

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وزارت علوم، تحقیقات و فناوری

دانشگاه بین‌المللی امام خمینی



IMAM KHOMEINI
INTERNATIONAL UNIVERSITY

دانشکده علوم اجتماعی

بررسی تطبیقی ضمانت اجرای تعهد منفی

در حقوق ایران و انگلیس

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

نگارنده:

پریسا حاجی ویسی

استاد راهنما:

دکتر سید الهام الدین شریفی آل هاشم

استاد مشاور:

دکتر مهرزاد ابدالی

مهرماه ۱۳۹۰

تقدیم به :

عزیزترینم خدا

با تشکر از :

خدای دوست داشتنی ام

پدر مهربانم

مادر یگانه ام

اساتید بزرگوارم از الفبا تا به امروز

خواهر و برادران صبورم

برادر ارجمندم عثمان محمد و پسرعموی گرامی ام ریبوار

(زور سوپاس ده که م له کاک عوسمانی به ریز و ئاموزا به ریزه گه م ریبوار)

چکیده

«تعهد منفی» یکی از انواع تعهدات می‌باشد که موضوع آن خودداری از انجام کار معین است و به اعتبار مورد تعهد به دو نوع مادی و حقوقی تقسیم می‌شود. متعهد باید در تعهد منفی مادی از انجام یک کار عینی خارجی و در تعهد منفی حقوقی از انجام یک عمل حقوقی خودداری نماید. در صورت تخلف از تعهد منفی، اگر منظور و هدف از تعهد و بستر آن از بین رفته باشد، متعهدله در نظام حقوقی ایران حق فسخ قرارداد منشا تعهد را دارد؛ در نظام حقوقی انگلیس اگر تعهد نقض شده اصلی باشد، می‌تواند قرارداد را فسخ کند و یا با حفظ قرارداد، مطالبه خسارت نماید و در نقض تعهد فرعی تنها حق مطالبه خسارت دارد. اگر منظور و هدف از تعهد و بستر آن همچنان باقی باشد، متعهدله در نظام حقوقی ایران ابتدائاً تنها حق درخواست اجبار به انجام تعهد را دارد که در قالب اعاده به وضعیت سابق (به عنوان مثال تخریب بنایی که ساخته شده یا ابطال قرارداد منعقد شده) ظهور می‌یابد و فقط در صورت عدم امکان اجبار، حق دارد قرارداد را فسخ کند؛ در نظام حقوقی انگلیس در صورت نقض تعهد اصلی، متعهدله می‌تواند قرارداد را فسخ کند و یا با حفظ قرارداد، مطالبه خسارت نماید و اگر تعهد نقض شده فرعی باشد، تنها حق مطالبه خسارت دارد. در این نظام، متعهدله تنها در صورت کافی نبودن خسارت، حق درخواست اجبار به انجام تعهد را دارد که حق فسخ مذکور نیز در کنار این حق وجود دارد؛ البته در سال‌های اخیر این قاعده تا حدودی تعدیل شده است و در مواردی حتی در صورت کافی بودن خسارت نیز دادگاه‌های انگلیس با عادلانه و مناسب تشخیص دادن اجبار، حکم اجبار به انجام تعهد صادر نموده‌اند.

کلمات کلیدی: تعهد منفی، ضمانت اجرا، اجبار به انجام دادن تعهد، فسخ، خسارت.

فهرست مطالب

مقدمه.....	۱
الف - بیان مسئله.....	۱
ب - سؤال های اصلی تحقیق.....	۲
ج - فرضیه های اصلی تحقیق.....	۲
د - سوابق و ضرورت انجام تحقیق.....	۳
ه - تحدید حوزه و دامنه تحقیق.....	۴
و - روش تحقیق.....	۴
ز - مشکلات تحقیق.....	۵

فصل اول - کلیات

طرح بحث.....	۷
مبحث اول - تعهد.....	۸
گفتار اول - مفهوم، اوصاف و ارکان تعهد.....	۸
بند اول - مفهوم تعهد.....	۸
بند دوم - اوصاف تعهد.....	۱۰
الف - اثر یک رابطه حقوقی بودن.....	۱۱
ب - الزام آور بودن.....	۱۱
ج - حق مطالبه.....	۱۱
د - تمایز متعهد و متعهدله.....	۱۲
بند سوم - ارکان تعهد.....	۱۲
الف - متعهد.....	۱۲
ب - متعهدله.....	۱۲
ج - متعهدبه.....	۱۲
د - دین.....	۱۳

ه - طلب	۱۳
گفتار دوم - موضوع و منابع تعهد	۱۳
بند اول - موضوع تعهد	۱۳
الف - تعهد به انجام کار	۱۳
ب - تعهد به خودداری از انجام کار	۱۴
بند دوم - منابع تعهد	۱۴
الف - اعمال حقوقی	۱۵
۱- عقد	۱۵
۲- ایقاع	۱۶
ب - وقایع حقوقی	۱۶
۱- اتلاف	۱۷
۲- تسبیب	۱۷
۳- استیلاى نامشروع	۱۸
۴- استیفا	۱۸
مبحث دوم - تعهد منفی	۱۸
گفتار اول - مفهوم تعهد منفی	۱۹
گفتار دوم - انواع تعهد منفی	۲۱
بند اول - انواع تعهد منفی به اعتبار مورد تعهد	۲۱
الف - تعهد منفی مادی	۲۱
ب - تعهد منفی حقوقی	۲۲
بند دوم - انواع تعهد منفی به اعتبار استقلال تعهد	۲۲
الف - تعهد منفی اصلی	۲۲
ب - تعهد منفی تبعی	۲۳
مبحث سوم - ضمانت اجرا	۲۴
گفتار اول - مفهوم ضمانت اجرا	۲۴
گفتار دوم - انواع ضمانت اجرا	۲۵

جمع بندی بحث..... ۲۷

فصل دوم - ضمانت اجرای اجبار به انجام دادن تعهد

طرح بحث..... ۲۹

مبحث اول - مفهوم و مبنای اجبار به انجام دادن تعهد..... ۳۰

گفتار اول - مفهوم اجبار به انجام دادن تعهد..... ۳۰

گفتار دوم - مبنای اجبار به انجام دادن تعهد..... ۳۱

مبحث دوم - توجیه عقلی امکان اجبار به انجام دادن تعهد منفی..... ۳۳

مبحث سوم - طرق اجبار به انجام دادن تعهد منفی..... ۳۵

گفتار اول - اجبار مستقیم..... ۳۵

بند اول - حکم اجبار به انجام دادن تعهد منفی در حقوق ایران..... ۳۵

الف - حکم اجبار به انجام دادن تعهد منفی مادی..... ۳۶

ب - حکم اجبار به انجام دادن تعهد منفی حقوقی..... ۳۷

بند دوم - قرار منع در حقوق انگلیس..... ۴۰

الف - قرار الزام کننده..... ۴۱

ب - قرار منع کننده..... ۴۲

گفتار دوم - اجبار غیر مستقیم..... ۴۳

بند اول - حبس..... ۴۴

بند دوم - جریمه مالی..... ۴۵

مبحث چهارم - موارد عدم امکان اجبار به انجام دادن تعهد منفی..... ۴۶

گفتار اول - عدم امکان حقیقی..... ۴۷

گفتار دوم - عدم امکان حقوقی..... ۴۷

بند اول - عدم امکان حقوقی اجبار در حقوق انگلیس..... ۴۷

الف - کافی بودن خسارت..... ۴۸

ب - محدود نمودن آزادی فردی..... ۵۲

ج - ائتلاف منابع..... ۵۶

۵۸	د - عدم تقابل ضمانت اجرا.....
۵۹	ه - مشقت و سختی طاقت فرسا.....
۶۰	و - رفتار غیر منصفانه متعهدله.....
۶۱	ز - بلاعوض بودن تعهد.....
۶۱	ح - مبهم بودن تعهد.....
۶۲	ت - قابل فسخ بودن قرارداد منشأ تعهد.....
۶۲	بند دوم - عدم امکان حقوقی اجبار در حقوق ایران.....
۶۲	الف - استفاده خواننده از حق حبس.....
۶۳	ب - عسر و حرج.....
۶۴	ج - قابل فسخ بودن قرارداد منشأ تعهد.....
۶۴	د - منع سوء استفاده از حق.....
۶۶	جمع بندی بحث.....

فصل سوم - ضمانت اجرای فسخ قرارداد و مطالبه خسارت

۶۹	طرح بحث.....
۷۰	مبحث اول - فسخ قرارداد.....
۷۰	گفتار اول - مفهوم و مبنای فسخ.....
۷۰	بند اول - مفهوم فسخ.....
۷۱	بند دوم - مبنای فسخ.....
۷۳	گفتار دوم - ایجاد حق فسخ.....
۷۴	بند اول - ایجاد حق فسخ در حقوق ایران.....
۷۴	الف - بررسی موضوع از دیدگاه فقهای امامیه.....
۷۵	۱- حق فسخ در طول حق اجبار.....
۷۶	۲- حق فسخ در عرض حق اجبار.....
۷۸	ب - بررسی موضوع از دیدگاه قانون.....
۷۸	۱- قاعده عمومی.....
۷۹	۲- استثناء.....

۸۰	بند دوم - ایجاد حق فسخ در حقوق انگلیس
۸۱	الف - نقض واقعی تعهد
۸۱	۱- نقض شرط اصلی
۸۳	۲- نقض شرط فرعی
۸۳	۳- نقض شرط بی نام
۸۵	ب - نقض فرضی تعهد
۸۶	گفتار سوم - آثار فسخ بر تعهدات طرفین
۸۷	گفتار چهارم - زوال حق فسخ
۸۸	مبحث دوم - مطالبه خسارت
۸۸	گفتار اول - مفهوم و مبنای مسئولیت قراردادی
۸۸	بند اول - مفهوم مسئولیت قراردادی
۸۹	بند دوم - مبنای مسئولیت قراردادی
۹۰	گفتار دوم - ایجاد حق مطالبه خسارت
۹۱	بند اول - تقصیر قراردادی
۹۲	بند دوم - ورود ضرر
۹۳	الف - لزوم ورود ضرر و اثبات آن
۹۴	ب - خسارت معادل ضرر واردم
۹۶	بند سوم - رابطه سببیت
۹۷	گفتار سوم - انتخاب خسارت به جای سایر ضمانت اجراها
۹۸	بند اول - انتخاب خسارت به جای اجبار به انجام دادن تعهد
۹۹	بند دوم - انتخاب خسارت به جای فسخ
۱۰۰	گفتار چهارم - جمع خسارت با سایر ضمانت اجراها
۱۰۱	بند اول - جمع خسارت با اجبار به انجام دادن تعهد
۱۰۱	بند دوم - جمع خسارت با فسخ
۱۰۳	جمع بندی بحث
۱۰۵	نتیجه گیری

فهرست منابع.....	۱۰۷
الف - منابع فارسی.....	۱۰۷
ب - منابع عربی.....	۱۰۹
ج - منابع انگلیسی.....	۱۱۰

مقدمه

در این مقدمه به اختصار موضوع رساله و اهمیت آن شرح داده می شود و سؤال ها و فرضیه های اصلی تحقیق بیان می گردد. همچنین سوابق و ضرورت انجام چنین تحقیقی تبیین می شود که این امر هدف و انگیزه انتخاب موضوع و نتایج احتمالی مورد انتظار از رساله حاضر را آشکار می کند. سپس حوزه و دامنه تحقیق بیان می شود تا مشخص گردد از چه زاویه ای قصد بررسی موضوع را داشته و تأکید بر روی چه مسائلی است. در آخر، روش تحقیق و مشکلات موجود در مسیر نگارش رساله خواهد آمد.

الف - بیان مسئله

در هر قراردادی، متعاقدين با این انگیزه مبادرت به انعقاد آن می نمایند که با اجرای قرارداد به اهداف مورد نظر از آن دست یابند و لذا اخلاق حکم می کند که طرفین به تعهدات ناشی از قرارداد پای بند باشند. حقوق نیز که ریشه در اخلاق دارد، این حکم اخلاقی را به رسمیت شناخته و قرارداد را به منزله قانون متعاقدين دانسته و احترام و پای بندی بدان را واجب می شمارد. بدیهی است نقض تعهدات، طرفین را از رسیدن به هدف انعقاد قرارداد محروم می سازد. بنابراین در تمامی نظام های حقوقی شیوه هایی برای تحذیر متعهد از تخلف از تعهد و سوق دادن وی به سمت انجام تعهداتش مقرر شده است. تمسک به این شیوه ها که «ضمانت اجرا» نامیده می شود برای دستیابی متعهدله به تعهدات قراردادی یا جبران خسارت وارده در اثر نقض عهد می باشد که البته انواع این ضمانت اجراها با توجه به اصول و قواعد هر یک از نظام های حقوقی متفاوت است. یکی از بحث های حائز اهمیت در حقوق، همین بحث ضمانت اجرای تعهدات می باشد. یکی از اقسام تعهدات، «تعهد منفی» است که عبارت از اثر یک رابطه حقوقی است که به موجب آن متعهد له می تواند متعهد را ملزم به خودداری از انجام یک فعل معین نماید. این رساله در صدد بررسی

تطبیقی ضمانت اجرای این تعهد در دو نظام حقوقی ایران و انگلیس می باشد؛ یعنی پاسخ گویی به این پرسش که در صورت تخلف از مفاد تعهد منفی، حقوق ایران و انگلیس چه حقوقی برای متعهد له قائل بوده و چه آثاری را بر این تخلف مترتب می دانند.

ب - سؤال های اصلی تحقیق

سؤال های اصلی تحقیق عبارت است از :

- ۱- آیا در صورت نقض تعهد منفی مادی، متعهدله می تواند ابتدائاً از دادگاه تقاضای صدور حکم اعاده به وضعیت سابق نماید؟
- ۲- آیا در تعهد منفی حقوقی، حق انجام عمل حقوقی موضوع تعهد از متعهد سلب می گردد؟
- ۳- آیا در تعهد منفی، ضمانت اجراها در طول هم قرار دارند؟

ج - فرضیه های اصلی تحقیق

فرضیه های اصلی تحقیق عبارت است از :

- ۱- در صورت نقض تعهد منفی، در حقوق ایران متعهدله می تواند ابتدائاً از دادگاه تقاضای صدور حکم اعاده به وضعیت سابق نماید، اما در حقوق انگلیس متعهدله ابتدائاً چنین حقی نداشته و تنها می تواند مطالبه خسارت نماید.
- ۲- در تعهد منفی حقوقی، در هر دو نظام حقوقی ایران و انگلیس حق انجام عمل حقوقی موضوع تعهد از متعهدله سلب نمی گردد.
- ۳- در تعهد منفی، در هر دو نظام حقوقی ایران و انگلیس ضمانت اجراها در طول هم قرار دارند.

د - سوابق و ضرورت انجام تحقیق

تا کنون کتاب، مقاله یا رساله ای با عنوان « ضمانت اجرای تعهد منفی » نگارش نیافته است. اما تحت عنوان هایی دیگر به طور مختصر به ضمانت اجرای تعهد منفی یا یکی از انواع آن پرداخته شده است. از جمله :

۱- رساله های « رشید سلطان زاده، تعهد بر ترک فعل » و « ایرج پور عرفان، بررسی تطبیقی ضمانت اجرای شرط فعل در قانون مدنی و مذاهب خمسّه » که رساله اول به اجمال، ضمانت اجرای نمونه هایی از تعهد منفی از جمله عدم عزل وکیل یا ترک ازدواج مجدد و رساله دوم ضمانت اجرای شرط فعل منفی را بیشتر از دیدگاه فقهی بررسی کرده است.

۲- کتاب های « مهدی شهیدی، شروط ضمن عقد » و « مصطفی محقق داماد، قواعد فقه، بخش مدنی ۲ » که هر یک اشاره ای در حد چند صفحه به ضمانت اجرای شرط فعل منفی دارند.

۳- مقاله های « حمیدرضا اصلانی، ضمانت اجرای شرط ترک فعل حقوقی از منظر فقه امامیه و حقوق مدنی ایران با رویکردی بر آراء امام خمینی (ره) » و « مصطفی سعادت مصطفوی، ضمانت اجرای تخلف از شرط ترک فعل حقوقی » که هر دو به بررسی ضمانت اجرای شرط فعل منفی حقوقی پرداخته اند. بخش غالب مقاله اول و کل مقاله دوم فقهی است.

تاکنون هیچ منبعی به تحلیل و بررسی جامع و منسجم ضمانت اجرای تعهد منفی اختصاص داده نشده است. همچنین بررسی تطبیقی این موضوع امری بی سابقه است. هرچند مطالعه تطبیقی دشواری هایی دارد، اما این دشواری ها نباید باعث چشم پوشی از آن گردد. چنین مطالعاتی به ما امکان می دهد که نقاط ضعف و قوت حقوق خود و دیگر نظام های حقوقی را شناخته و با اتخاذ روش های مناسب از حقوق خارجی، در جهت اصلاح نارسایی های حقوق داخلی گام برداریم. حقوق ما نباید دور از تحولات مثبت باشد.

بنابراین ضرورت انجام این تحقیق در موارد زیر خلاصه می شود :

۱- انجام پژوهشی جامع در مورد شیوه های تضمین حق متعهدله در تعهدات منفی و روشن ساختن پاره ای از ابهامات در این خصوص.

۲- بررسی تطبیقی موضوع جهت شناخت نواقص حقوق ایران و ارائه راه حل هایی برای اصلاح این نواقص.

۳- ارائه تفسیری واحد از مواد قانونی مربوط به موضوع که بتواند پاسخ گوی نیازهای قضایی باشد.

ه - تحدید حوزه و دامنه تحقیق

در این رساله قصد بررسی تمام انواع ضمانت اجراها را نداریم؛ این امر خود مستلزم نگارش چندین رساله است. هدف، بررسی ضمانت اجرای اصلی و قابل مناقشه تعهد منفی یعنی اجبار به انجام دادن تعهد است. دو ضمانت اجرای مهم دیگر یعنی فسخ و خسارت به اجمال بررسی می گردد و هدف از این بررسی، بیشتر آشکار شدن جایگاه ضمانت اجرای اجبار در میان سایر ضمانت اجراهاست. لذا این امر باعث شده است که تعادل حجم فصل ها اندکی بر هم بخورد. تعمدی نیز در اختصار فصل کلیات به چشم می خورد؛ علت آن است که اولاً، مباحث کلیات این رساله در اکثر رساله هایی که به نوعی مربوط به تعهدات بوده و تعداد آن ها کم هم نیست به طور گسترده بیان شده است و ثانیاً، این مباحث بر کسانی که دستی در علم حقوق دارند پوشیده نیست. لذا بررسی مفصل آن ها کاری تکراری و بیهوده است.

این رساله درصدد بیان مباحث ماهوی موضوع بوده و به مباحث شکلی (آیین دادرسی مدنی) نمی پردازد. در بررسی مسائل و استدلال ها هم به مطالعات و نظرات علمای حقوق ایران و انگلیس توجه شده و هم به مواد قانونی و رویه قضایی مربوطه استناد شده است. البته در مواردی نظرات برجسته فقهای عظام امامیه نیز بیان گردیده است.

به طور کلی رساله در سه فصل «کلیات»، «ضمانت اجرای اجبار به انجام دادن تعهد» و «ضمانت اجراهای فسخ قرارداد و مطالبه خسارت» تدوین شده است. چهارچوب هر فصل، در آغاز آن تحت عنوان « طرح بحث» و خلاصه ای از مطالب هر فصل، در پایان آن تحت عنوان « جمع بندی بحث» آمده است. نهایتاً یک نتیجه گیری از تمام مطالب رساله داریم.

و - روش تحقیق

روش تحقیق در این رساله کتابخانه ای بوده و از نوع توصیفی - تحلیلی می باشد و ابزار گردآوری اطلاعات فیش برداری است. بنابراین ابتدا با مراجعه به مراکز علمی و استفاده از کتاب ها، مقاله ها و منابع الکترونیکی در زمینه حقوق ایران و همچنین حقوق انگلیس، مطالب جمع آوری شده و سپس مورد مطالعه مجدد و تجزیه و تحلیل قرار گرفته و از آن ها فیش برداری به عمل آمده است. در پایان، یافته ها در ابواب مختلف تقسیم بندی و با تکیه بر الفاظ و عبارات و

منطوق و مفهوم مواد قانونی و نظرات حقوقدانان، توجه به روح قانون و رویه های جاری دادگاه ها و عرف مسلم، همچنین استفاده از نهاد وحدت ملاک و در مواردی مراجعه به سوابق فقهی نگارش یافته است.

ز - مشکلات تحقیق

مشکلات پیش روی تحقیق عبارت بود از:

- ۱- کمبود منابع در خصوص موضوع - نویسندگان حقوقی در بررسی ضمانت اجرای تعهدات، مباحث خود را بر محور تعهد مثبت قرارداد و تنها برخی از آن ها اشاره مختصری به تعهد منفی کرده اند. مواد قانونی که در خصوص موضوع بتوان به آن استناد کرد نیز کم می باشد.
- ۲- الکترونیکی نبودن منابع - این مشکل سبب گردید که برای دسترسی به منابع، وقت زیادی در رفت و آمد بین دانشگاه ها و کتاب خانه های شهرهای مختلف تلف شود.

فصل اول

کلیات

طرح بحث

برای بررسی « ضمانت اجرای تعهد منفی » ابتدا باید مفهوم این عبارت روشن تر شود و این امر با شناخت اصطلاحات به کار رفته در آن یعنی « ضمانت اجرا»، « تعهد » و « تعهد منفی » امکان پذیر می گردد. بی تردید نه ما درصدد بحث و بررسی مفصل نهادهای مذکور و مباحث مربوط به آن ها هستیم و نه چنین امری در حوصله این نوشتار می گنجد. لیکن پاره ای از مباحث مهم آن ها که جهت آشنایی با موضوع این رساله لازم می باشد به طور مختصر بررسی می گردد. بنابراین این فصل به ایضاح سه نهاد حقوقی مذکور اختصاص داده شده و هر کدام در یک مبحث مستقل مورد بررسی قرار می گیرد. در مبحث اول به شرح مختصری از مفهوم، اوصاف، ارکان، موضوع و منابع تعهد پرداخته شده است. در مبحث دوم مفهوم و برخی از تقسیم بندی های تعهد منفی محور بحث می باشد و نهایتاً مبحث سوم به بررسی مختصر مفهوم و انواع ضمانت اجرا اختصاص داده شده است.

مبحث اول - تعهد

برای شناخت تعهد ضرورت دارد که مفهوم، اوصاف، ارکان، موضوع و منابع آن مورد بررسی قرار گیرد. لذا در دو گفتار به شرح مختصر آن ها خواهیم پرداخت.

گفتار اول - مفهوم، اوصاف و ارکان تعهد

بیان معنای تعهد و تعیین اوصاف و ارکان آن می تواند پیش زمینه ای مفید جهت مباحث بعدی باشد. بنابراین در سه بند مورد بررسی قرار می گیرند.

بند اول - مفهوم تعهد

تعهد مأخوذ از واژه ی عهد و از باب تفاعل در زبان عربی است که در لغت به معنای «وصیت، سوگند، قول و پیمان، حفاظت، رعایت حرمت، امان و ذمه» آمده است.^۱ معادل این کلمه در بیان فقها کلمه ی «التزام» است.^۲ در کشورهای عربی نیز از واژه ی «التزام» به جای «تعهد» استفاده می کنند.^۳

«تعهد»^۴ در زبان انگلیسی به معنای «الزام، قدرت الزام آوری پیام یا سوگند» و «آنچه که شخص موظف به انجام یا ترک آن است» می باشد.^۵

تعریف تعهد در هیچ یک از مواد قانون مدنی ایران آورده نشده است. لیکن فقها،^۶ حقوقدانان

۱. محمدبن محمد مرتضی زبیدی، تاج العروس من الجواهر القاموس، چاپ پنجم، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۴ ه.ق، ص ۱۲۳

۲. زین الدین علی شهید الثانی، مسالک الافهام، جلد اول، چاپ اول، قم، موسسه المعارف الاسلامیه، ۱۳۷۱، ص ۲۵۶

۳. محمد کاظم طباطبایی یزدی، سؤال وجواب، جلد اول، چاپ دوم، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۷۶، ص ۱۵۳

۴. عبدالرزاق احمد السنهوری، انتقال و سقوط تعهد، جلد چهارم، چاپ اول، ترجمه علیرضا امینی و دیگران، تهران، مرکز ترجمه و نشر کتاب، ۱۳۷۲،

ص ۲۶۶

4. Obligation

5. J.S.M, Oxford English Dictionary, 12th edition, London, Oxford University Press, 1989, p.578

۶. زین الدین علی شهید الثانی، مسالک الافهام، جلد اول، پیشین، ص ۲۵۶

ایرانی^۱ و کشورهای عربی^۲ و همچنین حقوق دانان غربی^۳ هر یک تعریفی از تعهد ارائه داده اند که از جمع بندی نظرات آنها نتایج ذیل حاصل می گردد:

تعهد در اصطلاح حقوقی دارای دو معنی مصدری و اسم مفعولی است. در معنی مصدری، تعهد عبارت است از به عهده گرفتن انجام یا ترک عملی در برابر دیگری، خواه در برابر عوض باشد یا نباشد. در معنی اسم مفعولی، تعهد عبارت است از وظیفه حقوقی که قانوناً بر عهده ی شخص متعهد ثابت می شود.

از منظری دیگر تعهد به معنای اعم عبارت است از اثر اعمال و وقایع حقوقی که به موجب آن شخصی در مقابل دیگری عهده دار انجام یا خودداری از انجام کاری می شود و به معنای اخص عبارت است از اثر اعمال حقوقی که به موجب آن شخصی در مقابل دیگری عهده دار انجام یا خودداری از انجام کاری می شود.

در حقوق انگلیس نیز در تعریف عام تعهد آورده اند: تعهد یک مفهوم حقوقی است که حکایت از التزام شخصی در برابر دیگری داشته و برای یک طرف حق قابل اجرا (از نظر قانون) و برای طرف دیگر وظایفی را معین می کند که بدین طریق آن دو طرف را به هم مرتبط می سازد. درجایی که شخص خسارت یا ضرری به دیگری وارد می آورد، ضرر حاصله تعهدی را به وجود می آورد که مستلزم حقی برای طرف دیگر و تکلیفی برعهده ی وارد آورنده خسارت در خصوص پرداخت خسارت خواهد بود.^۴ اصطلاح تعهد در حقوق ایران ترجمه ی «obligation» از حقوق غرب است.

در هر حال، تعهد به اعتبار موضوع، به اعتبار اصلی و تبعی بودن و به اعتبار منشأ دارای تقسیمات گوناگونی است که رایج ترین نوع آن ها تعهدات قراردادی و به تعبیر دیگر التزامات حاصل از قرارداد است که به عهده ی یک طرف یا هر دو طرف قرارداد، قرار می گیرد.

یکی از دلایل مهم ابهام در تعریف تعهد و نهایتاً ظهور تعاریف مختلف، اختلاطی است که بین دو مفهوم «تعهد» و «عقد» پدید آمده است و به تعبیر دیگر اختلاطی است که بین دو مفهوم

۱. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، نظریه عمومی تعهدات، چاپ اول، تهران، نشر یلدا، ۱۳۷۴، ص ۶۸

- مهدی شهیدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، چاپ پنجم، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۵، ص ۴۱

۲. عبدالرزاق احمد السنهوری، الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید، نظریه الالتزام بوجه مصادر الالتزام، جلد اول، چاپ سوم، بیروت، دارالاحیاء التراث

العربی، ۱۳۸۳ هـ.ق، ص ۱۱۳

3. David M. Walker, The Oxford Companion to Law, 3th edition, London, Oxford University Press, 1980, p.897

- Cheshire and Fifoot's, The Law of Contract, 12th edition, London, Butterworths, 1991, p.96

4. David M. Walker, The Oxford Companion to Law, op.cit, pp.897-898