

تحلیل وحدت بنیادی مسئولیت قراردادی و خارج از قرارداد

مجید حبیب زاده^۱

چکیده

هر مسئولیتی ناشی از نقض تعهد پیشین است، لیکن این مسئولیت همیشه دارای منبع واحدی نیست بلکه مسئولیت قراردادی ناشی از عدم اجرا یا اجرای بد قرارداد به وجود می‌آید در حالی که مسئولیت قهری دارای منبع قانونی است. بر این اساس در نظام حقوقی فرانسه مثل بسیاری از نظام‌ها مدت‌ها بین این دو مسئولیت تفکیک قائل بودند. ما باید دید این دوگانگی واقعا " وجود دارد یا خیر؟ موضوع مقاله حاضر بررسی همین موضوع است که آیا تفاوت بنیادی و اساسی بین دو نظام مسئولیت وجود دارد یا خیر زیرا هرگاه تفاوت‌هایی که مطرح شده غیر واقعی باشد، دیگر تعیین دامنه خاص هر یک از دو مسئولیت و یا مسأله حق انتخاب یا عدم انتخاب بین دو مسئولیت بی‌معنا و بی‌فایده خواهد شد. بدون شک در قرن ۱۹ میلادی در طرح تفاوت‌های بین دو مسئولیت اغراق شده بود. متعاقبا نظریه جدیدی در مقابل نظریه حاکم (تفکیک) شکل گرفت که مبتنی بر اتحاد بین دو نظام مسئولیت بود. از طرفی با توسعه علوم و صنایع، اجرای تفاوت بین دو مسئولیت دیگر ساده نیست، به خصوص زمانی که مسئولیت ناشی از تعهدات تبعی قراردادی باشد که این تعهدات را می‌توان مسئولیت قانونی نیز دانست. به طور مثال در مورد تعهدات مربوط به حمل و نقل اشخاص هرگاه فرد در حین حمل فوت نماید نباید تفاوتی در حق ورثه او در صورت وجود قرارداد یا عدم وجود آن ایجاد شود. امروزه گرایش به وحدت بین مسئولیت قراردادی و خارج از قرارداد با توجه به دیدگاه‌های حقوقی و کنوانسیون‌های بین‌المللی ایجاد شده است که نشانه آن را می‌توان در دستورالعمل اتحادیه اروپا ملاحظه کرد. بنابر این تفاوتی که مدت‌ها بین دو مسئولیت قراردادی و خارج از قرارداد مطرح شده بود رو به زوال و نابودی است.

کلید واژه‌ها: مسئولیت مدنی - مسئولیت ناشی از قرارداد - مسئولیت خارج از قرارداد - منبع تعهد - نظریه تفکیک -

نظریه وحدت

^۱ کارشناس ارشد حقوق ثبت اسناد و املاک دانشگاه تهران

از دیرباز مسأله جدایی (تفکیک مسئولیت قراردادی و مسئولیت خارج از قرارداد) و آثار مترتب بر آن در حقوق اروپا به ویژه حقوق فرانسه مطرح بوده است. از حدود سالهای ۱۹۳۰ تاکنون بیشتر کتب مهم حقوقی راجع به مسأله مسئولیت مدنی به حل این تعارض بسیار مهم پرداخته اند. بیشتر این نوشته ها با اصل تفکیک این دو مسئولیت موافقند. در فقه امامیه نیز برخی از فقها به این دو مسئولیت توجه کرده اند برخی گفته اند اگر مسئولیت مدنی (ضمان) را به معنای تعهدات مالی در مقابل تعهدات غیرمالی تفسیر کنیم می توانیم آنرا به ضمان عقدی و ضمان ناشی از عدم انجام معامله و ضمان قهری (اتلاف و تسبیب) تعمیم دهیم.

در حقوق ایران نیز بیشتر حقوق دانان در کتب مربوط به قواعد عمومی و تعهدات و کتب مسئولیت مدنی بحثی را هم در مورد وحدت یا تعدد مسئولیت قراردادی و مسئولیت قهری مطرح کرده اند و اکثر آنان تفکیک بین مسئولیت قهری و قراردادی را بعنوان پیش فرض پذیرفته اند.

بدین ترتیب ملاحظه می شود مسأله تفکیک و یا وحدت این دو مسئولیت دارای سابقه و جایگاه مهمی است زیرا تعیین ماهیت این دو مسئولیت و بررسی تفاوت‌های آنها تأثیر زیادی در حق زیان دیده دارد. از دید گاه نظری این سوال اساسی مطرح است که آیا واقعاً مبنای مسئولیت قراردادی از مسئولیت قهری مجزا است یا اینکه بنیاد هر دو مسئولیت (ضمان) یکی است. مدت‌های مدیدی است که حقوقدانان و محاکم در پی آنند که بدانند آیا این دو مسئولیت دارای ماهیت و مبنای واحدی هستند یا خیر؟ بنابراین مصادیق و زمینه های حقوقی بسیاری وجود دارد که مورد مناقشه است. در این مقاله سعی بر این است که ابتدا منبع تعهد را تشریح و سپس با آشنایی با مفهوم هر دو مسئولیت و معرفی نظریه های تفکیک و وحدت و آثار هر یک به یک نتیجه گیری مناسب رسیده و در پایان، راه حلی بعنوان پیشنهاد ارائه گردد.

۱- منبع تعهد

منظور از «منبع تعهد» دانستن این سوال است که چگونه و چرا یک شخص در مقابل دیگری از نظر حقوقی متعهد می شود. منبع، امری است که سبب ایجاد دین بر ذمه و به عبارتی موجب ایجاد تعهد می شود. به عنوان مثال تعهد به دادن ثمن ناشی از عقد در بیع. در قانون مدنی ایران گاه سبب به معنای منبع تعهد است. (ماده ۲۹۶ ق.م یا ماده ۶۹۱ ق.م) تعهد که برای نخستین بار در قرن ۱۳ در سال ۱۲۳۵ در ادبیات حقوقی فرانسه وارد شد صرف نظر از منشاء ایجاد آن عبارت است از رابطه حقوقی، مالی و شخصی بین یک یا چند شخص که بر مبنای آن یک طرف بتواند طرف دیگر را وادار به انجام کار یا ترک کار یا تسلیم چیزی کند. در این معنا منظور از تعهد اعم از تعهدات

قراردادی و غیرقراردی است. مطالعه قانون مدنی نشان می دهد که نفوذ حقوق امامیه در قسمت تعهدات غیر قراردادی بیشتر از نفوذ حقوق فرانسه است ولی در تعهدات قراردادی نفوذ حقوق فرانسه بیشتر بوده است. در قسمت تعهدات قراردادی مانند حقوق فرانسه عقد سرچشمه تعهد بوده است که اگر ماده ۱۸۳ ق. م با ماده ۱۱۰۱ ق. م. ف مقایسه شوند هر دو عقد عهدی را تعریف کرده اند که نفوذ حقوق رم و فرانسه در ماده ۱۸۳ در تعریف عقد هویداست. در قسمت تعهدات غیر قراردادی قانون مدنی با توجه به حقوق فرانسه تحت تاثیر فقه امامیه از عناوینی استفاده کرده که فقها تحت عنوان اسباب ضمان مطرح کرده اند.

در خصوص منبع تعهد دو دیدگاه کلی وجود دارد: از یک منظر منبع همه تعهدات قرارداد است. این دیدگاه به نظریه «روسو» بسیار نزدیک است که معتقد بود منشاء تمام الزامات و قوانین قرارداد اجتماعی است. دیدگاه دیگر منبع تمام تعهدات را قانون می داند در مقام داوری بین این دو دیدگاه باید اذعان داشت که هر دو نظریه به افراط و تفریط گرایش پیدا کرده اند زیرا از یک سو همه تعهدات فقط از عقد ناشی نمی شود مانند تعهد به جبران ضرری که بر مجنون یا صغیر بر می گردد. (ماده ۱۲۱۶ ق. م) از سوی دیگر نمی توان گفت که منبع انحصاری همه تعهدات قانون است زیرا گاه تکالیفی هست که ابتدا باید اراده یا خطی از سوی شخص وجود داشته باشد تا قانون تکلیفی بار کند. مانند نفقه زوجه بنابراین ارجاع تقسیم بندی منبع تعهد به قانون یا قرارداد نوعی کلی گویی است که هیچ ثمری بر آن بار نیست با این توضیح روشن است که توجه به منبع تعهد عامل اصلی در تعدد یا وحدت مسئولیت قراردادی و غیرقراردادی در حقوق داخلی است.

۲- مقصود از مسئولیت در اصطلاح مسئولیت مدنی

اصطلاح مسئولیت مدنی اعم است از مسئولیت مدنی قهری یا غیر قراردادی و مسئولیت مدنی قراردادی که اختصاراً مسئولیت قراردادی نیز بدان گفته می شود. ما نیز در تبعیت از این تقسیم بطور جداگانه دو اصطلاح مسئولیت قراردادی و مسئولیت قهری را ذیلاً بررسی می کنیم:

۲-۱ مفهوم و ماهیت مسئولیت در مسئولیت قراردادی

مسئولیت قراردادی عبارت است از مسئولیت متعهد متخلف از قرارداد در برابر متعهد له نسبت به پرداخت خسارت. لذا آنچه که ابتدائاً حائز اهمیت است این است که نباید تعهد و مسئولیت هر یک از طرفین قرارداد را برابر یکدیگر نسبت به انجام مفاد تعهد، با مسئولیت متعهد در صورت نقض قرارداد خلط نمود، مفاد مسئولیت قراردادی خسارت است ولی مسئولیت اصلی طرفین قرارداد همان تعهدات قراردادی است لذا در مورد مفهوم و معنای مسئولیت در مسئولیت قراردادی باید گفت با توجه به اینکه موضوع آن همواره پرداخت خسارت می باشد لذا مسئولیت که واجد

حکم تکلیفی الزام به پرداخت خسارت و حکم وضعی مدیونیت است در آن مدنظر است لذا مسئولیت قراردادی را نباید با تعهد قراردادی اشتباه نمود زیرا تعهد قراردادی ریشه در اراده انشایی داشته و مولد اراده و خواست طرفین است در حالی که مسئولیت قراردادی جزای عهد شکنی بوده و بخشی از مسئولیت مدنی است که اراده انشایی اراده آن را ایجاد نمی کند بلکه نقض یک تعهد که عملی غیر انشایی است سبب تحقق آن به شمار می رود. از این روست که با توجه به منشاء پیدایش این مسئولیت که به نوعی با قرارداد در ارتباط است آن را مسئولیت قراردادی می گویند.

۲-۲ مفهوم و ماهیت مسئولیت در مسئولیت قهری

صحت تشخیص معنا و مفهوم مسئولیت در مسئولیت قهری لازم است شیوه های جبران ضرر مورد بررسی قرار گرفته و در هر یک معنای مسئولیت مورد استنباط قرار گیرد. البته برخی از نویسندگان و حقوقدانان فرانسوی، جبران خسارت تحقق یافته در معنای خاص خود را جز از راه پرداختن مبلغی پول و به عنوان معادل آنچه از دست رفته است ممکن نمی دانند. در فرض انحصار جبران ضرر در مسئولیت قهری به پرداخت پول یا وجه نقد یا هر مال کلی معنای مسئولیت همانند مسئولیت قراردادی خواهد بود. ولی در نظام حقوقی ایران و با عنایت به مواد قانونی در روشهای جبران خسارت و متون فقهی نظریه فوق پذیرفته نشده است بلکه آنچه در حقوق اسلامی حاکم است اصل برگرداندن وضع زیان دیده به صورت پیشین خود است. برای مثال در باب غضب وفق مقررات قانون مدنی و طبق نظر فقهای امامیه اگر عین مال مغضوب نزد غاصب باقی بماند و تلف نشده باشد غاصب مسئول است که عین مزبور را به مالک مسترد دارد و در فرض تلف نیز باید بدل آن اعم از مثل یا قیمت به مالک تسلیم نماید. لذا در ضمان قهری یا مسئولیت خارج از قرارداد قصد متعهد در ایجاد ضمان موثر نیست و معنای ضمان حکم قانون است. مسئولیت غیر قراردادی یا الزامهای خارج از قرارداد یعنی مسئولیتی که بدون اینکه بین طرفین قراردادی وجود داشته باشد، قانون فرد را به دلیل اینکه با کار نامشروع خود به دیگران ضرر ناروایی وارد کرده باشد ملزم می کند تا خسارت را جبران کند. یعنی کار نامشروع ایجاد التزام می کند که به این مسئولیت، مسئولیت قهری نیز می گویند. حقوقدانان بر این عقیده هستند که الزام به جبران خسارت در مسئولیت قهری منطبق با وقایع حقوقی می باشد که در دسته بندی اسباب ایجاد تعهد از آن نام برده شده و مشتمل بر رویدادهایی که اثر آن به حکم قانون معین می شود. چنانچه در قانون مدنی به اثر این وقایع تحت عنوان الزامات خارج از قرارداد (ضمان قهری) اشاره شده است. از این رو برخی معتقدند که «هیچ اصطلاحی همانند وقایع حقوقی نمی تواند اسباب پراکنده و گوناگون تعهدات قهری را در خود جمع کند و بر این اساس استدلال می کنند». (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ۱۰۴)

۳- نظریه تعدد نظام مسئولیت

علیرغم عدم انکار موارد مشترک مسئولیتهای قراردادی و خارج از قرارداد بعضی از حقوقدانان با بیان دلایل خود به دفاع از نظریه تفکیک این دو مسئولیت پرداخته اند لذا به صورت کاملاً خلاصه به دلایل مربوطه اشاره می گردد:

الف) هدف از مسئولیت قراردادی تنها اجرای صحیح قرارداد و حمایت از انتظارات طرفین قرارداد است، اما در مسئولیت خارج از قرارداد هدف ایجاد نظم در جامعه و تامین نظم عمومی و جلوگیری از اضرار به غیر است. (کاتوزیان ۱۳۸۶-۱۱۳)

ب) یکی دیگر از دلایل این حقوقدانان این است که شرط عدم مسئولیت به طور کلی در مسئولیت قراردادی برخلاف مسئولیت قهری جایز است.

ج) دیگر اینکه در مسئولیت قراردادی در صورت تعدد مسئولیت اصل بر این است که هر مسئولی باید به اندازه سهم خودش جبران خسارت نماید. ولی در مسئولیت خارج از قرارداد در صورت تعدد مسئولین ورود ضرر، اصل بر تضامن است. لذا در مسئولیت قراردادی فقط با توافق طرفین قرارداد تضامن بوجود می آید در حالی که در مسئولیت قهری تضامن منشاء قانونی دارد.

لذا این حقوقدانان با اعتقاد به تفاوت در مبنای این دو مسئولیت اعلام می نمایند که در مسئولیت قهری تکالیف به موجب قانون مشخص می شود. حال آنکه در قرارداد تکالیف را خود طرفین معین می کنند. در عقیده سنتی مسئولیت در مسئولیت قهری ناشی از نقض الزامی است که آن الزام ناشی از قانون است اما مسئولیت قراردادی نتیجه نقض تعهد ناشی از اراده طرفین است. تفاوت در ماهیت این دو مسئولیت دکتترین نسبی بودن اثر قراردادها را بوجود آورده و مقرر ساخته است که تکلیف قراردادی صرفاً نسبت به طرفین آن الزام آور می باشد ولی در مسئولیت قهری چنین قاعده ای بدین علت که قبلاً قراردادی بین دو طرف وجود نداشته تا نوبت به قاعده نسبی بودن اثر آن برسد، جایگاهی ندارد.

۳-۱ تعدد یا وحدت مبنای مسئولیت قهری و قراردادی در فقه اسلامی

اینکه موضوع این مقاله در فقه اسلامی آیا در ذات و ماهیت از هم جدا بوده یا از وحدت برخوردارند بایستی میان فقهای اهل سنت و امامیه قایل به تفکیک شده و گفت که:

۱) در نظر فقهای اهل سنت مسئولیت قراردادی بر مبنای اراده طرفین است و میزان آن تابع قرارداد بین آنها است و امکان کاهش یا افزایش دارد و حتی در صورت توافق، وضع به گونه ای است که می توان مسئولیت را به کلی از بین برد ولی ضمان قهری تابع عین تالف بوده و نیازمند تراضی قبلی نمی باشد. (سراج، ۱۴۱۰ ق، ۶۰)

۲) در فقه امامیه نیز مسئولیت به دو قسم قهری و قراردادی قابل تقسیم است اما در کلام اکثر فقهای این گروه مسئولیت متعهد قراردادی همان مسئولیت قهری دانسته شده است و بر این مبنا گفته می شود در فقه اسلامی این دو مسئولیت، واحد محسوب می شوند. (باریکلو - ۱۳۹۶، ۳۱)

۴- آثار منفی تفکیک مسئولیت قراردادی و خارج از قرارداد

تفکیک بین دو مسئولیت، دارای آثار منفی بسیار زیادی است و به لحاظ نظری و عملی تأثیرات منفی زیادی بر حقوق زیان دیده می گذارد و او را در مطالبه حقیقت سرگردان می کند مهمترین اثر منفی تفکیک بین دو مسئولیت این است که زیان دیده را در انتخاب مبنای طرح دعوی دچار اشکال و اشتباه می کند بویژه این که امروزه مسئولیتهایی وجود دارد که معلوم نیست در کدام محدوده جا می گیرد. از طرفی امروزه مشاغلی به وجود آمده است که صاحبان آنها باید مسئول اعمال و تولیدات خود باشند و نوع فعالیت آنها مسئولیت آور است و تفاوت نمی کند که زیان دیده با وی دارای قرارداد باشد یا خیر؟ مثل مسئولیت متصدیان حمل و نقل، مسئولیت پزشکان و غیره خوشبختانه قوانین در برخی موارد به حل این مشکل کمک کرده و در بسیاری از مسئولیتهای مذکور تصریح کرده اند که تفاوتی در وجود قرارداد یا عدم وجود آن بین صاحبان این مشاغل و زیان دیده نیست.

با توجه به مطالبی که در قسمت آثار منفی نظریه تفکیک آورده شد، ذکر توضیحاتی راجع به حق زیان دیده در انتخاب نظام مسئولیت ضروری می باشد.

۴-۱ حق انتخاب و دلایل آن

یکی از نظریات ارائه شده این است که در صورت جمع شرایط تحقق مسئولیت قراردادی و غیر قراردادی، زیان دیده اختیار دارد که بر اساس یکی از این دو مبنا طرح دعوی کند:

اختیار خواهان در تعیین مبنای دعوی

یکسانی نقش خسارتهای پرداخت شده به زیان دیده به واسطه عدم اجرای مفاد تعهد و نقش خسارتهای در مسئولیت قهری بر اثر نقض و نادیده گرفتن تکالیف قانونی موجب گردیده که گفته شود که در هر دو نظریه مقصود، صرفاً جبران خسارت است. اگر قائل به یک هدف مشترک برای هر دو نوع مسئولیت یعنی جبران ضرر باشیم پس چرا جبران ضرر را با عنوانی که زیان دیده برای آن انتخاب می نماید واگذار نکنیم و به او حق انتخاب ندهیم. بنابراین وقتی برای مسئولیت قراردادی و قهری متعهد به هدف واحد باشیم انتخاب یکی از این دو به رغم تفاوت در آثار، شرایط ایجاد و قلمرو متمایز هر یک قابل توجیه است.

یادآور می شویم که لحاظ این حق برای زیان دیده خصوصاً در جایی است که توسل به قواعد مسئولیت قراردادی مانع از استیفای کامل حقوق وی بوده است و بر این اساس متمایل به انصراف از این موقعیت و توسل به مکانیسم های مربوط به ضمانات قهری است.

دلایل موافقان نظریه حق انتخاب

بیشتر کسانی که معتقد به وحدت مسئولیت قهری و قراردادی اند برای خواهان این حق را قائل شده اند که به هر یک از دو مسئولیت به دلخواه خویش استناد جوید. بر مبنای این نظریه اگر چه قواعد راجع به مسئولیت قهری قائم به نظم عمومی بوده و از این حیث توافق بر انصراف یا تحدید آن جایز نمی باشد اما این امر به معنای محدود نمودن طرف ذینفع قرارداد جهت انصراف از مسئولیت قراردادی و تمسک به مسئولیت خارج از قرارداد نمی باشد. از این رو اگر ضمن تخلف از یک قرارداد، متعهد مرتکب تقصیری هم شود زیان دیده که با اعمال مسئولیت قراردادی نتوانسته به حق خود برسد می تواند با تمسک به قواعد تسبیب به جبران کامل خسارت خود برسد. (کاتوزیان ۱۳۸۶-۱۳۰)

همچنین عقیده دارند که قواعد مسئولیت قراردادی در طول قواعد ضمان قهری قرار دارد. لذا نمی توان شخص را به این بهانه که طرف قرارداد بوده از حمایتی که قانون از او کرده است محروم و به تحمل خسارت ناچار نمود مضاف بر اینکه قواعد مربوط به ضمان قهری با نظم عمومی مرتبط است و در درجه بالاتر قرارداد. لذا بنظر اینجانب مسأله ای که می توان طرح کرد این است که ضمان قهری نسبت به ضمان قراردادی عام است و ضمان قراردادی را هم شامل می شود.

این نظریه در حقوق و رویه قضایی دیگر کشورها نیز مورد حمایت قرار گرفته است. چنانکه در حقوق آلمان حقوقدانان و قضات آن کشور بعنوان یک اصل برای متضرر از یک قرارداد این حق را به رسمیت شناخته و به وی اجازه داده اند که در طرح دعوی خسارت قواعد راجع به مسئولیت خود را انتخاب کند. علاوه بر کشور آلمان در نظام حقوقی کشور ایتالیا نیز به زیان دیده اختیار انتخاب مبنای دعوی خود داده شده است. لیکن این نظریه در حقوق داخلی ما قابل پذیرش نبوده و با انتقاداتی مواجه است:

اولاً: وقتی طرفین، قراردادی منعقد می کنند روابط حقوقی بین خود را معین کرده و نظام مسئولیت قراردادی حاکم بر رابطه خود را ساخته اند. با این توضیح استناد به قواعد ضمان قهری بر خلاف توافق طرفین می باشد. که به نظر، این دلیل مخالفان داخلی به این علت که توافق طرفین صرفاً مختص به تعهدات قراردادی می باشد قابل ایراد است.

ثانیاً: از لحاظ اثبات بین دو نظام مسئولیت، تفاوت وجود دارد.

ثالثاً قانون لازم الاجرا نیز در هر یک از مسئولیتها مانعی برای انتخاب زیان دیده به شماره می رود.

رابعاً: در مسئولیت قهری حق انتخاب قانون حاکم بر دعوی با آنچه در مسئولیت قراردادی وجود دارد متفاوت است.

لذا به نظر می رسد با توجه به مطالب ذکر شده در موافقت با نظریه حق انتخاب خواهان و اینکه ضمان قهری نسبت به ضمان قراردادی عام می باشد، انتقادات مذکور با چالشی جدی مواجه شده و باید تعدیل گردند که بحث آن خارج از موضوع این مقاله است.

۴-۲ نظریه عدم اختیار خواهان

یکی دیگر از نظریات ارائه شده این است که در صورت جمع شرایط تحقق مسئولیت قراردادی و غیر قراردادی زیان دیده اختیار حق انتخاب ندارد که بر اساس یکی از دو نظام طرح دعوی کند.

الف) مبنای نظریه عدم اختیار خواهان

بر مبنای این نظریه متعهدله یک قرارداد حق ندارد با جمع تمام شرایط لازم برای تحقق مسئولیت قراردادی به قواعد مسئولیت قهری استناد نماید چرا که محل توسل به مسئولیت نوع اخیر، در جایی است که قراردادی وجود ندارد، بر این اساس:

۱- متعهدله، متعهد را فقط از طریق عقد می شناسد، پس هر رابطه ای که میان آنها بر پایه عقد به وجود آمده تحت حاکمیت عقد قرار می گیرد و وقتی متعهد از اجرای مفاد تعهد سرباز می زند چیزی جز قواعد دعوی مسئولیت قراردادی در برابر خواهان نخواهد داشت و نمی تواند به مسئولیت مبتنی بر تقصیر استناد جوید. (الماسی، ۱۳۹۶، ۱۹۴)

۲- این امر با اراده ی قانونگذار مبنی بر جدایی نظام مسئولیت ها در تنافی است و قانونگذار تمایل به جدایی این روابط و تبعیت هر رابطه ای با قواعد ویژه مرتبط با خود دارد. (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ۱۹۷)

۳- وقتی که طرفین نسبت به میزان مسئولیت ناشی از تخلف از اجرای تعهد تصمیم گرفته و آن را محدود ساخته اند نمی توان با استناد به قواعد عمومی اتلاف و تسبیب، دامنه مسئولیت را گسترش داد چه در غیر این صورت اصل حاکمیت اراده زیر سوال می رود و نیز تعادل قراردادی به هم می خورد. (همان، ۱۳۶)

ب) انتقادات وارد بر نظریه عدم حق انتخاب

با اینکه نظریه عدم حق انتخاب در حقوق برخی کشورها پذیرفته شده و بعضی از مولفین نیز از آن دفاع کرده اند. اما گاه اوضاع و احوال به گونه ای است که توسل به قواعد ضمان قهری با قلمرو توافق دو طرف و نیز اراده قانونگذار سازگار نیست. در جایی که فروشنده قبل از تحویل بیع عمداً آن را از بین می برد نمی توان خریدار را مجبور ساخت که مطابق مسئولیت قراردادی به ثمن قراردادی اکتفا کند. زیرا قانونگذار که فروشنده را در قبال تلف مبیع تا میزان ثمن قراردادی مسئول دانسته در فرضی بوده است که کالای فروخته شده، خود به خود از بین برود نه در جایی که فروشنده عمداً آن را تلف کرده باشد. با این فرض می توان اصولاً برای فروشنده دو تعهد جداگانه در نظر گرفت: تعهد اول که ناظر بر تحویل مبیع به صورت سالم است و در غیر این صورت او در برابر خریدار تا میزان ثمن قراردادی، مسئولیت خواهد داشت و تعهد دوم ناظر بر موردی است که قانوناً مکلف است که در برخورد با مال دیگران با احتیاط رفتار کند و چون در این خصوص به تعهد قانونی خود عمل نکرده پس دارای تعهد به دادن قیمت مثل آن خواهد بود. بنابراین چون دو تعهد در اینجا نقض شده است پس زیان دیده می تواند به هر یک به نحو دلخواه استناد کند. در این حالت اگر قیمت قراردادی بیش از قیمت بازار باشد به مسئولیت قراردادی و اگر کمتر از قیمت باشد به قواعد عمومی اتلاف و تسبیب حق استناد دارد. (کاتوزیان، ۱۳۹۵، ۱۹۶)

۵- نظریه وحدت مسئولیت قراردادی و قهری

در مسئولیت قهری بنا بر ضرورت‌های نظم عمومی، قانون، کسی را که موجب زیان به دیگری شده را مسئول می شناسد به بیان دیگر منبع تعهد قانون است و شرایط و آثار مسئولیت را قانون مقرر می کند با این توضیح که علاوه بر تفاوت‌های ناشی از ضرورت‌های عملی، از جمله قرائنی که اندیشه تفکیک تئوریکی مسئولیت قراردادی و مسئولیت قهری را از حیث مبنای آنها به ویژه در نظام حقوقی آنگلوساکسون تقویت می کند پذیرش بعضی از انواع خسارت که در ضمان قهری (Ton) قابل صدور حکم بوده ولی نمی توانند در دعوی ناشی از نقض قرارداد مطالبه شوند. توجه به نظم عمومی در فلسفه وجودی این خسارات آشکار است و اینکه چرا این خسارات نمی توانند در دعوی قراردادی مطالبه شوند ممکن است جایی از تفاوت در تبیین تئوریکی این دو شعبه مسئولیت باشد. در مورد ضمان قهری وجدان عمومی عامل اصلی در تجویز این نوع خسارت است. نکته عجیب در مورد این نوع ضمان این است که در عین اینکه عنصر خدشه دار شدن وجدان عمومی را که اصولاً از توجهات حقوق کیفری وارد حقوق مدنی می کند در عین حال بر همین اساس مقدار خسارت پرداختی به زیان دیده را با استناد به ضمان قهری بیش از خسارات واقعی او تعیین می کند ولی همانطوری که از عنوان آن آشکار است نوعی از خسارت است و نه جریمه و لذا به زیان دیده پرداخت می شود. تمایل امروزی بر این اساس است که به لحاظ همین ویژگی، دامنه شمول خسارت تنبیهی را در ضمان قهری در حقوق انگلیس محدود نمایند ولی به هر حال این پدیده از مختصات مسئولیت

قهري در حقوق آنگلساکسون است. (برای اطلاع بیشتر رک Heuston & Chambers. Op- Cie. Pp. 498- 500) در نظريه وحدت مسئوليت قراردادي و قهري سخن اين است که مبنای مسئوليت در هر دو مسئوليت، قانون است، چرا که بدون قانون اثری بر اراده قراردادي مترتب نيست و بنا بر اين منشاء و منبع نهايي تعهد مسئوليت قراردادي نيز قانون است و نه اراده طرفين، مضاف بر آن گفته می شود که مسئوليت ناشی از عدم اجرائی تعهد قراردادي تعهد مستقلي است که از عدم اجرائی تعهد ناشی می شود و نمی توان آن را از آثار تعهد اصلي شمرد. با اين توضيح روشن است که توجه به منبع تعهد مشخص کننده وحدت يا تعدد بنياد و مبنای مسئوليت قراردادي و خارج از قرارداد می باشد.

۶- مسأله وحدت يا تعدد مسئوليت قراردادي و خارج از قرارداد در حقوق فرانسه

مدتها بود که در حقوق کشورهای اروپايی بويژه حقوق فرانسه اصل تفكيك امري مسلم و بدیهی بود اين تفكيك بر اين مبنا استوار بود که مسئوليت قراردادي همیشه نتیجه تجاوز و نقض قرارداد است و از آنجا که زیان دیده و مسئول به وسیله قرارداد با هم ارتباط دارند "اجرا نشدن تعهدی که از قرارداد ناشی شده موجب مسئوليت قراردادي می شود. در حالی که در مسئوليت خارج از قرارداد، طرفين از قبل هيچ ارتباطی با هم ندارند و در صورت ورود خسارت، اين قانون است که کسی را که به ديگری ضرری وارد ساخته مسئول می شناسد بنا بر اين اين دو مسئوليت دارای دو ماهيت و دو منبع و مبنا می باشد اولی ناشی از نقض قرارداد و دومی ناشی از نقض قانون است.

اما از اواخر قرن ۱۹ ميلادی ترديدها و اشکالات زيادی توسط حقوقدانان در کشورهای فرانسه، انگليس و آمريکا به نظريه تفكيك وارد شده برخی از حقوقدانان فرانسوی مسئوليت مدنی را چه قراردادي و چه قهري بر مبنای تقصير نهادند و تقصير را نقض يک تعهد پيشين (قرارداد) ناميدند. همچنان که مسئوليت خارج از قرارداد نيز نقض يک تعهد قبلی (تکليف قانونی به رعايت احتياط و مراقبت) است. اين انتقادات کم کم بر تمام آثار اختلاف بين دو مسئوليت وارد شد و نظريه تفكيك را دچار چالش جدی نمود. در خصوص تفكيك سنتی بين مسئوليت قراردادي و خارج از قرارداد بايد گفت امروزه با توجه به انتقادات بی شمار و تحولات بسيار زياد در مسئوليت مدنی نظريه تفكيك قدرت خود را از دست داده است. زيرا امروزه اعتقاد بر اين است که جبران خسارتي که ناشی از عدم اجرائی قرارداد است يک تعهد مستقل است و شبیه به مسئوليت قهري است و ديگر مهم نيست از چه ريشه ای ناشی می شود بلکه مهم اين است که خسارت بايد جبران شود. (ژوردن ۱۳۹۳، ص ۴۶)

در حقوق فرانسه دوما و پوتيه از بانيان نظريه تفكيك بين مسئوليت قراردادي و قهري بودند. به نظر ايشان عدم اجرائی قرارداد سبب ايجاد تعهد جديد نيست، بلکه خود قرارداد اگر به مرحله اجرا در نياید سبب ايجاد خسارت و محروميت از منافع است.

۷- انتقاد به نظریه تفکیک

بدون شک تعهدات ناشی از اعمال حقوقی از نوع عقود و قراردادی می باشند. در مقابل مسئولیت قهری در زمره وقایع حقوقی قرار دارد، زیرا آثار آن توسط طرفین تعیین نمی شود. اما باید گفت که عنوان قراردادی در مسئولیت قراردادی نباید سبب اشتباه گردد در تحقق مسئولیت قراردادی اراده انشایی تاثیری ندارد بلکه اراده انشایی سبب تعهد قراردادی می گردد و نه مسئولیت قراردادی، این نقض تعهد است که سبب مسئولیت قراردادی می گردد. لذا حتی اگر متعهد قصد عهد شکنی و عدم انجام تعهد را داشته باشد این قصد و اراده در عالم اعتبار اثری به وجود نمی آورد و اراده انشایی نیست. بلکه این قانون است که به محض عهد شکنی برای عهد شکن مسئولیت ایجاد می کند.

اما برخی معتقدند که منشاء مسئولیت قراردادی ناشی از عمل حقوقی و عقد است و مسئولیت قهری ناشی از واقعه حقوقی است و همین مقدار کفایت می کند تا این دو را از هم جدا بدانیم (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۲، ص ۳) تنها به این علت که منبع تعهد در مسئولیت قراردادی، قرارداد است، در حالی که در مسئولیت قهری چنین نیست، بنابراین باید آن دو را از هم تفکیک نماییم لیکن این تفکیک بین دو مسئولیت قابل انتقاد است، زیرا چنانچه اشاره شد مسئولیت قراردادی از آثار عقد نیست، بلکه نتیجه تخلف از اجرای تعهد و پیمان شکنی است و به این اعتبار به مانند مسئولیت قهری در زمره وقایع حقوقی است لذا ماهیت حقوقی دو مسئولیت یکی و غیر قابل تفکیک است.

۸- آیا رأی وحدت رویه شماره ۳۱ مورخ ۱۳۶۳/۰۹/۰۵ هیأت عمومی دیوان عالی کشور با نظریه وحدت بنیادی دو نوع مسولیت در تعارض است؟

در این رأی وحدت رویه آمده است که «نظر به اینکه صلاحیت دادگاه محل وقوع مال غیر منقول و موضوع ماده ۲۳ قانون آیین دادرسی مدنی (در دعاوی راجع به غیر منقول اعم از دعوی مالکیت و سایر حقوق راجع به آن) حتی در صورت مقیم نبودن مدعی و مدعی علیه در حوزه محل وقوع مال غیر منقول استثنایی بر اصل صلاحیت دادگاه محل اقامت خواننده موضوع ماده ۲۱ قانون فوق الاشعار می باشد و با عنایت به اینکه با تعاریفی که از مواد ۱۲ الی ۲۲ قانون مدنی به عمل آمده از ماده ۲۰ آن چنین استنباط می شود که قانونگذار بین دعوی مطالبه وجوه مربوط به غیر منقول ناشی از عقود و قراردادهای و دعوی مطالبه وجوه مربوط به غیر منقول و نیز اجرت المثل آن در غیر مورد عقود و قراردادهای قائل به تفصیل شده و دعاوی قسم اول را منطوقاً از حیث صلاحیت محاکم در حکم منقول و دعاوی قسم دوم را مفهوماً از دعاوی راجع به غیر منقول دانسته است که نتیجتاً دعاوی اخیرالذکر تحت شمول حکم ماده ۲۳ قانون آیین دادرسی مدنی قرار می گیرد.» لذا در این رأی هیأت عمومی دیوان عالی کشور دعاوی مطالبه وجوه ناشی از عقود و قراردادهای را از حیث منقول و غیر منقول بودن و در نتیجه صلاحیت محاکم رسیدگی را از دعاوی مطالبه وجوه ناشی از ضمان قهری تفکیک نموده است. این رأی هیچ گونه خللی به نظریه وحدت بنیادی دو

مسئولیت وارد نموده و دو مقوله جداگانه هستند و اینکه این نظریه وحدت به وجود آمدن هر دو نوع مسئولیت را قانون می داند ولیکن هر زمان به حکم قانون این مسئولیتها به وجود آمدند آثار و نحوه اعمال این مسئولیتها متفاوت می باشد و این رأی کاربردی هیأت عمومی دیوان عالی کشور مربوط به نحوه رسیدگی به مسئولیت به وجود آمده است و نه بنیاد این نوع مسئولیت، مسلماً مسئولیت مدنی دو نوع است مسئولیت مدنی قراردادی و غیر قراردادی ولیکن هر دو ناشی از حکم قانون است و دارای وحدت بنیادی هستند. از دید نظری این سوال اساسی مطرح است که آیا واقعاً مبنای مسئولیت قراردادی از مسئولیت قهری متفاوت است یا اینکه بنیاد هر دو مسئولیت یکی است نظریه تعدد مبنای قرارداد و قهری مشعر بر این است که مسئولیت قراردادی از آثار تعهد قراردادی است لذا در این نوع از مسئولیت اراده طرفین منشاء اصلی مسئولیت بوده و شرایط مسئولیت و آثار عدم اجرای تعهد به تبع اراده طرفین مقرر می گردد. در حالی که در مسئولیت قهری بنا به ضرورت‌های نظم عمومی، قانون کسی را که موجب زیان به دیگری شده است مسئول می شناسد. به بیان دیگر، منشاء تعهد قانون است و شرایط و آثار مسئولیت را قانون مقرر می کند. در نظریه وحدت مسئولیت قراردادی و قهری سخن این است که مبنای مسئولیت در هر دو قسم مسئولیت قانون است چرا که بدون قانون اثری بر اراده قراردادی مترتب نیست. و بنابراین منشاء نهایی مسئولیت قراردادی نیز قانون است و نه اراده طرفین. مضاف بر آن، گفته می شود که مسئولیت ناشی از عدم اجرای تعهد قراردادی تعهد مستقلی است که از عدم اجرای تعهد ناشی شود و نمی توان آن را از آثار تعهد اصلی شمرد.

۹- نتیجه گیری

با توجه به مطالب ذکر شده به نظر می رسد که امروزه ماهیت تکلیف قراردادی نیز توسط قانون تعیین می شود و بر عکس برخی تعهدات در زمینه مسئولیت قهری می تواند موضوع توافق طرفین قرار گیرد و گاه مرز بین برخی از تعهدات قراردادی و خارج از قرارداد برداشته می شود. پس دارای ماهیت واحدی هستند و بالتبع می توانند دارای رژیم و نظام مشترکی باشند. به نظر می رسد باید مسئولیت قراردادی به نفع مسئولیت قهری کنار برود و در واقع اصالت با مسئولیت قهری است. مثلاً در زمینه ی خسارتهای جسمی باید مبنای خارج از قرارداد مطرح شود. در واقع بر مبنای این نظر باید اقدام به قرارداد زدایی کرد و حتی اگر در اثر عدم اجرای تعهد قراردادی یا اجرای نامناسب آن به متعهد خسارتی وارد شود مواد مرتبط با مسئولیت قهری بطور انحصاری صلاحیت اجرا دارند بدین ترتیب زیان دیده چه طرف قرارداد باشد چه نباشد اصولی که برای جبران خسارت او اجرا می شود یکسان است و باید مقررات مسئولیت قهری را باید به نحوی تنظیم کنیم که کلیه مسایل مسئولیت قراردادی را شامل شود. لذا با توجه به اینکه قانون گذار قدرت ایجاد مسئولیت دارد باید مسئولیتهای قانونی ایجاد کند تا دیگر لازم نباشد برای رعایت طبقه بندی بین مسئولیت قراردادی و قهری دچار مشکل و اشتباه شویم. بر این اساس باید نظام واحد مسئولیت قانونی

ایجاد کرد این نظام باید صرفنظر از مسئولیت قراردادی و قهری مقررات واحد وضع کند که بر طرفین قرارداد و اشخاص ثالث قابل اجرا باشد که این مورد در پایان این مقاله بعنوان یک پیشنهاد مطرح می گردد. نکته قابل تذکر در پایان این است که هدف این مقاله بررسی بنیاد و ماهیت این دو نوع مسئولیت می باشد نه شرایط رسیدگی به آنها در محاکم با این توضیح که در مسئولیت قراردادی و قهری اثبات ضرر و اثبات رابطه سببیت یکسان است یعنی خواهان باید وجود ضرر و رابطه سببیت را به اثبات رساند. اما بر اساس نظریه تقصیر در شیوه اثبات تقصیر تفاوت هست. در مسئولیت قهری، خواهان خسارت لازم است تقصیر خوانده را اثبات کند اما در مسئولیت قراردادی برای اثبات تقصیر اثبات عدم اجرای عقد کافی است و خوانده باید عدم تقصیر خود را در انجام ندادن قرارداد توجیه کند و دلیل قانع کننده حقوقی بیاورد. این تفاوت اساسی نیست، زیرا با اثبات قرارداد، تعهد مثبتی بر عهده متعهد قرار می گیرد و متعهد باید برائت ذمه خود را اثبات کند حال آنکه در مسئولیت قهری، تعهد منفی بر عهده طرف است، تعهد مبنی بر عدم اضرار به دیگری، لذا زیان دیده باید تخلف متعهد را به اثبات برساند برای اثبات این تخلف او باید خسارت وارد بر خود را اثبات کند.

۱۰-پیشنهادهات

باتوجه به سکوت قانونگذار اینکه امروزه تعهدات و مسئولیت های جدیدی به وجود آمده که حتی قواعد عام مسئولیت قهری نیز نمی تواند جوابگوی آنان باشد بنابراین این گونه مسئولیتها از محدوده مسئولیت قراردادی و خارج از قرارداد خارج بوده و تابع رژیم مستقلی است که این رژیم مستقل می تواند توسط قانون تعیین شود هر چند این مسئولیتهای ویژه در قانون ایران نیز دیده می شود ولی کافی نبوده و باید با جدیت گسترش یابد.

فهرست منابع و ماخذ

- ۱-الماسی، نجادعلی، تعارض قوانین، مرکز نشر دانشگاهی، چاپ بیست و نهم، ۱۳۹۵
- ۲- بادینی، حسن، فلسفه مسئولیت مدنی، شرکت سهامی انتشار، چاپ دهم ۱۳۹۲
- ۳-باریکلو، علیرضا، مسئولیت مدنی، نشر میزان، چاپ هفتم، ۱۳۹۶
- ۴-تقی زاده، هاشمی- ابراهیم، سید احمد علی، مسئولیت مدنی (ضمن قهری)، دانشگاه پیام نور ۱۳۹۱
- ۵-جعفری لنگرودی، محمد جعفر، حقوق تعهدات، ج ۱، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۲
- ۶-جعفری لنگرودی - محمد جعفر- ترمینولوژی، انتشارات ابن سینا، تهران ۱۳۹۳

۷- حلی، علامه (بی تا) تحریر الاحکام، ج ۱، چ ۱، موسسه ال بیت

۸- حکمت نیا - محمود، مسئولیت مدنی در فقه امامیه (مبانی و ساختار)، پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی حوزه علمیه قم ۱۳۸۹

۹- ژوردن، پاتریس اصول مسئولیت مدنی (ترجمه و تحقیق مجید ادیب)، تهران: نشر میزان چاپ چهارم، ۱۳۹۳

۱۰- ژوردن، پاتریس، تحلیل رویه قضایی در زمینه مسئولیت مدنی (ترجمه و تحقیق مجید ادیب)، تهران، نشر میزان ۱۳۸۶

۱۱- سراج، محمد، ضمان العدوان فی فقه الاسلامی، دارالثقافه لنشرو التوزیع، چاپ اول، قاهره، ۱۴۱۰ ه-ق

۱۲- سنهوری، عبدالرزاق احمد الوسیط فی شرح القانون مدنی الجدید، ج ۳، چ ۳ بیروت لبنان، منشورات الحلبي الحقوقیه (۱۹۹۳ م)

۱۳- کاتوزیان- ناصر، حقوق مدنی (الزامهای خارج از قرارداد) ج ۱، تهران، دانشگاه تهران (۱۳۸۶)

۱۴- کاتوزیان- ناصر، حقوق مدنی اعمال حقوقی (قرارداد - ایقاع)، شرکت سهامی انتشار (۱۳۹۵)

۱۵- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، الزام های خارج از قرارداد، ضمان قهری، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ هفتم، ۱۳۸۶