





دانشگاه آزاد اسلامی
واحد تفت
دانشکده علوم انسانی

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

عنوان:

**اثر قاعده لاضرر در جبران خسارت در قراردادها از منظر حقوق
ایران و فقه اسلامی**

استاد راهنما
دکتر حمید رحمانی

نگارنده
سید مهدی صحیح النسب

بهمن ۱۴۰۰

ب

باسمه تعالی

فرم شماره (۲۰)

تاییدیه هیات داوران

بدینوسیله تایید می شود که جلسه ی دفاع از پایان نامه ی آقای سید مهدی صحیح النسب با عنوان : اثر قاعده لاضرر در جبران خسارت در قراردادهای از منظر حقوق ایران و فقه اسلامی با حضور هیات داوران ذیل تشکیل گردید و هیات داوران پس از مطالعه پایان نامه و شرکت در جلسه دفاع صحت و کفایت تحقیق انجام شده را بر اساس مقررات دانشگاه آزاد اسلامی جهت اعطای درجه کارشناسی ارشد در رشته ی حقوق گرایش خصوصی به نامبرده مورد تایید قرار می دهند.

۱) آقای دکتر حمید رحمانی

سمت در پایان نامه: استاد راهنما استادمشاور داورداخل دانشگاه داور خارج دانشگاه

امضاء

۲) آقای/خانم

سمت در پایان نامه: استاد راهنما استادمشاور داورداخل دانشگاه داور خارج دانشگاه

امضاء

۳) آقای/خانم

سمت در پایان نامه: استاد راهنما استادمشاور داورداخل دانشگاه داور خارج دانشگاه

امضاء

۴) آقای/خانم

سمت در پایان نامه: استاد راهنما استادمشاور داورداخل دانشگاه داور خارج دانشگاه

امضاء



به نام خدا

فرم شماره (۲۱)

منشور اخلاق پژوهش

با استعانت از خدای سبحان و با اعتقاد راسخ به اینکه عالم محضر خداست و او همواره ناظر بر اعمال ماست و به منظور انجام شایسته ی پژوهش های اصیل، تولید دانش جدید و بهسازی زندگانی بشر، ما دانشجویان و اعضای هیات علمی دانشگاه ها و پژوهشگاه های کشور:

تمام تلاش خود را برای کشف حقیقت و فقط حقیقت به کار خواهیم بست و از هرگونه جعل و تحریف در فعالیتهای علمی پرهیز می کنیم.

حقوق پژوهشگران، پژوهیدگان(انسان، حیوان، گیاه و اشیاء)، سازمان ها و سایر صاحبان حقوق را به رسمیت می شناسیم و در حفظ آن می کوشیم.

به مالکیت مادی و معنوی آثار پژوهشی ارجح می نهیم، برای انجام پژوهشی اصیل اهتمام ورزیده از سرقت علمی و ارجاع نامناسب اجتناب می کنیم.

ضمن پایبندی به انصاف و اجتناب از هرگونه تبعیض و تعصب، در کلیه فعالیتهای پژوهشی رهیافتی نقادانه اتخاذ خواهیم کرد.

ضمن امانتداری، از منابع و امکانات اقتصادی، انسانی و فنی موجود استفاده بهره ورانه خواهیم کرد.

از انتشار غیر اخلاقی نتایج پژوهش نظیر انتشار موازی همپوشان و چندگانه(تکه های) پرهیزی می کنیم.

اصل محرمانه بودن و رازداری را محور فعالیتهای پژوهشی خود قرار می دهیم.

در همه فعالیتهای پژوهشی به منافع ملی توجه کرده و برای تحقق آن می کوشیم.

خویش را ملزم به رعایت کلیه هنجارهای علمی رشته خود، قوانین و مقررات، سیاستهای حرفه ای، سازمانی، دولتی و راهبردهای ملی در همه مراحل پژوهش می دانیم.

رعایت اصول اخلاق در پژوهش را اقدامی فرهنگی می دانیم و به منظور بالندگی این فرهنگ، به ترویج و اشاعه آن در جامعه اهتمام می ورزیم.

امضاء استاد راهنما

امضاء دانشجو

سپاس نامه

با سپاس به درگاه ایزد متعال، که توفیق اتمام این پروژه را به من ارزانی داشت، ضمن ابراز مسرت و مباهات از همراهی استاد گرانقدر، در راه پیشرفت و تکمیل این رساله، بر خود واجب می دانم که از زحمات جناب آقای دکتر رحمانی، به عنوان استاد راهنما این پروژه تقدیر و تشکر نمایم.

تقدیم به

دستهای مهربان پدر و مادر عزیزم و نیز همسر مهربانم که

همواره در طول تحصیل و زندگی یار و یاورم بودند و محیط

سالم و آرامش بخشی را برای این دو مهم فراهم ساختند.

فهرست مطالب

صفحه	عنوان
۱	چکیده.....
	فصل اول : کلیات
۲	۱-۱ بیان مساله
۴	۲-۱ متغیر های مساله
۴	۱-۲-۱ متغیر مستقل
۴	۲-۲-۱ متغیر وابسته
۴	۳-۱ سوابق مربوط
۶	۴-۱ سوالات تحقیق
۶	۱-۴-۱ سوالات اصلی
۶	۲-۴-۱ سوالات فرعی
۶	۵-۱ فرضیه ها
۶	۱-۵-۱ فرضیه اصلی
۶	۲-۵-۱ فرضیه فرعی
۶	۶-۱ اهداف تحقیق
۶	۱-۶-۱ هدف اصلی
۶	۲-۶-۱ اهداف فرعی
۷	۳-۶-۱ اهداف کاربردی
۷	۷-۱ جنبه نوآوری و جدید بودن تحقیق
۷	۸-۱ روش تحقیق
۷	۹-۱ روش و ابزار گردآوری اطلاعات
۷	۱۰-۱ روش تجزیه و تحلیل و جمع بندی اطلاعات
	فصل دوم : مفاهیم و تعاریف
۸	۱-۲ گفتار اول : قرارداد
۸	۱-۱-۲ بند اول : تعریف قرارداد
۸	۲-۱-۲ بند دوم : عنوان قرارداد
۱۰	۳-۱-۲ بند سوم : تاثیر عنوان قرارداد در نوع آن
۱۱	۴-۱-۲ بند چهارم : موضوع قرارداد

- ۲-۱-۵ بند پنجم : شرایط «موضوع قرارداد» ۱۲
- ۲-۲ گفتار دوم: تعهد و التزام ۱۸
- ۲-۲-۱ بند اول: تعریف تعهد: ۱۹
- ۲-۲-۲ بند دوم: ارکان تعهد ۲۰
- ۲-۲-۳ بند سوم: اسباب ایجاد تعهد ۲۱
- ۲-۳ گفتار سوم : مفهوم خسارت و انواع آن در حقوق ایران ۲۴
- ۲-۳-۱ بند اول: مفهوم خسارت در حقوق ایران ۲۴
- ۲-۳-۲ بند دوم: انواع خسارت در حقوق ایران ۲۷
- ۲-۳-۳ بند سوم: جبران خسارت ۳۰
- ۲-۳-۴ بند چهارم : مسئولیت ۳۲
- ۲-۴ گفتار چهارم: قاعده ی « لا ضرر» ۳۲
- ۲-۴-۱ بند اول : معنای لا در قاعده ی « لا ضرر » ۳۳
- ۲-۴-۲ بند دوم : معنای « ضرر » ۳۳
- ۲-۴-۳ بند سوم : معنای « ضرار » ۳۵
- ۲-۴-۴ بند چهارم : مستندات و مفردات قاعده ی « لا ضرر» ۳۶
- فصل سوم : بررسی حقوقی شیوه جبران خسارت در حقوق ایران
- ۳-۱ گفتار اول: شیوه جبران خسارت در مسئولیت قراردادی ۴۸
- ۳-۱-۱ بند اول: تعهد به انجام عمل ۴۹
- ۳-۱-۲ بند دوم : انجام موضوع تعهد از طرف متعهدله به خرج متعهد ۴۹
- ۳-۱-۳ بند سوم : تعیین خسارت روزانه ۴۹
- ۳-۱-۴ بند چهارم : تعیین خسارت روزانه و انجام تعهد به خرج متعهد ۵۰
- ۳-۱-۵ بند پنجم : پرداخت وجه التزام ۵۰
- ۳-۱-۶ بند ششم : فسخ قرارداد ۵۲
- ۳-۲ گفتار دوم : تعهد به وجه نقد ۵۳
- ۳-۲-۱ بند اول : شرایط خسارت تأخیر تأدیه ۵۴
- ۳-۲-۲ بند دوم : خسارت تأخیر تأدیه در قانون مدنی ۵۵
- ۳-۲-۳ بند سوم : میزان خسارت تأخیر تأدیه ۵۵
- ۳-۲-۴ بند چهارم : فرق خسارت تأخیر تأدیه با ربا ۵۶
- ۳-۳ گفتار سوم: شیوه‌های جبران خسارت در مسئولیت قهری ۵۶

- ۳-۳-۱ بند اول: برگرداندن وضعیت زیان دیده به حالت سابق خود ۵۷
- ۳-۳-۲ بند دوم : بازگرداندن عین مال به صاحب آن ۵۷
- ۳-۳-۳ بند سوم : از بین بردن منبع خسارت ۵۷
- ۳-۳-۴ بند چهارم : جبران خسارت وارد به اموال ۵۸
- ۳-۳-۵ بند پنجم : رد عین در صورت وجود ۵۸
- ۳-۳-۶ ششم ۵۹
- ۳-۳-۷ بند هفتم: نقش دادگاه در تعیین شیوه های جبران خسارت ۶۱

فصل چهارم : بررسی فقهی و حقوقی اثر قاعده لاضرر در جبران خسارت در قراردادها

- ۴-۱ گفتار اول: نظریه های فقهی قاعده ی « لا ضرر » و ارزیابی آنها ۶۳
- ۴-۱-۱ بند اول : تفاسیر بر اساس نهی بودن «لا» ۶۳
- ۴-۱-۲ بند دوم: نظریه ی نهی اولی و الهی و ارزیابی آن ۶۴
- ۴-۱-۳ بند سوم: نظریه ی نهی ثانوی و حکومتی و ارزیابی آن ۶۵
- ۴-۱-۴ بند چهارم: جمع دو نظریه ی نهی ثانوی و اولی ۶۸
- ۴-۲ گفتار دوم: تفاسیر بر اساس نفی بودن لا ۷۰
- ۴-۲-۱ بند اول: نظریه ی نفی حکم ضرری و ارزیابی آن ۷۰
- ۴-۲-۲ بند دوم: نقد فقها بر نظریه ی نفی حکم ضرری ۷۳
- ۴-۲-۳ بند سوم: نظریه ی نفی حکم به لسان نفی موضوع و ارزیابی آن ۷۵
- ۴-۲-۴ بند چهارم: نظریه ی نفی ضرر غیر متدارک و ارزیابی آن ۷۷
- ۴-۲-۵ بند پنجم: نظریه ی ارث وارث مسلم از مورث کافر و ارزیابی آن ۷۸
- ۴-۲-۶ بند ششم: نظریه ی تخصیص عمومات و تقیید مطلقات اولیه و ارزیابی آن ۷۹
- ۴-۲-۷ بند هفتم: نظریه ی عدم حکم الزامی و ارزیابی آن ۸۰
- ۴-۲-۸ بند هشتم: نظریه ی نفی مشروعیت اعمال ضرری و ارزیابی آن ۸۲
- ۴-۲-۹ بند نهم: نظریه ی نفی مشروعیت مطلق ضرر و ارزیابی آن ۸۳
- ۴-۳ گفتار سوم: بررسی شمول قاعده « لا ضرر » در امور عدمی ۸۴
- ۴-۳-۱ بند اول: تعارض قاعده ی « لا ضرر » و تسلیط ۸۵
- ۴-۳-۲ گفتار چهارم: بررسی شمول قاعده ی « لا ضرر » در مسئله ی اضرار به غیر ۸۷
- ۴-۳-۳ بند اول: تعارض دو ضرر ۸۹
- ۴-۳-۴ بند دوم: قاعده « لا ضرر » در احکام جدید ۹۰
- ۴-۳-۵ بند سوم: قاعده ی « لا ضرر » در ضرر به خود ۹۱

- ۴-۵ گفتار پنجم: مبنای مسئولیت مدنی در حقوق ایران و جایگاه قاعده لا ضرر در آن ۹۲
- ۴-۵-۱ بنیاد اول: مبنای مسئولیت مدنی در حقوق ایران ۹۲
- ۴-۵-۲ بند دوم: نظریه ی تقصیر ۹۲
- ۴-۵-۳ بند سوم: نظریه ی مسئولیت محض ۹۵
- ۴-۵-۴ بند چهارم: نظریه ی عام بودن تقصیر و اخصیصیت قانون مدنی ۹۹
- ۴-۵-۵ بند پنجم: نظریه ی خطر ۱۰۰
- ۴-۵-۶ بند ششم: نظریه ی مختلط ۱۰۱
- ۴-۵-۷ بند هفتم: نظریه ی قابلیت استناد عرفی ۱۰۱
- ۴-۶ گفتار ششم: بررسی و نقد نظریه ی ابتدای مسئولیت مدنی بر قاعده ی «لا ضرر» ۱۰۴
- ۴-۶-۱ بند اول: ابتدای مسئولیت مدنی بر قاعده ی «لا ضرر» ۱۰۴
- ۴-۶-۲ بند دوم: نقد نظریه ی ابتدای مسئولیت مدنی بر قاعده ی «لا ضرر» ۱۰۵
- ۴-۶-۳ بند سوم: نظریه ی منتخب ۱۰۸

فصل پنجم: نتیجه گیری

- ۵-۱ نتیجه گیری ۱۱۱
- فهرست منابع و ماخذ ۱۱۲
- چکیده لاتین ۱۱۶

چکیده

هدف از انجام این پژوهش بررسی و تحلیل اثر قاعده لاضرر در جبران خسارت در قراردادهای از منظر حقوق ایران و فقه اسلامی است. نوع مطالعه این پژوهش توصیفی تحلیلی و از نظر هدف بنیادین می باشد. این پژوهش با پذیرش اینکه در حقوق ایران و فقه اسلامی الزام به پرداخت خسارت ناشی از عدم انجام تعهد امری اجتماعی و حقوقی است که جهت حفظ نظم و تعادل در جامعه و احترام به عهد و پیمان میان طرفین قرارداد می باشد به موضوع پرداخته است. برای انجام این پژوهش منابع کتابخانه ای و مقالات معتبر با موضوع گردآوری و مطالعه گردید. نتایج نشان می دهد این قاعده در حقوق مبنای مقررات مربوط به مسئولیت مدنی است و در قانون مسئولیت مدنی و همچنین در قانون مدنی مواد قانونی بسیاری به استناد این قاعده وضع شده اند. در حقوق مبنای مسئولیت مدنی توسط صاحب نظران مورد توجه قرار گرفته است که از این میان به سه نظریه تقصیر، خطر و مختلط بیشتر توجه شده است. همه این نظریات در یک قضیه، اشتراک دارند و آن هم اینکه هر فردی به دیگران خسارتی وارد سازد بر مبنای مسئولیت مدنی، باید جبران خسارت نماید و مسئولیت مدنی نیز خود مأخوذ از مبنای قاعده لاضرر است. همچنین نتایج این پژوهش حاکی از آن است که یک توالی منطقی، افرادی که به دیگران خسارتی وارد می کنند، بر مبنای مسئولیت مدنی، ملزم به جبران خسارت هستند و مسئولیت مدنی نیز خود، اعتبارش را از قاعده لاضرر می گیرد، بنابراین مشاهده می شود که همپوشانی و همسانی فقه و حقوق در ارتباط با قاعده لاضرر از درصد بالایی برخوردار می باشد

کلید واژگان: قاعده لاضرر، جبران خسارت، حقوق قرارداد

فصل اول

کلیات

۱-۱ بیان مساله

با توجه به اثر قاعده لاضرر در جبران خسارت در قراردادها از منظر حقوق ایران و فقه اسلامی بحث جبران چه در حوزه قراردادی و چه در حوزه غیرقراردادی ما را به این فکر وا می‌دارد که چرا در چنین بحثی که واجد اهمیت علمی و عملی بسزایی است قانونگذار ایرانی فقط در حدود چند ماده آن هم به صورت مختصر - که قسمت اعظم آن مربوط به خسارت های غیر قراردادی است - وضع قانون نموده است؟ شائبه ی این می رود که در حوزه ی خسارت قراردادی مقنن نحوه ی جبران خسارت را محول به قواعد عمومی و قراردادها کرده است و از صراحت گویی پرهیز کرده. لذا تصمیم گیری راجع به نحوه جبران خسارت قراردادی محول به دکترین حقوقی، رویه ی قضایی گاهاً و عرف محول می شود. توضیح اینکه آنچه به عنوان قاعده در بدو امر به حقوق دانان می آموزند، قاعده ای است که طبق آن جبران خسارت قراردادی، بر عهده ی ناقض قرارداد است و در این راستا میزان جبران خسارت، یا بر مبنای مراضات حاصله و وجه التزام مقرر بین طرفین است. یا با جلب نظر کارشناس تعیین می شود، قاعده ای که ظاهر آن کارآمد جامع و مانع است اما در عمل نتیجه چیز دیگری است. اعمال این قاعده و تمکین تمام و کمال تراضی طرفین در باب تعیین میزان جبران خسارت و اینکه وجه التزام طبق ماده ۲۳۰ قانون مدنی، تمام خسارت های قراردادی را پوشش می دهد، به نحوی که قاضی در این حوزه نه بیش از آن و نه کمتر از آن نمی تواند

رای دهد، در عرصه‌ی عملی و واقعی روابط حقوقی مردم، همیشه منصفانه و عادلانه نیست چنانچه گاهی شرایط معاملات در نوسانات بازاری و جریانات اجتماعی چنان تغییر می‌کند که پرداخت وجه التزام خسارات واقعی را جبران نمی‌کند و فقط به منزله رفع تکلیف از ذمه ناقض قرارداد است. این امر خصوصاً در کشورهای که به وفور و متغیرهای بازار به وفور در افزایش قیمت کالاها تاثیر می‌گذارند، مشهود است برای مثال در کشور ایران که چه از نظر تاریخی، چه از نظر فرهنگی و چه از نظر اقتصادی، ملک یکی از کالاهای حساس بوده به نحوی که نگاه مردم به این مال به عنوان یک مال سرمایه است نه مصرفی، دستخوش تغییرات فراوانی از نظر قیمتی قرار گرفته است، به نحوی که امروزه شاهدیم قیمت ملک به طور عجیبی با قیمت آن در زمان گذشته متفاوت شده و این تغییر گاهی به آهستگی در طی چند سال رخ داده و گاهی به صورت باور نکردنی در طی چند هفته و یا ماه!! اگر بخواهیم صرفاً به ظاهر قرارداد نگاه کنیم و طبق وجه التزام جبران خسارت کنیم در برخی از موارد واقعاً دچار مشکل می‌شویم مثلاً تصور کنید در قراردادی موضوع معامله ملک ۲۰۰ میلیون تومانی است و وجه التزام عدم حضور هر یک از طرفین در دفترخانه جهت تکمیل عقد ۵۰ میلیون تومان است در صورتی که به هر دلیلی در فاصله تنظیم مبیعه نامه و حضور در دفترخانه قیمت ملک مزبور دستخوش تغییرات قرار گرفته و افزایش یابد و به این دلیل فروشنده از عقد منصرف گردد، می‌توانیم پیش بینی کنیم که چه اتفاقی می‌افتد، گذشته از بحث اخلاقی، چند در صد از مردم هستند که حاضرند به جای پرداخت ۵۰ میلیون تومان پول به عنوان خسارت عدم حضور و نقض قرارداد از ملک خود که حالا چندین برابر شده بگذرند و آن را به مشتری منتقل نمایند. به دلیل عدم تعیین تکلیف در این باب در قانون مدنی، آنچه که علی‌الظاهر به ذهن تکلیف در این باب در قانون مدنی آنچه که علی‌الظاهر به ذهن تبادر می‌شود، این است که طبق ق م ایران پرداخت وجه التزام بدل از انجام اصل تعهد بوده با این توضیح که به خاطر عدم اجرای تعهد است که وجه التزام می‌پردازیم مقنن که در منطق ۲۳۰ بر آن تاکید شده به نظر سیاستی شایق فسخ برای ناقض قرارداد است به نحوی که متخلف از نقض قرارداد سود بیشتری می‌کند تا اجرای قرارداد و این به دلیل یک کمبود فاحش در قانون مدنی ایران در بحث جبران خسارت را مقرر نموده که متضرر از این راه چه نقطه ضعیفی مرحله پیش از ورود زیان برسد. در حالی که گاهی عدالت مقتضی این است که متضرر را به نقطه‌ی ۱۰۰ برساند یعنی طوری جبران خسارت کنیم که اگر قرارداد نقض نمی‌شد، این گونه خسارت‌ها به وی وارد نمی‌گردید. به عبارت بهتر فقط خسارت منافع قطعاً از بین رفته را به او ندهیم بلکه خسارت منافی را که وی می‌توانسته با اجرای قرارداد به دست آورد و حالا که قرارداد نقض شده و این منافع محروم مانده باید پرداخت نمود. یعنی متضرر را باید به موقعیتی برسانیم که اگر قرارداد اجرا می‌شد او در آن موقعیت قرار می‌گرفت نه اینکه صرفاً او را به موقعیت پیش از وقوع ضرر برگردانیم. این همان بحثی است که در حقوق انگلیس تحت

عنوان **Relience damges** یعنی جبران خسارت اتکایی و **Expectel damges** جبران خسارت مورد توقع پیش بینی شده است به نحوی که در جبران خسارت مورد توقع **Expectel damges** چنان از شخص متضرر جبران خسارت می شود که وی به مرحله ی ۱۰۰ یعنی جایی که اگر قرارداد اجرا می شد ممکن بود آن منافع را به دست آورد، می رسد. در این پژوهش بر آنم که اولاً سیاست مقنن ایران در باب جبران خسارت قراردادی را تجزیه و تحلیل کرده ثانیاً به نکته پردازم که آیا این سیاست ناشی از تعمد مقنن بوده یا از مواردی است که در قانون مدنی ایران مغفون مانده است.

۲-۱ متغیرهای مساله

۱-۲-۱ متغیر مستقل

حقوق ایران و فقه اسلامی

۲-۲-۱ متغیر وابسته

قاعده لاضرر

۳-۱ سوابق مربوط

در بررسی که سید مصطفی محقق داماد و نصرالله جعفری خسرو آبادی در سال ۱۳۹۰ درخصوص بررسی قاعده مقابله با خسارت براساس فقه اسلامی انجام دادند به این نتیجه رسیدند که براساس قاعده ی لاضرر اگر وظیفه ی مقابله را بر دوش زیان دیده بار نکنیم، موجب ورود ضرر به فاعل فعل زیان بار می گردد و این حکم ضرری نفی می گردد. همچنین، این قاعده، یک قاعده ی عقلایی است که منطق حقوق مدنی و حقوق اقتصادی، عدالت و انصاف نیز می تواند پشتوانه ی آن گردد. همچنین از ملاک مواد قانونی که در حقوق ایران در این زمینه وجود دارد، می توان استفاده کرد و اثبات یک قاعده ی عمومی درمبحث مسئولیت مدنی کرد. در صورتی که این تکلیف را الزامی بدانیم، ترک فعل خواهان در مقابله با خسارت، یکی از اسباب ورود ضرر است و اگر خواهان با خسارت مقابله نکند، دو سبب در ورود خسارت نقش داشته است: یکی اقدام فاعل زیان بار یا ناقض تعهد که زمینه ی ورود خسارت را فراهم آورده و دیگری هم ترک فعل خواهان در مقابله با خسارت، بنابراین فعال فعل زیان بار مسئول کار خسارت نیست.

حیدری و آهون بر در سال ۱۳۹۰ در بررسی های خود در زمینه حقوق به این نتیجه رسیدند که قاعده ضرر و اصل ۴۰ و ۴۵ قانون اساسی را هم داریم لیک صرف اثبات این سه رکن اثبات جبران خسارت نمی کند. اگر رابطه سببیت از بین برود مثلاً قوه قاهره که حادثه ای غیر قابل پیش بینی است و غیرقابل احراز پیش می آید رابطه سببیت از بین می رود و چون اداره هواشناسی اعلام وزش طوفان شدید را کرده است

شهرداری مکلف به جبران خسارت نخواهد بود چون شهرداری محل را پارکینگ اعلام ننموده و اگر چنین بود شرایط و ضوابط خاص آن را نیز اعلام می کرد چون نه قبض صادر می کند و نه درب ورودی و خروجی پارکینگ دارد همچنین ملک بعنوان ملک شخصی است و کسی حق ورود بدون اجازه را ندارد و این ورود تصرف عدوانی محسوب می شود و به استناد تصرف عدوانی مالک خودرو نبایستی در این ملک خودرو پارک می کرد. در ضمن افتادن دکل برق در اثر باد شدید جزء حوادث غیر مترقبه است و در هر شهرستان مرجع رسیدگی به حوادث غیر مترقبه ستاد مختص حوادث غیر مترقبه شهرستان واقع در فرمانداری و ستاد مسئول پیشگیری حوادث است و بعد از حادثه هم ستاد بایستی ضررهای ناشی از آن را جبران کند لذا دعوی متوجه خواننده نبوده و بایستی بر علیه ارگان دیگری مطرح می شد. (بند ۴ ماده ۸۴ ق. آ. د. م)

علیرضا یزدانیان در بررسی که در سال ۱۳۹۰ در زمینه تعدیل تعهدات قراردادی بر پایه اصول و قواعد حاکم بر فقه اسلامی انجام داد به این نتیجه رسید که قاضی به طور نامحدود نمی تواند در روابط قرارداد طرفین دخالت کند. وی باید با احراز قصد ضمنی طرفین عقد را تعدیل کند و با فراهم ساختن امکان تداوم عقد، از متضرر رفع ضرر نماید، زیرا طرفین در زمان انعقاد عقد تعهدات خود را به موارد قابل پیش بینی محدود کرده اند و تحمیل شرایط غیر قابل پیش بینی بر یکی از طرفین عقد، تکلیف مالایطاق است. در نهایت، در مواردی که قصد ضمنی طرفین احراز نشود و تکمیل قرارداد به منزله انعقاد عقد جدید بوده و اجبار به انجام عین تعهد طاقت فرسا شده و مشمول قاعده عسر و حرج شود می توان به زیان دیده حق فسخ عطا کرد. با این نظر اصل ثبات قراردادها و اصل لزوم رعایت شده و در عین حال اجرای تعهد به خشونت و اجحاف منتهی نمی شود.

حیدری و آهون بر در سال ۱۳۹۰ در بررسی های خود در زمینه حقوق به این نتیجه رسیدند که قاعده ضرر و اصل ۴۰ و ۴۵ قانون اساسی را هم داریم لیک صرف اثبات این سه رکن اثبات جبران خسارت نمی کند. اگر رابطه سببیت از بین برود مثلاً قوه قاهره که حادثه ای غیر قابل پیش بینی است و غیر قابل احراز پیش می آید رابطه سببیت از بین می رود و چون اداره هواشناسی اعلام وزش طوفان شدید را کرده است شهرداری مکلف به جبران خسارت نخواهد بود چون شهرداری محل را پارکینگ اعلام ننموده و اگر چنین بود شرایط و ضوابط خاص آن را نیز اعلام می کرد چون نه قبض صادر می کند و نه درب ورودی و خروجی پارکینگ دارد همچنین ملک بعنوان ملک شخصی است و کسی حق ورود بدون اجازه را ندارد و این ورود تصرف عدوانی محسوب می شود و به استناد تصرف عدوانی مالک خودرو نبایستی در این ملک خودرو پارک می کرد. در ضمن افتادن دکل برق در اثر باد شدید جزء حوادث غیر مترقبه است و در هر شهرستان مرجع رسیدگی به حوادث غیر مترقبه ستاد مختص حوادث غیر مترقبه شهرستان واقع در

فرمانداری و ستاد مسئول پیشگیری حوادث است و بعد از حادثه هم ستاد بایستی ضررهای ناشی از آن را جبران کند لذا دعوی متوجه خوانده نبوده و بایستی بر علیه ارگان دیگری مطرح می شد. (بند ۴ ماده ۸۴ ق. آ. د. م)

۴-۱ سوالات تحقیق

۴-۱-۱ سوالات اصلی

اثر قاعده لاضرر در جبران خسارت در قراردادها از منظر حقوق ایران و فقه اسلامی چه می باشد ؟

۴-۱-۲ سوالات فرعی

- براساس قاعده لاضرر جبران خسارت قراردادی برعهده چه کسی می باشد ؟
- میزان جبران خسارت در قراردادها بر چه مبنایی تعیین می گردد ؟

۵-۱ فرضیه ها

۵-۱-۱ فرضیه اصلی

در حقوق ایران و فقه اسلامی الزام به پرداخت خسارت ناشی از عدم انجام تعهد امری اجتماعی و حقوقی است که جهت حفظ نظم و تعادل در جامعه و احترام به عهد و پیمان میان طرفین قرارداد برقرار شده است.

۵-۱-۲ فرضیه فرعی

- طبق قاعده لاضرر جبران خسارت قراردادی، بر عهده ی ناقض قرارداد است.
- میزان جبران خسارت، بر مبنای مراضات حاصله و وجه التزام مقرر بین طرفین معین می شود.

۶-۱ اهداف تحقیق

۶-۱-۱ هدف اصلی

بررسی و تحلیل اثر قاعده لاضرر در جبران خسارت در قراردادها از منظر حقوق ایران و فقه

اسلامی

۶-۱-۲ اهداف فرعی

- بررسی و تحلیل اثر قاعده لاضرر در جبران خسارت در قراردادها از منظر حقوق ایران
- بررسی و تحلیل اثر قاعده لاضرر در جبران خسارت در قراردادها از منظر فقه اسلامی

۱-۶-۳ اهداف کاربردی

نتایج این تحقیق می تواند برای دانشجویان و محققان و اساتیدی که در رابطه با فقه و مبانی حقوق اسلامی به مطالعه و پژوهش می پردازند مفید واقع گردد.

۱-۷ جنبه نوآوری و جدید بودن تحقیق

در زمینه اثر قاعده لاضرر در جبران خسارت در قراردادها از منظر حقوق ایران و فقه اسلامی تاکنون تحقیق و پژوهشی به طور جامع صورت نگرفته است. و این پژوهش می تواند این خلا علمی را تا حدودی رفع کند.

۱-۸ روش تحقیق

این پژوهش بر مبنای موضوع و هدف آن از نوع پژوهش های بنیادین محسوب می گردد. همچنین روش انجام پژوهش از نوع توصیفی- تحلیلی می باشد.

۱-۹ روش و ابزار گردآوری اطلاعات

در این پژوهش به منظور آشنایی با مفاهیم پایه و مبانی نظری و نیز نظرات در پژوهش از روش کتابخانه ای استفاده می شود. همچنین به منظور گرد آوری اطلاعات در این پژوهش از کتاب ها، مقالات، پایگاه های اطلاعاتی الکترونیکی، فصلنامه ها و مجلات علمی- پژوهشی و رساله های مرتبط استفاده و اطلاعات موجود به شیوه فیش برداری گرد آوری می شود.

۱-۱۰ روش تجزیه و تحلیل و جمع بندی اطلاعات

تجزیه و تحلیل اطلاعات به صورت توصیفی- تحلیلی خواهد بود.

فصل دوم

مفاهیم و تعاریف

۱-۲ گفتار اول : قرارداد

۱-۱-۲ بند اول : تعریف قرارداد

ماده ده قانون مدنی گوید: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند در صورتی که مخالف صریح قانون نباشد نافذ است.» (کشاورز، ۱۳۹۴، ص ۱۱)

بنابراین تعهد «حسن» به اینکه چیزی را برای «حسین» بسازد یا چیزی را برای او ازجایی حمل کند یا چیزی را در مقابل اخذ ثمن یا عوض به او تحویل دهد، در صورت قبول «حسین»، مصداق قرارداد است. مراضات، توافق و تراضی هم مفاهیمی است که کل این معانی را در بر می گیرند.

برای دوری گزیدن از اشکالات و ایرادات وارد بر تعریف عقد، حقوقدانان تعاریف دیگری نیز برای آن پیشنهاد کرده اند. از آن جمله: «عقد توافق دو یا چند اراده است که به منظور ایجاد آثار حقوقی انجام می شود.» (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ص ۲۴)

۲-۱-۲ بند دوم :عنوان قرارداد

منظور از «عنوان قرارداد» نام واسمی است که طرفین برای قرارداد خود انتخاب می کنند. معمولاً در آغاز هر قرارداد و در صدر صفحه اول آن به عباراتی نظیر «قرارداد فروش»، «قرارداد بیع»، «قولنامه»، «مبايعه نامه»، «قرارداد رهن و اجاره»، «قرارداد کار»، «قرارداد مدیریت» و . . . بر می خوریم. چنین به نظر می رسد که

بیشتر تنظیم کنندگان غیر متخصص قراردادها اهمیت چندانی برای این عناوین قائل نیستند و نوشتن آن را فقط برای «خالی نبودن عریضه» لازم می دانند. البته این مسامحه روا نیست و عنوان قرارداد از جهات مختلف اهمیت دارد. مسائلی که در تعیین عنوان قرارداد باید ملحوظ باشد عبارتند از:

۱- مسئله استفاده از اسامی عقود معین

«عقود معین» عقود هستند که قانونگذار برای آنها اسم و عنوان خاص در نظر گرفته و شرایط و آثار خاص قانونی قائل شده است. این عقود عبارتند از: بیع، معاوضه، اجاره، مزارعه و مساقات، مضاربه، جعاله، شرکت، ودیعه، عاریه، قرض، قمار و گروبندی، وکالت، ضمان عقدی، حواله، کفالت، صلح، رهن و هبه.

همچنان که گفته شد قانونگذار شرایط تحقق هر یک از این عقود را دقیقاً تعیین کرده و وقتی شرایط جمع و یکی از عقود محقق شد، آثار و احکام آن نیز که در قانون مشخص است جاری می شود. احکام عقود معین در مواد ۳۳۸ تا ۸۲۴ قانون مدنی بیان شده است. در گزینش یکی از عناوین «عقود معین» برای قرارداد باید به موارد زیر توجه شود:

وقتی عنوان بیع یا شرکت یا . . . را برای قرارداد خود انتخاب می کنیم باید قبلاً کلیه مواد مربوط به عقد موردنظر را با دقت در قانون مدنی و سایر قوانین مرتبط با قضیه، مثل قانون تجارت، قانون روابط موجر و مستاجر و یا قانون کار، مطالعه کنیم. در این مورد اعتماد به حافظه و خواننده های قبلی به هیچ وجه صلاح نیست.

علاوه بر این باید حداقل یکی از تفسیرها قانون مدنی را در خصوص مورد مطالعه کنیم تا از وجود ابهامات و موارد محل مناقشه و اختلاف آگاه شویم.^۱ ضمناً با توجه به طبع قراردادی که درصدد انعقاد آن هستیم و همچنین به مقتضای موضوع قرارداد، ممکن است بررسی قوانین دیگری غیر از قانون مدنی و مراجعه به کتبی جز کتاب های حقوق مدنی لازم شود. مثلاً وقتی موضوع قرارداد، خرید و فروش «مال غیر منقول» است ناچار باید ضوابط مواد ۴۶ به بعد قانون ثبت اسناد و املاک و اشکالات و محدودیت های ناشی از آن در نظر گرفته شود.

یا زمانی که بحث از «شرکت» مطرح است حتماً باید قانون تجارت هم مراجعه شود و مسئله تضامنی بودن شرکت مدنی ثبت نشده (به موجب ماده ۲۲۰ قانون تجارت) مدنظر باشد.

^۱ - کتاب هایی که در این مورد می تواند مورد استفاده قرار گیرد بدون قید حصر عبارتند از دوره حقوق مدنی مرحوم دکتر سید حسن امامی ب- تفسیر قانون مدنی مرحوم حائری شاه باغ ج- کتاب حقوق مدنی مرحوم دکتر شایگان د- کتاب حقوق مدنی مرحوم منصور السلطنه عدل ه- کتاب حقوق مدنی مرحوم عبده بروجردی و- کتاب های حقوق مدنی تالیف آقای دکتر ناصر کاتوزیان ز- کتاب های حقوق مدنی تالیف آقای دکتر جعفری لنگرودی ح- کتاب حقوق مدنی تالیف آقای دکتر حسین صفائی ط- کتاب سقوط تعهدات تالیف آقای دکتر مهدی شهیدی.

یا آنجا که قرارداد به زمین های شهری یا اراضی کشاورزی مربوط می شود باید به قوانین مربوط به زمین های شهری و کشاورزی و آیین نامه ها و مقررات مربوط مراجعه گردد.

یا وقتی که سخن درباره نقل و انتقال حق کسب و پیشه و تجارت (و یا آنچه که به سرقفلی تعبیر می شود) باشد، با توجه به قانون روابط موجر و مستاجر مصوب سال ۱۳۵۶ و ماده واحده الحاقی به قانون روابط موجر و مستاجر مصوب ۱۳۶۲ (که تبصره الحاقی مصوب آبان ۱۳۶۵ است) و قانون روابط موجر و مستاجر مصوب ۱۳۷۶ لزوم قطعی دارد.

در هر حال باید به خاطر داشته باشیم وقتی عنوان یکی از عقود معین را برای قرارداد خود انتخاب می کنیم بسیار محتمل است پس از تصویب قانون مدنی، قوانینی به تصویب رسیده باشد که دامنه اعمال ضوابط قانون مدنی را مضیق یا حتی اعمال این ضوابط را متفتی کرده باشد.^۱

۲-۱-۳ بند سوم: تاثیر عنوان قرارداد در نوع آن

همواره باید بدانیم آنچه تعیین کننده نوع قرارداد و آثار واحکام آن است در نهایت قصد واقعی و عملکرد طرفین خواهد بود نه اسمی که قرارداد برگزیده ایم. هر چند ممکن است اشتباه و کم توجهی در گزینش عنوان قرارداد باعث لطمه خوردن به قصد واقعی طرفین آن- به ویژه در صورت حدوث اختلاف- شود.

بنابراین اگر در صدر قرارداد خود عنوان «هبه» را قرار دادیم اما عملکرد ما نشان داد که قصدمان «بیع» بوده است، ناچار احکام بیع در مورد قرارداد جاری خواهد شد و این قرارداد آثار بیع را خواهد داشت. در صورت بروز اختلاف و مراجعه به دادگاه هم به احتمال قوی محکمه به قصد واقعی ما توجه خواهد کرد نه عنوان قرارداد.

بسیار دیده می شود افراد، محلی را برای کسب و کار به مدت معین و در قبال گرفتن مبلغ یا مبالغی به کسی واگذار و عنوان «امانت» را برای قرارداد خود انتخاب می کنند و چنین می پندارند که در پایان مدت به سهولت محل تخلیه خواهند شد. البته این پندار باطل و قانون روابط موجر و مستاجر مصوب سال ۱۳۵۶ یا قانون روابط موجر و مستاجر مصوب سال ۱۳۷۶- حسب مورد- بر روابط طرفین این قرارداد حاکم است. از این مثال ها فراوان می توان آورد. (کشاورز، ۱۳۹۴، ص ۶)

^۱ - مثلا ماده ۴۵۸ قانون مدنی در بیع شرط با تصویب ماده ۳۴ قانون ثبت عملا قابلیت اجرایی خود را از دست داده است و موارد بسیار دیگری از این قبیل می توان ذکر کرد و ماده ۳۴ قانون ثبت نیز اخیرا اصلاح شده و نحوه وصول طلب در حالی که بستانکار وثیقه غیر منقول دارد تغییر کلی کرده است.