

## «مطالعه ماهوی و آیین دادرسی جمع و انتخاب مسئولیت قهری و قراردادی نسبت به طرفین قرارداد»

محسن ایزانلو\*

استادیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

حسن پاک طینت

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۱۳۸۸/۱۰/۲۷ - تاریخ تصویب: ۱۳۸۸/۱۲/۱۶)

### چکیده:

مدیون در صورت عدم اجرای تعهد در مقابل دائن مسئولیت قراردادی دارد. آیا مدیون حق دارد مسئولیت قراردادی را نادیده گرفته و به مسئولیت قهری استناد کند؟ قطعاً حق انتخاب در جایی مطرح خواهد شد که عدم اجرای تعهد در عین حال که باعث مسئولیت قراردادی است باعث مسئولیت قهری نیز بشود. به عبارت دیگر آیا یک فعل زیانبار می تواند به طور همزمان باعث مسئولیت قراردادی و قهری شود. برخی قائل به این حق انتخاب هستند و به زیاننده حق انتخاب در استناد به بهترین مبنا را می دهند و برخی دیگر این امکان را برخلاف اراده طرفین و اصل الزام آور قراردادهای می دانند. هر کدام دلایل مخصوص به خود را دارند که در مباحث اصلی به آنها خواهیم پرداخت.

### واژگان کلیدی:

مسئولیت قهری، مسئولیت قراردادی، نظم قراردادی، تقارن دو مسئولیت، مفهوم جمع و انتخاب دو مسئولیت، آیین دادرسی، سبب دعوا.

## مقدمه

آیا با وجود قرارداد می‌توان از قواعد مسئولیت قهری استفاده کرد؟ طرح این پرسش در نظامی که به وحدت مسئولیت قراردادی و قهری معتقد است، بیهوده و نادرست است. به عنوان مثال در کشورهای اسکاندیناوی که این وحدت مسئولیت وجود دارد چنین پرسشی مطرح نمی‌شود (Dufwa, n. 16). همچنین بسیاری از کنوانسیون‌های بین‌المللی بویژه در امور حمل و نقل، نظام واحد قانونی برای جبران خسارت زیاندیدگان در نظر گرفته‌اند، خواه این زیاندیدگان طرف قرارداد باشند یا نباشند (Bonassies, n. 1258, 2006). در نتیجه موضوع جمع و انتخاب دو مسئولیت مطرح نمی‌شود. بر عکس در بسیاری از کشورهای تابع نظام کامن لا و رومی-ژرمنی تعدد دو نظام مسئولیت قهری و قراردادی به رسمیت شناخته شده و این پرسش همواره مطرح بوده است که آیا توسل به قواعد ضمان قهری با وجود قرارداد ممکن است یا نه؟ ظاهراً جز در فرانسه در بسیاری از کشورها (آمریکا، انگلیس، بلژیک، آلمان و...) امکان جمع و انتخاب تحت شرایط گوناگون به رسمیت شناخته شده است. در حقوق ایران، تعدد دو نظام مسئولیت قراردادی و قهری به رسمیت شناخته شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۷۲). بنابراین، باید دید آیا امکان جمع و انتخاب وجود دارد یا نه. یکی از دشواریهای موضوع مفاهیم مختلف جمع و انتخاب است که باید به دقت از یکدیگر تفکیک شوند.<sup>۱</sup> برخی از این مفاهیم به جنبه ماهوی موضوع و برخی دیگر به جنبه آیین دادرسی مربوط می‌شوند. از این رو در مقاله حاضر طی سه گفتار پس از ذکر مفهوم جمع و انتخاب و فایده استناد به ضمان قهری (گفتار اول) به بررسی موضوع از جنبه ماهوی (گفتار دوم) و آیین دادرسی (گفتار سوم) خواهیم پرداخت.

## گفتار اول - مفهوم جمع و انتخاب و فایده استناد به مسئولیت قهری

### بند اول - مفهوم جمع و انتخاب

پاسخ به این پرسش که آیا انتخاب و یا جمع دو مسئولیت ممکن است یا نه به مفهومی بستگی دارد که از جمع و انتخاب در نظر داریم. همچنین از مهم‌ترین نکاتی که در مفهوم جمع و انتخاب باید در نظر قرار گیرد، ضرورت تفکیک میان جنبه‌های ماهوی و جنبه‌های

۱. بدیهی است همه در این نکته که یک زیان نباید دو بار یکبار از طریق مسئولیت قراردادی و بار دیگر از طریق مسئولیت قهری جبران شود، اتفاق نظر دارند. از این حیث شاید واژه "جمع" (Cumul) چندان صحیح نباشد. با وجود این، جمع، معنایی عام دارد و ضرورتاً در جبران مضاعف خسارت خلاصه نمی‌شود. بنابراین، در این مقاله مطابق مرسوم از واژه جمع و انتخاب، توأمان استفاده شده است.

آیین دادرسی موضوع است. به همین دلیل جمع و انتخاب دو مسئولیت، گاه از نظر ماهوی و گاه از نظر آیین دادرسی مورد نظر است.

#### الف- از حیث ماهوی

**فرض اول-** گاه منظور از جمع دو مسئولیت آن است زیان‌دیده بتواند بابت خسارت واحد هم بر اساس قرارداد و هم بر اساس مسئولیت قهری، خسارت دریافت کند (سنهوری، ۱۳۸۴، ص ۱۷؛ یزدانیان، ۱۳۷۹، ص ۱۳، ۲۹۸، ۲۰۰۲ le Tournetu). اینجا موضوع جمع دو مسئولیت به معنای واقعی مطرح است و تردیدی وجود ندارد که چنین امکانی وجود ندارد، زیرا به جبران خسارت مضاعف منجر می‌شود (stark, 1993 699).

**فرض دوم-** گاه منظور از این عنوان آن است که زیان‌دیده بتواند میان مسئولیت قهری و مسئولیت قراردادی یکی را انتخاب کند. اینجا موضوع انتخاب یکی از دو مسئولیت مطرح است (195, 1932, mazeaud, پرودیان، ۱۳۸۳، ۱۸، بادینی، ۱۳۸۴، ۲۵).

**فرض سوم-** ممکن است زیان‌دیده بخواهد برخی خسارات را بر اساس مسئولیت قراردادی و برخی دیگر را بر اساس مسئولیت قهری مطالبه کند. به عنوان مثال اگر مبیع معیوب باشد، نفس این عیب در رابطه قراردادی، خسارت محسوب می‌شود: زیان‌دیده می‌تواند بابت جبران این خسارت از حق فسخ یا حق اخذ ارش- ابزاری که قرارداد در اختیار وی قرار می‌دهد- استفاده کند. علاوه بر این، خسارت قراردادی (ارش)، اگر عیب مبیع باعث ضرر اضافی شود، ممکن است خسارات اضافی را بر مبنای مسئولیت قهری (تسبیب یا مسئولیت محض) مطالبه کرد. با وجود این، اگر برای جبران خسارت اضافی ناشی از عیب هم امکان طرح دعوی قراردادی (بر مبنای نقض تعهد صریح یا ضمنی کالا) قائل شویم، آنگاه امکان طرح دعوی مسئولیت قهری بابت این خسارت اضافی هم، مشمول راه حلی خواهد بود که در مورد امکان یا عدم امکان انتخاب، انتخاب خواهد شد.

**فرض چهارم-** هر گاه دو نفر به دیگری خسارتی وارد آورند و تنها یکی از آن دو نفر طرف قرارداد آن دیگری باشد و خسارت هم در نتیجه نقض تعهد قراردادی حاصل شده باشد، زیان‌دیده ممکن است بخواهد خسارت وارد بر خود را از طرف قرارداد بر مبنای مسئولیت قراردادی و یا از شخص ثالث بر مبنای مسئولیت قهری مطالبه کند.

### ب- از حیث آیین دادرسی

**فرض پنجم-** آیا زیاننده‌ای که در دعوی مسئولیت قراردادی با شکست مواجه شده است می‌تواند بار دیگر بر اساس مسئولیت قهری اقامه دعوا کند؟ آیا این امر با اعتبار امر قضاوت شده منافات ندارد؟ (سنه‌وری، ۱۳۸۴، ص ۱۷).

**فرض ششم-** در اینجا مساله جمع دو مسئولیت از حیث آیین دادرسی مطرح است. زیاننده می‌خواهد برخی عناصر دعوی خود را بر مبنای قرارداد و برخی دیگر را بر مبنای مسئولیت قهری قرار دهد: به عنوان مثال در موضوع صلاحیت، در دادگاه محل اجرای قرارداد طرح دعوا کند و در باب مبنای مسئولیت به قواعد اتلاف استناد کند (سنه‌وری، ۱۳۸۴، ۱۷، یزدانیان، ۱۳۷۹، ۲۵۶).

**فرض هفتم-** جمع دو مسئولیت از حیث آیین دادرسی همچنین می‌تواند به این معنا باشد که در فرض چهارم زیاننده بخواهد علیه طرف قرارداد (به عنوان مثال متصدی حمل و نقل) و شخص ثالث (کارگر متصدی حمل و نقل) دعوی مسئولیت به ترتیب قراردادی و قهری اقامه کند یا آنکه علیه یکی طرح دعوا کند و دیگری را به دادرسی جلب نماید.

### بند دوم- تحدید قلمرو بحث

بدون شک در فرض اول، جمع دو مسئولیت ممکن نیست و جبران خسارت مضاعف ممنوع است (lalou, 1962, 19, stark, 1993, 699). در فرض سوم جمع دو مسئولیت ممکن است و خواهان می‌تواند بر مبنای قرارداد بابت مبیع معیوب مطالبه ارجش کند و بر مبنای تسبیب یا مسئولیت محض بابت خسارت اضافی ناشی از عیب کالا طرح دعوا کند. با وجود این، اگر در همین فرض امکان طرح دعوی قراردادی (از بابت نقض تعهد صریح یا ضمنی سلامت کالا) وجود داشته باشد، آنگاه پاسخ مسئله تابع راه حل کلی خواهد بود که متعاقباً به تفصیل مورد بحث قرار خواهد گرفت. مواد ۳۸۴ و ۳۸۵ و ۳۸۶ قانون مدنی می‌تواند مثال دیگری در این زمینه باشد: بر اساس مواد ۳۸۴ و ۳۸۵ خریدار می‌تواند در صورت کمتر بودن مبیع از مقدار معین، بیع را فسخ کند. فسخ قرارداد را می‌توان نوعی وسیله قراردادی جبران خسارت محسوب کرد (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ۲۵۶). از سوی دیگر، بر اساس ماده ۳۸۶ در همین فرض باید علاوه بر ثمن مخارج معامله و مصارف متعارف را که مشتری کرده است، بدهد: فروشنده بر مبنای تسبیب در مقابل خریدار ضامن است.

در فرض چهارم (تعدد خوانندگان) هر چند دیوان کشور امکان اقامه دعوی قهری علیه مباشر متصدی حمل و نقل را به بهانه وجود قرارداد رد کرده است<sup>۱</sup> (رای اصراری شعب حقوقی هیات عمومی دیوان کشور در رای شماره ۱۹۲۰-۱۲/۱۲/۱۳۲۹) به نظر می‌رسد هیچ مانعی برای طرح دعوی قهری علیه مباشر متصدی حمل و نقل وجود ندارد. قرارداد با متصدی، ارسال کننده را از امتیازات قانونی در مقابل سایر اشخاص ثالث محروم نمی‌کند و دلایلی که متعاقباً در مورد عدم امکان استناد به مسئولیت قهری عنوان می‌شود، در این فرض که خوانندگان متعدد هستند، قابلیت استناد ندارد. به این ترتیب، مرکز بحث فرض دوم است. آیا با وجود قرارداد در ارتباط با متعاقبین امکان استناد به مسئولیت قهری یا برخی قواعد آن وجود دارد یا نه؟ ( Stark, 1993, 770). اما پیش از پاسخ به این پرسش باید دید آیا اصولاً خواهان در استناد به مسئولیت قهری نفعی دارد یا خیر؟

### بند سوم- فایده استناد به مسئولیت قهری

#### الف- حقوق فرانسه

در اغلب موارد قرارداد به خواهان دعوا تضمینات بیشتری اعطا می‌کند تا مسئولیت غیر قراردادی. مهم ترین مزیت مسئولیت قراردادی در برابر مسئولیت قهری به مبنای مسئولیت مربوط می‌شود. در مسئولیت قراردادی تقصیر شرط مسئولیت نیست یا به عبارت دیگر، نقض عهد خود تقصیر است و اثبات تقصیر اضافی لازم نیست؛ اما در مسئولیت قهری به عنوان قاعده، تقصیر باید اثبات شود (ماده ۱۰۴۰ م.م). با وجود این در حقوق فرانسه برای امکان استناد به ضمان قهری فوایدی ذکر کرده اند. مهم ترین این فواید به قلمرو جبران خسارت مربوط می‌شود. این فواید به شرح ذیل اند:

۱- امکان جبران خسارت در مسئولیت قراردادی به ضررهای قابل پیش بینی محدود است، اما قابلیت پیش بینی ضرر در مسئولیت قهری ضروری نیست (مازو و شاباس، ش ۴۱۰: ماده ۱۱۵۰ ق.م. به نقل از کاتوزیان، ۱۹۷، ۱۳۸۶).

۲- شرط عدم مسئولیت و وجه التزام در زمینه قراردادی برخلاف زمینه قهری معتبر هستند و باعث حذف کامل یا جزیی مسئولیت قراردادی می‌شوند (ایزانلو، ۱۳۸۶، ۲۲۸).

۱. مطابق ماده ۳۸۸، مسئولیت کسر و نقصان محمولات در جریان حمل و نقل متوجه متصدی است؛ ولو اینکه مباشری دیگر باشد. بنابراین، دعوی صاحب مال علیه متصدی گاراژ مقصد بر این که مال التجاره در نتیجه تقصیر او مفقود شده مسموع نیست و با توجه به حکم این ماده و مقررات قانون تجارت تسری دادن احکام ضمان در این مورد به استناد و اظهارات متصدی گاراژ مقصد بر اینکه اموال به گاراژ نامبرده وارد شده است صورت قانونی ندارد.

2 - cass.civ, 9 oct . 1962 , D. 1963, P1, note G.Liet-veaux.

۳- غالباً مرور زمان قراردادی کوتاه تر از مرور زمان مسئولیت قهری است (195, 1932, mazeaud).

۴- در مسئولیت قراردادی اصل مسئولیت اشتراکی حاکم است، در حالی که در مسئولیت قهری اصل مسئولیت تضامنی حاکم است (845, 2005, terre).

۵- قدرت اثباتی بینه برخلاف مسئولیت قهری در مسئولیت قراردادی محدود است (امامی، ۱۳۸۵، ۱۸).

در حقوق ایران، هیچ یک از این تفاوتها وجود ندارد. قابلیت پیش بینی ضرر هم در مسئولیت قراردادی و هم در مسئولیت قهری شرط تحقق مسئولیت مدنی است (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ۱۲۳، غمامی، ۱۳۷۸، ۲۴۴). شرط عدم مسئولیت و شرط تحدید کننده مسئولیت در هر دو زمینه قراردادی و قهری معتبر هستند (ایزنلو، ۱۳۸۶، ۲۳۴). محدودیتهای اعتبار و نفوذ این شروط (تقصیر عمدی و سنگین) و خسارات وارد به شخص هم در هر دو بعد یکسان است. وجه التزام در هر دو زمینه مسئولیت قراردادی و قهری معتبر است (صدری، ۱۳۵۹، ۱۴۰). با توجه به قانون آیین دادرسی مدنی نه مسئولیت قراردادی و نه مسئولیت قهری، هیچ کدام مشمول قواعد مرور زمان نمی شود. مواد مربوط به محدودیت اثبات دعاوی قراردادی بوسیله شهادت در قانون مدنی حذف شده است. از سوی دیگر، همچنانکه گفته شد از سایر جهات استناد به مسئولیت قراردادی بر مسئولیت قهری ترجیح دارد. پس آیا با این وصف خواهان هیچ نفعی در استناد به مسئولیت قهری دارد؟ اگر پاسخ منفی باشد، بر فرض که از لحاظ نظری امکان انتخاب یکی از دو مسئولیت وجود داشته باشد، در عمل چنین وضعی رخ نخواهد داد.

### ب- حقوق ایران

علیرغم آنچه گفته شد به امکان استناد به مسئولیت قهری در حقوق ایران هم فوایدی مترتب است. برخی از مهم ترین این فواید در قالب مثالهای زیر قابل طرح است:

۱- چنانچه امین در عقد ودیعه یا سایر عقود امانی، کالای مورد امانت را بدون تعدی و تفریط تلف کند، مالک در استناد به مسئولیت قهری ذینفع است. زیرا در اینجا برخلاف موارد معمول، تعهد قراردادی به وسیله است و مالک تنها با اثبات تقصیر موفق به دریافت خسارت خواهد شد (امین مسئول نیست مگر در صورت تعدی یا تفریط) و بر عکس، مسئولیت قهری بر مبنای اتلاف است و تقصیر شرط تحقق آن نیست. در اینجا خسارات وارده بر اساس مسئولیت قهری (اتلاف) قابلیت جبران دارند؛ اما بر اساس مسئولیت قراردادی نمی توان آنها را جبران کرد.

۲- اگر مبیع قبل از قبض در اثر تقصیر فروشنده تلف شود یا پس از مطالبه خریدار و امتناع فروشنده در اثر عامل خارجی تلف شود، در حالتی قیمت واقعی مبیع بیش از ثمن معامله باشد، استناد به مسئولیت قهری (حسب مورد قواعد اتلاف و تسبیب و غضب) به نفع خریدار است. در حالیکه بر اساس قرارداد او تنها مستحق اخذ ثمن معامله (حسب مورد در اثر فسخ یا انفساخ) خواهد بود. در واقع، ضمان معاوضی نسبت به استرداد ثمن، نوعی مسئولیت قراردادی خواهد بود.

۳- در حالتی در عقد جایز شرط عدم فسخ (در قالب شرط فعل منفی و تعهد به عدم فسخ) وجود دارد، متعهد حق فسخ قرارداد را دارد ولی در مقابل طرف قرارداد، مسئولیت قراردادی دارد. اکنون اگر شرط عدم فسخ در قرارداد وجود نداشته باشد، آیا می‌توان گفت در برخی موارد فسخ ممکن و در عین حال ضمان آور است؟ پاسخ مساله به امکان استناد به ضمان قهری بستگی دارد، زیرا در این فرض، مسئولیت قراردادی منتفی است.

۴- ماده ۹۶۸ قانون مدنی محدودیتی مهم در بعد قانون حاکم بر قرارداد ایجاد کرده است. قرارداد تابع قانون محل وقوع عقد است. اگر با وجود قرارداد، امکان استناد به ضمان قهری وجود داشته باشد و قانون حاکم بر مسئولیت مدنی (قانون محل وقوع فعل زیانبار یا خسارت یا....) غیر از قانون ایران باشد ممکن است استناد به قانون خارجی به عنوان قانون حاکم بر مسئولیت قهری، منافع خواهان را بیشتر تامین کند.

۵- استناد به قواعد ضمان قهری اغلب از جانب خواهان مورد بررسی قرار می‌گیرد. اما به نظر می‌رسد استناد به ضمان قهری در برابر دعوی قراردادی از جانب خواننده یا قاضی هم قابل تصور باشد. فرض کنیم در قرارداد وجه التزامی گزاف تعیین شده است. به موجب ماده ۲۳۰ قانون مدنی دادگاه نمی‌تواند متخلف را به مبلغ کمتر محکوم کند. اما از سویی دیگر به موجب بند ۲ ماده ۴ قانون مسئولیت مدنی، چنانچه وقوع خسارت ناشی از تقصیر قابل اغماض باشد، دادگاه می‌تواند میزان خسارت را تقلیل دهد. حال این پرسش مطرح می‌شود که آیا دادگاه راسا حق دارد میزان خسارت را به استناد قابل اغماض بودن تقصیر کاهش دهد یا عامل ورود زیان حق دارد به چنین مقرره‌ای استناد کند؟ (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ۵۶، عادل، ۱۳۸۰، ۸۰، لنگرودی، ۱۳۶۳، ۲۸۸).

بدین سان اگر چه خواهان به عنوان قاعده در استناد به ضمان قهری نفعی ندارد و فوایدی که در حقوق فرانسه برای استناد به ضمان قهری پذیرفته شده است، در حقوق ایران مورد قبول نیست. اما به طور استثنایی ممکن است مسئولیت قهری به او امتیازات بیشتری اعطا کند. بر این مبنا باید دید که آیا انتخاب ممکن است یا نه؟

## گفتار دوم - پاسخ مساله از جنبه ماهوی

### بند اول - رویکرد مختلف دو نظام حقوقی به موضوع

در حقوق انگلیس - و کامن لا به طور کلی - مساله این است که آیا اصولاً امکان تقارن و تداخل دو مسئولیت قهری و قراردادی وجود دارد یا نه (Abraham, 1982, 45) برعکس، در حقوق فرانسه موضوع به این شکل مطرح شده است که آیا زیان‌دیده می‌تواند با وجود قرارداد، از قواعد مسئولیت قهری استفاده کند و میان قرارداد و مسئولیت قهری دست به انتخاب بزند (stark, 1993, 356)؟ در نگاه اول این دو سوال با یکدیگر متفاوت هستند و ظاهراً پاسخ پرسش دوم به پاسخ پرسش نخست بستگی دارد. یعنی ابتدا باید دید آیا اصولاً تقارن و تداخل دو مسئولیت در عمل تحقق می‌یابد یا نه و آنگاه و بر فرض مثبت بودن پاسخ، سوال دومی مطرح می‌شود و آن سؤال این است که آیا زیان‌دیده امکان انتخاب دارد؟ در فرض نخست به دنبال احراز موضوع هستیم و در فرض دوم به دنبال احراز حکم. مع الوصف، به نظر می‌رسد این دو پرسش با یکدیگر تفاوتی ندارند. در هر دو مورد، مساله‌ای واحد اما در دو قالب متفاوت مطرح است. در واقع، امکان یا عدم امکان تداخل و تقارن دو مسئولیت، آن چنان که در نگاه نخست به نظر می‌رسد، امر موضوعی نیست. زیرا این قواعد حقوقی هستند که تعیین می‌کنند آیا چنین امکانی وجود دارد یا نه. بنابراین در هر دو مورد در پی یافتن حکم موضوع هستیم. بهترین دلیل این امر آن است که در حقوق انگلیس تنها پرسش اول و در حقوق فرانسه تنها پرسش دوم مطرح شده است. در هیچ یک از دو نظام هر دو سوال با هم و در طول هم مطرح نشده‌اند.

## بند دوم - دلایل موافقان و مخالفان

### الف - دلایل موافقان جمع دو مسئولیت

موافقان بر این باورند که قواعد مسئولیت قهری به نظم عمومی مربوط هستند؛ همه وقت، همه جا در ارتباط همه اشخاص و از جمله در روابط متعاقدین حکومت دارند (Nicholas, 1987, 458؛ Whittaker 1996, 194). هیچکس، حتی متعاقدین از قواعد مسئولیت قهری در امان نیستند. قرارداد تنها الزاماتی افزون بر الزامات عمومی را به متعاقدین تحمیل می‌کند؛ اما قواعد مسئولیت قهری را کنار نمی‌نهد (Cooke, 2001, 26). وانگهی جدایی محکم و قاطع بین این دو مسئولیت وجود ندارد. بسترهای مربوط به هر کدام به روشنی مشخص نیست. بنابراین، مسئولیت قهری ممکن است در زمینه مسئولیت قراردادی وجود داشته باشد (terre, 2005, 5490).



ب- دلایل موافقان عدم امکان جمع دو مسئولیت (non-cumul these de l incompatibilite) باید متذکر شد که حقوق فرانسه پیشگام نظریه عدم امکان جمع دو مسئولیت است. نخستین آرا فرانسوی در زمینه عدم امکان جمع به سالهای ۱۸۹۰ و ۱۹۲۲ باز می‌گردد<sup>۱</sup> (1987, Charles demegue, 1925, 549.224). این آرا اعلام می‌کند که مواد ۱۳۸۲ به بعد قانون مدنی در فرض عدم اجرای قرارداد قابلیت اعمال ندارند.<sup>۲</sup> در نتیجه به عنوان مثال شعبه یک مدنی در رایبی در ۱۹۳۰ مقرر داشته است که فرض مسئولیت مقرر در ماده ۱۳۸۴ در دعوا علیه متصدی حمل و نقل قابلیت اعمال ندارد<sup>۳</sup> (Hilley 1956, 118).

اول- دلیل نخست، شکلی است و به قصد قانونگذار مربوط می‌شود. قانون مدنی مقررات مسئولیت قهری را در دو قسمت متفاوت ذکر کرده است. مواد ۱۱۴۶ به بعد قانون مدنی فرانسه در مسئولیت قراردادی ذیل عنوان سوم از کتاب سوم قانون مدنی تحت عنوان "قراردادها و تعهدات به طور کلی" آمده است (des contrats et obligations en general). برعکس، مواد مربوط به مسئولیت قهری ذیل فصلی دیگر تحت عنوان "در الزامات خارج از قرارداد" قرار گرفته‌اند. بنابراین، هدف قانونگذار تفکیک مقررات این دو نوع مسئولیت و عدم تداخل میان آنها بوده است. قانون مدنی ایران نیز آثار قراردادها را به دو بخش تقسیم کرده است. در بخش اول از آثار قرارداد به طور کلی (مواد ۲۱۹ تا ۲۲۵) و در بخش دوم (۲۲۶ تا ۲۳۱) از خسارت عدم انجام تعهد یا مسئولیت خارج از قرارداد سخن گفته است. برعکس، مقررات مربوط به مسئولیت خارج از قرارداد در فصل مربوط به الزامات خارج از قرارداد قرار گرفته است. به علاوه به نظر می‌رسد که قانون مسئولیت مدنی هیچگاه از نقض قرارداد سخن نرفته است و به علاوه سابقه تاریخی مسئولیت مدنی که از قوانین سوییس و آلمان اقتباس شده است موید این امر است.

دوم- نه فقط قصد قانونگذار جدایی مقررات این دو نوع مسئولیت و عدم تداخل میان آنها بوده است، قصد طرفین قرارداد نیز جز این نیست. قرارداد بستن یعنی پیش بینی کردن طرفین قرارداد با این تصور که تنها نقض تعهدات قراردادی برای آنها مسئولیت آور خواهد بود و در هر صورت مقررات مسئولیت قراردادی در مورد آنها اجرا خواهد شد به انعقاد قرارداد رضایت داده‌اند. آنان خود را بیش از این اندازه متعهد نکرده‌اند. اکنون اگر بنا باشد در رابطه قراردادی، علاوه بر تعهدات قراردادی تکالیف وسیع تر مربوط به الزامات خارج از قرارداد هم

1- civ. Jan. 11. 1922, d. p. 1922. 1. 16 ; s. 1924. 1. 5; Gaz. pal. 1922. 1. 344.

2- civ, Jan, 11, 1922, D.P. 1922. 1. 16: « la victime ne beneficie pas d'une option entre l'un et l'autre » → le principe de la non immixtion.

3- que c'est seulement en matiere de delit ou de quasi-delit que toute faute quelconque oblige son auteur a reparer le dommage proenant de son fait, que les articles 1382 ets.c.civ. sont sans application lorsqu'il sagit d'une faut commise dans l'inexecution une obligation resultant d'un contract.

به آنها تحمیل شود، نظام متعاهدی که مورد نظر طرفین بوده است بر هم می‌خورد و آزادی‌گزینش آنها محدود می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ۱۳۷، بادینی، ۱۳۸۷، ۳۴، قاسم زاده، ۱۳۸۶، ۲۳). آنان خواسته‌اند که فقط قرارداد و متون قانونی مربوط به قرارداد، روابط آنها را تنظیم کند؛ اما مقرراتی که هرگز خواستار آن نبوده‌اند بر آنان تحمیل می‌شود (Viney 1995, 445).

**سوم-** میان دو نظام مسئولیت قراردادی و قهری، هیچ کس بر دیگری برتری ندارد. خسارتی که شخص با نقض تکلیف عدم اضرار به دیگری یا تکالیف قانونی شخص، به دیگری وارد می‌کند غیر اخلاقی تر از خسارتی نیست که شخص با نقض قرارداد به طرف خود وارد می‌کند (Delestraint, 1975, 98). ارتباط هر دو مسئولیت با نظم عمومی یکسان است. بنابراین به جای آنکه به دنبال تحمیل یکی از دو مسئولیت بر دیگری باشیم باید به دنبال تعیین قلمرو هر یک از این دو مسئولیت باشیم (Terre, 2205, 851).

### **بند سوم- معیارهای امکان استناد به ضمان قهری**

برخلاف حقوق فرانسه، در کامن لا جمع دو مسئولیت در برخی اوضاع و احوال مجاز دانسته می‌شود. در خصوص موارد امکان استناد به مسئولیت قهری، معیارهایی ارائه شده که در ذیل به بررسی آنها می‌پردازیم.

#### **الف- تفکیک میان عدم اجرای قرارداد و سو اجرا قرارداد (nonfeasance, misfeasance)**

برخی بر این عقیده‌اند که عدم اجرای قرارداد تنها مسئولیت قراردادی به همراه دارد. برعکس، اجرای نادرست قرارداد همزمان باعث ایجاد مسئولیت قراردادی و غیر قراردادی می‌شود (Mm. loubser, 1997, 116). علت این تفاوت، تفاوت در هدف حقوق قرارداد و حقوق خطاها و منافع مورد حمایت این دو شاخه از حقوق است. حقوق خطاها از منافع متنوعی حمایت می‌کند که عمدتاً مربوط به امنیت انسان و اموال منقول و غیرمنقول و همچنین منافع غیرملموس است. در حالی که هدف حقوق قراردادها حمایت از منافع مورد انتظار (Expectation interests) است و به همین دلیل مسئولیت قراردادی در پی آن است تا خواهان را در موقعیتی قرار دهد که اگر قرارداد اجرا می‌شد در آن موقعیت قرار داشت. به این ترتیب، در حالی که حقوق قرارداد به آینده نظر دارد و می‌خواهد منافع مورد انتظار خواهان را تامین کند، حقوق خطاها به گذشته نظر دارد و می‌خواهد از طریق قرارداد خواهان در وضعیت قبل از ورود زیان، خسارت او را جبران کند (G.Fleming, 1985, 88). از سویی دیگر، تقصیر خواننده در فرض عدم اجرای قرارداد ناشی از ترک فعل است؛ او از اجرای تعهد قراردادی امتناع کرده است و ترک فعل صرف باعث ایجاد مسئولیت قهری نمی‌شود. برعکس، هر گاه او قرارداد را

به شیوه نادرستی اجرا کند و از این راه زیانی به خواهان برسد با عمل مثبت وی ضرری به خواهان رسیده است و این امر سبب ایجاد مسئولیت قهری می‌شود (Swanton, 1999, P42). بنابراین به عنوان نمونه می‌توان گفت هر گاه خواننده در مقام وکیل از اجرای وکالت امتناع کند و از این راه به موکل او زیانی برسد، مسئولیت او صرفاً قراردادی است؛ اما هر گاه اجیری که برای حمل کالا استخدام شده، کالا را تلف کند، امکان دریافت خسارت از او بر مبنای مسئولیت قهری وجود دارد.

### ب- تفکیک میان ضرر و زیان مالی و بدنی

بسیاری از دادگاههای آمریکایی در فرض ورود خسارت بدنی (personal injury) اقامه دعوا بر اساس مسئولیت قهری را برغم رابطه قراردادی ممکن می‌دانند. برعکس در مورد زیانهای مالی امکان استناد به مسئولیت قهری را مجاز نمی‌شمارند (G.Fleming, 1985, P89. Guest, 1961, P 195). منظور از زیانهای بدنی تمام نتایج مادی و معنوی ناشی از لطمه به جسم و روان انسان است. به عنوان نمونه، در فرضی که استفاده از کالای معیوب باعث خسارت بدنی شده، قانون یکنواخت تجارت آمریکا تحت شرایطی اجازه اقامه دعوی قراردادی بر اساس نقض تضمین را به خواهان اعطا می‌کند. با وجود این، امکان اقامه دعوا بر اساس نقض تضمین (warranty) مانع اقامه بر اساس تقصیر (negligence) یا مسئولیت محض (strict liability) ناشی از تولید کالای خطرناک نخواهد بود (madden 2005, 403).

### ج- خطای مستقل (independent Tort)

در حقوق فرانسه، ساواتیه امکان استناد به مسئولیت قهری را زمانی ممکن می‌داند که زیان ناشی از نقض تکلیف ویژه باشد نه تکلیف عمومی عدم اضرار به دیگری<sup>۱</sup>. تفکیکی که ساواتیه انجام داده تا حد زیاد شبیه معیار خطای مستقل در حقوق کشور های نظام کامن لا است. طبق این دیدگاه، وظیفه مراقبت صرفاً از قرارداد ناشی می‌شود و امکان اقامه هیچ دعوی خارج از قرارداد وجود ندارد؛ مگر اینکه مبتنی بر نقض تکلیفی باشد که به طور مستقل از قرارداد طرفین به رسمیت شناخته شده باشد. این دیدگاه مکرراً بوسیله دادگاه عالی کانادا شرح داده شده است (McIvor, 2006, 9, 1987, 22; Charles<sup>2</sup>). ابتدا در حقوق انگلیس و آمریکا معیار اول نفوذ داشت شد؛ اما بعد از سپری شدن تحولاتی پذیرفته شد که اگر صرف نظر از قرارداد، عدم اجرای قرارداد یا اجرای بد قرارداد خطایی مستقل را تشکیل دهد، تقارن دو مسئولیت ایجاد خواهد شد. منظور از خطای مستقل، تکلیفی ویژه است که قانونگذار بر برخی اشخاص،

۱. ساواتیه، رساله مسئولیت مدنی، ج ۱، ش ۲۱۷، به نقل از کاتوزیان، ۱۳۱، ۱۳۸۶.

عمدتاً اشخاص حرفه‌ای، تحمیل می‌کند و نه تکلیف عمومی ضرر نزدن به دیگری. مانند خطای پزشک در معالجه یا عمل جراحی، خطای وکیل در دفاع از دعوی و خطای سردفتر و مشاور حقوقی در راهنمایی کردن و خطای معمار در ساختمان. در این گونه موارد به حکم قانون، پزشک، وکیل و سردفتر موظف به رعایت نظام های شغلی خویش هستند و در عین حال، تابع مفاد قرارداد خویش با مشتریان خود.<sup>۱</sup> در حقوق آفریقای جنوبی تقارن این دو مسئولیت در رابطه بین بیمار و پزشک و بین وکیل و موکل پذیرفته شده است. در اینگونه موارد خسارت قهری قابل مطالبه است و اسقاط مسئولیت علی القاعده باطل است و مرور زمان مربوط به الزامات قهری قابل اعمال است. در سال ۱۹۸۶ دادگاه عالی کانادا، مسئولیت همزمان را در ارتباط با وکیل، در یک پرونده قاعده ساز (case leading) در دعوی (Central Trust co.v.Rafuse) بر مبنای دیدگاه خطای مستقل پذیرفت (loubser, 1997, 144, kozoi, 2006). 34,35,96

#### د- تفکیک مسئولیت حرفه ای و غیر آن (professional liability)

این معیار در انگلیس و فرانسه وجود دارد. مقصود از تقصیر شغلی یا حرفه‌ای خطایی است که صاحبان مشاغل در اجرای کاری که حرفه آنان است مرتکب می‌شوند (Winfield, 1950, 68. G.Fleming, opcit, P 89. garner, 1990, 192.) مانند خطای پزشک در معالجه یا عمل جراحی، خطای وکیل در دفاع از دعوی و خطای سردفتر و مشاور حقوقی در راهنمایی کردن و خطای معمار در ساختمان. این گونه تقصیرها ممکن است باعث ایجاد این شبهه شود که مسئولیت ناشی از قرارداد است یا قانون؟ این تردید از آنجا ناشی می‌شود که به حکم قانون پزشک و وکیل و سردفتر موظف به رعایت نظام های شغلی خویش هستند. پس اگر تخلف کنند مفاد قرارداد خود با مشتری را نادیده گرفته‌اند یا حکم قانون را؟ عده‌ای از نویسندگان در حقوق فرانسه ادعا می‌کنند که هر خطای حرفه‌ای هر چند سبک، متعهد را مجبور به جبران خسارت می‌کند و به زیان دیده حق انتخاب بین دعوی قراردادی و قهری را می‌دهند. قطعاً اگر چنین نقضی باعث ایجاد زیان به اشخاص ثالث شود شخص حرفه‌ای به طور قهری مسئول خواهد بود. اما در زمانی که چنین نقضی باعث ایجاد زیان به طرف قراردادی می‌شود هیچ دلیلی وجود ندارد که مسئولیت صرفاً قراردادی باقی نماند. در واقع اگرچه قواعد شغلی و حرفه‌ای قبل از اینکه متعهد به آن در قرارداد تعهد کند، وجود دارد؛ اما با انعقاد قرارداد این نوع تعهدات داخل در عقد شده است و نقض آن باید صرفاً باعث

۱. البته جالب یا عجیب است که در ایالات متحده، بیمار نمی‌تواند بر علیه پزشک بر اساس قرارداد اقامه دعوی نماید، در حالی که در حقوق فرانسه باید در قرارداد اقامه نماید و در حقوق آلمان این اختیار برای اقامه دعوا بر اساس قرارداد یا خطای قهری را دارد.

مسئولیت قراردادی شود. همچنین یکی از دلایل دیگر در تلقی کردن مسئولیت قهری اشخاص حرفه‌ای این است که شروط معافیت در این نوع قراردادها با مشتریان خود باطل است و چون در مسئولیت قهری شروط معافیت کننده باطل است پس این مسئولیت قهری است (Hilley, 1956, 137). مورد دیگر را می‌توان در صدمات بیماران بوسیله پزشکان دید که اعمال قواعد شبه جرم در این ارتباط با رأی ۱۹۵۳ دادگاه تجدیدنظر پاریس شروع شد.<sup>۱</sup> در این پرونده بیمار به علت افتادن از میز جراحی در طول جریان عمل صدمه دید. در این مورد دادگاه چنین رأی داد: «در صورت فقدان خطای خواهان (بیمار) یا دخالت عوامل خارجی، پزشک مسئول برای صدمات وارد بر بیمار بر اثر افتادن از میز جراحی بر مبنای مواد ۱۳۸۲ به بعد است...». در حالی که آراء دیگری مسئولیت پزشک در ارتباط با بیمار را صرفاً قراردادی تلقی کرده است.<sup>۲</sup> در مقام رفع تعارض به نظر می‌رسد در جایی که خطای حرفه‌ای مربوط به خود پزشک است، مسئولیت قراردادی است؛ اما در جایی که خطای حرفه‌ای در استفاده از وسایل بی جان و روح مثل میزهای جراحی یا ابزارهای الکترونیک یا ماشین و غیره است، مسئولیت قهری است. بنابراین، در این زمینه هم وضعیت حقوق فرانسه مبهم است و راه حل قطعی در آن وجود ندارد. شاید بتوان اهمیت اجتماعی و شغلی اشخاص حرفه‌ای در جامعه را علت اصلی تمایل به سمت مسئولیت قهری دانست. زیرا تحمیل این مسئولیت می‌تواند باعث دقت در انجام وظیفه شغلی و حساس اینگونه افراد بازی کند. در حقوق ایران مسئولیت این گونه افراد قراردادی است (کاتوزیان، همان منبع، ۳۸۸).

به هر حال، به عقیده برخی از آنجا که اشخاص حتی در فقدان قرارداد، مکلف به ارایه این خدمات به عموم هستند و صرف نظر از تکلیف کلی احتیاط و قواعد ویژه قانون یا آیین نامه‌ای که بر رفتار آنها حاکم است، وجود قرارداد نباید زیانده را از استناد به این تضمین‌های عمومی محروم کند. حقوق فرانسه برغم قاعده عدم جمع دو مسئولیت در ۱۹ دی ۱۹۹۸ امکان استناد به مسئولیت قهری فروشنده را در فرض عیب تولید پذیرفت. به موجب ماده ۱-۱۳۸۶ قانون مدنی فرانسه "تولید کننده مسئول خسارت ناشی از عیب کالای خویش است خواه میان او و زیاننده قراردادی وجود داشته باشد یا نه. ماده مزبور به صراحت امکان تداخل مسئولیت قراردادی و قهری را در این فرض پذیرفته است. پذیرش این امر در حقوق فرانسه ناشی از الزام فرانسه به یکسان سازی مقررات در زمینه مسئولیت ناشی از عیب کالا با دستورالعمل‌ها جامعه اروپایی است (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ۱۹۰).

1- Cour d'Appel de Paris, Dec.22,1953,D. 1954.175.

2-civ.May 27, 1940, D.1941.53; trib.civ.Rennes,NoN.14,1934,GAZ.Pal.1935.1.104, trib.civ.Belfort, Dec. 19, 1934, Gaz.Pal.

### ه- فرضی که نقض قرارداد یک تخلف کیفری محسوب می شود

در فرضی که نقض قرارداد در عین حال یک تخلف کیفری محسوب می شود، برخی آرای رویه قضایی فرانسه متضمن این معنی هستند که اگر زیان دیده دعوی ضرر و زیان خود را به تبع دعوی کیفری اقامه کند، ماهیت مسئولیت، غیر قراردادی است (Hilley, 1956, P 135, 151, Mazeaud, 1932). بنابراین به عنوان مثال اگر شخص امین مرتکب خیانت در امانت شود، طرف قرارداد از دو اختیار برخوردار است: اقامه دعوی مسئولیت قراردادی در دادگاه مدنی یا اقامه دعوی مسئولیت قهری در دادگاه کیفری<sup>۱</sup>. اما امروزه این راه حل مورد انتقاد نویسندگان قرار گرفته و رویه قضایی نیز تغییر جهت داده است. هیچ دلیلی وجود ندارد که ماهیت دعوی ضرر و زیان در دادگاه کیفری لزوماً غیر قراردادی باشد و صرفاً می توان به تبع دعوی کیفری در دادگاه جزایی، دعوی مسئولیت قراردادی اقامه کرد (Viney, 1995 296). در حقوق ایران هم مانعی در این زمینه به نظر نمی رسد. قانونگذار در ماده ۱۲ آیین دادرسی کیفری به طور کلی دعوی ضرر و زیان در دادگاه کیفری را مجاز کرده است و دلیلی وجود ندارد که ماهیت این دعوا لزوماً غیر قراردادی باشد.

### و- فرضی که نقض قرارداد ناشی از تقصیر عمدی یا سنگین باشد (faute intentionnelle ou Faute lourde ou)

به اعتقاد رویه قضایی فرانسه و دکترین حقوقی این کشور در فرضی که متعهد عمداً یا در اثر تقصیر سنگین قرارداد را نقض می کند، امکان استناد به مسئولیت قهری وجود دارد (Stark, 1977, 715)<sup>۲</sup> در نتیجه محدودیت زیان قابل جبران به زیان های قابل پیش بینی کنار می رود (ژوردن، ۱۳۸۶، ۲۶) و مرور زمان مسئولیت قهری که طولانی تر از مرور زمان مسئولیت قراردادی است اعمال می شود و شروط عدم مسئولیت قراردادی ناکارآمد می شود؛ زیرا این شروط در حقوق فرانسه در زمینه مسئولیت قهری نامعتبر هستند (Weill, 1975, 445, 925, 459 demogue, همانگونه که در آغاز بحث گفته شد این تفکیک در حقوق ایران قابل پذیرش نیست.

به طور کلی، به نظر می رسد معیارهایی که در کامن لا برای امکان جمع دو مسوولیت به دست داده شده است، بسیار منطقی تر از معیارهای مطرح شده در حقوق فرانسه است. در حقوق ایران به نظر می رسد امکان باید به اصولی به رسمیت شناخته شود. قواعد ضمان قهری

1- civ.jan.15 , April 24 , and Dec.3,1929 , D.P.1930.1041. Req. july 27 ,1925, D.P.1926. 1050.

2- le dol établit , contre , celui qui le commet , une nouvelle obligation différente de celle qui résulte du contrat: cette nouvelle obligation n'est remplie reparrant tout le tort que le dol a cause.

همه وقت، همه جا، نسبت به همه اشخاص حتی متعاقدین وجود دارند و به صرف وجود قرارداد نباید آنها را نادیده گرفت. دلایل مخالفان قانع کننده نیست. استناد به اینکه قصد قانونگذار جدایی دو مسئولیت بوده و عدم تداخل میان آنها بوده است صحیح نیست. دلیل دیگر مخالفان جمع دو مسئولیت قصد طرفین است: طرفین با انعقاد قرارداد خواسته اند فقط قرارداد در رابطه آنها حکومت کند و قواعد ضمان قهری کنار رود. این دلیل هم قابل خدشه است. قصد طرفین باید در هر مورد خاص از قرارداد استنباط شود و نمی توان در این زمینه حکم کلی کرد. وانگهی همه می دانیم که در یک قرارداد، همه چیز قراردادی نیست و بسیاری از تعهدات توسط قانون، عرف و رویه قضایی بر طرفین تحمیل می شود، بدون آنکه به وجود آن آگاه باشند. از سوی دیگر، می دانیم که شخص ثالثی که در قرارداد تعهد صریح یا ضمنی به نفع او برقرار شده است می تواند با انصراف از قرارداد- و به نظر ما حتی بدون انصراف از آن- دعوای قهری اقامه کند. پس به طریق اولی باید چنین حقی را برای طرفین به رسمیت شناخت. به علاوه شخص ثالثی که در دعوای قهری علیه طرف قرارداد برای اثبات تقصیر متعهد به قرارداد به عنوان یک "واقعه" "استناد" می کند؛ در واقع بعضی از عناصر دعوا را از قرارداد و برخی دیگر را از مسئولیت قهری انتخاب کرده است. پس طرفین در موارد مشابه چنین حقی دارند.

اما اگر صرف وجود قرارداد مانع امکان استناد به ضمان قهری نیست؛ طرفین می توانند به نحو صریح یا ضمنی مقررات مسئولیت قهری را- جز در مواردی که جنبه آمرانه دارد- کنار نهند. اتلاف مال مورد ودیعه بوسیله مستودع، مثال خوبی در این زمینه است. امین با این تصور که جز در صورت تقصیر (تعدی یا تفریط) مسئول نخواهد بود تعهد نگهداری از مال مودع را پذیرفته است. اکنون در فرضی که مستودع مال مورد امانت را بدون تقصیر تلف می کند، امکان استناد به قاعده اتلاف (ماده ۳۲۸ قانون مدنی) خلاف اعتماد مشروع است؛ در واقع طرفین ودیعه در رابطه خود به طور ضمنی مسئولیت نوعی را کنار نهاده اند.

### گفتار سوم - پاسخ مساله از جنبه آیین دادرسی

چنانچه خواهان دعوای خود را بر مبنای مسئولیت قهری اقامه کرده باشد؛ اگر از جنبه ماهوی قایل بر به عدم امکان انتخاب باشیم خوانده می تواند به ایراد عدم امکان جمع استناد کند. بر خلاف تردیدهایی که در حقوق فرانسه وجود دارد (viney,1995,no227) به نظر می رسد در صورت عدم ایراد خوانده دادگاه می تواند راسا بر این مبنا دعوا را رد کند، زیرا خواهان جز بر مبنای قرارداد حقی ندارد. همانطور که گفته شد به نظر ما به طور اصولی جمع

دو مسئولیت ممکن است، اما در مواردی که چنین امکانی وجود ندارد، دادگاه می‌تواند (و باید) راساً با استناد به این امر، دعوا را رد کند.

اگر خواهان دعوی خود را اشتباها بر مبنای ضمان قهری اقامه کرده است؛ در حالی که باید بر اساس قرارداد اقامه می‌نمود، به نظر ما دادگاه نمی‌تواند، با تغییر سبب دعوا، خوانده را بر مبنای قرارداد محکوم کند. درست است که دادگاه می‌تواند در زمینه کشف حقیقت اقدامات لازم را انجام دهد (ماده ۱۹۹ قانون آیین دادرسی مدنی) اما بی طرفی دادرسی ایجاب می‌کند که در حدود سببی که خواهان تعیین کرده است اظهار نظر نماید. در فرانسه هم پیش از تصویب قانون آیین دادرسی مدنی جدید چنین اعتقادی غلبه داشت (martin, n8, 1976) اما پس از تصویب قانون جدید بسیاری از نویسندگان با استناد به بند ۲ ماده ۱۲ قانون جدید آیین دادرسی مدنی عقیده مخالفی دارند. بر اساس این ماده دادرسی بدون آنکه محدود به نامگذاری و توصیف وقایع و اعمالی باشد که خواهان ارائه داده است، می‌تواند راساً این وقایع و اعمال را به نحو صحیح توصیف و بر آن به صدور رای مبادرت ورزد. برخی نویسندگان آرای را که بر این مبنا با تغییر سبب دعوا خواهان را بر اساس قرارداد محق دانسته و به نفع او حکم کرده‌اند - در حالی که دعوا بر مبنای مسئولیت قهری مطرح شده بود - تایید کرده و این رویه را تشویق کرده‌اند. به اعتقاد اینان منصفانه نیست که خواهان که در اساس محق است به دلیل توصیف اشتباه سبب دعوا محکوم شود (viney, 1995, n241). این عقیده هر چند در حقوق فرانسه قابل دفاع است؛ اما به نظر می‌رسد در حقوق ایران قواعد دادرسی مانع اختیار قاضی در اعمال این نتیجه منصفانه است. آنچه گفته شد در فرض عکس هم حاکم است: اگر خواهان اشتبهاً دعوی خود را بر مبنای قرارداد اقامه کرده باشد، در حقوق ایران برخلاف بخش مهم از دکترین و رویه قضایی فرانسه (viney, 1995, n227-229) دادگاه نمی‌تواند با بازتوصیف کردن صحیح دعوا، خوانده را بر مبنای ضمان قهری محکوم کند. اما به نظر می‌رسد خواهان مجبور نیست از میان قرارداد یا ضمان قهری یکی را به عنوان سبب دعوا، انتخاب کند؛ او می‌تواند توأمان بر هر دو مبنا خواهان جبران خسارت شود. همچنانکه می‌تواند خواسته خود را به سادگی جبران خسارت قرار دهد بدون اینکه مبنای قراردادی یا قهری آن را در ستون خواسته مشخص کند و دادگاه نمی‌تواند به دلیل منجز نبودن دعوا قرار رد دعوا را صادر کند. در حقوق فرانسه که از جهت ماهوی امکان جمع و انتخاب وجود ندارد، مع الوصف از لحاظ آیین دادرسی، طرح دعوا بدین گونه مجاز و معمول است (viney, 1995, n231) و به نظر می‌رسد در حقوق ایران - که امکان جمع به طور اصولی وجود دارد یا آنکه دستکم نظریه عدم جمع تثبیت نشده است - به طریق اولی چنین دعوایی باید مجاز باشد. اکنون باید دید آیا خواهان می‌تواند برخی از عناصر دعوا را از قواعد مسئولیت قراردادی و برخی را از قواعد مسئولیت



قهری انتخاب کند. اگر از جنبه ماهوی قایل به عدم امکان انتخاب باشیم از جهت آیین دادرسی هم چنین امکانی وجود ندارد. اما اگر از حیث ماهوی امکان انتخاب به رسمیت شناخته شود، آنگاه اگر خواهان دعوای خود را صرفاً بر مبنای قراردادی اقامه کرده باشد حق ندارد به مقررات ضمان قهری استناد کند. زیرا او خود با تحدید سبب دعوا چنین محدودیتی را برای خود فراهم آورده است؛ در فرض عکس هم وضعیت مشابهی حاکم است: به عنوان مثال، اگر دعوا بر مبنای ضمان قهری اقامه شده است خواهان نمی‌تواند دادگاه محل اجرای عقد را برای طرح دعوا انتخاب کند. برعکس اگر خواهان خواسته خود را به سادگی جبران خسارت قرار داده می‌تواند از قواعد هر یک از دو مسئولیت استفاده کند. سرانجام آنکه به عقیده برخی نویسندگان، اگر زیان‌دیده ابتدا بر مبنای قراردادی طرح دعوا کند و با شکست مواجه شود و بار دوم بر اساس مسئولیت قهری طرح دعوا کند، دعوای دوم با اعتبار امر قضاوت شده مواجه است و باید بر این مبنا رد شود (سنه‌وری، ۱۳۸۴، ۱۷). این عقیده به طور مطلق قابل پذیرش نیست:

نخست آنکه، اگر از جنبه ماهوی امکان جمع و انتخاب ممکن باشد آنگاه اگر زیان‌دیده ابتدا بر مبنای قرارداد طرح دعوا کرده باشد، طرح دوباره براساس ضمان قهری با اعتبار امر قضاوت شده مواجه نیست. زیرا سبب دعوای دوم متفاوت از سبب دعوای نخست است (سبب دعوای اول قرارداد بوده و سبب دعوای دوم واقعه حقوقی) مگر آنکه دادرسی - همانند آنچه در حقوق فرانسه می‌گذرد - بتواند بر اساس مسئولیت قهری هم به دعوا رسیدگی کند: بدیهی است در چنین فرضی محکومیت او در دعوای مسئولیت قهری حتمی است هر چند خود او تنها قرارداد را به عنوان سبب دعوا تعیین کرده باشد. اما همچنانکه گفته شد به نظر نمی‌رسد در حقوق ایران دادرسی از چنین اختیاری برخوردار باشد.

دوم آنکه اگر از جنبه ماهوی امکان جمع و انتخاب به رسمیت شناخته نشود دلیل رد دعوای دوم اعتبار امر قضاوت شده نخواهد بود؛ دادگاه باید خواهان را در دعوای دوم (که بر مبنای ضمان قهری اقامه می‌شود) به بی‌حقی محکوم کند زیرا او جز بر مبنای قرارداد، حقی ندارد.

همچنان که پیشتر اشاره شد در حقوق ایران جمع و انتخاب دو مسئولیت علی‌الاصول امکان دارد. در نتیجه اگر خواهان در دعوای قراردادی شکست بخورد می‌توان برای بار دوم بر مبنای مسئولیت قهری خواهان جبران خسارت شود. ممکن است گفته شود خواهان (زیان‌دیده) با طرح دعوا بر اساس قرارداد به انتخاب خود دست زده است؛ بنابراین، دیگر حق انتخابی در میان نیست. اما این ایراد وارد نیست. طرح دعوا بر اساس قرارداد به معنای انصراف از مسئولیت قهری نیست؛ امکان جمع و انتخاب از میان مسئولیت قراردادی و قهری هم به معنای

آن نیست که با گزینش یکی از آنها توسط خواهان، راه دیگر مسدود شود؛ مراد استحقاق زیان‌دیده بر هر یک از این دو مبنا است.

## نتیجه

۱- آنچه به جمع و انتخاب میان دو مسئولیت قراردادی و قهری شهرت یافته، دارای جنبه‌های گوناگون است و پاسخ این پرسش که آیا جمع و انتخاب میان دو مسئولیت ممکن است یا نه، بسته به مفهومی که از جمع و انتخاب مورد نظر است، متفاوت خواهد بود. بویژه باید به این نکته توجه داشت که موضوع واجد جنبه‌های آیین دادرسی هم هست؛ امری که غالباً مورد غفلت قرار می‌گیرد و اختلاط جنبه‌های آیین دادرسی با موضوعات ماهوی یافتن راه حل مناسب را دشوار می‌سازد.

۲- تقریباً هیچ یک از فوایدی که در حقوق فرانسه برای امکان استناد به ضمان قهری شمارش شده، در حقوق ایران وجود ندارد و این امر اهمیت موضوع امکان یا عدم امکان جمع دو مسئولیت را در حقوق ایران تا حدی کاهش دهد. مع الوصف امکان استناد به ضمان قهری در حقوق ایران هم دارای مزایایی است که در متن به آنها اشاره شده است.

۳- از حیث ماهوی، مهم‌ترین پرسش آن است که آیا با وجود قرارداد، امکان استناد به مسئولیت قهری به جای مسئولیت قراردادی وجود دارد؟ حقوق فرانسه، بر خلاف کشورهای تابع نظام کامن‌لا و بسیاری از کشورهای دارای نظام حقوق نوشته (بلژیک، آلمان، کبک) به این پرسش پاسخ منفی می‌دهند. در کامن‌لا که جمع دو مسئولیت تحت شرایطی اجازه داده می‌شود؛ معیارهای مهم و در عین حال مختلفی برای امکان جمع ارایه شده است.

۴- باید امکان انتخاب را به رسمیت شناخت. استناد به قصد قانونگذار بر جدایی دو مسئولیت صحیح نیست. همچنین این دلیل که طرفین بر حذف مسئولیت قهری از روابطشان است صحیح نمی‌باشد. این قصد باید در هر مورد خاص احراز شود و نمی‌توان در این زمینه حکم کلی داد. شخص ثالث می‌تواند با انصراف از قرارداد، به مسئولیت قهری استناد جوید. پس قطعاً شخص ثالث از این حق برخوردار می‌باشد.

۵- طرفین به طور صریح یا ضمنی می‌توانند مقررات مسئولیت قهری را کنار نهند. برای مثال در عقد ودیعه، امین با این تصور که جز در صورت تعدی یا تفریط مسئول نباشد، تعهد به امانت را پذیرفته است. در واقع طرفین با تراضی به طور ضمنی مسئولیت ناشی از اتلاف (مسئولیت نوعی) را کنار نهاده‌اند.

- ۶- امکان انتخاب ضمان قهری، با وجود قرارداد، اصولاً ممکن است؛ بنابراین خواهان می‌تواند برخی عناصر دعوای خود را از مسئولیت قراردادی و برخی دیگر را از مسئولیت انتخاب کند مشروط بر آنکه از حیث آیین دادرسی خود را محدود نکرده باشد.
- ۷- اگر خواهان بر مبنای قرارداد، خواهان جبران خسارت شده است؛ اولاً، نمی‌تواند برخی عناصر خود را از مسئولیت قهری وام بگیرد، هر چند از لحاظ ماهوی این حق را داراست؛ ثانیاً، برخلاف حقوق فرانسه، اگر خواهان در دعوای قراردادی محق نباشد، دادگاه نمی‌تواند خوانده را طبق مقررات ضمان قهری محکوم کند. این تصمیم نوعی، خروج از خواسته خواهان است؛ دادگاه مقید به سببی است که خواهان برای دعوای خود انتخاب کرده است.
- ۸- اگر خواهان در دعوای قراردادی شکست بخورد، می‌تواند برای بار دوم، دعوای خود را بر مبنای قواعد ضمان قهری مطرح کند. زیرا اولاً، در دعوای پیشین دادگاه صرفاً به دعوای قراردادی رسیدگی کرده و سبب دعوای دوم متفاوت از سبب دعوای نخست است و شرایط اعتبار امر قضاوت شده فراهم نیست. ثانیاً از جنبه های ماهوی همچنان که گفته شد، خواهان حق انتخاب ندارد. ثالثاً نمی‌توان گفت که به صرف انتخاب مسئولیت قراردادی و شکست در دعوای قراردادی، خواهان گزینش خود را انجام داده و دیگر حق انتخاب ندارد.
- ۹- برعکس، اگر خواهان خواسته خود را به سادگی جبران خسارت قراردادی باشد، بدون آنکه قرارداد یا ضمان قهری را به عنوان سبب انتخاب کند؛ اولاً، می‌تواند برخی عناصر دعوای خود را از قرارداد و برخی دیگر را از ضمان قهری گزینش کند. ثانیاً، دادگاه هم در صدور بر اساس قرارداد یا ضمان قهری آزادی دارد. ثالثاً در صورت شکست در دعوای اقامه دعوای دوم بر اساس قرارداد یا ضمان قهری با اعتبار امر قضاوت شده منافات دارد.

## منابع و ماخذ

### الف- فارسی

۱. السنهوری، عبدالرزاق، (۱۳۸۴)، دوره حقوق تعهدات، مترجم، رادمرزی، سیدمهدی و دانش کیا محمدحسین، جلد ۲، چاپ اول، تهران: انتشارات دانشگاه قم.
۲. امامی، حسن، (۱۳۴۷)، حقوق مدنی، جلد اول، چاپ سوم، تهران: کتابفروشی اسلامییه.
۳. ایزانلو، محسن، (۱۳۸۶)، شروط محدودکننده و ساقط کننده در قراردادها، چاپ دوم، تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار.
۴. بادینی، حسن، (نیمسال دوم سال تحصیلی ۸۸-۸۷)، جزوه الزام های خارج از قرارداد، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی.
۵. بادینی، حسن، (۱۳۸۴)، فلسفه مسئولیت مدنی، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۶۳)، حقوق تعهدات، جلد اول، چاپ دوم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۷. درودیان، حسنعلی، (۱۳۸۳)، جزوه پلی کیبی حقوق مدنی ۴، دانشکده حقوق و علوم سیاسی تهران.

- ۸ ژوردن، پاتریس، (۱۳۸۶)، تحلیل رویه قضایی در زمینه مسئولیت مدنی، مترجم ادیب، مجید، چاپ اول، تهران: انتشارات میزان.
۹. صدری، ابوالقاسم، (۱۳۵۹)، مسئولیت ناشی از قرارداد در حقوق ایران، پایان نامه دکتری دانشگاه تهران.
۱۰. عادل، مرتضی، (۱۳۸۰)، توافق بر خسارت در قراردادها، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۵۳.
۱۱. غمامی، مجید، (۱۳۸۳)، قابلیت پیش بینی در مسئولیت مدنی، چاپ اول، تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار.
۱۲. قاسم زاده، سیدمرتضی، (۱۳۸۶)، الزام ها و مسئولیت مدنی بدون قرارداد، چاپ اول، تهران: انتشارات میزان.
۱۳. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۶)، الزام های خارج از قرارداد، چاپ ششم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۱۴. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۳)، قواعد عمومی قراردادها، جلد سوم، چاپ چهارم، تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار.
۱۵. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۳)، قواعد عمومی قراردادها، جلد چهارم، چاپ دوم، تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار.
۱۶. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۴)، حمایت از زیان دیده و مسئولیت تولیدکننده در حقوق فرانسه، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۶۸.
۱۷. یزدانیان، علیرضا، (۱۳۷۹)، قلمرو مسئولیت مدنی، چاپ اول، تهران: انتشارات ادبستان.

## ب- خارجی

- 1- Abraham, John , D , (1982) , “**Concurrent liability in contract and tort- apportionment of damages: an update**”, in journal of advocates quarterly .
- 2-Baudouin, Jean-louis, (1973) , **la responsabilite civils delictuelle**, les presses de universite de montreal
- 3- Bonnassies (Pierre0 et Scapel(Christian), **Droit maritime**, LGDJ,2006
- 4- Cooke , John , (2001) , **law of tort** , ed9 , longma
- 5-Demoque , rene, (1925) , **traite des obligation en generale**, tome 5, paris , librairie Arthur rousseau
- 6- Delestraint , dupont , (1975) , **droit civil , les obligation** , cinquieme edition , dalloz
- 7-G.fleming, john, (1985) , **an introduction to the law of torts**, ed2 , clarendow press. Oxford
- 8-Dufwa(Bill),” **Les clauses limitaties ou exoneratoires de responsabilite – droit suedois compare au droit francais**”, In Les clauses limitatives ou exoneratoires de responsabilite en Europe, Actes du colloque cite
- 9- Guest , a.g , (1961) , “ **tort or contract**” , in journal of university of Malaya law review
- 10-Garner , bryan , (1990) , **black law dictionary** , eighth edition , west publishing co
- 11- Swanton , jane , (1999) , “**the convergence of tort and contract**” , in Sydney law review
- 12-Hilley , Byron, (1956) , “ **the interrelationship of tort and contract in ferench law** , in journal of public law ,
- 13-Koziol , helmut , (2008) , **European tort law** , edited by the European centre of tort and insurance law, ed1 , springer/erlag/wien
- 14-le tourneau , philippe , (2002) , **droit de la responsabilite et des contracts** , dalloz
- 15-Lalou , henri , (1962) , **traite pratique de la responsabilite civile** , sexiem edition , paris , dalloz
- 16- MM. loubser , (1997) , “ **concurrence of contract and delict**” , in journal of Stellenbosch l.rev
- 17-Mclvor, Claire, (2006) , **third party liability in tort** , ed1 , Oregon , oxford and Portland
- 18-Madden, m.stuart , (2005) , **exploring tort law** , ed1 , Cambridge university press
- 19- Mazeaud , henri et ieon , (1932) , **traite theorique et pratique de la responsabilite civile delictuelle et contractuelle**, tome premier, quatrieme edition , librairie du recueil sirey
- 20- Martin(R.), **Le fait et le droit ou les parties et le juge**, JCP,1976
- 21-.Nicholas, Edward. Howright, murray, (1987) ,” **The collision of Tort And Contract in the construction industry**”, in journal of university of RICHMOND IAW REVIEW,.
- 22- Stark , boris , (1977) , **droit civil , obligation** , ed1 , librairies techniques
- 23- Stark , boris , roland , henri , boyer , Laurent , (1993), **obligation 2 contract**, ed4 , litec

- 24- Terre, francois , lequette , yves , simler , philippe , (2005) , **droit civil , les obligatin** , ed9 , dalloz
- 25- Viney, geneviere, (1995) , **traite de droit civil, introduction a la responsabilite**, ed2, l.g.d.j
- 26- Winfield, sweet- MAXwell, (1950), SIR,P.H, **law of tort** , ed5, limited
- 27-W.H, Charles, (1987), “**tort and contract- merging areas?**”, in journal of advocates quarterly
- 28-WHiTTAKER, simoN,( 1996), “ **privity of contract and Tort of negligence; future Directions**”, oxford journal of legal studies, vol 16, no 2,
- 29-WHiTTAKER, simoN,( 1995) ,” **privity of contract and The law of tort; The French experience**”, oxford university press, vol. 15, no 3
- 30-Weill, alex, terre, francois, (1975) , **droit civil , les obligation**, deuxieme edition , dalloz.

از این نویسنده تاکنون مقالات زیر در همین مجله منتشر شده است:

- «تعهد به فعل ثالث»، سال ۱۳۸۶، شماره ۱. «استرداد مزایای تأمین اجتماعی از محل دین مسئولیت مدنی (مطالعه تطبیقی)»، سال ۱۳۸۷، شماره ۱. «نقد و تحلیل قانون اصلاح قانون بیمه اجباری»، سال ۱۳۸۷، شماره ۴. «نقد مفهوم و آثار طلب مشاع»، سال ۱۳۸۸، شماره ۲. «اثر خطای زیان دیده بر رجوع نهاد تأمین اجتماعی» سال ۱۳۸۸، شماره ۴. «ارث دیه» سال ۱۳۸۹، شماره ۲. «شرط مخالف قائم مقامی بیمه گر» سال ۱۳۸۹، شماره ۴. «درباره تعهد بیمه گذار به اطلاع رسانی» سال ۱۳۹۰، شماره ۳.