

وحدت یا تکرر مبنای شیوه‌های ضمانت اجرای قراردادی: مطالعه تطبیقی در نظام حقوقی کامن‌لا و حقوق ایران

سیدمرتضی نعیمی*

استادیار، گروه حقوق خصوصی، واحد بندرانزلی، دانشگاه آزاد اسلامی، بندرانزلی، ایران، رایانامه: naeemi@iaubanz.ac.ir

چکیده

یکی از پرسش‌های نظریه قرارداد آن است که روش‌های متعدد ضمانت اجرای قراردادی، بر چه مبنایی استوارند و آیا همه از یک مبنا پیروی می‌کنند یا از مبانی متفاوت؟ در پاسخ به این پرسش، در نظام حقوقی کامن‌لا که محل نزاع دو شیوه اجرای عین تعهد و پرداخت خسارت است، برخی بر این باورند که این دو شیوه از مبنای واحدی پیروی می‌کنند و هر دو ناشی از اراده طرفین هستند. در مقابل، برخی دیگر به تکرر مبنای باور دارند و مبنای جبران خسارت را اراده قانونگذار یا حکم دادرس تلقی می‌کنند. در حقوق ایران، حقوقدانان به این موضوع به‌طور مستقل نپرداخته‌اند، ولی از مجموع نظرها در زمینه مبنای هریک از شیوه‌های ضمانت اجرای قراردادی به نظریه تکرر مبنای می‌رسیم. در این نوشتار، ضمن بررسی و ارزیابی نظریه‌های مزبور، از این مدعا دفاع شده است که در حقوق ایران نیز می‌توان برای همه شیوه‌های ضمانت اجرای قراردادی به مبنای واحد قائل شد و همه آنها را ناشی از اراده طرفین دانست که از سوی قانونگذار برای تضمین اراده همیارانه تأیید شده است.

کلیدواژه‌ها: حاکمیت اراده، ضمانت اجرای قراردادی، عرف معاملاتی، مبنای جبران‌ها، نظریه توسل مدنی.

* **استناد:** نعیمی، سید مرتضی (۱۴۰۲، زمستان) «وحدت یا تکرر مبنای شیوه‌های ضمانت اجرای قراردادی: مطالعه تطبیقی در نظام حقوقی

کامن‌لا و حقوق ایران»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، ۵۳، ۴: ۶۴۵-۶۲۵. DOI: 10.22059/JLQ.2024.351665.1007731

تاریخ دریافت: ۱۶ فروردین ۱۴۰۲، تاریخ بازنگری: ۵ مرداد ۱۴۰۲، تاریخ تصویب: ۲۲ اسفند ۱۴۰۲، تاریخ انتشار: ۲۳ اسفند ۱۴۰۲

۱. مقدمه

یکی از پرسش‌های مهم در حوزه نظریه توصیفی قرارداد، مربوط به مبنای شیوه‌های ضمانت اجرای قراردادی است (ر.ک: Markovits & Atiq, 2021). سؤال این است که هریک از روش‌هایی که قانونگذار در مقام ضمانت اجرا یا جبران برای نقض تعهد قراردادی انتخاب کرده است، بر چه اساسی استوار است و آیا این مبنای موجهه، در همه اقسام روش‌های جبرانی یکسان است؟ پاسخ به این پرسش، متضمن ارائه نظریه‌ای تفسیری است که به فهم و اصلاح نظام حقوقی موجود یاری می‌رساند (Oman, 2011: 531) و نیز در ارائه یک نظریه عام در زمینه نظام قراردادها کمک می‌کند.

در پاسخ به پرسش طرح‌شده، به مطالعه تطبیقی در دو نظام حقوقی کامن‌لا و حقوق ایران خواهیم پرداخت. در نظام حقوقی کامن‌لا، البته با تفاوت‌هایی جزئی در کشورهای مختلف، دو شیوه عمومی جبران برای نقض تعهدات قراردادی پیش‌بینی شده است: جبران نوع اول عبارت است از دستور دادگاه به خوانده مبنی بر اجرای تعهد به شکلی که در قرارداد قول داده شده است و جبران نوع دوم پرداخت خسارت است که به‌طور معمول به‌صورت خسارت انتظاری^۱ است. برخی حقوقدانان این نظام، بر این باورند که این دو شیوه از مبنای واحدی پیروی می‌کنند، درحالی‌که برخی دیگر قائل به تعدد مبنا هستند (Smith, 2014: 341).

در نظام حقوقی ایران، و در حوزه قواعد عمومی قراردادها، برای نقض تعهد قراردادی چند ضمانت اجرا تعیین شده است: حق حبس (در معاملات معوض)، الزام به اجرای عین تعهد، جبران خسارت (تأخیر یا عدم انجام تعهد) و فسخ قرارداد. در خصوص مبنای این ضمانت اجراها، نظریه منسجم و یکپارچه‌ای دیده نمی‌شود و اغلب نویسندگان به‌صورت پراکنده، به مبنای هریک پرداخته‌اند؛ برای مثال در زمینه مبنای حق حبس، به اصل همبستگی عوضین (کاتوزیان، ۱۳۸۰ [ب]: ۸۴-۸۳)، اصل موازنه (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳: ۱۸-۱۹)، اراده طرفین (انصاری، ۱۴۱۵: ۲۶۳) و وجود تعهدات متقابل (پارساپور و عیسائی تفرشی، ۱۳۸۸: ۱۳) اشاره شده است. در خصوص مبنای الزام به اجرای تعهد، گاه به حاکمیت اراده (صفایی، ۱۳۹۵: ۲۱۵) و گاه به مصالح اجتماعی استناد شده است (شهیدی، ۱۳۸۲: ۴۴؛ کاتوزیان، ۱۳۸۰ [ب]: ۲۵۱). در خصوص پرداخت خسارت، برخی به اراده طرفین (وحدتی شبیری، ۱۳۸۸: ۱۸۵-۱۸۶؛ محقق داماد و همکاران، ۱۳۸۱: ۳۴؛

1. Expectation damages

خسارت انتظاری یا خسارت مورد انتظار، جبرانی است که برای از دست دادن آنچه خواهان به‌نحو معقولی از معامله و ایفای تعهدات قراردادی انتظار داشته است، به او اعطا می‌شود (Garner, 2009: 474). هدف از این نوع جبران، قرار دادن زیان‌دیده در وضعیتی است که در صورت ایفای قرارداد، در آن وضعیت قرار می‌گرفت (نعمت‌اللهی، ۱۳۹۵ [ب]: ۱۳۲). در نظام حقوقی کامن‌لا، علاوه بر خسارت انتظاری، خسارت اعتماد و خسارت استرداد هم وجود دارد (برای مطالعه بیشتر ر.ک: نعمت‌اللهی، ۱۳۹۵ [ب]: ۱۳۲).

بیگدلی، ۱۳۹۶: ۴۴) و برخی دیگر به حکم قانونگذار (کاتوزیان، ۱۳۸۰ [ب]: ۱۴۶-۱۴۸؛ کاظمی و زارعی، ۱۴۰۱: ۲۴۶) اشاره کرده‌اند. برای مبنای حق فسخ نیز، به شروط ضمن عقد (صادقی‌نشاط، ۱۳۸۸: ۳۱۲؛ علی‌دایی احمدی و همکاران، ۱۳۹۸: ۱۴۲)، عرف و عادت (شیروی، ۱۳۷۷: ۶۵)، توسل به تعهدات متقابل (شیروی، ۱۳۷۷: ۶۵) و در نهایت جبران ضرر (امامی، ۱۳۹۱: ۳۴۵؛ نهرینی، ۱۳۹۵: ۱۱۷) استناد شده است. با مطالعه این نظریه‌ها می‌توان نتیجه گرفت که حقوق‌دانان ایرانی به مبنای واحدی برای این ضمانت اجراها اعتقاد ندارند و در نتیجه طرفدار دیدگاه تعدد مبنا هستند.

در این پژوهش، با روش توصیفی-تحلیلی، دو نظریه وحدت و تعدد مبنای جبران‌های قراردادی را در دو نظام حقوقی بررسی و ارزیابی خواهیم کرد و از این مدعا دفاع می‌کنیم که شیوه‌های مختلف ضمانت اجرای قرارداد از مبنای واحدی پیروی می‌کنند و همه برگرفته از اراده نوعی طرفین و در جهت تضمین اراده همیارانه طرفین هستند.

برای بررسی دو نظریه مذکور، مقاله حاضر در سه مبحث ارائه شده است؛ در قسمت اول به مبنای شیوه‌های ضمانت اجرای قراردادی در نظام حقوق کامن‌لا خواهیم پرداخت و سپس این مسئله را در حقوق ایران بررسی خواهیم کرد. در نهایت، نظریه مختار را تبیین خواهیم کرد.

۲. مبنای شیوه‌های ضمانت اجرای قراردادی در نظام حقوقی کامن‌لا

در خصوص مبنای شیوه‌های ضمانت اجرای قراردادی در نظام حقوق کامن‌لا، دو نظریه ارائه شده است؛ نظریه وحدت مبنا و نظریه تعدد مبنا. در این مبحث، به ترتیب هریک از دو نظریه را تبیین خواهیم کرد.

۲.۱. نظریه وحدت مبنا

نظریه وحدت مبنا معتقد است که یک اصل واحد، هر دو شیوه اصلی مقابله با نقض قرارداد را توجیه می‌کند. در این نظریه، پرداخت خسارت، نوع خاصی از دستور به اجرای عین تعهد تلقی می‌شود و هم دستور اجرای عین تعهد و هم پرداخت خسارت، در واقع، تأییدکننده تعهد اصلی هستند. هدف هر دو روش جبران این است که در زمان بعد از نقض تعهد، خواهان را در موقعیت اجرای تعهد قرار دهد. در حالت الزام به اجرای عین تعهد، این امر کاملاً محقق می‌شود، لیکن پرداخت خسارت، جانشین و نمایانگر هزینه‌های معقولی است که خواهان باید متحمل می‌شده است تا مورد تعهد را خود یا از طریق شخص ثالث انجام دهد. بنابراین اجرای عین تعهد و پرداخت خسارت، آنچه را که خواهان در چارچوب مفاد و شروط قراردادی ضروری است به دست آورد، به او اعطا می‌کنند؛ یا از طریق تحصیل مورد تعهد یا از طریق اخذ ارزش معادل آن (Benson, 2019: 268).

در نظام کامن‌لا، برای تبیین رابطه میان تعهد اولیه قراردادی و جبران خسارت، دو توضیح ارائه شده است؛ بر اساس نظر برخی فلاسفه حقوقی، هرچند جبران خسارت تعهدی ثانویه است، ولی بر اساس دلایل و مبانی تعهد اولیه، که بعد از نقض آن به حیات خود ادامه می‌دهند، توجیه می‌شود. اگر دلیلی برای توجیه ایفای تعهد اولیه وجود داشته باشد، در صورت نقض آن تعهد، همان دلیل و مبنا توجیه می‌کند که بهترین اقدام بعدی چه می‌تواند باشد که همان پرداخت خسارت است. (تز تداوم) (Raz, 1982: 936-937; Gardner, 2011: 33). برای مثال از نظر جوزف رز، این دلایل عبارت‌اند از حمایت از متعهدله در مقابل ضرر و زیان و نیز حمایت از رویه عملی بر عهده گرفتن داوطلبانه تعهدات (Raz, 1982: 938).

مطابق با نظر دوم، در اثر قرارداد حقی اولیه به وجود می‌آید که حتی بعد از نقض قرارداد نیز به حیات خود ادامه می‌دهد و پاسداشت این حق، مقتضی ایفای تعهد یا پرداخت خسارت است (Weinrib, 2008: 12; Ripstein, 2007: 1979). به عبارت دیگر، هرچند نقض عهد ممکن است موضوع فیزیکی حق را از بین ببرد، ولی خود حق، که رابطه هنجاری میان طرفین ایجاد می‌کند، از بین نمی‌رود. با بقای حق، تکلیف ناشی از آن نیز باقی می‌ماند. البته این حق در صورت عدم امکان اجرای عین تعهد تغییر شکل می‌دهد و بر این مبنا، تکلیف متناظر آن نیز تغییر شکل می‌دهد و از خود موضوع به معادل آن تعلق می‌گیرد (Weinrib, 2008: 12-13). بنابراین پرداخت خسارت همان شکل تغییر یافته تعهد اولیه است.

در هر حال، با وجود برخی تفاوت‌ها، دو دیدگاه بر این امر توافق دارند که تبیین تعهد ثانویه مبنی بر اجرای قرارداد یا پرداخت خسارت، در تبیین تعهد اولیه نهفته است و به هیچ اصل اضافی و مکمل دیگری نیاز نیست. چه دادگاه دستور به اجرای تعهد دهد و چه حکم به جبران خسارت، این تصمیمات به خواننده دستور می‌دهند تا با توجه به اوضاع و احوال و شرایط موجود، به بهترین شکل ممکن از مفاد قرارداد و تعهد اولیه قراردادی یا دلایل در بنیاد آن متابعت کند. بنابراین در این نظریه، هم اجرای عین تعهد و هم جبران خسارت مستقیماً با تعهد اولیه ارتباط دارند و نه با نقض تعهد و نقش نقض تعهد فراهم آوردن شرایط برای اعمال تعهد ثانویه است (Smith, 2014: 350-352). منطق این دیدگاه آن است که متعهد باید حداکثر تلاش خود را برای متابعت از قرارداد و ایفای تعهدات قراردادی مبذول دارد. اگر انجام تعهد قراردادی اولیه امکان‌پذیر نباشد، باید به بهترین گزینه بعدی عمل شود. بدین ترتیب در هر زمانی باید به مقتضای انجام تعهد و بهترین روش انجام آن نگریست (Gardner, 2011: 33).

مهم‌ترین اشکالی که بر نظریه وحدت مبنا گرفته می‌شود آن است که این نظریه نمی‌تواند با توجه به حقایق تاریخی و ساختار ویژه نظام کامن‌لا، تبیین دقیقی ارائه دهد. منتقدان بر این باورند که تحلیل دقیق قواعد حاکم بر اقامه دعوی خسارت، پرداخت خسارت و احکام

دادگاه‌ها نشان می‌دهد که در نظام کامن‌لا، در صورت نقض تعهد قراردادی، تکلیف اولیه و یا حتی ثانویه‌ای به پرداخت خسارت، که بتوان آن را به قرارداد نسبت داد، وجود ندارد. در این نظام، مسئولیت پرداخت خسارت به خواهان، بعد از اقامه دعوا و صدور رأی محکومیت علیه خواننده، ایجاد می‌شود. آنچه وجود دارد، صرفاً حق اقامه دعوا در صورت نقض قرارداد است (Oman, 2011-12: 139).

همچنین این نظریه قادر نیست تبیین کند، چرا در نظام حقوقی کامن‌لا شرط وجه التزام کیفری، با وجود توافق طرفین بر سر آن، از سوی دادگاه مورد پذیرش قرار نمی‌گیرد (Oman, 2011: 533) و دادگاه‌ها در حالتی که خسارت تعیین شده، بیش از خسارت واقعی است، با کنار گذاشتن شرط، خود اقدام به برآورد خسارت می‌کنند.

۲.۲. نظریه تعدد مبنا

بنابر این نظریه، جبران خسارت و الزام به اجرای عین تعهد از حیث مبنا تفاوت دارند؛ دستور به پرداخت خسارت توسط دادگاه صادر می‌شود و تکلیف کاملاً جدیدی است که هدف از آن جبران یک خطای مدنی است. بر خلاف دستور به اجرای عین تعهد که پاسخی است به حق‌ها، پرداخت خسارت پاسخی است به خطاها. طرفداران نظریه تعدد مبنا بر این باورند بهتر می‌توانند این مسئله را توضیح دهند که چرا گاهی دادگاه‌ها به خواننده دستور می‌دهند تا هزینه انجام تعهد توسط شخص ثالث را پرداخت کند (Smith, 2014: 354 و نیز ر.ک: Goldman & Zipursky, 2012: 265-268).

از نظریه تعدد مبنا، دو قرائت وجود دارد؛ یک برداشت بر این باور است که مبنای پرداخت خسارت، حکم قانونگذار است که برای جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد، که یک خطا محسوب می‌شود، حکم به پرداخت خسارت می‌کند، همان‌گونه که برای جبران خسارت ناشی از خطای مدنی، پرداخت خسارت را مقرر می‌دارد. برداشت دوم، ایده خود را بر نظریه «توسل مدنی»^۱ مبتنی می‌کند. این نظریه، در اصل، در پاسخ به مبنای مسئولیت در حوزه مسئولیت مدنی ارائه شده است و مطابق با آن، پاسخ به پرسش از مبنای جبران خسارت، در مفهوم «حق اقامه دعوا» نهفته است. این اصطلاح، به یک استحقاق قانونی نسبت به اقدام و اقامه دعوا علیه زیانگر احتمالی اشاره دارد. به عبارت دیگر، حق خواهان برای اقامه دعوا، قدرتی است که به او اعطا می‌شود تا از خواننده، جبرانی را مطالبه کند. البته این قدرت همیشه مشروط و موقتی است و ادعای قربانی باید در دادگاه ثابت شود تا حکم به جبران صادر شود (Goldman & Zipursky, 2012: 266). مطابق با نظریه زیپرسکی و گولدمن، اصلی به نام توسل مدنی وجود دارد که بیان

می‌دارد شخصی که حقیقت مبنی بر در معرض رفتار خاصی قرار نگرفتن، توسط مرتکب خطای مدنی نقض شده است، محق است که ابزاری برای وی مهیا شود که به کمک آن، از طریق نظام حقوقی، به مرتکب خطای مدنی پاسخ دهد (Goldman & Zipursky, 2012: 268).

درحالی‌که بر اساس نظریه وحدت مبنا، تکلیفی بر نقض‌کنندگان تعهدات قراردادی تحمیل می‌شود که بر اساس آن، آنها باید به کسانی که زیان وارد کرده‌اند، خسارت پرداخت کنند، مطابق با نظریه توسل مدنی، چنین تکلیفی برای پرداخت خسارت وجود ندارد، بلکه خطای منجر به زیان یا نقض قرارداد به خواهان قدرتی اعطا می‌کند که به موجب آن می‌تواند علیه خواننده اقامه دعوا کرده و از او آنچه را که قانون اجازه می‌دهد، مطالبه و دریافت کند (Oman, 2011-12:144-145).

فقدان تکلیف قانونی مبنی بر پرداخت خسارت، خود را در تفسیر احکام دادگاه‌ها مبنی بر پرداخت خسارت نشان می‌دهد. در دعوای مطالبه خسارت قراردادی، خواهان محکوم‌له حکمی مبنی بر «مسئولیت» خواننده کسب می‌کند. اما حکم مسئولیت بدان معنا نیست که برای خواننده «تکلیفی» مبنی بر پرداخت محکوم‌به به خواهان ایجاد خواهد شد. بلکه حکم صادره به معنای اعطای اختیار و قدرتی قانونی به خواهان است که بتواند علیه خواننده اقدام کند و برای اجرای حکم، مالی را از خواننده اخذ کند. به همین سبب است که عدم پرداخت محکوم‌به توسط خواننده، خطایی قانونی نیست و به مسئولیت اضافی یا سایر ضمانت اجراها (برای مثال حبس یا ارتکاب جرم و در نتیجه تحمل مجازات) منجر نمی‌شود. حتی ممکن است خواهان به حق خود نرسد، چون خواننده هیچ مالی خارج از مستثنیات دین ندارد یا به سبب اینکه خواهان فاقد منابع و اطلاعات لازم برای تشخیص و تعیین اموال خواننده است (Oman, 2011: 152-153).

بدین ترتیب مبنای جبران خسارت خواهان توسط خواننده، حکمی است که توسط دادگاه صادر شده است و این حکم اختیاری را به خواهان برای مطالبه خسارت می‌دهد.^۱ اما نقش

۱. اصطلاح ضمانت اجرا (remedy) در کامن‌لا، لاقلاً در پنج معنا استفاده شده است. یکی از این معانی که اولین بار بلاکستون، شارح معروف انگلیسی، به کار برده است، به مفهوم حقی است که از حکم دادگاه ناشی می‌شود. در واقع، بلاکستون، جبران را فقط در این معنا به رسمیت می‌شناسد (ر.ک: Birks, 2000: 15-16). به نظر می‌رسد که نظریات مبتنی بر توسل مدنی، از این نظریه متأثرند. مبنای این برداشت آن است که در بخش عمده‌ای از تاریخ نظام کامن‌لا، تمایزی اساسی میان دو نوع دعوای حقوقی وجود داشته است؛ دعوایی که خواهان در پی الزام یک حق بوده است و دعوایی که خواهان درصدد جبران خسارت ناشی از یک خطا بوده است. در دعوای اول، خواننده می‌تواند با برآورده ساختن خواسته (مثلاً پرداخت یک دین) قبل از طرح دعوا، از روبه‌رو شدن با دادگاه خلاصی یابد، ولی در حالت دوم، جایی که دعوا مبتنی بر یک خطای مدنی است، این گزینه وجود ندارد. بنابراین پیش‌پرداخت خسارت یک گزینه جبرانی نیست، به این سبب که خواهان در پی الزام یک حق نیست. این تمایز می‌تواند توجیه کند که چرا حقوقدانان در نظام کامن‌لا، به‌طور سنتی، درباره مسئولیت (liability) پرداخت خسارت سخن می‌گویند و نه تکلیف (duty) به پرداخت خسارت. و باز این امر توضیح می‌دهد که

قرارداد در این میان چیست؟ بر اساس نظریه توسل مدنی، نقش قرارداد این است که اولاً شرایطی را که به موجب آن می‌توان دست به عمل متقابل زد، مشخص می‌کند و ثانیاً وجود قرارداد می‌تواند اقامه دعوا از دادگاه برای جبران ضرر را تسهیل کند. در واقع، با وجود قرارداد است که دادگاه می‌تواند رأی در محکومیت خواننده صادر کند (Oman, 2011: 542).

مهم‌ترین ایرادی که بر نظریه توسل مدنی وارد شده این است که این نظریه، با ادبیات مفهومی و ساختاری که قضات و اغلب کنشگران حقوقی از جبران خسارت و تکلیف به آن درک می‌کنند، همخوانی ندارد، بنابراین ساختار مفهومی این بخش از حقوق را معیوب می‌کند (Ripstein, 2011: 205-206). به عبارت دیگر، منتقدان بر این باورند که این نظریه، درکی را که قضات و حقوقدانان از چارچوب مسئولیت قراردادی و نظام ضمانت اجراها دارند، رد می‌کند. ایراد دیگر این است که نظریه توسل مدنی، سایر اهداف نظام جبران (مانند جبران خسارت، بازدارندگی یا کارایی) را به یک هدف خاص که همان تلافی باشد فرو می‌کاهد و این اهداف را زیر سؤال می‌برد (Calabresi, 2013: 468; Robinette, 2010-11: 433).

۳. مبنای شیوه‌های ضمانت اجرای قراردادی در حقوق ایران: بررسی دکترین حقوقی

در حقوق قراردادهای ایران، نظریه‌ای یکپارچه از مبنای ضمانت اجراهای قراردادی دیده نمی‌شود و نویسندگان در خصوص هریک از شیوه‌های جبران، جداگانه نظر داده‌اند. در این مبحث، در خصوص هریک از شیوه‌های این نظرها به ترتیب بحث شده است.

۳.۱. مبنای حق حبس

به نظر می‌رسد که می‌توان حق حبس را به‌مثابه یک ضمانت اجرا در کلیه عقود معوض پذیرفت^۱ (ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۸۰ [الف]: ۲۵۳؛ پارساپور و عیسایی تفرشی، ۱۳۸۸؛ فتوحی‌راد و همکاران،

چرا حقوقدانان به قواعد حاکم بر جبران خسارت، قواعد ارزیابی و تخمین خسارت می‌گویند، زیرا خسارات توسط دادگاه‌ها تعیین می‌شود و آنها هستند که قواعد را اعمال می‌کنند (Smith, 2014: 348-349).

۱. شاید گفته شود که در حقوق ایران، حق حبس اقدامی پیشگیرانه برای جلوگیری از نقض قرارداد است و نه ضمانتی جهت نقض تعهد قراردادی. برای نمونه، برخی استادان، بحث حق حبس را ذیل گفتار «اجرای اجباری عقد» آورده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۰ [ب]، ش. ۷۲۶ به بعد). با وجود این، به نظر می‌رسد که حق حبس را می‌توان یکی از اقسام جبران در معنای عام (remedy) یا به عبارت بهتر، یکی از روش‌های تضمین اجرای قرارداد (شامل ابزارها یا روش‌های ممانعت از نقض یک حق (preventing a wrong)، الزام به اجرای یک حق (enforcing a right) یا جبران نقض یک حق (redressing a wrong) (ر.ک: Garner, 2009: 1435)) دانست که به موجب آن، متعهدله حق دارد تعهد خود را اجرا نکند و یا به تعلیق درآورد. از مطالعه آثار برخی استادان حقوقی نیز همین دیدگاه برداشت می‌شود (ر.ک: صفایی، ۱۳۹۵: ۳۹؛ کاتوزیان، ۱۳۸۰ [ب]: ۹۸). در حقوق فرانسه نیز حق حبس در بند ۱ ماده ۱۲۱۷ و ذیل عدم اجرای قرارداد، در کنار سایر جبران‌های قراردادی قرار گرفته است.

۱۴۰۰). در خصوص مبنای حق حبس در قراردادها نظریه‌های متعددی ارائه شده است (پارساپور و عیسایی تفرشی، ۱۳۸۸: ۷ به بعد؛ فتوحی‌راد و همکاران، ۱۴۰۰: ۷۸۶ به بعد). در اینجا، به چهار مبنای مهم که بیشترین طرفدار را دارد، اشاره می‌شود:

۱. اصل همبستگی عوضین: بر این اساس، مقتضای هر معاوضه، مبادله و جابه‌جایی است و حتی می‌توان گفت که لزوم وجود عوض متقابل در عقود معوض، اصلی برتر از اراده است و بر تراضی طرفین تحمیل می‌شود. این همبستگی در اجرای تعهدات نیز جاری است و انگیزه هریک از طرفین دارا شدن و در اختیار گرفتن عوض متقابل است (کاتوزیان، ۱۳۸۰: [ب] ۸۴-۸۳). نتیجه منطقی این اصل، یکی ایجاد حق حبس است (کاتوزیان، ۱۳۸۰: [ب] ۸۵؛ صفایی، ۱۳۹۵: ۳۸-۳۹).

۲. اصل موازنه: در عقود معاوضی مالی، سه قاعده یا اصل وجود دارد که مبتنی بر موازنه هستند: موازنه در تملیک، موازنه در ارزش عوضین و موازنه در تسلیم. این سه اصل بسیاری از قواعد عمومی قراردادها را توجیه می‌کنند. حق حبس متأثر از موازنه در تسلیم است (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۳: ۱۸-۱۹).

۳. اراده طرفین: این نظریه، بیشتر در فقه طرفدار دارد. مطابق با نظر شیخ انصاری، عقد بیع مبتنی بر تقابض و معامله دست به دست است. پس اگر هریک از طرفین ملتزم‌اند که همزمان با تسلیم طرف دیگر و نه بدون آن، عین را تحویل دهند، بر اساس اطلاق عقد، هریک حق دارد در صورت امتناع طرف مقابل، از دادن مال مربوطه خودداری کند (انصاری، ۱۴۱۵: ۲۶۳). صاحب جواهر نیز حق امتناع یکی از طرفین از دادن عوض در صورت امتناع طرف مقابل را از باب مقتضای معاوضه دانسته که از بنای طرفین معلوم است و اطلاق عقد در این مورد مانند تصریح است (نجفی، ۱۳۶۲: ۱۴۶).

۴. وجود تعهدات متقابل: مطابق با این نظریه، هر جا که تعهدات متقابلی وجود داشته باشد، اعم از اینکه ناشی از قرارداد یا خارج از قرارداد باشد، به دلیل تساوی دو تعهد و عدم تقدم و رجحان یکی نسبت به دیگری، به حکم عقل (قبح ترجیح بلا مرجح) نمی‌توان یکی از دو متعهد متقابل را تکلیف به انجام تعهد مربوطه کرد، درحالی‌که طرف مقابل به تعهد خود پایبند نیست (پارساپور و عیسایی تفرشی، ۱۳۸۸: ۱۳؛ و نیز ر.ک: فتوحی‌راد و همکاران، ۱۴۰۰: ۷۹۲-۷۹۳).

۲.۳. مبنای الزام به اجرای تعهد

برخی نویسندگان الزام به اجرای عین تعهد را از تبعات اجرای اصل وفای به عهد و تداوم اجرای آن دانسته‌اند (صفایی و الفت، ۱۳۸۹: ۴۴؛ صفایی، ۱۳۹۵: ۲۱۵). همچنین بیان شده که اجباری بودن قرارداد موافق مصلحت جامعه است. مصلحت جامعه اقتضا می‌کند که معاملات و روابط

اقتصادی افراد استحکام و ثبات داشته باشد. اگر کسی از زیر بار تعهدات خویش شانه خالی کند، روابط اجتماعی مختل خواهد شد و نظم جامعه برهم خواهد خورد (صفایی، ۱۳۹۵: ۱۶۸). استاد دیگری بیان کرده است: «اجرای تعهدات اعم از قراردادی یا غیرقراردادی، مبنای نظام اجتماعی است و در نتیجه، الزام مستقیم و غیرمستقیم متعهد به انجام تعهد، تأمین‌کننده اساس این نظام است. اگر متعهد متخلف را که علاقه‌ای به اجرای قراردادی نشان نمی‌دهد، نتوان ملزم به اجرای تعهد خویش کرد، تکلیف و تعهد در روابط حقوقی و اجتماعی، مفهوم خود را از دست خواهد داد» (شهیدی، ۱۳۸۲: ۴۴ و ۲۷)، بنابراین ایشان، به‌طور کلی، نظم و مصلحت اجتماعی را مبنایی برای الزام به انجام تعهد می‌دانند. یکی دیگر از استادان نیز الزام ناشی از عقد را چهره‌ای از الزام اجتماعی دانسته است (کاتوزیان، ۱۳۸۰: [ب]: ۲۵۱). در مجموع به‌نظر می‌رسد که الزام ناشی از قرارداد از نظر اغلب استادان، ریشه در مصالح اجتماعی دارد.

۳.۳. مبنای مطالبه خسارت ناشی از نقض قرارداد

در خصوص مبنای خسارت ناشی از نقض تعهد قراردادی، دو نظریه اصلی وجود دارد؛ برخی آن را ناشی از اراده طرفین می‌دانند و برخی ناشی از حکم قانون.

۱. برخی نویسندگان، اغلب به استناد ماده ۲۲۱ ق.م.، مبنای ارادی را ترجیح داده‌اند. این ماده مقرر می‌دارد: «اگر کسی تعهد اقدام به امری را بکند یا تعهد نماید که از انجام امری خودداری کند در صورت تخلف مسئول خسارت طرف مقابل است مشروط بر اینکه جبران خسارت تصریح شده و یا تعهد عرفاً به منزله تصریح باشد و یا بر حسب قانون موجب ضمان باشد.» به نظر برخی از حقوق‌دانان، لحن ماده نشان می‌دهد که مسئولیت قراردادی در معنای جبران خسارت ناشی از نقض تعهد قراردادی، امری استثنایی است و در صورتی محقق می‌گردد که شرطی صریح یا ضمنی اعم از عرفی یا قانونی در عقد وجود داشته باشد و یا قانون حکم به جبران خسارت دهد (وحدتی شبیری، ۱۳۸۸: ۱۸۵-۱۸۶). بدین ترتیب خسارت ناشی از تخلف قراردادی از متن عقد و اراده طرفین برمی‌خیزد (وحدتی شبیری، ۱۳۸۸: ۱۸۶).

نویسندگان دیگری نیز برای مطالبه خسارت قراردادی مبنای ارادی را برگزیده‌اند. توجیه این است که چون در فقه برای جبران خسارت قلمرو محدودی در نظر گرفته شده است و همه جا سخن از تلف مال است و از سوی دیگر، مفاد قواعد اتلاف و تسبیب در فقه، محدود به خسارت عینی است و مثلاً شامل عدم‌النتفع نمی‌شود و در نتیجه بسیاری از مصادیق خسارات ناشی از نقض عهد قراردادی مشمول اتلاف و تسبیب نمی‌شود و از سوی دیگر، نظر بزرگان فقها این است که قاعده لاضرر در باب ضمان مالی قابل استناد نیست (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۴۶۶-۴۶۷)، از این رو قانونگذار در ماده ۲۲۱ ق.م. به حاکمیت اراده روی آورده و در بخش اخیر ماده ۲۲۱، از نهاد شرعی شرط ضمن عقد بهره جسته و مسئولیت مدنی ناشی از تخلف از

اجرای تعهد را بر اساس آن استوار ساخته است. این نهاد ریشه در حاکمیت اراده طرفین دارد؛ یعنی شرط ضمن عقد یا صریح است یا ضمنی و شرط ضمنی یا بنایی است، یعنی در متن در عقد نیامده است، ولی عقد متبانیاً بر آن واقع شده است یا شرط ضمنی عرفی است که اگرچه در متن عقد تصریح نشده است، ولی تعهد عرفاً به منزله تصریح بدان است یا شرط ضمنی قانونی که آن هم در متن عقد تصریح نشده است، ولی قانون آن را از لوازم تعهد به شمار می‌آورد. همه این اقسام حتی قسم اخیر، از اراده دو طرف سرمنشأ می‌گیرد (محقق داماد و همکاران، ۱۳۸۱: ۳۴).

نویسنده دیگری، هرچند استدلال نویسندگان مذکور را از حیث محدود دانستن چارچوب فقه اسلامی برای تدارک زیان ناشی از قرارداد نقد کرده، ولی با استدلالی مشابه در نهایت نتیجه گرفته است که هدف قانونگذار از وضع ماده ۲۲۱ ق.م.، تمایز قائل شدن میان مبنای مسئولیت قراردادی و خارج از قرارداد بوده، بنابراین قانونگذار خواسته است تنها خسارتی را قابل جبران بداند که برخاسته از خواست و اراده طرفین باشد و به همین سبب، برای رفع هرگونه شک و شبهه‌ای انواع خسارات منتسب به اراده را مورد اشاره قرار داده است. به تعبیر ایشان، اگر خسارتی در قانون پیش‌بینی شده باشد، طبق قاعده جهل به قانون مسموع نیست، باز می‌توان آن را به اراده ضمنی طرفین منتسب کرد (بیگدلی، ۱۳۹۶: ۴۴).

۲. در مقابل، نظر دیگر این است که مسئولیت قراردادی متعهد مبنی بر جبران خسارت ناشی از عدم انجام تعهد، معادل انجام تعهد اصلی نیست و التزام دیگری است که در نتیجه عهدشکنی به وجود می‌آید و منبع مستقیم آن عدم اجرای عقد است. بنابراین مسئولیت قراردادی را نباید با مسائل مربوط به اجرای عقد مخلوط کرد. به بیان دیگر، التزام به جبران خسارت طلبکار قراردادی، دنبال و بدل تعهد اصلی نیست، بلکه ضمان عارضی است که در اثر تقصیر متعهد و کوتاهی او در وفای به عهد به وجود آمده است و انتساب آن به قرارداد به این اعتبار است که مبنای تقصیر مسئول، نقض قرارداد او با زیان‌دیده است نه تکلیف عمومی مربوط به خودداری از اضرار به دیگران. به نظر ایشان، مسئولیت مبنای مشترک دارد و نقض عهد اگر به عمد صورت گیرد یا آمیخته به تقصیر باشد، از دید قانونگذار ضمان به بار می‌آورد و همان‌گونه که تجاوز از حکم قانون ضمان‌آور است، بی‌اعتنایی به فرمان احترام به قرارداد نیز ایجاد مسئولیت می‌کند و هر دو تقصیر است و سرپیچی و تجاوز با این تفاوت که یکی سرپیچی مستقیم است و دیگری تجاوز با واسطه (کاتوزیان، ۱۳۸۰ [ب]: ۱۴۸-۱۴۶). بنابراین هرچند خسارت عهدشکنی یا مسئولیت قراردادی ضمن مباحث مربوط به قواعد عمومی قراردادها می‌آید ولی نباید این نکته را فراموش کرد که مبنای جبران خسارت همان است که در مسئولیت مدنی می‌آید، یعنی ضرر ناروا باید جبران شود (کاتوزیان، ۱۳۸۰ [ب]: ۱۴۹).

برخی دیگر از حقوقدانان نیز ضمن تأیید این نظر، در توجیه رأی خود آورده‌اند که در نظام حقوقی اسلام، تفکیکی میان مسئولیت قراردادی و غیرقراردادی وجود ندارد و جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد بر مبنای قواعد ضمان قهری صورت می‌گیرد و از باب اتلاف است (کاظمی و زارعی، ۱۴۰۱: ۲۴۶؛ و نیز ر.ک: نعمت‌اللهی، ۱۳۹۵ [الف]: ۱۲۴-۱۲۳)، مگر اینکه در قرارداد وجه التزام تعیین شده باشد یا جبران خسارت، از لوازم عرفی قرارداد تلقی شود که در این صورت، جبران خسارت و مسئولیت قراردادی از آثار قرارداد و نوعی وفای به عهد است (کاظمی و زارعی، ۱۴۰۱: ۲۴۹).

۳.۴. مبنای حق فسخ قرارداد

در خصوص مبنای حق فسخ در قراردادها، چهار مبنا پیشنهاد شده است:

۱. توسل به شروط ضمن عقد: بر اساس آن، در قراردادهای معوض، معامله بر اساس یک شرط ضمنی شکل می‌گیرد که اگر یکی از متعهدین از انجام تعهد خود امتناع کند، طرف دیگر می‌تواند اجبار متعهد را درخواست کند و اگر اجبار او ممکن نبود، به استناد خیار تخلف شرط ضمنی، معامله را فسخ کند (صادقی نشاط، ۱۳۸۸: ۳۱۲؛ علی‌دایی احمدی و همکاران، ۱۳۹۸: ۱۴۲). این مبنا با ضمانت اجرای ماده ۲۳۹ ق.م. مطابق است.

۲. توسل به عرف و عادت: در این زمینه به ماده ۲۲۵ ق.م. استناد می‌شود که مطابق با آن، متعارف بودن امری در عرف و عادت به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد، به منزله ذکر در عقد است. از منظر عرف، قراردادهای معوض متضمن دو تعهد متقابل است که لزوم انجام آن از دید عرف مسجل است و لازم نیست حتماً در عقد ذکر شود تا به منزله شرط ضمن عقد، در صورت تخلف، حق فسخ ایجاد شود. بنابراین همانند شروط مصرحه در عقد، که تخلف از آنها موجب حق فسخ است، تخلف از تعهدات عرفی نیز موجب حق فسخ می‌شود (شیروی، ۱۳۷۷: ۶۴).

۳. توسل به تعهدات متقابل: در عقود معوض، تعهدات هر طرف به تعهدات طرف دیگر گره خورده است و این ارتباط نه تنها در مرحله انشای عقد، بلکه در استمرار آن نیز وجود دارد. بنابراین اگر در مرحله اجرا مشخص شود که انجام تعهد از سوی طرف دیگر غیرممکن است، انجام تعهد متقابل نیز منتفی خواهد شد. حال اگر انجام تعهد امکان دارد ولی متعهد از انجام تعهد سرباز می‌زند، دلیلی وجود ندارد که طرف مقابل را به انجام تعهد اجبار کنیم و متعهدله باید بتواند قرارداد را فسخ کرده و خود را از تعهدات قراردادی خلاص کند (شیروی، ۱۳۷۷: ۶۵-۶۶).

۴. اصل لاضرر: مبنای حق فسخ، جبران ضرر (امامی، ۱۳۹۱: ۳۴۵) و نیز جلوگیری از ورود زیان بیشتر به متعهدله است (نهرینی، ۱۳۹۵: ۱۱۷) که هر دو را می‌توان تحت اصل لاضرر قرار داد (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۶۲).^۱

۴. وحدت مبنا؛ تضمین اراده همیارانه

از یک منظر، همه جبران‌های قراردادی (و حتی الزام به اجرای قرارداد) را می‌توان ناشی از اراده قانونگذار دانست، زیرا توسل به آنها در محضر دادگاه، مستند به وضع آن توسط قانونگذار است. اما پرسش اصلی نظریه جبران‌ها آن است که این سازوکارهای قانونی بر چه مبنایی استوارند؟ آیا جبران‌های قانونی، همان بیان قانونی اراده‌ها هستند یا اینکه از مصالح و ارزش‌های متنوعی ناشی شده‌اند؟ در پاسخ به این پرسش، این نوشتار از وحدت مبنا دفاع می‌کند و مدعا این است که همه این سازوکارها و تضمین‌های قراردادی را می‌توان به اراده نوعی قراردادی نسبت داد که قانونگذار در فرایندی کشفی، آنها را در نظام حقوق قراردادهای تعبیه کرده است. ممکن است ایراد شود که یک یا هر دو طرف قرارداد، در حین انعقاد آن، بعضاً، تصویر دقیقی از ضمانت‌های قراردادی ندارند یا اصولاً به آن نمی‌اندیشند. برای مثال برخی محققان ایراد گرفته‌اند که هنگام انعقاد قرارداد، مفهوم حق حبس در ذهن طرفین خطور نمی‌کند و این امر با واقعیات معامله و آنچه در ذهن عقلاست منافات دارد (پارساپور و عیسائی تفرشی، ۱۳۸۸: ۱۱). این سخن در مواردی می‌تواند صحیح باشد، ولی اولاً پی بردن به اراده و قصد ذهنی طرفین یک قرارداد خاص، امری دشوار و گاهی غیرممکن است و ثانیاً قانونگذار نمی‌تواند برای تعبیه ضمانت اجراهای قراردادی به یک معامله خاص عنایت کند. در حقیقت، وقتی حق حبس یا سایر تضمین‌های قراردادی به اراده نسبت داده می‌شود، به این معنا نیست که در لحظه انعقاد یک معامله خاص، لزوماً، طرفین آگاهانه به اعمال آنها می‌اندیشند یا به آنها تصریح می‌کنند. تبیین ضمانت‌های قراردادی بر مبنای اراده، مبتنی بر فرایند تکامل عرف معاملاتی، رسوخ آن در اذهان نوعی طرفین بالقوه یک قرارداد و در نهایت، ایجاد انتظارات نوعی، تحت تأثیر عرف، در طرفین یک قرارداد است.

توضیح آنکه همه معاملات در بستر و چارچوب عرفی منعقد می‌شوند که در گذر زمان و متأثر از عوامل محیطی، به‌ویژه منطق و عقلانیت اقتصادی، شکل گرفته‌اند. به عبارت دقیق‌تر، شکل‌گیری عرف معاملاتی نتیجه تعامل و بده‌بستان شرایط محیطی و اقتصادی و اذهان جامعه

۱. البته نظر مشهور در فقه این است که قاعده لاضرر حکمی اثباتی نیست و حکمی ثانویه و محدودکننده محسوب می‌شود. با وجود این، در این نوشتار، نظری پذیرفته شده که قاعده لاضرر را حکمی اثباتی و در معنای نفی ضرر جبران‌نشده یا نهی اضرار به غیر می‌داند. در تأیید این نظر، ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۱۵۴-۱۵۵؛ بادینی و مؤمنی، ۱۳۹۲: ۲۶-۲۸؛ محقق داماد، ۱۳۸۲: ۱۶۰-۱۶۲.

عرفی در فرایندی زمان‌بر است. با گذشت زمان، آداب و رسوم یا قواعد عرفی معاملات در اذهان اعضای جامعه عرفی نقش می‌بندد و هسته‌ای را تشکیل می‌دهد که البته با تغییر شرایط، عرف و به تبع آن، ذهنیت اعضا نیز، به آرامی، دگرگون می‌شود. بدین ترتیب در اذهان طرفین یک معامله، در خصوص تشکیل یا اجرای قرارداد و نیز ضمانت اجرای نقض یک قرارداد، نوعاً، انتظاراتی شکل می‌گیرد. به عبارت دیگر، کسانی که اقدام به انعقاد معامله می‌کنند، به‌ویژه در معاملاتی که دارای سابقه‌ای طولانی در بستر اقتصادی یک جامعه هستند، در پس ذهن خود تصویری از ارکان قرارداد و آنچه در صورت نقض آن رخ خواهد داد، دارند. بنابراین درست است که طرفین هنگام انعقاد عقد، عادتاً، انتظار نقض قرارداد را ندارند و اگر این انتظار را داشته باشند و در ید قدرت معاملاتی آنها هم باشد، بر تضمین‌ها تصریح یا تأکید می‌کنند و درست است که طرفین ممکن است تصور دقیقی از شرایط و نحوه اجرای ضمانت‌ها نداشته باشند، ولی اگر هنگام انعقاد عقد، فرض نقض قرارداد مطرح شود، بر اساس رسوخ عرف جاری یا منطق اقتصادی معاملاتی در اذهان، به پاسخ‌هایی مانند حق حبس، الزام به انجام تعهد، جبران خسارت یا حق فسخ خواهیم رسید. یکی از دلایل این استنتاج، وجود این ضمانت‌ها در نظام‌های مختلف حقوقی و شباهت سیستم‌های حقوقی در زمینه شیوه‌های جبران است.

بدین ترتیب می‌توان همه ضمانت‌های قراردادی را به اراده نوعی طرفین نسبت داد. در خصوص مبنای حق حبس، می‌توان دو نظریه همبستگی عوضین و یا نظریه موازنه را نیز در راستای تفسیر اراده طرفین و عرف معاملاتی دانست. به عبارت دیگر، اگر در رابطه با منشأ و مبنای همبستگی عوضین و یا مبنای وجود موازنه در معاملات معوض پرسش شود، در نهایت به این امر می‌رسیم که برداشت و تصور نوعی یا عرفی طرفین یک معامله معوض از معامله و ارکان آن است که به شکل‌گیری تصور همبستگی عوضین یا موازنه در تسلیم منجر می‌شود. الزام به اجرای عین تعهد نیز ناشی از اراده طرفین و در واقع، مبتنی بر انتظارات منطقی طرفین و شهودات اخلاقی و عرفی معامله‌کنندگان از انعقاد قرارداد و ضمانت اجرای اولیه در صورت نقض قرارداد است.

در زمینه جبران خسارت، می‌توان لزوم جبران خسارت ناشی از قرارداد را به تبانی طرفین نسبت داد. به عبارت دیگر، در عرف معاملاتی، وقتی امکان الزام به انجام تعهد وجود ندارد یا مستلزم صرف هزینه زیادی برای متعهدله است، او قاعدتاً به دنبال دریافت خسارتی است که در اثر رفتار متعهد متحمل شده است. در خصوص حق فسخ نیز قضیه از همین قرار است؛ یعنی در صورت عدم انجام تعهد توسط متعهد و در صورتی که الزام وی به انجام تعهد امکان‌پذیر نباشد یا انجام تعهد، دیگر برای متعهدله مطلوب نباشد، او ترجیح می‌دهد که از زیر بار تعهدات قراردادی خلاص شود و به دنبال انعقاد عقد دیگری برود تا بهتر منافع او را تأمین کند.

چنین است که در مقابل این انتظارات عرفی صریح یا ضمنی، قانونگذار بر اساس عرف معاملاتی، حقوق متناسب و متنظر را وضع کرده است. این همان چیزی است که می‌توان آن را «تضمین اراده همیارانه» طرفین نامید. به عبارت دیگر، ضمانت اجرای قرارداد سازوکارهایی قانونی‌اند که هرچند، از منظر تحلیل فنی حقوقی، برای تأیید حق اولیه قراردادی یا جبران خطای ناشی از نقض تعهد اولیه قراردادی یا عدم ایراد خسارت بیشتر وضع شده‌اند، ولی در نهایت می‌توان آنها را ابزارهایی قانونی در جهت تضمین اراده همیارانه طرفین قرارداد، به طور خاص، و حاکمیت اراده، به طور عام، دانست. منظور از «اراده همیارانه»، همان همیاری یا همکاری متقابل دو اراده است، برای تحقق یک ماهیت حقوقی در عالم اعتبار (ر.ک: شهیدی، ۱۳۸۰: ۳۹) و واژه تضمین هم نشان می‌دهد که قانونگذار به دنبال تأیید این اراده است. در حقیقت، نه تنها قانونگذار همکاری اراده‌ها را به رسمیت می‌شناسد و حمل بر صحت می‌کند، بلکه در صورت نقض توافق، با تبعیت از ضمانت‌های عرفی و انتظارات عقلایی و نوعی طرفین معامله، همان تضمینی را تعبیه می‌کند که قبلاً در جامعه معاملاتی شکل گرفته است که البته به اراده طرفین یک معامله خاص نیز، به مثابه اعضای جامعه معاملاتی، قابل انتساب است، زیرا در یک معامله خاص، تصور معامله‌کنندگان از ضمانت‌ها در صورت نقض قرارداد، همانی است که در اذهان دیگران است. بدین ترتیب ضمانت اجرای قراردادی هم به جمع قابل انتساب است و هم اطراف یک معامله خاص.

بر همین اساس، پاسخ اولیه قانونگذار به نقض تعهدات قراردادی، با انتظارات طرفین و یا حق اولیه‌ای که ایجاد می‌شود، بیشترین تناسب و شباهت را دارد. همان‌گونه که حق حبس، انتظاری معقول برای متعهدله در معاملات معوض است، با وجود حق اولیه و عدم انتفای آن در صورت نقض تعهد، الزام به اجرای تعهد نیز، انتظاری معقول و ادامه اجرای اصل وفای به عهد و تضمین اراده مشترک است. به همین ترتیب، قانونگذار در ماده ۲۲۱ ق.م. جبران خسارت ناشی از توافق و تبانی ضمنی طرفین را که ریشه در عرف یا قانون دارد، به رسمیت شناخته است و نیز در مطالبه ضرر ناشی از قرارداد، پیش‌بینی‌پذیر بودن یا مستقیم بودن ضرر مدنظر قرار می‌گیرد، زیرا در غیر این صورت، نمی‌توان آن را به اراده طرفین منتسب کرد و عرفاً چنین مواردی را به عنوان ضرر قابل قبول تلقی نمی‌کنند. فسخ قرارداد نیز راهکاری معقول است که به طور معمول به عنوان آخرین تیر در ترکش رها می‌شود.

ممکن است ایراد شود که احتمال دارد قانونگذار به دنبال برخی تضمین‌ها باشد که ریشه‌های عرفی نداشته باشند یا جزئیات اجرای این ضمانت‌ها را تغییر دهد. در پاسخ باید گفت نیازی نیست که نظریه تضمین اراده همیارانه نشان دهد همه محتوا یا جزئیات ضمانت‌های قراردادی ناشی از اراده نوعی یا عرفی یا اراده مشترک طرفین یک قرارداد خاص

است. ادعا این است که قانونگذار در مقام وضع قواعد در زمینه ضمانت اجراها و در ارائه یک الگوی کلی نهادی، متأثر از عرف معاملاتی و اراده نوعی معامله‌کنندگان بوده و تضمین‌ها را از اذهان و عرف جاری انتزاع کرده است.

ایجاد تغییرات لازم یا افزودن یا کاستن از برخی جزئیات لازمه قانونگذاری است، ولی در عین حال، باید توجه داشت که میان عرف معاملاتی و قانون نیز بده‌بستان و تعامل وجود دارد و این مسیر یکطرفه نیست. به عبارت دیگر، تغییرات قانونی نیز بر عرف معاملاتی و اذهان معامله‌کنندگان تأثیر می‌نهد و در تغییر و شکل‌دهی آن نقش دارد و از این گذشته، قرارداد یک نهاد مبتنی بر توافق است که طرفین با انعقاد آن، التزام خود را نه تنها نسبت به محتوای توافق‌شده بیان می‌دارند، بلکه با آگاهی نسبت به اعمال التزامات ناشی از قانون و نظام قراردادی و ضمانت اجراهای آن، که در راستای تضمین اراده مشترک تنظیم شده‌اند، عقد خود را تشکیل می‌دهند. به عبارت دیگر، با تحقق اراده انشایی و ابراز آن، طرفین نه تنها خود را ملتزم به توافقات دوجانبه می‌کنند، بلکه آگاهانه می‌پذیرند که قرارداد فی‌مابین در معرض تضمین‌های قانونی نیز قرار می‌گیرد و به اصطلاح، قراردادی قانونی است.

۵. نتیجه

در زمینه شیوه‌های مختلف ضمانت اجرای قراردادی، می‌توان همه را ریشه در اراده نوعی و همیارانه طرفین دانست که از سوی قانونگذار تضمین شده و مورد حمایت قرار گرفته است. اراده همیارانه که هنگام انعقاد قرارداد تحقق می‌یابد، گاه به‌صراحت و گاه به‌طور ضمنی، حاوی عرف‌ها، ذهنیات و انتظاراتی است که نتیجه یک فرایند طولانی در بستری اقتصادی و اجتماعی است. طرفین قرارداد در خلأ پیمان نمی‌بندند و کم‌وبیش از عرف و قانونی که در خصوص قرارداد مدنظر شکل گرفته است، آگاهند. آنها انتظار دارند که تعهدات قراردادی ایفا گردد و اغلب نیز این انتظار برآورده می‌شود، ولی هر گاه این انتظار عینیت نیابد، به‌دنبال آن چیزی می‌روند که به‌نحو عقلانی و منطقی انتظار دارند و این انتظار، تابع منطقی اقتصادی و عرفی است. بدین ترتیب الزام به اجرای عین تعهد یا داشتن حق حبس یا جبران خسارت ناشی از نقض عهد یا داشتن حق فسخ، همه انتظاراتی عرفی است که رد آنها را می‌توان در پس‌زمینه ذهنی اطراف عقد، به‌عنوان عضوی از اعضای جامعه عرفی معاملاتی، شناسایی کرد و قانونگذار نیز بر همین اساس، برای تضمین اراده همیارانه طرفین، راه دوری نمی‌رود و تضمین‌هایی را برمی‌گزیند که ریشه در همین اراده‌های عرفی دارد. با دفاع از ایده وحدت مبنا و با توسل به اراده عرفی یا نوعی، گذشته از فهم دقیق نظام قراردادی، می‌توان از یک سو میان دو حوزه سنتی حقوق خصوصی، یعنی حوزه قراردادهای و ضمان قهری، تمایز قائل شد و خط

فارقی میان آنها ترسیم کرد و هم امکان ارائه یک نظریه قرارداد قابل دفاع که قادر باشد تفسیری هماهنگ و منسجم از نظام قراردادی عرضه کند، فراهم می‌شود.

بیانیه نبود تعارض منافع

نویسنده اعلام می‌کند که تعارض منافع وجود ندارد و تمام مسائل اخلاق در پژوهش را شامل پرهیز از دزدی ادبی، انتشار و یا ارسال بیش از یک بار مقاله، تکرار پژوهش دیگران، داده‌سازی یا جعل داده‌ها، منبع‌سازی و جعل منابع، رضایت ناآگاهانه سوژه یا پژوهش‌شونده، سوء رفتار و غیره، به‌طور کامل رعایت کرده است.

منابع

الف) فارسی و عربی

۱. امامی، سیدحسن (۱۳۹۱). حقوق مدنی، ج سی و سوم، ج ۱ تهران: اسلامیه.
۲. انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۲۵ق). *المکاسب*. قم: التراث الشيخ الاعظم.
۳. بادینی، حسن و مؤمنی، خسرو (۱۳۹۲). رویکردی نو برای اثبات جریان قاعده لاضرر در احکام عدمی در زمینه مسئولیت مدنی. *فصلنامه حقوق*، ۴۳(۳)، ۳۱-۱۹. DOI: 10.22059/JLQ.2013.36039
۴. بیگدلی، سعید (۱۳۹۶). تبعیت مسئولیت قراردادی از اراده طرفین در قانون مدنی ایران، *مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، ۹(۱۷)، ۵۶-۳۳. DOI: 10.22075/FEQH.2017.7561
۵. پارساپور، محمدباقر و عیسائی تفرشی محمد (۱۳۸۸). نظریه عمومی حق حبس در تعهدات متقابل. *حقوق تطبیقی*، ۷۶، ۳-۲۲. قابل دسترسی در: https://law.mofidu.ac.ir/article_46894_08208a38a02ed32e1856977a65b096ae.pdf (۶ آذر ۱۴۰۱)
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۳). *فلسفه عمومی حقوق بر پایه اصالت عمل: تئوری موازنه*. ج دوم، تهران: گنج دانش.
۷. صادقی نشاط، امیر (۱۳۸۸). حق فسخ قرارداد با وجود امکان الزام به اجرا در حقوق ایران. *فصلنامه حقوق*، ۳۹(۴)، ۲۹۷-۳۱۴. DOI: 20.1001.1.25885618.1388.39.4.16.6
۸. صفایی، سیدحسین و نعمت‌الله، الفت (۱۳۸۹). اجرای اجباری عین تعهد و تقدم آن بر حق فسخ قرارداد. *حقوق تطبیقی*، ۷۹، ۶۲-۴۳. https://law.mofidu.ac.ir/article_46917_b653dcaea9f017aec57d0f4ead45170.pdf (۶ آذر ۱۴۰۱).
۹. صفایی، سیدحسین (۱۳۹۵). *دوره مقدماتی حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها*. ج بیست و پنجم، تهران: میزان.
۱۰. شهیدی، مهدی (۱۳۸۰). *تشکیل قراردادها و تعهدات*. ج دوم، تهران: مجد.
۱۱. شهیدی، مهدی (۱۳۸۲). *آثار قراردادها و تعهدات*. ج اول، تهران: مجد.
۱۲. شیروی، عبدالحسین (۱۳۷۷). فسخ قرارداد در صورت امتناع متعهد از انجام تعهد در حقوق ایران. *مجله مجتمع آموزش عالی قم*، ۱(۱)، ۷۱-۴۹. در: <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/8753/49/text> (۶ آذر ۱۴۰۱)
۱۳. علی‌دایی احمدی، ابوالفضل، محمدباقر، پارساپور و شهبازی‌نیا، مرتضی (۱۳۹۸). رابطه بین الزام به اجرای عین تعهد و فسخ عقد (مطالعه تطبیقی در فقه امامیه، حقوق ایران و انگلیس). *پژوهش‌های حقوق تطبیقی*، ۲۳(۴)، ۱۲۷-۱۴۸. DOI: 20.1001.1.22516751.1398.23.4.4.1
۱۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۸). *الزام‌های خارج از قرارداد: ضمان قهری ج ۱*، تهران: دانشگاه تهران.
۱۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰ [الف]). *قواعد عمومی قراردادها*. ج سوم، ج ۳ و ۴، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۶. کاظمی، محمود و زارعی، علی (۱۴۰۱). ماهیت و مبنای مسئولیت قراردادی: مطالعه تطبیقی در حقوق اسلام و فرانسه. *فصلنامه حقوق اسلام و غرب*، ۹(۳)، ۲۲۳-۲۵۶. DOI: 10.22091/CSIW.2022.6881.2071
۱۷. فتوحی‌راد، رضا؛ عابدی، محمد و خدابخشی، عبدالله (۱۴۰۰). حق حبس در اجرای تعهدات متقابل. *مطالعات حقوق خصوصی*، ۵۱(۴)، ۷۸۳-۸۰۵. DOI: 10.22059/JLQ.2022.316938.1007488

۱۸. محقق داماد، سیدمصطفی؛ عیسائی تفرشی، محمد و وحدتی شبیری، سیدحسن (۱۳۸۱). قلمرو مسئولیت مدنی ناشی از تخلف از اجرای تعهد. *نامه مفید*، ۳۳، ۲۱-۴۰.
- در: <https://www.noormags.ir/view/fa/magazine/number/657> (۶ آذر ۱۴۰۱)
۱۹. محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۲). *قواعد فقه، بخش مدنی*. ج دهم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۲۰. محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۸). *نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی*. ج اول، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۲۱. نجفی، شیخ محمدحسن (۱۳۶۲). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*. ج هفتم، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
۲۲. نعمت‌اللهی، اسماعیل (۱۳۹۵ [الف]). اصالت ضمان قهری و تقدم آن بر مسئولیت قراردادی در فقه امامیه. *حقوق اسلامی*، ۵۱(۱۳)، ۱۰۳-۱۲۷. در: https://hoquq.iict.ac.ir/article_25850.html?lang=fa (۶ مرداد ۱۴۰۲)
۲۳. نعمت‌اللهی، اسماعیل (۱۳۹۵ [ب]). بررسی خسارت انتظار ناشی از نقض قرارداد در کامن‌لا و حقوق ایران. *فصلنامه حقوق اسلام و غرب*، ۳(۳)، ۱۵۶-۱۲۹. DOI: 10.22091/CSIW.2017.1937.1187
۲۴. نهرینی، فریدون (۱۳۹۵). *فسخ قرارداد با نگاهی به رویه قضایی*. ج اول، تهران: گنج دانش.
۲۵. وحدتی شبیری، سیدحسن (۱۳۸۸). مبنای مسئولیت مدنی یا ضمان ناشی از تخلف از اجرای تعهد. *مطالعات اسلامی: فقه و اصول*، ۴۱ (۸۱/۲)، ۲۰۴-۱۶۹. DOI: 10.22067/FIQH.V0I0.3152

ب) خارجی

26. Benson, P. (2019). *Justice in Transactions: A Theory of Contract Law*, Harvard University Press.
27. Birks, P. (2000). Rights, Wrongs and Remedies. *Oxford Journal of Legal Studies*, 20(1), 1-37 (available at: <http://www.jstor.org/stable/20468305>. Accessed 27 Nov. 2022).
28. Calabresi, G. (2013). Civil Recourse Theory's Reductionism. *Indiana Law Journal*, 88, 449-468 (available at: <http://ilj.law.indiana.edu/articles/7-Calabresi.pdf>. Accessed 27 Nov. 2022).
29. Gardner, J. (2011). What is Tort Law For? Part One: The Place of Corrective Justice. *Law and Philosophy*, 30(1), 1-50 (available at: <http://www.jstor.org/stable/41486971>. Accessed 27 Nov. 2022).
30. Garner, B. (2009). *Black's Law Dictionary*. 9th edition, Thomson Reuters
31. Goldman & Zipursky (2012). Rights and Responsibility in Tort Law", in Dolan Nolan & Andrew Robertson(eds), *Rights and Private Law*, Hart Publishing
32. Markovits, D., & Atiq, E. (2021). Philosophy of Contract Law. *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, (available at: <https://plato.stanford.edu/entries/contract-law/>. Accessed 27 Nov. 2022).
33. Oman, N. B. (2011). Consent to Retaliation: A Civil Recourse Theory of Contractual Liability. *Iowa Law Review*, 96, 529-579 (available at: <https://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2160&context=facpubs>. Accessed 27 Nov. 2022).
34. Oman, N. B. (2011-2012). Why There Is No Duty to Pay Damages: Powers, Duties and Private Law. *Florida State University Law Review*, 37, 137-161 (available at: <https://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2307&context=facpubs>. Accessed 27 Nov. 2022).
35. Raz, J. (1982). Promises in Morality and Law. *Harvard Law Review*, 95(4), 916-938 (available at: https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1802&context=faculty_scholarship. Accessed 27 Nov. 2022)
36. Ripstein, A. (2007). As if It had Never Happened. *William & Mary Law Review*, 48(5), 1957-1997 (available at: <https://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1202&context=wmlr>. Accessed 27 Nov. 2022)
37. Ripstein, A. (2011). Civil Recourse and Separation of Wrongs and Remedies. *Florida State University Law Review*, 39(1), 163-207 (available at: <https://ir.law.fsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1044&context=lr>. Accessed 27 Nov. 2022)
38. Robinette, C. J (2010-2011). Why Civil Recourse Theory Is Incomplete. *Tennessee Law Review*, 78, 431- 486 (available at:

-
- https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1659711. Accessed 27 Nov. 2022).
39. Smith, S. A (2014). Remedies for Breach of Contract: One Principle or Two?.in Klass, Gregory; Letsas, George & Saprai, Prince(eds), 'Philosophical Foundations of Contract Law', Oxford University Press.
40. Weinrib, E. (2008). Two Conceptions of Remedy. in Rickett, Charles (ed), Justifying Private Law Remedies, Hart Publishing.



Research Paper

Unity or Plurality of the Foundation of Contractual Remedies: A Comparative Study in Common Law and Iranian Law

Seyed Morteza Naeemi^{*} 

Assistant Professor of Private Law, Bandar Anzali Branch, Islamic Azad University, Bandar Anzali, Iran, Email: naeemi@iaubanz.ac.ir

Abstract

One of the important questions in the descriptive theory of contracts is related to the basis of contractual remedies. The question addressed is regarding the basis of each of the methods chosen by the legislator as a remedy for breach of contractual obligation and whether this basis is the same for all types of remedies. The answer to this question requires the presentation of an interpretive theory that helps us to understand and reform the existing legal system and also assists in presenting a general theory of the contract law system. In this article, in response to the proposed question, a comparative study has been conducted on the two legal systems of common law and Iranian law.

In the common law legal system, though with slight distinctions in different countries, two general methods of contractual remedies are provided: The first type of remedy is the court's order to the defendant to perform the obligation as promised in the contract, and the second type of compensation is damages, which is usually in the form of expected damages. Some lawyers in the common law believe that these two methods follow a single basis, while others believe that there are multiple bases for the justification of remedies. According to the first theory, damages are considered a particular type of performance, and both specific performance and damages confirm the original obligation. This theory, in a way, establishes the principle of the domination of will in justifying both remedy

* How to Cite: Naeemi, Seyed Morteza (2024, Winter). "Unity or Plurality of the Foundation of Contractual Remedies: A Comparative Study in Common Law and Iranian Law" *Private Law Studies Quarterly*, 53,4: 625-645. DOI: 10.22059/JLQ.2024.351665.1007731

Manuscript received: 5 April 2023; final revision received: 26 November 2023; accepted: 12 March 2024; published online: 13 March 2024



methods. The second theory, which supporters of civil recourse theory defend more, holds that the court issues the duty to pay damages, and it is an entirely new obligation whose purpose is to compensate for a civil wrong. Contrary to the order to specific performance, which is a response to rights, paying damages is a response to wrongs.

In Iran's legal system, there are several remedies for breach of contractual obligation: the right of lien (in bilateral contracts), specific performance, damages (for delay in performance or non-fulfillment of obligation), and termination of the contract (right of rescission). There is no coherent and unified theory regarding the foundation of these remedies, and most legal authors have discussed the ground of each one separately and independently from each other. For example, regarding the basis of the right of lien, the principle of mutual dependency of considerations, the principle of balance, the will of the parties, and the existence of mutual obligations have been mentioned. Concerning the foundation of specific performance, sometimes the domination of the will and sometimes the community interests have been invoked. Regarding damages, some have pointed to the parties' will and others to the legislator's order. For the basis of the right of termination, the conditions included in the contract, the custom and usages of resorting to mutual obligations, and finally, the necessity for total compensation for the loss have been invoked. By studying these theories, we can conclude that Iranian jurists do not believe in a single basis for these remedies, and as a result, they favor the view of plurality.

In this research, I have claimed that the different ways of contractual remedies follow a common basis, and all of them are derived from the objective will of the parties. Then, the legislator's purpose is to guarantee the collaborative will of the parties. In other words, all the methods of remedies can be considered to be rooted in the objective and collaborative will of the parties, which is guaranteed and supported by the legislator. The collaborative will realized during the contract's conclusion, sometimes explicitly and sometimes implicitly, contains customs, conceptions and expectations that result from a long-standing and enduring process of evolution in an economic and social context. The parties do not enter into a contract in a vacuum and are more or less aware of the customs and laws that have been formed concerning the contract in question. They expect contractual obligations to be performed and often this expectation is fulfilled, but when this expectation is not met, they go for what they expect rationally and logically, and this expectation is a function of economic and customary logic. In this way, specific performance, right of lien, damages, or right of termination are all customary expectations that can be discovered and recognized in the minds of contractual parties as community members. According to these customs and based on them, the legislator does not get away from ensuring the parties' collaborative will and chooses remedies rooted in these custom-based wills. By defending the idea of unity in contractual remedies and relying on the objective or customary will of parties, it is possible to distinguish between the two traditional areas of private law: contract law and torts. This division draws a fine line between them and requires a thorough understanding of the contractual system.

Another advantage of this theory is that it raises the possibility of presenting a defensible contract theory that can provide a coordinated and coherent interpretation of the contract system.

Keywords: Remedy, Basis of Remedies, Domination of the Will, Civil Recourse Theory, Contractual Custom.

Declaration of conflicting interests

The author declares no potential conflicts of interest with respect to the research, authorship, and/or publication of this article.

Funding

The author received no financial support for the research, authorship, and/or publication of this article.



This article is an open-access article distributed under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC-BY) license.