

رسالة السيد احمد الحسن



به نام خدا مشور اخلاق پژوهش

بیاری از خداوند سبحان و اعتقاد بر این که عالم محضر خداست و همواره ناظر بر اعمال انسان و به منظور پاس داشت مقام بلند دانش و پژوهش و نظر به اهمیت جایگاه دانشگاه در اعتلای فرهنگ و تمدن بشری، ماد انجمن و اعضاء هیات علمی واحد های دانشگاه آزاد اسلامی متعهد می گردیم اصول زیر را در انجام فعالیت های پژوهشی مد نظر قرار داده و از آن تخطی نکنیم:

- ۱- اصل برائت: التزام به برائت جویی از هرگونه رفتار غیر حرفه ای و اعلام موضع نسبت به کسانی که حوزه علم و پژوهش را به مثابه های غیر علمی می آلائند.
- ۲- اصل رعایت انصاف و امانت: تعهد به اجتناب از هرگونه جانب داری غیر علمی و حفاظت از اموال، تجهیزات و منابع در اختیار.
- ۳- اصل ترویج: تعهد به رواج دانش و اشاعه نتایج تحقیقات و انتقال آن به همکاران علمی و دانشجویان به غیر از مواردی که منع قانونی دارد.
- ۴- اصل احترام: تعهد به رعایت حریم با حرمت با انجام تحقیقات و رعایت جانب تقد و خودداری از هرگونه حرمت شکنی.
- ۵- اصل رعایت حقوق: التزام به رعایت کامل حقوق پژوهشگران و پژوهشگران (انسان، حیوان و نبات) و سایر صاحبان حق.
- ۶- اصل رازداری: تعهد به صیانت از اسرار و اطلاعات محرمانه افراد، سازمان ها و کشور و کلیه افراد و نهاد های مرتبط با تحقیق.
- ۷- اصل حقیقت جویی: تلاش در راستای پی جویی حقیقت و وفاداری به آن و دوری از هرگونه پنهان سازی حقیقت.
- ۸- اصل مالکیت مادی و معنوی: تعهد به رعایت کامل حقوق مادی و معنوی دانشگاه و کلیه همکاران پژوهش.
- ۹- اصل منافع ملی: تعهد به رعایت مصالح ملی و در نظر داشتن پیشبرد و توسعه کشور در کلیه مراحل پژوهش.



دانشگاه آزاد اسلامی
واحد گرمی

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد در رشته حقوق
گرایش حقوق خصوصی

عنوان

جبران خسارت به روش تعدیل قرارداد در حقوق ایران و فقه امامیه با رویکردی بر حقوق فرانسه

استاد راهنما
دکتر یداله صفری

نگارنده
پیمان درویش گلشن

شهریور ۱۳۹۹



**Islamic Azad University
Germi Branch**

**A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the
Requirements for the Degree of M.A in Private Law**

Title

**Compensation by contract method in Iranian law and Imami jurisprudence
with an approach to French law**

Supervisor

Dr. Yadollah Safari

By

Peyman Darvish Golshan

September 2020

سپاسگزارى:

اکنون که به یاری ایزد منان موفق به انجام این پژوهش شده‌ام بر خود لازم می‌دانم از استاد بزرگوار و ارجمند جناب آقای دکتر یداله صفری استاد راهنمای اینجانب به خاطر راهنمایی‌های ارزنده و بی‌دریغشان تشکر و قدردانی نمایم. در خاتمه از تمام کسانی که به نوعی مرا در تدوین این پژوهش یاری نمودند صمیمانه سپاسگزارم.

تقدیم به:
به آنان که همواره پشتیبانم بوده و در کنارم هستند

فهرست مطالب

<u>صفحه</u>	<u>عنوان</u>
۱	چکیده
۲	مقدمه
۲	الف) بیان مسأله
۳	ب) سوالات تحقیق
۳	پ) فرضیه تحقیق
۳	ت) ضرورت تحقیق
۳	ث) پیشینه تحقیق
۴	ج) اهداف تحقیق
۴	چ) روش تحقیق
۴	ح) ساماندهی تحقیق
فصل اول: کلیات و مفاهیم نظری	
۶	۱-۱-۱- قرارداد
۶	۱-۱-۱- مفاد قرارداد و آثار آن
۷	۱-۱-۲- مفاد قرارداد و آثار آن
۸	۱-۲-۱- تعهد ناشی از قرارداد
۹	۱-۲-۱- تعهد ناشی از قرارداد از دیدگاه حقوقی
۹	۱-۲-۲- الزام به انجام تعهد
۹	۱-۲-۳- ماهیت حقوقی اجرای تعهد در قرارداد
۱۰	۱-۲-۴- شرایط لازم برای انجام موضوع تعهد
۱۰	۱-۲-۴-۱- معلوم و معین بودن موضوع تعهد
۱۰	۱-۲-۴-۲- بقای رابطه حقوقی
۱۱	۱-۲-۴-۳- لزوم فرارسیدن زمان انجام تعهد
۱۱	۱-۲-۴-۴- قانونی بودن انجام موضوع تعهد
۱۱	۱-۲-۴-۵- قابلیت انجام تعهد
۱۲	۱-۲-۴-۶- علم به امکان اجرای تعهد
۱۲	۱-۳-۱- مفهوم تعدیل قرارداد
۱۴	۱-۳-۱- مبانی تعدیل قرارداد
۱۴	۱-۳-۱-۱- مبانی فرا حقوقی
۱۴	۱-۳-۱-۲- مبانی اقتصادی
۱۵	۱-۳-۱-۳- مبانی فلسفی
۱۵	۱-۳-۲- پیشینه مختصر تعدیل قرارداد
۱۵	۱-۴-۱- مفهوم تعلیق قرارداد
۱۶	۱-۴-۱- در حقوق ایران
۱۷	۱-۴-۲- در حقوق فرانسه و فقه امامیه
فصل دوم: علل تعدیل در اجرای قرارداد	
۱۹	۱-۲-۱- عدم امکان اجرای قرارداد
۲۰	۱-۲-۱-۱- عدم امکان مادی اجرای قرارداد
۲۰	۱-۲-۱-۲- عدم امکان اجرا به دلیل ممنوعیت های قانونی و تصمیمات مقامات دولتی
۲۱	۱-۲-۳- گذشتن زمان انجام تعهد

۲۱	۲-۱-۴- عدم امکان اجبار متعهد
۲۱	۲-۲- مصادیق و موارد عقیم شدن قراردادها در حقوق موضوعه
۲۱	۲-۲-۱- قانون مدنی
۲۲	۲-۲-۲- قانون تجارت
۲۲	۲-۲-۳- قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹
۲۲	۲-۲-۴- قانون دریایی مصوب ۱۳۴۳
۲۳	۲-۲-۵- قانون مجازات اسلامی
۲۳	۲-۳- علل توقف قرارداد و موانع عدم اجرای تعهدات قراردادی
۲۴	۲-۳-۱- معاذیر عمومی
۲۴	۲-۳-۱-۱- نآزاری ها و تحولات اجتماعی
۲۵	۲-۳-۱-۲- حوادث و بلایای طبیعی
۲۵	۲-۳-۱-۳- جنگ و درگیری های نظامی
۲۶	۲-۳-۱-۴- از بین رفتن موضوع قرارداد
۲۶	۲-۳-۱-۵- نایاب بودن و یا کمیابی موضوع تعهد
۲۶	۲-۳-۱-۶- مرگ یک قرارداد
۲۶	۲-۳-۱-۷- دخالت اشخاص ثالث
۲۷	۲-۳-۱-۸- اقدام زیان دیده
۲۷	۲-۳-۲- معاذیر شخصی موجب تعدیل قرارداد
۲۷	۲-۳-۲-۱- اعسار
۲۸	۲-۳-۲-۲- غیبت
۲۸	۲-۳-۲-۳- بیماری
۲۸	۲-۳-۲-۴- مرگ متعهد
	فصل سوم: انواع و روش های تعدیل قرارداد در حقوق ایران، فقه و حقوق فرانسه
۲۹	۳-۱- انواع تعدیل
۲۹	۳-۱-۱- تعدیل قانونی
۳۰	۳-۱-۱-۱- در حقوق ایران
۳۱	۳-۱-۱-۲- قرارداد و قانون جدید فرانسه
۳۳	۳-۱-۱-۳- حالاتی که قانون اجازه بازبینی در قرار داد را به قاضی میدهد
۳۵	۳-۱-۱-۴- تعدیل مستقیم قراردادهای در حال اجراء توسط قانون
۳۶	۳-۱-۲- تعدیل قضایی
۳۷	۳-۱-۲-۱- مبانی تعدیل قضایی بر وجه عام
۳۸	۳-۱-۲-۲- مبانی تعدیل قضایی قرارداد در فقه و حقوق ایران
۴۲	۳-۱-۲-۳- شرایط تعدیل قضایی
۴۲	۳-۱-۳- تعدیل قراردادی
۴۳	۳-۱-۳-۱- پیش بینی تعدیل به هنگام انعقاد قرارداد
۴۵	۳-۱-۳-۲- در حقوق ایران و فقه
۴۷	۳-۱-۳-۳- در حقوق فرانسه
۵۲	۳-۲- اجرای اثر تعدیل در نظریه دشواری
۵۳	۳-۲-۱- آثار نظریه دشواری بر قراردادها
۵۴	۳-۳- روش های انجام تعدیل
۵۵	۳-۳-۱- تطبیق اجرای قرارداد

۵۷ ۱-۱-۳-۳- حق حبس
۵۷ ۲-۱-۳-۳- مصادیق تعلیق در قوانین خاص ایران
۵۸ ۳-۱-۳-۳- شرایط عمومی پیمان
۶۱ ۴-۱-۳-۳- تعلیق در انشاء و منشأ
۶۲ ۵-۱-۳-۳- تعلیق تعهدات در حقوق موضوعه
۶۴ ۶-۱-۳-۳- آثار تعلیق قرارداد
۶۷ ۷-۱-۳-۳- شرایط در عقد معلق
۶۹ ۲-۳-۳- کاهش میزان تعهد گزارف
۶۹ ۳-۳-۳- افزایش میزان تعهد طرف مقابل
۶۹ ۴-۳- نتیجه گیری
۷۱ منابع
۷۳ چکیده انگلیسی

چکیده

قراردادها به عنوان یکی از منابع تعهدات گاهی پس از انعقاد تحت تاثیر مسایل ارادی و غیر ارادی قرار می‌گیرند که اجرای تعهدات ناشی از آن‌ها را متوقف و یا در مواردی غیر ممکن می‌نمایند، به طور کلی چارچوب قرارداد را دچار تزلزل می‌نمایند همچون تورم، جنگ، حوادث طبیعی و عذرهای شخصی از جمله بیماری، مرگ، اعسار و... از جمله مهمترین موانع انجام تعهدات قراردادی محسوب می‌شوند که ممکن است در نهایت به توقف یا تعدیل قرارداد منجر شوند. این تحقیق از نوع توصیفی تحلیلی بوده و به روش کتابخانه‌ای و با هدف مطالعه جبران خسارت به روش تعدیل قرارداد در حقوق ایران و فقه امامیه با رویکردی بر حقوق فرانسه انجام پذیرفته است. براساس نتایج حاصل از تحقیق، تعدیل قراردادی از دیدگاه حقوق ایران و فرانسه پذیرفته شده است. امادر حقوق هر دو کشور این موضوع دارای استثنائاتی است که اختیارات طرفین را در انجام این نوع تعدیل محدود می‌کند. تنها تفاوت عمده در حقوق ایران و فرانسه از این مورد این است که دایره استثنائات حقوق فرانسه از دیدگاه رویه قضایی این کشور بسیار فراتر از حقوق ایران است. در زمینه تعدیل قانونی نیز، مواردی را به منظور جبران خسارت در حقوق هر دو کشور ایران و فرانسه می‌توان یافت. برای توجیه نظریه «عدم پیش‌بینی» در شرایطی که نه طرفین قرارداد و نه مقنن تعدیل قرارداد را پیش‌بینی ننموده‌اند. براساس قوانین ایران و فقه اسلامی، استفاده از قاعده عسر و حرج بهترین توجیه این مساله بوده و می‌تواند موجد رویه قضایی در ایران باشد. در حقوق فرانسه، رویه قضایی مدنی این کشور با این نظریه به طور قاطع مخالفت نموده است، اما رویه قضایی اداری این کشور این نظریه را در عمل پذیرفته است.

واژگان کلیدی: عقد، تعدیل قرارداد، تعهد، انفساخ.

مقدمه

طرفین هر قرارداد با انتظار نیل به هدف نهایی از تنظیم قرارداد، تعهدات متقابل خویش را ایفا می‌کنند و تمام تلاش آنان با هدف مذکور صورت می‌گیرد. لذا چنانچه این انتظار قانونی و مشروع، برآورده نشود یا در راه رسیدن به آن، وقفه و خللی پیش آید، هر یک از طرفین عقد با احساس خطر، سعی در انجام اقدامات لازم برای حفظ حقوق قانونی و قراردادی خویش خواهد کرد و البته این احساس خطر، طبیعی و بجاست و باید تمهیدات لازم در موردش اندیشیده شود طرفی که مواجه با چنین وضعیتی گردیده، حق دارد نگرانی خویش را آشکار سازد و لاقلاً موقتاً از ایفای تعهداتش به لحاظ امتناع طرف مقابل از انجام تعهدات متقابل و یا لاقلاً مبهم بودن وضعیت تعهدات طرف دیگر خودداری ورزد، تا آنکه سرانجام وضعیت انجام تعهدات متقابل روشن گردد یا تضمین کافی و لازم برای ادامه انجام تعهدات داده شود. این تحقیق با هدف بررسی و مطالعه جبران خسارت به روش تعدیل قرارداد در حقوق ایران و فقه امامیه با رویکردی بر حقوق فرانسه انجام پذیرفته است.

الف) بیان مسأله

افراد جامعه در کنش‌ها و روابط فردی و اجتماعی با یکدیگر مرادده داشته و چنانچه روابط آنها بر اساس معیارهای منطقی و قانونی تعریف نشود، امنیت و آسایش اشخاص جامعه به مخاطره می‌افتد و خسارت‌های جبران‌ناپذیری بر شهروندان به همراه دارد. این مخاطره از سوی افراد فرصت طلب و متجاوز به حریم دیگران در قالب‌های تعدی به حقوق فردی و اجتماعی تهدید شده و رخ می‌نمایند. در این میان قانون که محقق‌کننده عدالت اجتماعی است بر روابط فردی و اجتماعی حاکمیت داشته و ثمره آن انضباط اجتماعی است که به واسطه آن هر ذی‌حقی خواهد توانست به حقوق خویش دست یابد. تحقق انضباط اجتماعی با ایجاد شرایط و مقررات عادلانه حقوقی و مشخص شدن حقوق و تکالیف افراد جامعه در قالب قراردادهای اجتماعی تبیین و تعیین می‌شود تا خسران ناشی از بی‌انضباطی از سوی افراد فرصت طلب مهار گردد. یکی از بارزترین روابط حقوقی که در نظام اجتماعی از دیر هنگام و دارای پیشینه اخلاقی و حقوقی زیادی است، موضوع تعهد بوده که وفای به عهد در مضامین دینی خصوصاً از نگاه اسلامی کراراً مورد تأکید قرار گرفته است. این مقوله با گذشت زمان و توسعه ارتباطات و فناوری اطلاعات فزونی یافته و الزاماتی در قراردادهای اجتماعی برای افراد مشخص گردید. تمیز این موضوع سبب شد که همه افراد جامعه از حقوق مساوی برخوردار باشند و تکالیف آنان نیز بر مبنای تعهداتی که در مقابل هم پدید آورده‌اند، انجام پذیرد. آثار حاکم بر عقود و قراردادهای نیز از همین دریچه قابل بررسی است. زیرا هر شخصی التزام به عقده نماید که به صورت صحیح انجام گرفته است، ملتزم به تعهد موضوع آن است. در مقابل نسبت به عقد و با قراردادی که هیچ التزامی به انجام آن ندارد، مسئولیت و تعهدی نخواهد شد. به رغم پذیرش اصل لزوم قرار دادهای، در تمام نظام‌های حقوقی و لزوم احترام به مفاد تراضی طرفین، تأثیر حوادث اجتماعی و اقتصادی بر قرارداد در فاصله انعقاد تا اجرای قرار داد، انکارناپذیر است. در واقع طرفین قرارداد با در نظر گرفتن اوضاع و احوال قابل پیش‌بینی مبادرت به انعقاد قرارداد می‌نمایند. این سخن برای شرایط معمولی سنجیده و معمول است لیکن وقوع حوادثی که موجب عدم امکان اجرای قرارداد گردد، بموجب قوانین کشورهای مختلف از جمله ایران، منعها را از انجام تعهد معاف می‌گرداند. اما اگر در اثر وقوع حوادث و تغییر در اوضاع و احوال زمان انعقاد عقد، اجرای قرار داد برای متعهد موجب دشواری بیش از حد و یا ضرر غیر متعارف گردد و در عین حال اجرای تعهد غیر ممکن نشود، قانون کشور ما در این حالت راه حل روشنی ارائه نمی‌کند. بنظر می‌رسد با تمسک به قاعده فقهی «نفی عسر و حرج» و یا «قاعده لاضرر» بتوان امکان تعدیل و تجدید نظر در قرارداد را به طرفین یا قاضی داده و یا حق فسخ برای طرف قرارداد قائل شد. همچنان که نوسانات شدید اقتصادی و افزایش و کاهش مکرر نرخ کالا و خدمات، ضرورت تعدیل قراردادهای را ایجاد و طرفین را در حل و فصل آنها،

راهی دفاتر وکلا و مشاوران حقوقی یا محاکم قضایی می کند. به عنوان مثال پیمانکاری که احداث و تحویل مجتمع مسکونی را بر مبنای قیمت توافق شده متعهد گردیده است با حوادث غیر مترقبه ای چون سیل، زلزله، یا جنگ و بحران های سیاسی، اجتماعی و اقتصادی مواجه می گردد که بهای مصالح ساختمانی را به چندبرابر قیمت روز انعقاد پیمان رسانده و عملاً ایفای تعهد را برای وی زیان آور می سازد. در این جاست که ضرورت تعدیل قرارداد رخ نمایانده، پذیرش یا عدم پذیرش جواز شرعی تعدیل قرارداد اهمیت فراوانی می یابد. با توجه به مطالب ارایه شده در این رساله به بررسی تعدیل قراردادها بعنوان شیوه های جبران خسارت پرداخته و بصورت تطبیقی در حقوق فرانسه و فقه و حقوق ایران مورد مطالعه قرار می دهیم.

ب) سوالات تحقیق

۱. تعدیل قرارداد در حقوق ایران چه تفاوت هایی با حقوق فرانسه دارند؟
۲. مبنای تعدیل قرارداد در فقه و حقوق ایران چیست؟
۳. تعدیل قرارداد چه آثاری نسبت به قراردادها دارد؟

پ) فرضیه تحقیق

۱. به دلیل اینکه حقوق مدنی ایران برگرفته از حقوق فرانسه است تفاوتی با هم ندارند.
۲. مبنای عقد تملیکی جبران خسارت ناشی تعهدات حاصله از قرارداد است.
۳. تعدیل قرارداد موجب وفای به عهد و تحقق اصله اللزوم قرارداد می شود.

ت) ضرورت تحقیق

هر قراردادی پس از توافق بین طرفین آن و پس از آنی که به درخواست آنها در چهارچوب ضوابط حاکم بر توافق جاری تنظیم شد، طرفین قرارداد ملزم به اجرای تعهدات خود در آن هستند و هرگونه تغییری که در حدود و اختیارات تعهدات طرفین قراردادی پدید آید با توجه به حاکمیت اصل آزادی اراده طرفین قرارداد، مستلزم توافق مجدد آنها خواهد بود. از آنجا که انجام موضوع تعهد مبنای اصلی هرگونه قرارداد و عقدی است، هرگونه عاملی که منجر به عدم اجرای موقت یا دائم تعهد شود، بازتابی در وضعیت قرارداد ایجاد کرده و طبیعتاً با مخالفت و مقاومت طرف متضرر از آن مواجه می شود که چنین نگرشی حاکی از پذیرش اصل لزوم قراردادها می باشد. در این راستا از سوی قانونگذار، عرف و علمای حقوق، پاره ای از عوامل به عنوان معاذیر عدم امکان اجرای تعهد شناخته می شوند که شناخت آنها و درک صحیح از حدود و ثغور آنها ضروری است.

به دلیل تطبیقی بودن موضوع و اینکه تا به حال تحقیقی جامع در این زمینه انجام نشده بود ضروری دیدیم تحقیق حاضر را با تکیه بر تطبیق تعدیل به عنوان شیوه ای از جبران خسارت در حقوق ایران و فرانسه و فقه امامیه را انجام دهیم.

ث) پیشینه تحقیق

در کتب حقوقی مختلف به ویژه کتاب های حقوقی مدنی، نویسندگان حقوقی به طور پراکنده موضوع حاضر را مورد کنکاش قرار داده و اظهار نظرهایی صورت گرفته است.

بر اساس نظر آقای دکتر کاتوزیان اگر ناتوانی در تسلیم در زمان قرارداد موجب بطلان قرارداد باشد. از آن نمی توان نتیجه گرفت که ناتوانی عارض نیز سبب بطلان است در فرضی که فروشنده در هنگام انجام معامله ناتوان است. بیع یکی از شرایط درستی و نفوذ را ندارد و باطل است ولی در فرضی که ناتوانی عارض شده این عقد بیع به درستی واقع شده... اکنون که ناتوانی عارض شده است باید دید، چه اثری در وضع گذشته دارد (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۴۱۰).

ایشان در ادامه تلف مورد اجاره و مورد قرض و از بین رفتن قابلیت انتفاع ترمیم در مزارعه و تلف مال موضوع حق انتفاع و مواردی از این قبل را مورد بررسی و معامله قرار داده است (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۱۹۶) که با موضوع حاضر ارتباط دارد. ایشان در تالیف دیگری چنین بیان می‌دارند اگر مانع خارجی توان اجرای تعهد را از مدیون بگیرد و دیگر او را نه می‌توان اجبار کرد و نه از او خسارت گرفت، الزام ناتوان بیهوده و خسارت گرفتن از او بی عدالتی است (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۳۹۵). در متون فقهی قاعده‌ای تحت عنوان (بطلان کل عقد تعذر الوفاء به مضمونه بیان شده که به قاعده تعذر وفاء به مداول عقد معروف است و بر اساس آن هر عقدی که وفاء به مضمون آن متعذر باشد باطل است و مفاد این قاعده به معامله خاصی اختصاص ندارد و در همه عقود و معاملات جاری است.

محقق داماد (۱۳۸۰) که البته در تعذر کاری که بین عذر ابدی و غیر قابل رفع و عذر محتمل الرفع از نظر حکمی تفاوت وجود دارد اولی موجب انفساخ و دومی در شرایطی موجب انفساخ است (محقق داماد، ۱۳۸۰، ص ۱۴۰). اما غیر ممکن شدن اجرای قرار داد در اثر حادثه خارجی می‌تواند از مصادیق توقف دائمی اجرای قرارداد باشد. در این صورت به نظر می‌رسد که قرار داد باطل تلقی شود و متعهد از مسئولیت معاف شود و به تبع آن تعهدات طرف مقابل نیز از بین برود که البته بحث فورس ماژور کوتاه مدت و فورس ماژور نسبت به بخشی از قرارداد نیز قابل طرح است که اثر آنها متفاوت از غیر ممکن شدن ذاتی اجرای قرار داد می‌باشند. در این زمینه مواد ۲۳۷ و ۲۲۹ قانون مدنی احکامی را بیان داشته است. علت خارجی مندرج در این مواد همان قوه قاهره یا فورس ماژور است که در صورت اثبات آن متعهد از مسئولیت بری خواهد شد. در ماده ۱۳۱۲ (بند ب) و ماه ۴ قانون بیمه اجباری برخی حوادث که از مصادیق قوه قاهره شناخته میشوند بطور تمثیلی بیان شده است مثل حریق، زلزله، سیل، غرق کشتی، جنگ و... در اصول قراردادهای تجاری بین المللی عدم اجرای تعهد ممکن است به دلیل رفتار طرف دیگر قرار داد معذور باشد یا ممکن است علت معذور بودن، وقایع بیرونی نیز منتظره باشد. در صورتی که عدم اجرای تعهد از سوی یکی از طرفین قرارداد معذور باشد بطرف دیگر به ادعای خسارات با اجرای تعهد را ندارد ولی می‌توان به قرارداد خاتمه دهد (احلاقی، ۱۳۹۳، ص ۲۸۸).

ج) اهداف تحقیق

هدف اصلی:

✓ بررسی تعدیل قرارداد در حقوق ایران و فقه امامیه با رویکردی به حقوق فرانسه

اهداف فرعی:

✓ بررسی و شناسایی جبران خسارت در حقوق ایران و فرانسه

✓ بررسی و شناسایی تطبیقی قرارداد در فقه و حقوق ایران

چ) روش تحقیق

این پژوهش از طریق مراجعه به کتابخانه و بررسی کتب فقهی (کتب فقهی عامه و امامیه) و حقوقی، مقالات و فیش‌برداری از آنها و همچنین استفاده از اینترنت و پایگاه‌های اطلاعاتی صورت گرفته است. بر این اساس، نگارنده از طریق مراجعه به پایان‌نامه‌های مرتبط با موضوع و کتب فقهی پیشنهاداتی را پیرامون موضوع پژوهش ارائه داده است.

ح) ساماندهی تحقیق

این پایان‌نامه با چکیده مقدمه، بیان مسأله، اهداف، ضرورت تحقیق و نیز سوالات و فرضیه‌های تحقیق شروع شده و در سه فصل تنظیم شده است که فصل اول شامل کلیات می‌باشد در فصل دوم علل و

ارکان تعدیل و توقف عقد مورد بررسی قرار گرفته است و در فصل سوم به آثار تعدیل عقد پرداخته شده و تحقیق با نتیجه گیری به سر انجام می‌رسد.

فصل اول کلیات و مفاهیم نظری

آنچه که در این فصل به بررسی آن پرداخته می شود کلیات تحقیق شامل تعاریف کلمات اساسی و پرکاربر و همچنین بیان کلیاتی در زمینه اوصاف و ویژگی های عقد است.

۱-۱- قرارداد

قرارداد در فرهنگ لغت به معنای عهد و پیمان دو یا چند نفر در امری معنا شده است (عمید، ۱۳۷۴، ص ۱۴۴۴) و در علم حقوق به معنای همکاری متقابل اراده دو یا چند شخص در ایجاد ماهیت حقوق را قرارداد می نامند (شهیدی، ۱۳۸۰، ص ۳۹). مفهوم اصطلاحی قرارداد شامل عقد عهده تملیکی، مالی؛ غیرمالی؛ معوض و غیر معوض است و شامل موافقت هایی است که به منظور منتفی ساختن اثر موجودی محقق می شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۵، ص ۵۳۲)، ملاک و معیار تشخیص عقد از قرارداد این است که بدون توافق دو طرف نتواند تأثیری ایجاد کند که مورد قبول قانون، عرف، عادت، عقل و یا اخلاق حسنه بوده باشد.

۱-۱-۱- مفاد قرارداد و آثار آن

نتایج و تبعاتی که عقد به محض انشای آن برای خود کسب می کنند همان آثار قرارداد است که در کل همگی برای رفع نیازهای اجتماعی انسان می باشد. بطور مثال عقد بیع بر اساس ماده ۳۸۸ ق.م. اثر انتقال عین را به دنبال دارد، عقد اجاره بر اساس ماده ۴۶۶ ق.م. مالکیت منافع را به دنبال دارد و نیز ممکن است تعهد بر امری بدون انتقال مالکیت باشد مانند: جعاله، کفالت، ودیعه. امکان اثر قرارداد نمایندگی شخصی از دیگری باشد مانند وکالت با اثر قراردادهای می تواند تحقق رابطه زوجین باشد. به طور مثال اثر عقد نکاح مطابق ماده ۱۰۲ ق.م. قرارداد از اساس بر اراده طرفین قرارداد شکل می گیرد و حاکم بودن اراده طرفین در قرارداد امری کاملاً مبرهن می باشد. لازم بذکر است که حکومت اراده به همراه قانون از مبانی اصلی معتبر ساختن قرارداد می باشند بر اساس قانون مدنی قراردادهای می تواند به صورت انتقال مالکیت باشد که شامل عن معین، منفعت حق باشد و نیز انجام فعل یا ترک می تواند موضوع قرارداد باشد و می تواند این موضوعات قرارداد را به صورت صریح و یا ضمنی در قرارداد گنجانند یا مواردی که حتی بدون ذکر قرارداد از عرف و عادت و قانون استنباط می شود می تواند موضوع قرارداد واقع شود.

قانون مدنی ایران نیز در ماده ۳۷۳ ق.م. انتقال مالکیت را از لحظه تشکیل عقد می داند به طور مثال اگر شخصی منزل مسکونی خود را به خریداری بفروشد و فروشنده و خریدار قرار بگذارند که فروشنده منزل را یک سال پس از تاریخ قرارداد به خریدار ت یم کند انتقال مالکیت خانه به محض تشکیل عقد یا قرارداد انجام می شود و دیگر با انقضاء مدت یکسال به تأخیر نمی افتد. در مورد انتقال مالکیت اشاره به ماده ۳۳۶ قانون مدنی خالی از لطف نمی باشد چرا که به موجب این قانون منصرف شدن از مال دیگری بر اساس عقدی که باطل باشد موجب استرداد آن مال به صاحب اصلی خواهد بود و اگر این سال حتی بدون تعدی و تفریط هم در ید آن فرد تلف و با نقص شده باشد موجب ضامن شدن آن فرد در برابر صاحب اصلی مال خواهد شد. مطلب بعدی در مورد مفاد قرارداد مربوط به انتقال منفعت به عقد اجاره اشاره خواهد شد. ماده ۴۶۶ ق.م. مقرر می دارد: «اجاره عقدی است به موجب آن مستأجر مالک منافع عین مستأجره می شود...» اجاره می تواند تملیکی یا عهده باشد البته در قرارداد با عقد مربوط به انتقال منفعت مالکیت شرط نیست بلکه کافی است مالک منافع مورد معامله با موضوع قرارداد باشد. در قراردادهای مربوط به انتقال مالکیت منافع به طرفین نسبت به یکدیگر عفت و تکالیفی دارند از جمله اینکه به انتقال دهنده مالکیت منافع، باید عین مورد انتفاع را به طرف مقابل تحویل دهد و تسلیم وی می کنند و در صورت امتناع منتقل کننده می توان از طریق دادگاه او را ملزم به این کار کرد در غیر این صورت طرف مقابل حق فسخ خواهد داشت.

در انتقال مالکیت منافع می تواند خیار عیب، خیار شرط، خیار تبعیض صفا، خیار شرط را نیز می توان در این قراردادها و عقود گنجانده در ضمن اگر عین مستأجره، تلف شود یا عیب حادث گردد و مدت اجاره انقضاء باید قرارداد مربوط به انتقال مالکیت منافع باطل خواهد بود. یکی از مواردی که می تواند مفاد قرارداد واقع شود انتقال مالکیت حق است یعنی اینکه دو طرف قرارداد می تواند پیدایش یا زوال یک رابطه حقوقی را به توافق همدیگر قبول کنند در این مورد می توان به عقد صلح اشاره کرد عقد صلح در ابتدا جهت حل و فصل ممتاز عات نیما بین طرفین استعمال می شد ولی به تدریج با تغییر کاربری از عقد صلح جهت انجام مبادلات و نقل و انتقال اموال مورد استفاده قرار می گیرد ماده ۷۵۲ قانون مدنی هم به این امر اشاره دارد.

در نهایت قراردادها و عقود مربوط به انتقال مالکیت چه در موارد انتقال مالکیت عین، مالکیت منافع، مالکیت حقوق، باید تمام شرایط مربوط به بحث عقود و حاکمیت اراده در آنها مورد توجه قرار گیرد و طرفین قرارداد با علم به حقوق هر یک نسبت به دیگری، تمام مواردی را در قرارداد بگنجانند و خود را پایبند به اجرای تعهدات فیما بین خودشان بدانند منظور از آثار قراردادها همان آثار مشترک بین عقود معین و غیر معین مطابق ماده ۱۰ ق.م. است و می تواند وظایف قانونی در مورد فعل یا ترک فعل و مسئولیت متعهد در صورت تخلف از اجرای تعهد را شامل شود و این افعال می توانند مانند نقاشی یک ساختمان، مادی باشند و یا اینکه مانند خرید و فروش یک مال معین، فعلی حقوقی باشند.

۱-۲-۱- مفاد قرارداد و آثار آن

قانون مدنی ایران برای قراردادها بطور کلی و بدنبال آن برای تعهداتی که به موجب این قراردادها برای طرفین ثابت می شود احکام وضعی قرارداده است که در اصل وضعیت حقوقی این عقود را مشخص می نماید.

وضعیت های حقوقی قراردادها یا احکام وضعی عقد بطور خلاصه در سه گروه تقسیم بندی می شود:

۱. صحت
۲. بطلان
۳. جواز و لزوم وضعیت حقوقی

صحت و بطلان با موجودیت یافتن و عدم موجودیت یافتن عقد در عالم اعتبار دارد و وضعیت حقوقی جواز لزوم نیز با استمرار عقد ارتباط دارد. در اینجا ضروری است تا هر یک از وضعیت‌های حقوقی به اختصار و به تفکیک بررسی شود:

(الف) صحت قرارداد: وضعیت حقوقی صحت به عقد محقق یافته نسبت داده می‌شود که نقطه مقابل وضعیت حقوقی بطلان می‌باشد که این وضعیت بطلان به عقد تحقق یافته تبت داده می‌شود لذا در علم حقوق عقدی که به وسیله اراده طرفین موجودیت پیدا کند عقد صحیح نام دارد.

(ب) نفوذ عقد: قراردادی است که به طور کامل تحقق یافته و واجد آثار حقوقی و قانونی خاص خود است و غیرنافذ به علت فقدان اثر حقوقی و قانونی، باطل نیست ولی هنوز تکامل نیافته و ناقص می‌باشد و در صورت تنفیذ قانون، کامل شده و در صورت رد آن باطل می‌باشد. غیر نافذ شدن عقد به دلیل فقدان رضای طرف اصلی معامله در هنگام تشکیل قرارداد می‌باشد ولی علت بطلان عقد فقدان قصد انشای عقد توسط طرفین است.

(ج) عقد قابل فسخ: عقدی است از اقسام عقد نافذ و انفساخ واجد آثار حقوقی است و در عالم حقوق تا زمانیکه فسخ نشده دارای اعتبار موثری می‌باشد.

(د) بطلان عقد: این وضعیت مربوط به قراردادهایی است که در عالم حقوق موجودیت و اثری از خود ندارند و اگر یکی از شرایط اساسی را نداشته باشند باطل خواهد بود.

(هـ) لزوم و جواز: این وضعیت‌های حقوقی عقد به هیچ وجه توسط اراده طرفین تغییر نمی‌کند و عقد لازم برای طرفین قرارداد لازم الاجراست و قابل فسخ از جهت طرفین قرارداد نیست ولی عقد جایز در صورت اراده طرفین هر وقت می‌تواند فسخ شود روابط قرارداد همان حقوق و تعهداتی است که طرفین در ارتباط با عقود در قبال هم پیدا می‌کنند روابط طرفین عقد صحیح نافذ که مدار اصلی آثار عقود است مطابق وضعیت قرارداد از لزوم جواز و آثار ذاتی عقد و توافق طرفین مشخص گردد و هر یک از ایشان ملزم به رعایت حقوق عقود طرف دیگر نیز دارای اختیار اعما حقوق خویش ناشی از عقد می‌باشند.

۱-۲- تعهد ناشی از قرارداد

از آنجا که قوانین موضوعه کشورمان به طور عمیقی ریشه در فقه و قواعد فقهی اسلامی دارند، لذا تعریف فقهی از مفهوم تعهد، مفید به نظر می‌رسد. در فقه اسلامی، به جای تعهد غالباً لفظ شرط (خواه ضمن عقد باشد که آنرا شرط ضمن عقد گویند، خواه ضمن عقد نباشد که آنرا شرط بنائی و شرط ابتدائی به حسب اختلاف موارد گفته‌اند به کار رفته است القط التزام را نیز به همین معنی بکار برده‌اند و در یک قرن اخیر لفظ تعهد را در همین معنی به کار می‌برند که ظاهراً از کتب عربی قرن اخیر استفاده کرده‌اند. بحث تعهدات در فقه در دو مورد جمع شده است، یکی در شروط ضمن عقد و دیگری در عقد صلح و تا اندازه‌ای در «عقد بیع» (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ص ۱۶۶) شاید عده‌ای، تعهد را مترادف با دین بدانند که در زبان فقها، واژه تعهد معنی گسترده‌تری از دین دارد و به معنای برعهده گرفتن و پیمان است (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۷).

منابع ایجاد تعهد یا اسباب تعهد را به چند اعتبار نام برده‌اند. در برخی نوشته‌ها از عقد، شبه عقد در قانون به عنوان منابع عقد یاد شده است (پلانیول^۱، ۱۹۰۴، ص ۲۲۴)، که منابع مذکور به طور کلی منحصر در اعمال و وقایع حقوقی می‌شود (استارک^۲، ۲۰۰۰، ص ۳۶۵). در یک تقسیم عقلی، به نظر می‌رسد که سبب تعهد یا امر ارادی است یا حکم قانون امور ارادی در عالم حقوق به امور انشایی و اخباری تقسیم می‌شوند امور انشایی نیز به عقد و ایقاع قابل تقسیم است که عقد محصول همکاری دو

1 Pelaniyol

2 Estark

- انشاء و ایقاع محصول یک اراده و یا انشاء است (قاسم‌زاده، ۱۳۸۵، ص ۱۶). بنابراین منابع ایجاد تعهد را می‌توان عمدتاً در نتیجه عقود و قراردادهای تصور نمود. ارکان تعهد عبارتند از:
۱. مورد تعهد که شامل فعل، ترک فعل، انتقال عین، یا منافع می‌تواند باشد.
 ۲. طرفین تعهد معین متعهد، متعهدله
 ۳. رابطه حقوقی فی مابین طرفین

۱-۲-۱- تعهد ناشی از قرارداد از دیدگاه حقوقی

همانطور که بیان شد، مهمترین نتیجه عقود و قراردادهای را می‌توان ایجاد تعهد بین طرفین قراردادی برشمرد. این موضوع در قانون مدنی ایران در چندین ماده نمایان است. به طور مثال، در ماده ۱۸۳ قانون مدنی، تعریفی که از عقد گردیده کاملاً گویای تشکیل تعهد در قالب عقد می‌باشد. این ماده چنین بیان می‌دارد: «عقد عبارت است از اینکه یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد.» البته به نظر یکی از اساتید حقوق، اثر عقد محدود به ایجاد تعهد نیست و ممکن است تملیک مال، اسقاط تعهد، اباحه، اتحاد و شرکت، ایجاد شخصیت حقوقی و ازدواج باشد؛ مثلاً ماده ۳۳۸ قانون مدنی بیع را عبارت از: «تملیک عین به عوض معلوم» می‌داند که با تفسیر عهده دانستن عقد در تعارض است، ولی به نظر قانونگذار، اثر اصلی همه قراردادهای ایجاد تعهد است، منتها، هر گاه این تعهد به محض ایجاد اجرا هم بشود عقد را تملیکی نامند. ولی اگر دین به وجود آید و اجرای آن به تأخیر افتد، عقد عهده است (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۱۵).

مفهوم ایجاد تعهد، از ماده ۱۰ قانون مدنی، با نافذ شمردن قراردادهای خصوصی در صورت عدم مخالفت با قانون که به نوعی مجوز تشکیل این قراردادهاست، نیز استنباط می‌شود. در نهایت می‌توان گفت، شناخته شدن مسئولیت قراردادی طرف متعهد در ماده ۲۲۱ قانون مدنی را نیز می‌توان، دلیل دیگری بر پذیرش مفهوم تعهد از سوی قانونگذار دانست.

۱-۲-۲- الزام به انجام تعهد

اثر اصلی قرارداد، پیدایش وظیفه قانونی بر اجرای عمل مثبت یا منفی مورد قرار داد، یعنی انجام یا ترک فعلی است که یکی از دو طرف در برابر دیگری یا هر دو طرف در برابر یکدیگر بر عهده می‌گیرند. این وظیفه قانونی که در علم حقوق به آن تعهد گفته می‌شود، در عقد یک تعهدی بر عهده یکی از دو طرف در برابر طرف دیگر و در عقد دو تعهدی بر عهده هریک از دو طرف در برابر طرف دیگر ثابت می‌گردد (شهیدی، ۱۳۸۲، ص ۲۷). ساوینی معتقد است که تعهدات قراردادی باید به رسمیت شناخته شده و اجرا گردند، چونکه آنها محصول رضای متعهد هستند (احمدوند و همکاران، ۱۳۸۵، ص ۱۰). به ایفای تعهد یا اجرای آن در قانون وفای به عهد گفته شده است (ماده ۲۶۴ قانون مدنی). از آنجا که در قانون تعریفی از مفهوم انجام تعهد یا وفای به عهد نشده است، لذا بایستی تعریف جامع و مانعی از آن به عمل آید. بنا به نظر یکی از علمای حقوق، وفای به عهد: «عملی است که به موجب آن متعهد آن چه را در قرارداد به عهده گرفته است انجام می‌دهد» (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۵۴).

اصطلاح وقای به عهد عام است و شامل پرداخت پول، تسلیم مال، انجام دادن کار یا خود داری از آن و انتساف مال می‌شود. ولی به استناد تبادل از کلمه عهد، وقای به عهد را ویژه اجرای تعهد قراردادی دانسته‌اند، و احرای ضمانتی را که نتیجه غضب، اتاف و تسبیب (مسئولیت مدنی) و استیفای ناشروع بر عهده شخص قرار می‌گیرند را اجرای تکلیف نامیده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۵۵).

۱-۲-۳- ماهیت حقوقی اجرای تعهد در قرارداد

در مورد ماهیت حقوقی وفای به عهد اختلاف نظر وجود دارد. گروهی به استناد لزوم اهلیت تصرف طلبکار (ماده ۲۷۶ ق.م)، که نشانه لزوم قبول وفای به عهد است، آن را عقد (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۷)

و برخی آن را به علت بی تأثیر بودن اراده داین یا متعهد له در دریافت موضوع تعهد و خودداری از آن، ایقاع دانسته اند (شهیدی، ۱۳۶۷، ص ۳۲) و نیز گفته شده است که «ایقاع تعهد در مواردی که سبب تملیک یا انتقال حقی به متعهد له شود (ایقاع است و به اراده انشایی تأدیه کننده نیاز دارد)» (شهیدی، ۱۳۶۷، ص ۳) ولی به نظر می رسد که در حقوق ایران، ایقاع تعهد در زمره اعمال حقوقی قرار نمی گیرد، زیرا ایقاع دین از جانب غیر مدیون نیز جایز است (ماده ۲۶۷ ق.م) و داین نمی تواند از قبول حق خود امتناع کند وگرنه متعهد به وسیله تصرف دادن آن به حاکم یا قائم مقام او بری می شود (ماده ۲۷۳ ق.م). مدیون نیز باید تعهد خود را ایفاء کند و در صورت خودداری اجبار می شود. لزوم اهلیت پرداخت کننده و گیرنده (مواد ۲۹۹ و ۲۷ ق.م) نیز نشانه قراردادی بودن ماهیت وفای به عهد نیست، جنبه حمایتی دارد و برای این است که مال محجور در معرض تضییع و تفریط قرار نگیرد (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۸). با وجود این، گرچه برای تحقق ایقاع تعهد، وجود تعهد قبلی و ایقاع مطابق با موضوع تعهد لازم است و قصد انشای هیچ یک از متعهد و متعهدله لازم نیست ولی گاه ممکن است ایقاع تعهد مستلزم وقوع عمل حقوقی یا حتی قراردادی باشد که متعهد برعهده می گیرد، مانند ایقاع قراردادی که موضوع آن تعهد بر بیع یا تعهد بر انتقال مال در آینده است (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۸).

۱-۲-۴- شرایط لازم برای انجام موضوع تعهد

اما وجود تعهد صرف را نمی توان به عنوان ضمانت اجرای لازم و کافی آن در نظر گرفت. زیرا عوامل گوناگونی در تحقق تعهد دخیل هستند که فقدان یکی از آنها، می تواند متعهد را از انجام موضوع تعهد معاف نماید. بنابراین برای انجام موضوع تعهد، لازم است، اجتماع شرایطی حاصل آید. در واقع با اجتماع شرایطی که در قسمت های بعدی این رساله بدان ها اشاره می شود، می توان انتظار انجام تعهد را از سوی متعهد تصور نمود و در صورت فقدان این شرایط، طبیعتاً متعهد، ملزم به انجام موضوع تعهد نخواهد بود. مهمترین این شرایط عبارتند از:

۱-۲-۴-۱- معلوم و معین بودن موضوع تعهد

ضروری است موضوع تعهد معلوم یا حداقل قابل تعیین باشد. در تأیید این امر می توان به ماده ۱۹۰ قانون مدنی استناد کرد که در بند سوم آن، معین بون موضوع مورد معامله به عنوان یکی از شرایط صحت آن دانسته شده و نیز ماده ۲۱۶ قانون مدنی نیز دلیل دیگری بر این مدعا است (ماده ۲۶۴ ق.م). «مورد معامله باید مبهم نباشد، مگر در موارد خاصه که علم اجماعی به آن کافی است» پس اگر مقطعه کاری تعهد به ساخت بنایی بنماید ضروری است تا مشخص باشد یا حداقل قابل تعیین باشد. اما اگر مقطعه کار بدون تعیین نوع بنا، تعهد به ساخت بنا بنماید چنین تعهدی چون در حکم معدوم است، شکل نمی گیرد و باطل است (سهنوردی، ۱۳۸۲، ص ۲۵۴).

۱-۲-۴-۲- بقای رابطه حقوقی

در تعریف تعهد، بر لزوم حقوقی بودن رابطه تأکید می شود و به طور معمول گفته می شود تعهد یک رابطه حقوقی است که به موجب آن شخص در برابر دیگری عهده دار امر دیگری می شود. دلیل تکیه بر حقوقی بودن رابطه دینی آن است که به طور معمول دین همراه با ضمانت اجرایی است که به موجب آن طلبکار حق رجوع به دادگاه با سایر مقامات عمومی را برای اجبار مدیون می دهد. همین ضمانت اجرا وجه تمایز دیون حقوقی از تعهدات اخلاقی است (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۶۳). روشن است که الزام متعهد قرارداد به انجام تعهد، در صورتی ممکن است که قرارداد، به اعتبار خود باقی بوده و منحل نشده باشد (شهیدی، ۱۳۶۷، ص ۳۱).

۱-۲-۴-۳- لزوم فرارسیدن زمان انجام تعهد

به طور کلی، تعیین زمان اجرای تعهد تابع اصول زیر است (قاسم‌زاده، ۱۳۸۵، ص ۱۸۸):

بر طبق قرارداد اصلی با الحانی تعیین شده باشد، متعهد باید در آن

۱- هرگاه زمان اجرای تعهد از پیش زمان به عهد خود وفا کنند (مواد ۳۹۴، بند ۳ ماده ۶۵۱، ماده ۳۷۰، ۴۹۰ و ۲۲۰ قانون مدنی)

۲- هرگاه زمان وفای به عهد تعیین نشده باشد ولی بر مبنای توافق دو طرف اختیار تعیین موعد با متعهد له باشد، متعهد باید تعهد خود را در زمان تعیین متعهد له ایفاء کند. تفویض اختیار ایفای تعهد به متعهد در صورتی که به زمان و عرف خاصی مصرف نباشد، معامله را غرری و باطل می‌کند (مستفاد از ماده ۲۲۶ قانون مدنی)

۳- هرگاه زمان ایفای تعهد به دو شیوه مذکور تعیین نشده باشد، متعهد باید فوراً ایفای تعهد کند (بند ۳ ماده ۴۹۰ و ماده ۳۴۴ قانون مدنی). با وجود این، فوریت ایفای تعهد همواره عرفی است (مواد ۳۴۴، ۲۲۰ و ۲۲۵ قانون مدنی)

۴- زمان ایفای تعهد اصولاً به نفع مدیون است و او می‌تواند پیش از موعد وفای به عهد کند ولی هر گاه زمان به سود هر دو طرف قرارداد باشد، متعهد پیش از فرارسیدن موعد حن ایفاء ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۲۱۷).

۱-۲-۴-۴- قانونی بودن انجام موضوع تعهد

به طور کلی، تشکیل و انعقاد هرگونه قرارداد و عقدی، بایستی بر مبنای قانون و مقررات جاری هر کشوری صورت گیرد. در تأیید این مطلب می‌توان به پاره‌ای از اشارات قانونی استناد نمود. از جمله ماده ۱۰ قانون مدنی که تشکیل قراردادهای خصوصی را به رسمیت می‌شناسد چنین بیان می‌دارد:

«قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند، در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است.» البته مقصود از قانون در این ماده، قانون امری است و نه تکمیلی (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۸۹) و این ماده در صورتی که وسیله تجاوز به احکام امری عقود معین واقع نگردد، در آنها نیز قابل استناد است (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۳۸). لازم به ذکر است که محدودیت قانونی، تنها مانع تشکیل قراردادها به شمار نمی‌رود زیرا قانونگذاران ایران در ماده ۹۷۵ قانون مدنی، محدودیت‌های دیگری از جمله عدم مغایرت با اخلاق حسنه و یا جریحه دار نکردن احساسات جامعه و در نهایت، مخالف نبودن یا نظم عمومی را نیز به عنوان موانعی در انعقاد قراردادهای خصوصی بر شمرده است. در تعریف قوانین مربوط به نظم عمومی گفته شده است: «قوانینی است که هدف از وضع آن حفظ منافع عمومی باشد و تجاوز بدان نظم را که لازمه حسن جریان امور اداری یا سیاسی و اقتصادی با حفظ خانواده است بر هم زند» (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ص ۵۷) و اخلاق حسنه نیز چهره خاصی از نظم عمومی دانسته شده، با این توجه که بخشی از اخلاق هنوز در قوانین نفوذ نکرده و ضامن اجرای آن تنها وجدان اجتماعی است (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ص ۵۸). بنابر این، ضوابط فوق الذکر، می‌توانند به عنوان چهارچوب امری تشکیل عقود و قراردادهای مطرح شوند، و بدون توجه به این محدودیت‌ها، طبیعت نمی‌توان اجرای تعهد قراردادی را که برخلاف این اصول مسلم قانونی شکل گرفته است را خواستار شد.

۱-۲-۴-۵- قابلیت انجام تعهد

همانطور که در تعریف تعهد اشاره شد، هدف از تشکیل هر قراردادی، انجام تعهدات ناشی از آن است زیرا طرفین قراردادی بر مبنای نیاز متقابلی که از تنظیم قرارداد می‌بینند، ترغیب به انعقاد هرگونه توافقی خواهند شد. لذا بدیهی به نظر می‌رسد، قرارداد فاقد قابلیت اجرا، طبیعتاً محکوم به ابطال باشد.