

Results: jurisprudence and law respectively consider the obligee's refusal to be a forbidden act, a violation, and a mistake, which requires punishment and liability, and the requirement of jurisprudential evidence of presumption of irrevocability in the sense of the necessity of adhering to the consequence and results of the contract, the common sense, the rule of prohibition of detriment and Sharia ruling of Consideration is not only that the obligee is bound by the specific performance as long as the obligee mutually adheres to it, but in the case of the obligee's refusal, the preliminary judgment is removed and the claim for actual damages is possible.

Conclusion: According to the jurisprudence records, the Iranian legislator, by mentioning the provisions of contractual damages under the chapter on the effect of transactions, has an opinion on the real concept of damages, which is the exact consideration of the specific performance of an obligation, and to claim damages, it is not necessary to go through the legal process of compulsory performance of the obligation and termination, and actual damages should be considered different from contractual damages as a result of contract dissolution.

Cite this article as:

Shojaei Nezhad R, Amini M. *Claim for Damages for Failure of Performing a Contractual Obligation Despite the Possibility of the Specific Performance of an Obligation in Ja'fari Jurisprudence and Positive Law*. Economic Jurisprudence Studies. 2023.

فصلنامه مطالعات فقه اقتصادی، دوره پنجم، شماره سوم، پاییز ۱۴۰۲

مطالبه خسارت عدم اجرای تعهد قراردادی با وجود امکان اجرای عین تعهد در فقه امامیه و حقوق موضوعه

سید رئوف شجاعی نژاد^۱، منصور امینی^{۲*}

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

۲. دانشیار، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

چکیده

زمینه و هدف: اگر متعهد از اجرای قرارداد امتناع کند و سبب خسارت متعهدله شود، ضمانت اجرای اولیه در فقه و حقوق، اجرای اجباری عین تعهد است اما رویه متداول لزوم طی فرآیند الزام متعهد از طریق دادگاه به عنوان مقدمه لازم برای مطالبه خسارت در حقوق ایران، به متعهد امکان ارزیابی اقتصادی بین اجرای تعهد و یا پرداخت بعدی خسارت را می‌دهد؛ لذا قابلیت مطالبه خسارت در فرض امتناع آزادی متعهد از اجرای تعهدی که امکان اجرای عین آن وجود دارد، مسئله تحقیق می‌باشد.

مواد و روش‌ها: این تحقیق از نوع نظری بوده روش تحقیق به صورت توصیفی تحلیلی می‌باشد و روش جمع‌آوری اطلاعات بصورت کتابخانه‌ای است و با مراجعه به اسناد، کتب و مقالات صورت گرفته است.

ملاحظات اخلاقی: در این مقاله، اصالت متون، صداقت و امانت‌داری رعایت شده است.

یافته‌ها: فقه و حقوق به ترتیب امتناع متعهد را فعل حرام، تخلف و خطاء بر شمرده که مستوجب عقاب و مسئولیت است و اقتضای ادله‌ی فقهی اصاله اللزوم به معنای لزوم پابندی به آثار قرارداد، بنای عقلا، قاعده لاضرر و حکم شرعی بدل، جز این نیست که متعهدله تا وقتی مأخوذ به عین تعهد است که متعهد متقابلاً پایبند به آن باشد ولی در فرض امتناع متعهد، حکم اولیه برداشته شده و مطالبه خسارت واقعی میسر می‌شود.

نتیجه: قانونگذار ایران با توجه به سوابق فقهی با ذکر احکام خسارت قراردادی ذیل فصل اثر معاملات، به مفهوم واقعی از خسارت که همان بدل عین تعهد است نظر دارد؛ برای مطالبه خسارت، لزومی به طی فرآیند دادرسی اجرای اجباری تعهد و فسخ نیست و خسارات واقعی را باید با خسارات قراردادی در نتیجه انحلال قرارداد متفاوت دانست.

اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

صفحات: ۱۷-۳۰

سابقه مقاله:

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۱۰/۰۶

تاریخ اصلاح: ۱۴۰۱/۱۲/۱۸

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۱/۲۱

تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۰۷/۰۱

واژگان کلیدی:

امتناع از اجرا، بدل، خسارت واقعی، ضمانت اجرا، عین تعهد.

نویسنده مسئول:

منصور امینی

آدرس پستی:

ایران، تهران، دانشگاه شهید بهشتی، دانشکده حقوق.

تلفن:

02122431758

کد ارکید:

0000-0002-5487-653X

پست الکترونیک:

aminimansour@yahoo.fr

۱. مقدمه

در تمام نظام‌های حقوقی عمل به قرارداد الزامی اخلاقی، قانونی و حتی در مواردی مذهبی محسوب می‌شود؛ در فقه اسلامی در آیه شریفه «...افوا بالعقود...» (مائده، ۱) بر این مطلب تاکید شده و ماده ۲۱۹ ق.م ایران طرفین را ملزم به مفاد قرارداد دانسته‌اند به همین جهت در فقه، حقوق، ضمانت اجرای اولیه نقض تعهدات قراردادی، اجرای عین تعهد است. ماده ۲۳۷ ق.م ایران در مبحث شروط ضمن عقد، ضمانت اجرای اولیه را اجبار به وفای به عهد مطرح ساخته که با لحاظ وحدت ملاک می‌توان حکم شرط را به تعهدات اصلی عقد نیز سرایت داد. در ارتباط با مسئله پژوهش حاضر باید عنایت داشت که، در سیستم‌های حقوقی که ضمانت اجرای اولیه نقض قرارداد، الزام به انجام عین تعهد است، در فرضی که متعهد به اختیار خود از اجرای تعهد امتناع می‌کند این ایراد مطرح می‌شود که اصرار بر اجرای اجباری تعهد، به متعهد نوعی امکان ارزیابی اقتصادی بین اجرای عین تعهد و یا پرداخت خسارت را اعطاء می‌کند؛ بدین شکل که وی با هدف انتفاع بیشتر، مخیر بین ایفای بعدی عین تعهد به طریق اجباری و یا پرداخت خسارت می‌شود لذا متعهد می‌تواند موقتاً بر عین تعهد سلطه خود را نگه داشته و از آن بهره‌مند شود و سپس اجرای تعهد کند و یا نفع خود را در عدم اجرای دائمی تعهد ببیند و به امتناع خود ادامه داده تا محکوم به پرداخت خسارت گردد. انعکاس این وضعیت، خلاف اصل لزوم اجرای تعهدات قراردادی جلوه کرده و نیازمند چاره‌ای است تا به استحکام قراردادها بینجامد و متعهد نتواند در فرض وجود امکان اجرای عین تعهد، جایی که اجرای تعهد را به سود خویش نبیند از اجرای آن

به طور اختیاری سربازند. مع الوصف هدف اصلی پژوهش حاضر، بررسی امکان مطالبه خسارت عدم انجام تعهد در فرضی است که به علت بقای قرارداد، عین تعهد بر ذمه متعهد باقی است، به همین جهت امکان اجرای بعدی تعهد قراردادی به طور اختیاری و یا به طور اجباری برای متعهد و یا شخص ثالث وجود دارد.

در همین راستا پرسش‌هایی مطرح می‌شود از جمله اینکه، ۱- مطالبه خسارت قراردادی عدم انجام تعهد، در جایی که هنوز امکان اجرای عین تعهد وجود دارد امکان پذیر است یا خیر؟ ۲- آیا امتناع ارادی متعهد از انجام تعهد، موجبی برای امکان مطالبه خسارت عدم انجام تعهد می‌تواند باشد؟ ۳- مبنا و ماهیت حقوقی مطالبه خسارت عدم انجام تعهد، به جای اجرای عین تعهد چیست؟

فرضیه اصلی پژوهش حاضر که در پاسخ به پرسشهای فوق مطرح می‌شود این است که، قابلیت مطالبه خسارت عدم اجرای تعهد قراردادی با وجود امکان اجرای عین تعهد، مستنداً به ادله فقهی و قانونی موجود حاکم بر ضمان حاصل از قرارداد است لذا در بخش نخست؛ ادله فقهی، در بخش دوم؛ ادله قانونی موجود در حقوق برای اثبات دیدگاه مدنظر بیان می‌شوند. البته این مقاله حاوی نظریه‌ی پیشنهادی نویسنده رساله‌ای است که مقاله از آن مستخرج شده است و لزوماً منعکس کننده موضع فعلی قوانین در حقوق ایران نمی‌باشد.

در ارتباط با پیشینه پژوهش حاضر می‌توانیم به مقاله اشتری و همکاران تحت عنوان «بررسی تطبیقی موانع اجرای عین تعهد در فقه، حقوق ایران و انگلیس» اشاره کنیم. از نظر نویسندگان،

قراردادی مورد توجه قرار نگرفته است که همین موضوع نیز جنبه نوآوری پژوهش حاضر می‌باشد. در ارتباط با اهمیت و ضرورت پژوهش حاضر ذکر این نکته لازم است که، باتوجه به وجود نوسانات موجود در تورم، بازار و نرخ ارز مسئله اجرا یا عدم اجرای تعهدات قراردادی و نیز فرض وجود قابلیت انتخاب میان الزام متعهد به اجرای قرارداد و یا امکان مطالبه خسارات ناشی از عدم اجرای قرارداد بدون نیاز به اثبات ممتنع شدن موضوع قرارداد از اهمیت بسزایی برخوردار است که همین امر نیز اهمیت پژوهش حاضر را نمایان میکند.

۲. مواد و روش‌ها

این تحقیق از نوع نظری بوده روش تحقیق به صورت توصیفی تحلیلی می‌باشد و روش جمع‌آوری اطلاعات بصورت کتابخانه‌ای است و با مراجعه به اسناد، کتب و مقالات صورت گرفته است.

۳. ملاحظات اخلاقی

در تمام مراحل نگارش پژوهش حاضر، اصالت متون، صداقت و امانت‌داری رعایت شده است.

۴. یافته‌ها

یافته‌های پژوهش حاضر نشان می‌دهد که، در فقه امامیه و حقوق موضوعه ضمانت اجرای اولیه نقض تعهد، اجرای اجباری عین تعهد است اما امتناع ارادی متعهد از اجرای عین تعهد در فقه اسلامی بنا به ادله قرآنی اصالة اللزوم، حرام شرعی و مرتکب آن مستوجب عقاب شناخته می‌شود. همچنین قاعده‌ی لاضرر به عنوان یک حکم

الزام به اجرای عین تعهد اگرچه با هدف اصلی و نهایی طرفین و جوهره قرارداد و اصل لزوم پابندی به مفاد قرارداد منطبق است، ولیکن در صورت عدم ایفای تعهد به وسیله متعهد، الزام قانونی متعهد له بر پیمودن راه اجبار و منع از توسل به دیگر روش‌های جبران خسارت در بسیاری از موارد باعث اتلاف وقت، صرف هزینه سنگین و عدم جبران مناسب خسارت ناشی از نقض قرارداد به دلیل طولانی شدن روند دادرسی و از دست رفتن مطلوبیت قرارداد می‌گردد که مورد خواست مشترک و انتظار اولیه دو طرف نبوده و برخلاف اصل حسن نیت بوده و لزوم پابندی به قرارداد تا جایی است که از هدف اصلی اولیه خارج نشود. از سویی اصالت بخشیدن به دیگر روش‌های مقابله با نقض قرارداد و جبران خسارت و عدم پذیرش روش اجبار به انجام موضوع تعهد به عنوان اصل و قاعده اولیه و استثنایی تلقی نمودن آن، اگرچه در خیلی از موارد با سهولت و سرعت بیشتر و هزینه کمتر متعهد له را به هدف ثانویه خود یعنی جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد رمی‌رساند، ولیکن با روح قرارداد و هدف اولیه که اجرای عین تعهد است، مغایرت دارد و در مواردی انجام عین تعهد بهترین و مناسب‌ترین روش تأمین منافع قراردادی متعهد له است. همانگونه که مشاهده می‌شود، تمرکز اغلب پژوهش‌های موجود بر الزام به اجرای تعهدات قراردادی می‌باشد و موضوع قابلیت عدم تقاضای الزام به اجرای تعهدات

۵-۱-۱. قاعده لزوم

در فقه اسلامی نظام ضمانت اجراهای نقض تعهد قراردادی بر «اصاله اللزوم» پایه ریزی شده است. لذا جستجوی راه حل مسائل این تحقیق، بدون فهم صحیح از قاعده مذکور، میسر نیست و برای شناخت حدود و ثغور قاعده‌ی لزوم، تحلیل مبانی آن اهمیت پیدا می‌کند که ذیلاً به آنها اشاره خواهیم کرد:

۵-۱-۲. تحلیل مبانی قرآنی قاعده لزوم

در متون فقهی، آیه پنجم از سوره مبارکه مائده که می‌فرماید: «ووفوا بالعقود» اصلی‌ترین مبانی قرآنی قاعده اصاله لزوم بیان شده است به مناسبت بحث مورد پژوهش، ملاحظه‌ای که فقها ذیل این آیه مطرح می‌کنند، توجه می‌کنیم: اینکه در یک قرارداد واجبات و محرماتی قابل تصور است؛ واجباتی مثل «وجوب رد مال غیر و عمل به تعهد» و محرماتی مثل «حرمت نقض عقد و تعهد، حرمت حبس کالا و عدم تسلیم آن به طرف مقابل و عدم جواز تصرف در آن». اگر کسی که نقض عقد می‌کند و مال طرف قرارداد را تصرف کند، در ارتکاب حرام و مقدار استحقاق عقاب، مثل کسی است که بدون نقض عقد، در مال دیگری تصرف غیرمأذون می‌کند. (خمینی، ۱۴۲۱ق، ۱۸۷) مطابق این اندیشه که البته با فرض برابری حکم ناقض عقد و غیر او، در غصب مال طرف قرارداد مطرح شده است وجوب وفا و حرمت ترک وفا واحد است و در واقع، وجوب وفا به حرمت ترک وفا برمی‌گردد لذا بنا به نظر فقها، آنچه در نهایت اثرگذار است حرمت حبس و غصب مال دیگران است بر این اساس غاصب ناقض عقد، با غاصب غیر ناقص همپایه است (حائری، ۱۴۲۳ق، ۲۸۲) در نتیجه می‌توان از برخی

ثانوی، قلمرو اجرای احکام اولی چون لزوم ایفای عین تعهد قراردادی را محدود می‌کند و متعهدله می‌تواند مستند به لاضرر از حکم اولیه لزوم اجرای عین تعهد عدول کند و به عوض عین تعهد، بدل آن را به عنوان جبران خسارت چنین وضعیتی از متعهد بنماید.

۵. بحث

برای بررسی موضوع در ابتدا رویکرد فقه و سپس رویکرد قانون مدنی مورد بحث و بررسی قرار خواهد گرفت.

۵-۱. رویکرد فقهی

در فقه به دلیل بیان شارع بر لزوم وفای به عقد و تعهدات، حکم اولیه، اجرای عین تعهد قراردادی بیان می‌شود و اگر متعهد خود بدان عمل نکند اجبار به آن می‌گردد. همچنین در فقه امامیه آنچه مشهور بوده، این اندیشه است که هیچ کدام از فقها برای متعهدله حق مطالبه خسارت به جای ایفای عین تعهد قائل نبوده (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۲۷۱) و فقط عده قلیلی حق فسخ برای متعهدله قائل شده اند. (داراب پور، ۱۳۷۹، ۱۹۷) لذا در این بخش از مقاله ادله حاکم بر ضمان قراردادی را مورد تحلیل قرار می‌دهیم تا اینکه آثار امتناع متعهد بر حکم اولیه لزوم اجرای عین تعهد، از منظر فقه امامیه تبیین گردد و دریابیم آیا در فرض وجود امکان اجرای عین تعهد، خسارت قراردادی قابل مطالبه است یا خیر؟ سپس حاصل از این بررسی به عنوان موضع گیری فقه اسلامی ارائه خواهد شد:

همانگونه که حکم به لزوم اجبار متخلف به اجرای تعهد می‌دهد، در صورت امتناع متعهد نیز بر لزوم جبران خسارت ناشی از عدم ایفای عین تعهد حکم می‌نماید.

۵-۱-۴. قاعده لاضرر

در متون فقه اسلامی قاعده لاضرر بسیار پر کاربرد است و در تمام ابواب فقهی در جهت رفع و تعدیل یا تخفیف حکم اولیه مسائل، مورد استناد فقها قرار گرفته است. (عمید زنجانی، ۱۳۸۶، ۱۰۸) در خصوص کاربرد این قاعده در باب ضمانت اجرای قراردادی، از منظر فقها می‌توان به دو دیدگاه نظر داشت؛ گروهی تأسیس چنین قاعده‌های را مقتضی جبران کامل خسارت می‌دانند (خمینی، ۱۴۱۴ق، ۸۵) اما گروهی دیگر از فقها با استناد به قاعده لاضرر حکم به دفع منبع ضرر داده‌اند (حسینی سیستانی، ۱۳۷۲، ۱۰۴) زیرا ایشان معتقد به حکومت لاضرر بر ادله اولیه هستند و هر جا حکم اولیه که خود منبع ضرر به شمار می‌رفته و موجب سختی و عسرت شده است حکم به دفع آن نموده‌اند چنانچه با استناد به این قاعده، قلمرو قاعده تسلیط محدود شده (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۷، ۲۴۲) و حتی عده‌ای نیز خيارات و شفعه را مبتنی بر قاعده لاضرر دانسته‌اند (محمد جمعه، ۱۴۲۳ق، ۱۰۴) لذا از نظر این اندیشه، قاعده لاضرر را باید بر اصل لزوم حاکم دانست و اگر لزوم معامله‌ای به ضرر طرفین یا یکی از ایشان منتهی شود لزوم به عنوان منبع ضرر بوده که یکی از طرق جبران خسارات، دفع این منبع ضرر به طریق فسخ می‌باشد به همین جهت در بعضی خيارات مانند خیار غبن، قاعده لاضرر قویترین استدلال به شمار رفته است. (انصاری، ۱۴۲۲ق، ۲۳۵) لذا به نظر می‌رسد این دیدگاه نقش بازدارندگی از ورود خسارت را برای

احکام ضمان غاصب به رد عین، وحدت ملاک گرفت و می‌توان از آیه «افوا بالعقود» علاوه بر وجوب که دلالت بر ضمانت اجرای اجباری عین تعهد داشته، جبران خسارت ناشی از نقض عقد را نیز به عنوان عقاب ارتکاب فعل حرام استنتاج کرد.

۵-۱-۳. تحلیل بنای عقلا

بنای عقلا را می‌توان به مبنای خدشه ناپذیر برای «اصاله اللزوم» تعبیر کرد؛ هرگاه پیمانی بسته شد برگشتن یکسویه از قرارداد پذیرفتنی نیست و عدم پایبندی به قرارداد، سرپیچی آشکار به شمار می‌رود و مستوجب مذمت و مسئولیت خواهد بود. (عمید زنجانی، ۱۳۸۶، ۱۹۲) این سیره عملی خردمندان در متن زندگی وجود داشته و اسلام آن را پذیرفته است بنابراین در احکام و برنامه‌های اجتماعی به ویژه قراردادها، فقیهان بر این باورند که شرع مقدس به بیان اصول و کلیات بسنده کرده و هر گونه داد و ستد خردمندانهای را که عقلا بپسندند و درستی آن را تایید کنند شرع نیز آن را درست می‌داند و تنها باید منطبق بر اصول اولیه اسلام باشد که چارچوب آن را قرآن و سنت بیان می‌کند از جمله اینکه: ۱- با خشنودی دو سوی داد و ستد باشد؛ «الا ان تكون تجارة عن تراض» ۲- هیچ باطلی در آن نباشد؛ «نهی الاکل مال بالباطل» ۳- مفسده آفرین و زیان آور نباشد؛ «نهی عن الغرر» ۴- با دستورات اسلام ناسازگاری نداشته باشد؛ «کل شرط خلاف کتاب الله فهو باطل». (لطفی، ۱۳۷۶، ۳۵۴) لذا بنظر می‌رسد عقلا و در نتیجه شرعاً؛ «کلما حکم به العقل حکم به الشرع» (محقق داماد، ۱۳۸۵، ۱۴۲) وفای به عقود از ضروریات نظم اجتماعی است و در زمان انعقاد قرارداد، اصل جبران خسارت مورد توجه تمام خردمندان است؛ امروزه عرف و رویه عقلا

حکم فقهی بلکه قاعده فقهی دانسته‌اند که در ابواب مختلف فقهی جریان دارد. (نوحی، ۱۳۸۶، ۲۴۷)

به نظر می‌رسد که فلسفه حکم به پرداخت بدل حیلوله این است که اگر امکان فعلی رد عین مال به مالک آن وجود ندارد و وی در چنین حالتی دچار ضرر است، چون از منافع مال به دور می‌ماند لذا در این صورت برای جبران منافع مالک، فقها حکم به لزوم پرداخت بدل حیلوله داده‌اند. به این معنی که ضامن، ملزم است تا بازگرداندن کالا به مالک، غرامت آن و یا کالایی همانند آن را در اختیار مالک قرار دهد. در ادامه خواهیم دید که از منظر فقه‌های شیعه همچون شیخ انصاری می‌توان باتوجه به فروع مذکور ذیل حکم شرعی بدل و سایر ادله، قائل به چنین حکمی در روابط قراردادی بود.

۵-۱-۶. حاصل از ادله فقهی

در فقه اسلامی به نظر می‌رسد؛ چنانچه مشهور است، ضمانت اجرای اولیه، اجرای اجباری تعهد قراردادی علیه متعهد است لذا حاکم میبایست من باب قاعده «الحاکم ولی الممتنع» از هر طریق عین تعهد را به اجرا درآورد. (محقق داماد، ۱۳۸۳، ۲۱۸) ولی در فرض امتناع متعهد از اجرا باوجود امکان اجرای عین تعهد، از فقهی به نظر میرسد؛ اولا مستند به ادله قرآنی اصله اللزوم، امتناع از اجرا حرام شرعی تلقی می‌شود و همانند حکم تصرف در مال غیر، مستحق عقاب است. (حسنای ۱۹۹۹م، ۲۴) ثانيا بنای عقلا اقتضایی جز این ندارد که متعهدله تا زمانی مأخوذ به قرارداد بوده که متقابلا متعهد نیز خود را پایبند به قرارداد بداند ولی وضعیت متعهد در فرض امتناع ارادی از اجرا، کاملا خلاف تکلیف عقلایی وی می‌باشد لذا

قاعده لاضرر قائل است و لاضرر را سازنده مسئولیت نمی‌داند به همین علت حداکثر توان قاعده در مقابله با متخلف قرارداد، امکان عدول از پایبندی به عقد و یا اعطای حق فسخ قرارداد است و ایجاد مسئولیت به جبران خسارت را نیازمند اسباب دیگر از قبیل اتلاف، تسبیب، علی‌الید و سایر ضمانات می‌داند.

۵-۱-۵. حکم شرعی بدل

«بدل» و «بدل حیلوله» عناوین فقهی است که در باب ضمانات و غرامات مورد بحث قرار گرفته است. (جابری عربلو، ۱۳۸۵، ۴۰) حکم به پرداخت «بدل» در موجبات ضمان همچون: غصب، غرور، اتلاف و ضمان مقبوض به عقد فاسد مطرح می‌شود؛ در این موارد حکم اولیه، رد فوری عین مال غیر است اما در فرض تعذر دائمی رد عین همچون ضمان متلف (اعم از اتلاف حقیقی یا حکمی)، تبدیل به پرداخت «بدل» می‌شود و در فرض تعذر موقت همچون ضمان غاصب، تبدیل به پرداخت «بدل حیلوله» می‌گردد در هر دو فرض، بدل از مال مثلی، مثل آن مال و در مال قیمی، قیمت مال است و در ترتب این احکام، فقها بین ید عدوانی همچون غاصب و یا ید غیر عدوانی همچون ضمان مقبوض به عقد فاسد، تفاوتی قائل نمی‌شوند. (خمینی ۱۴۰۹ق، ۱۷۷)

مستند حکم شرعی پرداخت بدل و بدل حیلوله روایات، اجماع، عقل و قواعد فقهی تسلیط، علی‌الید، اتلاف و لاضرر بیان می‌شود البته برخی از این ادله مورد انتقاد قرار گرفته‌اند. (طباطبایی و براری چناری، ۱۳۹۱، ۱۱۹؛ حسینی فاضل و ضیائی، ۱۳۹۷، ۳۷۵) ولی این حکم شرعی مورد نظر مشهور فقه‌های امامیه و برخی مذاهب اهل سنت (شافعی و حنبلی) قرار گرفته است. (محقق داماد، ۱۳۸۷، ۱۸۷) حتی برخی بدل حیلوله را نه یک

مسئول خسارت وارده به متعهدله است. جبران چنین خسارتی اکل مال به باطل نیست بلکه مانع اکل مال به باطل توسط متعهد است و از مفسده (نقض عمدی قراردادی) پیشگیری کرده و جبران ضرر می‌نماید و بر این اساس با حکم عقل منطبق است. (شربینی ۱۹۷۹م، ۳۶) از طرفی اقتضای آیهی «أوفوا بالعقود» (لزوم عقاب ناقض عقد) و اساس قاعده لاضرر (حرمت اضرار به غیر و تحریم بقاء وضع موجود) است که حکم اولیه لزوم اجرای عین تعهد قراردادی برداشته شده و قاعده لاضرر بر حکم اولیه حاکم می‌شود (یزدانیان، ۱۳۸۶، ۱۱۷) و متعهدله می‌تواند غرامت (جبران خسارت) ناشی از چنین وضعیتی را از متعهدله به جای اجرای عین تعهد مطالبه نماید.

از منظر فقه اسلامی غرامت و خسارت واقعی معادل عین تعهد مضمونه می‌باشد که چیزی جز دادن «بدل» نیست. (عمید زنجانی، ۱۳۸۲، ۳۲۰) چراکه در فرض وجود امکان اجرای عین تعهد، متعهد (ضامن) خود از اجرای تعهد (رد مال) امتناع می‌کند و با فعل خویش بین متعهدله (مالک) و تعهد (مال)، حائل می‌شود بر همین اساس، وی متعهد به رد معادل (بدل) آن چیزی است که متعهدله از آن محروم می‌گردد، چه عمل امتناع ارادی متعهد را تلف حکمی عین تعهد دانسته و چه آن را نوعی حائل موقتی (انصاری، ۱۳۹۲، ۴۲۵) در دستیابی متعهدله به عین تعهد تعبیر کنیم؛ در هر دو صورت می‌توان حکم به تجویز دادن بدل یا بدل حیلولة (خسارت واقعی) را قائل شد البته در این جا سه ملاحظه حائز اهمیت را باید متذکر شویم:

اول اینکه؛ از منظر فقه «تجویز حکم بدل»، «رجوع به بدل» و «تسلیم بدل» متفاوتند و آثار

مختلفی بر هر یک مترتب می‌گردد؛ تجویز حکم بدل به معنای امکان رجوع متعهدله به متعهد برای اخذ بدل بوده و سبب از بین رفتن تعهد اولیه متعهد به اجرای عین تعهد نیست. مطابق نظر فقها، ماهیت بدل غرامت و جبران خسارت معادل آنچه متعهدله از آن محروم مانده است بوده و زمانی تکلیف متعهد در قبال رد عین تعهد را از بین می‌برد که؛ اولاً متعهدله بنا تجویز داده شده به متعهدله «رجوع به بدل» کرده، ثانیاً «تسلیم بدل» به متعهدله صورت گیرد و در غیر اینصورت، مسئولیت متعهد به اجرای عین تعهد باقی است. در نتیجه اگر پس از امتناع متعهد از اجرا با وجود تجویز امکان مراجعه متعهدله بدل، متعهدله می‌تواند صبر نموده و بر اجرای این تعهد اصرار ورزد و متعهد نیز حقی در اجبار متعهد به دریافت خسارت به جای عین تعهد ندارد. (انصاری ۱۳۹۲، ۴۲۶؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۱۲۱) همچنین به نظر می‌رسد، علیرغم تجویز حکم بدل و رجوع متعهدله برای اخذ بدل، متعهد می‌تواند از امتناع دست برداشته و عین تعهد را به جای تسلیم بدل، اجرا کند و به علت دست یافتن متعهدله به عین تعهد است که تجویز حکم بدل پایان می‌پذیرد.

ملاحظه دوم اینکه؛ ماهیت بدل حیلولة «غرامت» و «خسارت» است لذا به مجرد تمکن بعدی متعهد، سبب بازگشت مالکیت مالک بر عین تعهد و مالکیت ضامن بر بدل نمی‌شود چرا که غرامت پرداختی بدل از اصل تسلط بوده است و چون به او بازنگشته است وی مالک بدل تلقی می‌گردد و می‌تواند هر نوع تصرفی در آن به عمل آورد. (انصاری ۱۳۹۲، ۴۴۱) به علاوه از نظر ما، فرض امتناع ارادی متعهد با وجود امکان اجرای عین تعهد را می‌توان به دو شکل تحلیل کرد: شکل اول اینکه؛ چون متعهدله خود به بدل (خسارت

۵-۲. رویکرد حقوقی

در این قسمت رویه متداول حقوق ایران در خصوص قابلیت مطالبه خسارت عدم اجرای تعهد قراردادی با وجود امکان اجرای عین تعهد، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۵-۲-۱. ترتیب ضمانت اجرای قراردادی

از منظر حقوق نظام ترتیبی متفاوتی بر ضمانت اجرای مطالبه خسارت قراردادی در بین سایر ضمانت اجراها حاکم است؛ از نظر دکترین حقوق ایران آنچه شهرت دارد این است که با امتناع متعهد از اجرای تعهد، چاره اول اجبار متعهد از طریق دادگاه می‌باشد (شهیدی، ۱۳۸۶، ۴۲؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۱۲۱) اگر با وجود صدور چنین حکمی، متعهد از اجرای تعهد امتناع نماید و برای اجرای تعهد قید مباشرت متعهد نشده است یا به طور طبیعی، اجرای تعهد بدون مباشرت متعهد امکان پذیر باشد، حاکم به جانشینی متعهد اجرای تعهد خواهد کرد. (صفایی، ۱۳۸۷، ۱۹۶) اما اگر چاره اول برای اجرای تعهد به کار متعهد نیاید، دو ضمانت اجرا قانونی دیگر در عرض هم پیش روی متعهد قرار می‌گیرد و متعهدله مخیر در انتخاب یکی از این ضمانت اجراهاست: ۱- فسخ قرارداد و مطالبه خسارت (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۲۰۹) و یا ۲- صبر و مطالبه روشهای غیرمستقیم اجرای تعهد؛ همچون توقیف مدیون و جریمه تاخیر. (شهیدی، ۱۳۸۶، ۴۴؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۱۲۲)

۵-۲-۲. خسارات قراردادی قابل مطالبه

فارغ از دیدگاه‌های مورد پذیرش در نظامهای حقوقی، به طور انتزاعی خسارات ناشی از عدم اجرای تعهد قراردادی را می‌توان در برگیرنده سه دسته خسارت دانست: ۱- خسارت وارده به عین تعهد ۲- خسارات ناشی از هزینه و ۳- خسارت

عدم اجرای عین تعهد رجوع می‌کند و متعهد نیز علیرغم امکان رفع حائل بین متعهدله و عین تعهد، اقدامی را در این جهت به عمل نمی‌آورد و تا زمان تسلیم بدل، بر امتناع ارادی خویش پافشاری دارد پس موجب تلف حکمی عین تعهد می‌شود؛ بنابراین اگر اجرای بعدی عین تعهد امکان پذیر شود چون خسارت پرداختی بدل واقعی از عین تعهد بوده، دیگر قابل استرداد نیست. تحلیل دوم اینکه؛ عمل متعهدله در رجوع و دریافت بدل و عمل متعهد در پرداخت بدل حیلولة نوعی تراضی بر عدم رجوع بعدی متعهد بر بدل حیلولة تلقی کرد و اگر متعهد اقدامی جهت اجرای عین تعهد نکند و تا زمان تسلیم بدل، بر امتناع ارادی خویش پافشاری دارد و سپس بدل حیلولة بپردازد عمل وی، رضایت بر عدم رجوع بعدی به بدل پرداختی تلقی می‌شود.

سوم اینکه؛ آنچه روشن و معقول است، دادن بدل به این جهت است که ضامن حائل بین مالک و مال شده است پس باید نظیر و معادل این حائل شدن را تحمل کند. (طباطبایی و براری چناری، ۱۳۹۱، ۱۳۴) اما در نصوص، نامی از مثلی و قیمی برده نشده است تا اینکه حکم به بدل بر یکی از این دو عنوان تعلق بگیرد لذا برای تفکیک آنها نیازی به بحث از موضوعات اختلافی نیست؛ مثلی و قیمی در حقیقت راه حل عملی برای خروج ضامن از عهدهی ضامن دانسته می‌شود پس اگر حل دعوا به محکمه ارجاع شود، خروج از ضمان از عهده ضامن، نقش تعیین کننده در تشخیص مثلی و قیمی و صدور حکم به آن دارد. (عمید زنجانی، ۱۳۸۲، ۳۲۷) بر همین اساس به نظر می‌رسد، در بسیاری از مصادیق تعهدات قراردادی، صدور حکم غرامت پولی به عنوان بدل از عین تعهد، میسر است.

ناشی از عدم النفع. در خصوص مفهوم خسارت وارده به عین تعهد، نظامهای حقوقی دو دیدگاه متفاوت را منعکس می کنند:

الف) دیدگاه اول در تلاش است با جبران خسارت وارده به عین تعهد، وضعیت متعهد به پیش از وقوع ضرر اعاده گردد از نظر این دیدگاه، فسخ قرارداد با هدف دفع منبع ضرر، مقدمه‌ای برای اعاده وضع به حال سابق تلقی می شود تا اینکه متعهدله بتواند خسارت ناشی از عدم اجرای عین تعهد را مطالبه کند. این دیدگاه عملاً منتج به دو اثر حقوقی می شود: اولاً؛ جبران خسارت مفهومی حداقلی می یابد و حداکثر شامل جبران هزینه های انعقاد قرارداد و یا هزینه های اجرای تعهد توسط متعهدله می شود همچنین بنا به این مفهوم از خسارت قراردادی، متعهدله می تواند با فسخ قرارداد، بدل تعهدی را که در قرارداد مشارکت داشته به عنوان خسارت مطالبه کند و یا در فرض عدم اجرای تعهدش، از اجرا تعهد بری باشد. ثانیاً؛ جبران چنین خسارتی با وجود قابلیت اجرای عین تعهد، امکان پذیر نیست. چراکه مراد از خسارت به مفهوم حداقلی آن، اعاده وضع متعهدله به حال سابق است و تا وقتی عین تعهد باقی است، جمع بین عین تعهد و عوض آن (وضع سابق متعهدله)، امکان ندارد. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۲۰۹)

به نظر می رسد دیدگاه متداول در حقوق ایران با ادعای استناد به متون فقهی، بر اندیشه فوق استوار است و به همین علت می باشد که به نقل از فقه اسلامی گفته می شود؛ خسارت قراردادی عدم انجام تعهد به معنای واقعی و امروزی آن در فقه اسلامی دیده نمی شود، (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۲۷۱؛ داراب پور، ۱۳۷۹، ۱۹۷) عدم نفع را قابل مطالبه ندانسته و خسارت قراردادی محدود به جبران

هزینه های انعقاد و اجرای قرارداد می گردد و همچنین بین ضمانت اجراهای نقض قرارداد، یک نظم ترتیبی قائل می شوند؛ بدین شکل مطالبه خسارت را پس امتناع متعهد از اجرای حکم دادگاه و پس از فسخ قرارداد (یا هم زمان با فسخ)، قابل مطالب می دانند.

ب) دیدگاه دوم به خسارات واقعی ناشی از عدم انجام تعهد نظر دارد؛ در انعقاد قرارداد به طور معمول و عرفی انتظار می رود متعهد به تعهد خود عمل نماید و در نتیجه ایفای تعهد، متعهدله از موضوع تعهد بهره مند شود. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۲۱۷-۲۱۸) بنابراین مجرد انعقاد قرارداد به همراه ایفای تعهد، متعهدله را در یک جایگاه حقوقی قرار می دهد که نقطه ای بهره مندی متعهد از یک حق مالی، غیر مالی و یا معنوی می باشد، بدون اینکه نیاز باشد متعهدله عمل دیگری را انجام دهد. موقعیت اکتسابی متعهدله را می تواند به «نقطه صفر پس از قرارداد» تعبیر کرد که دارای ارزشی واقعی و موجود می باشد؛ پس اگر متعهد قرارداد را نقض کند این جایگاه متوقع و مسلم قراردادی متعهدله را تلف کرده است چراکه متعهدله برای کسب این جایگاه، به چیزی به غیر از قرارداد و اجرای آن نیاز نداشته است (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۱۰۰) و مال موجود تلف شده، همان جایگاه ارزشمند، متوقع معمول و مسلم قراردادی متعهدله است. (أبوللیل، ۱۹۹۵م، ۲۹۱)

۵-۳. آثار امتناع از اجرا

در حقوق ایران طبق ماده ۲۲۶ ق.م قاعده این است که در تعهدات موجد به صرف انقضای موعد و ورود خسارت، مسئولیت مدنی محقق می شود و نیاز به تشریفات مطالبه نمی باشد. (شهیدی، ۱۳۸۶، ۲۸۷) اما در مواقعی که اختیار موقع انجام

تعهد با متعهدله است با مطالبه، متعهد در حالت امتناع از اجرا قرار می‌گیرد و خسارات ناشی از عدم انجام تعهد و یا تأخیر در انجام تعهد قابل مطالبه خواهد بود (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۱۴۰) اما چنانچه گفته شده؛ دیدگاه متداول در حقوق ایران بر امکان مطالبه خسارت، پس از احراز امتناع متعهد از اجرای اجباری عین تعهد از طریق دادگاه نظر دارد. (صفایی، ۱۳۸۷، ۱۹۷) البته به نظر می‌رسد با تحلیل حقوق موضوعه ایران و استمداد از دکترین موجود، می‌توان اندیشه دیگری را پی ریزی کرد اینکه:

اولاً) آنچه سبب ورود خسارات قراردادی است امتناع متعهد از اجرای تعهد است و نه امتناع از اجبار حاکم؛ قواعد مسئولیت مدنی وسیله جبران خسارت می‌باشند و در نتیجه امتناع متعهد از اجرای حکم، متعهدله در وضعیت ضرری قرار می‌گیرد (ره پیک، ۱۳۸۳، ۷۳) و علیرغم وجود امکان اجرای قرارداد، عین تعهد در ید متعهد باقی است و برای جبران خسارت عدم انجام عین تعهد، قواعد مسئولیت مدنی باید چاره‌ای بی‌اندیشد. به همین علت دیدگاهی که به امکان مطالبه خسارت پس از امتناع متعهد از حاکم دادگاه نظر دارد، صحیح به نظر نمی‌رسد چون در روند تقاضای اجرای اجباری از حاکم، خسارت به طور مستمر تداوم دارد بنابراین امتناع از حکم دادگاه، سبب جدید برای ورود خسارت تلقی نمی‌شود تا اینکه در این زمان قائل به ایجاد حق مطالبه خسارت برای متعهدله باشیم.

ثانیاً) از طرفی اندیشه‌ی لزوم طی فرایند اجرای اجباری تعهد از طریق دادگاه و لزوم فسخ قرارداد برای مطالبه خسارت بر مبنای وحدت ملاک از مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ ق.م استوار است که صحیح به

نظر نمی‌رسد؛ چراکه در این مواد قانونگذار در مقام بیان ضمانت اجراهای دیگر همچون: الزام از طریق دادگاه، اجرا توسط ثالث و فسخ قرارداد بوده و در این مقام، هیچ اشاره‌ای به ضمانت اجرای مطالبه خسارت نمی‌کند، بلکه در فصل دیگری به عنوان «در اثر معاملات» به مبحث «خسارت حاصله از عدم اجرای تعهدات» اشاره می‌کند. (ره پیک، ۱۳۸۳، ۸۴) لذا از منظر قانونگذار ایرانی، خسارت قراردادی به طور مجرد از سایر ضمانت اجراها مورد توجه قرار گرفته است و مطابق ماده ۲۲۶ ق.م ایران مطالبه خسارت اثر امتناع متعهد از اجرا تلقی می‌شود و دکترین حقوق ایران شرایط لازم برای مطالبه خسارت قراردادی را چهار شرط بیان می‌کند: ۱- سرسید موعد تعهد ۲- نقض تعهد قراردادی ۳- ورود خسارت و ۴- رابطه سببیت. (شهیدی، ۱۳۸۶، ۵۹: کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۱۳۶) و نقض تعهد اگر منتسب به اراده و فعل شخص متعهد باشد، «متخلفانه» تلقی می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۱۳۷) و با وجود سایر شرایط، حق مطالبه خسارت را برای متعهدله ایجاد می‌کند. در این میان امتناع متعهد از اجرای حکم دادگاه، وضعیت جدیدی ایجاد نمی‌کند تا اینکه پس از آن، امکان مطالبه خسارت را برای متعهدله قائل باشیم.

ثالثاً) به نظر می‌رسد؛ قانونگذار ایران با طرح بحث خسارت قرارداد در مواد ۲۲۶-۲۳۰ ذیل فصل اثر معاملات، به مفهوم واقعی از خسارت قراردادی نظر داشته است و چنانچه ماده ۲۲۱ ق.م خسارت را نتیجه تخلف متعهد دانسته که در قرارداد به آن تصریح شده و یا تعهد عرفاً به منزله تصریح بوده و یا برحسب قانون موجب ضمان باشد. لذا چنانچه دکترین حقوق ایران نظر دارد؛ اثر خودداری از اجرای عین تعهد، ایجاد تعهد به جبران خسارت

را به واقع نزدیکتر خواهد کرد و در نتیجه، موقعیت متعهد در وضعیت بهتری که ممکن بود از انجام تعهد کسب کند، قرار نمی‌گیرد بنا به این نظر، خسارت عدم النفع غیر مسلم، غیر مستقیم، غیرقابل پیش‌بینی قابل مطالبه نخواهد بود.

از منظر فقهی، عمل امتناع ارادی متعهد سبب ایجاد حائل موقتی در دستیابی متعهدله به عین تعهد می‌شود لذا می‌توان به تجویز دادن بدل یا بدل حیلولة (خسارت واقعی) حکم داد. البته «تجویز حکم بدل»، «رجوع به بدل» و «تسلیم بدل» آثار مختلفی دارد؛ تجویز حکم بدل به معنای امکان رجوع متعهدله به متعهد برای اخذ بدل بوده و سبب از بین رفتن تعهد اولیه متعهد به اجرای عین تعهد نیست. در نتیجه اگر پس از امتناع متعهد از اجرا با وجود تجویز امکان مراجعه متعهدله بدل، متعهدله می‌تواند صبر نموده و بر اجرای عین تعهد اصرار ورزد. همچنین متعهد می‌تواند از امتناع دست برداشته و عین تعهد را اجرا کند.

در حقوق ایران مواد ۲۲۱ و ۲۲۷ قانون مدنی، مجرد امتناع متعهد از اجرا را «تخلف» قراردادی و مستوجب مسئولیت دانسته است؛ بنابراین امتناع از حکم دادگاه، سبب جدید برای ورود خسارت تلقی نمی‌شود تا اینکه در این زمان قائل به ایجاد حق مطالبه خسارت برای متعهدله باشیم. همچنین از منظر قانونگذار ایرانی، خسارت قراردادی به طور مجرد از سایر ضمانت اجراها مورد توجه قرار گرفته است و مطابق ماده ۲۲۶ ق.م.ایران مطالبه خسارت، اثر امتناع متعهد از اجرا با وجود امکان اجرای عین تعهد تلقی می‌شود. به همین جهت است که دکترین حقوق ایران، شرایط لازم برای مطالبه خسارت قراردادی

است و این تعهد جدید در قراردادها، بدل تعهد اصلی است (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۱۲۱)؛ بدین معنی که چون تعهد اصلی قابل اجرا نیست خسارت به عنوان بدل آن پرداخته می‌شود. در این توجیه، مسئولیت اثر تعهد قراردادی بوده و در هر قرارداد، به طور ضمنی این حق را به متعهدله می‌دهد که برای جبران زیان ناشی از عدم انجام تعهد از مدیون خسارت بگیرد. (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ۳۹۳) همچنین در نظر فقهایی همچون شیخ انصاری که دیدگاه آنان مورد توجه حقوق موضوعه ایران است؛ در ضمان ناشی از قرارداد به اصل وجوب رد عین با مفهوم واقعی ضمان که تدارک و جبران می‌باشد اشاره شده و تدارک مال مضمون را به چند صورت تصور می‌نماید: «اول؛ ادای عوض قراردادی که طرفین در ضمن عقد نسبت به آن توافق نمودند. دوم؛ ادای عوض واقعی که مثل در مثلیات و قیمت در قیمیات می‌باشد؛ این نوع تدارک عرفی است و هر چند طرفین بر آن توافقی در ضمن عقد ننموده‌اند لکن عرف مثل یا قیمت را عوض واقعی عین مال می‌شمارند.» (به نقل از عمید زنجانی، ۱۳۸۲، ۳۲۰).

۶. نتیجه

این دیدگاه که در فقه به لزوم جبران خسارت با مفهوم و قلمرو معرفی شده در جهان امروز تصریح نشده، سخنی درست است؛ اما نظام جبران خسارت و ضمانت اجرای قراردادی در فقه اسلامی با مفاهیم متداول در جهان معاصر متفاوت است؛ حکم شرعی «بدل و بدل حیلولة» در فقه اسلامی نوعی تدارک ضرر است و با استناد به آن در مسئولیت قراردادی می‌تواند به مفهوم رایج از خسارت با قلمرو امروزی آن دست یافت. این تفسیر موافق قواعد مورد پذیرش در خصوص جبران خسارت قراردادی است و جبران خسارت

را سه شرط بیان می‌کند: ۱- نقض تعهد قراردادی ۲- ورود خسارت و ۳- رابطه سببیت؛ اگر نقض تعهد متناسب به اراده شخص متعهد باشد، «متخلفانه» تلقی می‌شود و برای صدور حکم به جبران خسارت کافی است.

قانونگذار ایران با بیان بحث خسارت قراردادی از مواد ۲۲۶-۲۳۰ ذیل فصل اثر معاملات، به مفهوم واقعی از خسارت قراردادی نظر داشته است و چنانچه ماده ۲۲۱ ق.م خسارت را نتیجه تخلف متعهد دانسته که در قرارداد به آن تصریح شده و یا تعهد عرفاً به منزله تصریح باشد و یا برحسب قانون موجب ضمان باشد. اثر امتناع متعهد، ایجاد ضمان به جبران خسارت ناشی از آن است این تعهد جدید را در قراردادها بدل تعهد اصلی تلقی می‌شود. در این توجیه؛ مسئولیت اثر قرارداد است که در هر قراردادی به طور ضمنی این حق را به متعهدله می‌دهد که برای جبران زیان ناشی از عدم انجام تعهد از مدیون خسارت بگیرد و می‌بایست با خسارات قراردادی در نتیجه انحلال قرارداد (فسخ و یا انفساخ) متفاوت باشد.

نتایج این تحقیق حاوی نظریه‌ی پیشنهادی نویسنده رساله‌های است که مقاله از آن مستخرج شده است و لزوماً منعکس کننده موضع فعلی قوانین در حقوق ایران نمی‌باشد البته نظام حقوقی ایران ناگزیر به بازخوانی رویه حاکم بر ضمانت اجرای قراردادی است؛ چراکه لزوم طی فرآیند دادرسی اجرای اجباری عین تعهد از طریق دادگاه به عنوان مقدمه‌ی مطالبه خسارت، برای متعهدله بسیار پرهزینه و موجب اضرار بیش از پیش وی خواهد شد. نتیجه رویه متداول و حاکم بر حقوق ایران، چیزی جز این نیست که به متعهد امکان ارزیابی اقتصادی و انتخاب اختیاری

یکی از دو ضمانت اجرای نقض تعهدش را می‌دهد بدین شکل که پس احراز امتناع متعهد از اجرای عین تعهد، وی مخیر بین ایفای اجباری عین تعهد و یا پرداخت خسارت می‌شود پس در نتیجه این اختیار، نوعی حق برای متعهد قرارداد ایجاد خواهد شد که با هدف انتفاع بیشتر، اجرای عین تعهد و یا نقض تعهد و پرداخت خسارت (به مفهوم حداقلی) را انتخاب نماید و این موضوع به نوعی بیانگر اباحه نقض تعهد است و موجب سوء استفاده متعهد شده و ضرر بیشتر متعهدله را در پی دارد.

۷. سهم نویسندگان

کلیه نویسندگان به صورت برابر در تهیه و تدوین پژوهش حاضر مشارکت داشته‌اند.

۸. تضاد منافع

در این پژوهش هیچگونه تضاد منافی وجود ندارد.

منابع

قرآن کریم

- شربینی، محمود، المسئولیه المدنیه، فی الفقه الاسلامی، مجله العداله، ابوظبی، ۱۹۷۹م.
- شهیدی، مهدی، آثار قراردادهای و تعهدات، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۶.
- صفایی، سیدحسین، حقوق مدنی؛ جلد دوم (قواعد عمومی قراردادهای)، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۷.
- طباطبایی، سید محمد صادق، براری چناری، یوسف، ماهیت و احکام بدل حیلولة، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال اول، شماره دوم، ۱۳۹۱.
- عمید زنجانی، عباسعلی، موجبات ضمان، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۲.
- عمید زنجانی، عباسعلی، قواعد فقه، بخش حقوق خصوصی، جلد اول، تهران: نشر سمت، ۱۳۸۶.
- کاتوزیان، ناصر، نظریه عمومی تعهدات، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۵.
- کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادهای؛ جلد چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷.
- لطفی، اسدالله، قاعده لزوم، نشریه فقه، دوره چهارم، شماره یازدهم، ۱۳۷۶.
- محقق داماد، سیدمصطفی، مباحثی از اصول فقه (دفتر دوم: منابع فقه)، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۵.
- محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه، بخش مدنی (مالکیت، مسئولیت)، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۷.
- محقق داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه، بخش قضایی، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۳.
- محمد جمعه، عدنان، رفع الحرج فی الشریعۃ الاسلامیة، دمشق: نشر دار العلوم الانسانیة، ۱۴۲۳ق.
- موسوی بجنوردی، سیدحسن، القواعد الفقهیة، قم: نشر الهادی، ۱۳۷۷.
- نوحی، حمیدرضا، قواعد فقهی در آثار امام خمینی (جلد اول)، تهران: نشر عروج، ۱۳۸۶.
- یزدانیان، علیرضا، حقوق مدنی؛ قواعد عمومی مسئولیت مدنی، جلد اول، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۶.
- أبو اللیل، ابراهیم الدسوقی، تعویض الضرر فی المسئولیه المدنیة؛ درسه تحلیلہ تأصیلیہ لتقدير التعویض، کویت: مطبوعات جامعہ الکویت، ۱۹۹۵م.
- انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، ترجمه محمد مسعود عباسی، جلد چهارم، قم: موسسه انتشارات دارالعلم، ۱۳۹۲.
- انصاری، شیخ مرتضی، المكاسب، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۲ق.
- جابری عربلو، محسن، بررسی بدل الحیلولة، مقالات و بررسی ها، دفتر هشتاد و دوم، ۱۳۸۵.
- حائری، السیدکاظم، فقه العقود، جلد دوم، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۳ق.
- حسناوی، حسن حنتوش رشید، التعویض القضایی فی نطاق المسئولیه العقدیه: درسه مقارنه. عمان، مکتبه دارالثقافه النشر و التوزیع.
- حسینی فاضل، سید مرتضی، ضیائی، محمدعادل، ارزیابی انتقادیادله فقهی «بدل حیلولة»، فقه و مبانی حقوق اسلامی، سال پنجاه و یکم، شماره دوم، ۱۳۹۷.
- حسینی سیستانی، سیدعلی، قاعده لاضرر و لاضرار، قم: نشر مکتبۃ آیتالله سیدعلی السیستانی، ۱۳۷۲.
- خمینی، سیدروح الله الموسوی، بدایع الدرر فی قاعده نفی الضرر، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۴ق.
- خمینی، سیدروح الله الموسوی، کتاب البیع، جلد اول، قم: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ق.
- خمینی، سیدروح الله الموسوی، تحریر الوسیله، جلد دوم، قم: موسسه مطبوعات دارالعلم، ۱۴۰۹ق.
- داراب پور، مهربان، ارزیابی تطبیقی ایفای عین تعهد، مجله تحقیقات حقوقی. شماره شماره بیست و نهم، ۱۳۷۹.
- ره پیک، حسن، حقوق مدنی پیشرفته؛ مباحث تحلیلی شروط ضمن عقد، تهران: انتشارات خرسندی، ۱۳۹۳.

