

مسئولیت قهری و قراردادی: تفاوتها و کارکردها

محسن صفری*

استادیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

حسن پاک طینت

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی و اسلامی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۱۳۸۸/۱۱/۱۸ - تاریخ تصویب: ۱۳۸۹/۵/۱۹)

چکیده:

هرگاه فردی متعهد به جبران خسارت وارده به دیگری شود، گفته می شود که در برابر وی "مسئولیت مدنی" دارد. با تحقق شرایط مسئولیت- فعل زیانبار، ورود ضرر، رابطه سببیت، تقصیر- رابطه دینی ویژه بین عامل ورود زیان و زیان دیده بوجود می آید که زیان دیده را طلبکار و عامل ورود زیان را بدهکار می نماید و موضوع این رابطه جبران خسارت است. در این تعریف از منشا مسئولیت سخنی به میان نیامده است. از اوائل قرن نوزدهم به منشا مسئولیت توجه بسیار شد و تحت تاثیر دیدگاه اخیر مسئولیت مدنی به دو شعبه قهری و قراردادی انشعاب پیدا کرد و به تدریج هر کدام شرایط و مفهوم خاص خود را پیدا کردند (تعدد مسئولیت) این تقسیم بندی با انتقاداتی مواجه بوده است. هدف این مقاله تبیین مفهوم این دو مسئولیت و تفاوتها و کارکردهای آن است.

واژگان کلیدی:

مسئولیت قهری، مسئولیت قراردادی، وحدت مسئولیت، تعدد مسئولیت، انتخاب مسئولیت

مقدمه

مسئولیت مدنی عبارت است از تکلیف عامل ورود زیان نامشروع به جبران خسارت وارد به زیان دیده. از لحاظ تاریخی می‌توان مسئولیت مدنی را عمدتاً در مباحث غصب، اتلاف (به مباشرت یا تسبیب)، استیفا، تعدی و تفریط در عقود امانی مشاهده کرد. در فقه نیز قاعده لاضرر و لاضرار فی الاسلام بر قاعده تسلیط - الناس مسلطون علی الاموالهم - حاکم است. هیچ فقیهی شرایط و ارکان مسئولیت را در منابع فوق‌الذکر یکسان نمی‌داند و منابع فوق‌الذکر از قهری و قراردادی اند. امروزه، مسئولیت را به دو شق قهری و قراردادی تقسیم کرده و آثار بسیار بر این دو نوع مسئولیت بار می‌کنند، به گونه‌ای که اگر زیان دیده رابطه قراردادی با عامل ورود زیان داشته باشد، گاه حق استناد به مسئولیت قهری را از دست می‌دهد. مطالب ذکر شده تحت دو عنوان "وحدت مسئولیت" یا "تعدد مسئولیت" هم مورد بحث قرار می‌گیرند. امروزه انتقاداتی نسبت به تعدد مسئولیت قهری و قراردادی می‌شود، اما نظر به اینکه دو سیستم کامن‌لا و رومی - ژرمنی این تمایز را پذیرفته‌اند و در حقوق ایران گاه از این تفکیک یاد می‌شود، به نظر می‌رسد باب بررسی تطبیقی تمایزات و کارکردهای آنها همچنان مفتوح باشد.

۱- شرایط مسئولیت قراردادی

۱-۱- وجود قرارداد نافذ

نخستین شرط، وجود قراردادی نافذ بین طرفین است. بنابراین، اگر عمل زیانبار مقدم بر عقد باشد، مثلاً اغوای طرف در جریان مذاکرات عقد یا عدول نابجا از ایجاب، مسئولیت قراردادی نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ۷۲، صفری، ۱۳۷۵، ۵۵). همچنین است در صورتی که عمل زیانبار پس از اتمام قرارداد باشد (حسینی نژاد، ۱۳۷۰، ۱۵، بادینی، ۱۳۸۷، ۳۰). امانت‌شروط بنایی که قبل از انعقاد قرارداد مورد توافق قرار گرفته است منتج به مسئولیت قراردادی می‌شود و نه قهری. به همین دلیل در حقوق آمریکا بین اظهارات (representation) و تعهد و قول (promise) تمایز قائل شده و صرفاً مورد دوم را که اظهاراتی تضمینی یا اظهاراتی است که بر اساس شرایط موجود، طرف مقابل می‌توانسته است آن را قصد تضمین انجام معامله بیانگارد، قراردادی تلقی می‌کنند (prosser, 1984, 655). همچنین معاونت یا شرکت ثالث در تقصیر قراردادی، مسئولیت او را قراردادی نمی‌کند (کاتوزیان، همان منبع، ۶۷۷، حسینی نژاد، همان منبع، ۱۷). البته مسئولیت متعهد در برابر ثالث ذی نفع در قرارداد نیز قراردادی است. بنابراین، تعهد بیمه‌گر در قبال زیان‌دیده نوعی تعهد قراردادی به نفع ثالث است (سنهوری، ۱۳۸۴، ۱۶). در حقوق فرانسه نیز مسئولیت قهری از اعمال مواد ۱۳۸۲ به بعد ق.م.نشأت می‌گیرد، در حالی که مسئولیت قراردادی در اثر نقض

یک تعهد قراردادی بوجود آمده و منبع آن ماده ۱۱۴۷ می‌باشد. (terre, 2005, 855). در نتیجه مسئولیت قهری را می‌توان به فعل یا ترک فعل خارج از چهارچوب قرارداد که بوسیله خواننده انجام می‌شود و خسارتی را به بار می‌آورد که مورد حمایت قانون است، تعریف کرد: فعل یا ترک فعل + خسارت به منفعت مورد حمایت + رابطه سببیت + خطا = مسئولیت قهری. اما در بعضی موارد علی‌رغم مفقودبودن عنصر تقصیر یا خطا، مسئولیت قهری ایجاد می‌شود که به آن مسئولیت محض می‌گویند (strict liability) (قاسم زاده، ۱۳۸۶، ۲۱، شیوائی کجوری، ۱۳۶۷، ۱۲، صفری، ۱۳۷۹، ۵۷).

۱-۲- نقض قرارداد

نقض قرارداد به طرق مختلف انجام می‌شود: عدم انجام تعهد، تاخیر در انجام تعهد و عدم انجام تعهد مطابق با شرایط قرارداد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ۶۴۳). گاه تعهد به صورت ترک فعل می‌باشد، اما متعهد آن فعل را انجام می‌دهد. همچنین مسئولیت قراردادی ممکن است در اثر نقض تعهد اصلی باشد (مانند تحویل مبیع) یا تعهد فرعی که بوسیله طرفین به آن تصریح نشده (مکان و زمان تسلیم) یا جز لوازم عرفی و قانونی عقد باشد (تسلیم مصالح ساختمانی در محل ساختمان) (صفری و شاهنوش، ۱۳۸۹، ۱۵۹، به بعد؛ غمامی، ۱۳۸۳، ۱۲؛ کاتوزیان، ۱۳۸۳، ۴). برای مثال تعهد ایمنی تحمیل شده به فروشنده حتی با وجود جهل به آن (stark, 1972, 13).

۱-۳- خسارت ناشی از نقض قرارداد باشد

یکی از مهم‌ترین عناصر مسئولیت، ورود خسارت^۲ است. در صورت وجود قرارداد، اگر خسارت ناشی از آن نباشد، مسئولیت حاصله، مسئولیت خارج از قرارداد است (قاسم زاده، ۱۳۷۸، ۵۲). برای مثال، کشتی در تخلیه بار به اسکله کنار دریا صدمه می‌زند. خسارت حاصله ناشی از قرارداد است، اما از عدم انجام تعهد قراردادی نیست. زیرا تعهد متصدی، حمل و نقل کالا بوده که انجام شده، ولی خسارت حاصله نتیجه تخلف از قراردادی است که منبع قراردادی ندارد (صدری، ۱۳۵۹، ۱۱، ژوردن، ۱۳۸۶، ۱۴، memetea, 1990, 43).

1- elle a decide que les disposition des articles 1384 et suivants sans application lorsqu'il s'agit d'une faute commise dans l'execution d'une obligation resultant d'un contrat.

۲. برای دیدن مفهوم ضرر رجوع شود به: محقق نراقی، عواید الایام، چاپ اول، ۱۴۱۷ و فی الصحاح: الضر خلاف النفع، و قد ضره و ضاره. بمعنی، والاسم.

۲- بررسی عناوین مشتبه

۲-۱- حمل رایگان مسافر

این اختلاف در جایی مطرح می‌شود که نمی‌توان تشخیص داد که آیا قراردادی منعقد شده است یا خیر؟ عده‌ای اعتقاد دارند چون عمل شبیه به قرارداد است، اما ضمان متصدی قراردادی نیست (حسینی نژاد، همان منبع، ۱۵). در حقوق فرانسه، عده‌ای اعتقاد دارند که بر اساس ماده ۱۱۰۵ قرارداد خیر خواهانه وجود دارد (contrats de bienfaisance) (در این مورد صرفاً یک حمل و نقل خیر خواهانه: transport benevole). بر عکس عده‌ای اعتقاد دارند که این روابط صرفاً از روی ادب و نزاکت و عرف و خارج از قرارداد است (starck, op.cit, 13). به نظر می‌رسد می‌توان قائل به قراردادی بودن این نوع مسئولیت شد؛ زیرا حتی در این مورد، حمل و نقل کننده حمل مسافر را رایگان و البته با تعهد ایمنی انجام می‌دهد. البته تعهد ایمنی از نوع تعهد به وسیله است، زیرا طبق قاعده احسان هر گاه کسی کار نیکی انجام دهد و بدون تعدی یا تفریط زیانی به بار آورد مسئول و ضامن نخواهد بود. اما در هر حال مسئولیت راننده طبق قانون بیمه اجباری مبتنی بر مسئولیت محض می‌باشد و در صورت زیان نیازی به اثبات تقصیر راننده نیست و به نفع زیان دیده است که به مسئولیت قهری وی استناد نماید.

۲-۲- تعهداتی که بوسیله قانون، عرف و یا شروط ضمنی تحمیل می‌شود

اختلاف از آنجا ناشی می‌شود که تعهداتی وجود دارند که طرفین اصلاً به آن فکر نکرده‌اند و حتی گمان نمی‌کردند که در صورت انعقاد قرارداد بر آنها تحمیل شود (برای مثال مکان تسلیم مورد معامله) یا اینکه عرف یا شروط ضمنی چنین تکالیفی را بار می‌کند. به نظر می‌رسد این نوع مسئولیت‌ها، قراردادی است؛ زیرا ماده ۲۲۰ ق.م. اشعار می‌دارد "عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده ملزم می‌نمایند، بلکه متعاملین به تمامی نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود ملزم می‌باشند" همچنین ماده ۲۲۵ ق.م. (صفری، شاهنوش، ۱۳۸۹، ۶۱ به بعد؛ کاتوزیان، ۱۳۸۶، ۶۴؛ شهیدی، ۱۳۸۳، ۳۲؛ شیخ نجفی، ۱۳۶۵، ۱۵۴، شهید ثانی، ۱۴۱۴، ۲۲۷).^۱ در واقع امروزه همه قراردادها از تعهدات قبلی که بوسیله طرفین ایجاد شده باشد بوجود نمی‌آید و شروط قراردادی همیشه مورد توافق طرفین نیست^۲ (cooke, 2001, 21).

۱. واذا باع الحامل من الانسان او الحيوان و لم يكن عرف بالتبعيه فالولد للبايع وان لم يشترط (علی الاظهر) الاظهر بل المشهور.

2 - the traditional distinction between tort and contract was that an obligation in contract arose from the agreement or will of the parties, whereas an obligation in tort was imposed by law. it is no longer possible to maintain this distinction. Not all contracts now arise from prior promises made by the parties and the term a contract are not always agreed by the parties.

۳-۲- مسئولیت آخذ بالسوم

آخذ بالسوم به کسی اطلاق می شود که کالا را جهت بازرسی، به منظور خرید دریافت می دارد. مشکل آنجاست که مال در ید خریدار تلف می شود و مالک قصد رجوع به وی را برای جبران ضرر خود را دارد. اگر چه اظهار شده چون قراردادی بین مالک و متصرف منعقد نشده است، مسئولیت آخذ بالسوم بالتبع طبق قاعده ید و قهری می باشد (باریکلو، ۱۳۸۵، ۱۷۰)، اما ممکن است مبنای التزام گیرنده مال رادر مفاد توافق آنان جستجو کرد. خریدار متعهد می شود که هر گاه تصمیم به خریدن مال نکند آن را به مالک مسترد دارد. پس در صورتی که مال را نخرد و به تعهد خود مبنی بر استرداد کالا عمل ننماید به تعهد خود عمل نکرده و مرتکب تقصیر شده است. تعهد متصرف تعهد به نتیجه است و با اثبات حادثه خارجی از مسئولیت مبرا می شود (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ۹۷).

۴-۲- ضمان درک

طبق مواد ۳۹۰ و ۳۹۱ قانون مدنی در صورتی که بعد از قبض ثمن معلوم شود که مبیع مال دیگری بوده است فروشنده باید ثمن را به مشتری بازگرداند و در صورت جهل مشتری به فساد، مسئول خسارت وی می باشد. اکنون باید دید که مسئولیت فروشنده در قبال زیانهای ناشی از بیع فاسد، قراردادی است یا قهری؟ ابتدا چنین به ذهن می رسد که چون عقد باطل است مسئولیت ناشی از زیان بیع باطل، قهری خواهد بود، ولی برای توجیه قراردادی بودن این مسئولیت، همان گونه که گفته اند (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ۳۳۴) در هر بیعی یک توافق ضمنی وجود دارد در صورتی که یکی از عوضین متعلق به دیگری درآید طرف خاطی مکلف است عوض دریافتی را به طرف مقابل مسترد دارد. در این حالت هر یک از طرفین مالکیت خود را در توافق ضمنی مزبور تضمین کرده اند. پس در صورتی که مبیع یا ثمن متعلق به دیگری قرار گیرد، متخلف باید زیان دیگری را جبران کند.

تبصره- وحدت یا تعدد مسئولیت در فقه

هر چند اصطلاح مسئولیت قراردادی و قهری در فقه وجود ندارد، اما منشا مسئولیت در صدور حکم موثر بوده است. برای مثال، شیخ صدوق در کتاب المقنع در بحث عاریه بیان می دارند «مستعیر ضامن مال عاریه- جز در صورت شرط خلاف- نیست مگر در طلا و نقره که نسبت به آنها ضامن است» (صدوق، بی تا، ۳۸۶).^۱ یا عبارت فقیهی دیگر بدین مضمون که «رهن در نزد شیعه غیر مضمون بر مرتهن است، اما طبق مذهب شافعی مرتهن ضامن مال رهن است»

۱. و لیس علی مستعیر ضمان الا ان یشرط، الا الذهب و الفضة فانهما مضمونان.

(سیدمرتضی، ۱۴۱۷، ۳۸۱)^۱ یا حدیث پیامبر (ص) که «مستودع ضامن نیست» (شیخ طوسی، ۱۳۲، ۱۴۱۴)^۲ یا عبارت قاضی ابن براج که «در صحت ودیعه اختلافی نیست و ماهیت آن امانت است، پس کسی که مال ودیعه نزد اوست هر گاه مالک مطالبه کند بر او رد مال ودیعه واجب می‌شود و جز در صورت تفریط ضامن نیست» (ابن البراج، ۱۴۰۶، ۴۲۲). یا عبارتی دیگر از همین فقیه: «بر مزارع نسبت به آنچه از زرع تلف می‌شود ضمانتی نیست» (ابن البراج، ۱۴۰۶، ۲۱)^۳. همچنین در عقد وکالت گفته شده است که «قول وکیل با سوگند مقدم می‌شود؛ زیرا خیانت علیه او ادعا شده است و اصل امانت است و اگر قسم بخورد بر امانت است و اگر مالی باشد که تلف شده باشد ضمانتی ندارد» (ابن البراج، ۱۴۱۱، ۷۹). همچنین ابن ادریس حلی اظهار می‌دارد که «کسانی هستند که ضمانتی بر آنها نیست و آنها وکیل، مرتهن، مستودع و شریک و مضارب و وصی و حاکم و امین و مستاجر و مستعیر می‌باشند، پس اگر مال غیر در ید آنها تلف شود، بدون تعدی و تفریط، ضمانتی بر آنها نیست» (حلی، ۱۴۱۰، ۸۶). شهید اول در کتاب لمعه اظهار می‌دارد: «مستودع اگر مال را قبول کرد حفظ آن بر او واجب است و جز در صورت تعدی و تفریط ضمانتی ندارد» (شهید اول، ۱۴۱۱، ۱۳۲). منشا عدم ضمانت را باید در مقتضای این عقود یعنی امانی بودن آنها جستجو کرد؛ زیرا هیچ فقهی در صورت تلف بر اثر اتلاف یا غضب، تردیدی در مسئولیت حتی بدون وجود عنصر تقصیر نمی‌کند. مهم‌ترین تفاوت بین این دو نوع مسئولیت همین جا ظاهر می‌شود.

۳- از حیث دادرسی (نقش قاضی در انتخاب مبنای حکم)

بحث مورد ارزیابی این است که آیا قاضی حق باز توصیف امور موضوعی را دارد و در صورت لزوم، در صورتی که طرفین مسئولیت قهری را برگزیده اند، حق دارد بر مبنای قرارداد حکم دهد. قبل از اصلاح ق.آ.د.م. در فرانسه، دکترین بر عدم پذیرش اختیار قاضی نظر داشت (viney, 1995, 206, mazeaud, 1932, 416). اما با تصویب ق.آ.د.م. جدید اختیار قاضی از ماده ۱۲ بند ۱ و ۲ استنباط می‌شود^۴. بنابراین در صورت درخواست غیر صحیح بر مبنای مسئولیت قهری، قضات ماهوی مکلفند؛ بررسی کنند آیا خواننده بر مبنای قواعد قراردادی مسئول است یا خیر؟ البته در صورتی که طرفین توافق کرده باشند در محدوده توصیفات ارائه شده مورد قضاوت

۱. الرهن غیر مضمون عندنا: ان الرهن غیر مضمون علی المرتهن، فمتی تلف فمن مال الراهن و هو مذهب شافعی.

۲. و روی عمروین شعیب عن ابیه عن جدّه: ان النبی صلی الله علیه و اله قل: لبس علی المستودع ضمان.

۳. فجواز الودیعه لا خلاف فی صحتها و هی امانه، فمن کانت عنده ودیعه فطلبها صاحبها و جب ردها علیه و لبس علیه فیها ضمان الا بتفریط.

4 - «le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée».

قرار گیرند، اختیار یا تکلیف قاضی سلب می‌شود (le Tourneau, 2002, 508). در حقوق ایران اختیار قاضی را در صورت عدم توصیف موضوعات بوسیله خواهان می‌توان پذیرفت. بنابراین در صورت توصیف اشتباه، قاضی باید وی را محکوم نماید (شمس، ۱۳۸۳، ۵۰). در فقه اسلامی، قاضی محدود به توصیفات ارائه شده نبوده و حق دارد با علم یا ظن حاصله، در صورتی که وی را محق دانست، به نفع وی حکم دهد (نراقی، ۱۴۱۹، ۵۳).

۴- آثار مترتب بر انتخاب هر یک از دو مبنا

۴-۱- از حیث دادگاه صلاحیت دار

صلاحیت حق و تکلیف مراجع قضایی در رسیدگی به دعاوی یه حکم قانون می‌باشد (شمس، ۱۳۸۱، ۴۳۵). به استناد ماده ۱۳ق.آ.د.م. خواهان می‌تواند به دادگاهی رجوع کند که قرارداد در حوزه آن واقع شده یا تعهد باید در آنجا انجام گیرد. همچنین بر اساس رای وحدت رویه ۵۹/۳/۲۸ دیوان کشور، خواهان حق رجوع به دادگاه محل اقامت خواننده را دارد و ماده ۱۳، قاعده عمومی صلاحیت دادگاه محل اقامت خواننده را نفی نمی‌کند. در امور قهری طبق ماده ۱ق.آ.د.م.، دادگاه محل اقامت خواننده دارای صلاحیت می‌باشد. در حقوق فرانسه نیز خواهان می‌تواند به دادگاه محل ایجاد تعهد یا محل تحویل کالا یا محل پرداخت پول رجوع نماید؛ اما در امور قهری دادگاه محل اقامت خواننده و محل فعل زیانبار صالح است (heilly, 1954, 128). در آمریکا نیز دادگاه صالح در امور قهری، محل وقوع فعل زیانبار یا محل اقامت خواننده می‌باشد، در حالی که در قراردادها فقط اقامتگاه خواننده صالح است (mm.loubser, 1997, 133).

۴-۲- تفاوت اثبات در دو مسئولیت

حق علاوه بر مرحله ثبوت، دارای مرحله اثبات می‌باشد که آن نمایاندن وجود آن در دادرسی است (امامی، ۱۳۸۵، ۱۳، کریمی، ۱۳۸۶، ۱۸). در مسئولیت قراردادی صرف عدم انجام تعهد تقصیر محسوب می‌شود مگر تعهد از نوع بوسیله باشد که طلبکار باید تقصیر عامل ورود زیان را اثبات نماید^۲. در مسئولیت قهری نیز این زیان‌دیده (طلبکار) است که باید تقصیر عامل ورود زیان را اثبات کند مگر در فرض تقصیر یا مسئولیت نوعی (کاتوزیان، همان، ۱۶، باریکلو، همان، ۲۹، بادینی، همان، ۳۲). در حقوق فرانسه نیز همین قواعد قابل اعمال است. شاید بتوان از دیدگاهی دیگر مساله را مطرح ساخت که در هر دو مسئولیت، به دنبال اثبات تعهد سابق، تنها اخلال به

1- the rule is often that an action in delict may be brought at the place where the delict was committed as well as in the court of the defendant domicile , whereas an action for breach of contract normally may be brought only in the court of the defendant domicile.

۲. در مورد تعهدات به نتیجه یا به وسیله رجوع کنید به: سید خوئی، مصباح الفقاهه، جلد ۵، ص ۲۷۰ به بعد.

آن باید ثابت شود. اثبات اخلال بسته به فعل یا ترک فعل بودن مورد تعهد نیز با دائن یا مدیون است. در تعهدات با موضوع مثبت، این مدیون است که باید انجام عمل را اثبات کند و بالعکس در تعهدات منفی، دائن باید ثابت کند مدیون کاری را که متعهد به عدم انجام آن بوده، انجام داده است (سنهوی، همان، ۱۲، کاتوزیان، ۱۳۸۵، ۲۶۷). برای نتیجه گیری باید اذعان داشت که هر چند مشهور است صرف عدم انجام تعهد تقصیر محسوب می‌شود، اما قسمت عمده تعهدات جامعه از نوع بوسیله است (obligation de moyens). وانگهی قسمت عمده تعهدات به نتیجه از نوع سلبی می‌باشد که بار اثبات بر دوش دائن قرار می‌گیرد. گاه مسئولیت مفروض است (responsabilite presume) و در مسئولیت محض، صرفاً دخالت عامل زیان کافی است یا در مسئولیت مطلق (absolute liability) اثبات ارکان مسئولیت لازم نیست. بنابراین، چهارچوب اولیه به اقتضای موارد ممکن است، تغییر کند.

۳-۴- تفاوت درجه خطا

طبق این نظریه خطا سه قسم است. ۱- خطای سنگین (faute lourde (culpa lata) و به خطایی گفته می‌شود که حتی شخص مسامحه کار انجام نمی‌دهد؛ ۲- خطای سبک (faute legere (culpa levis) و به خطایی گفته می‌شود که شخص متعارف انجام نمی‌دهد؛ ۳- خطای بسیار سبک (faute tres legere (culpa levissima) و به خطایی گفته می‌شود که شخص بسیار محتاط مرتکب نمی‌شود. طبق همین قاعده، عقودی که صرفاً برای متعهدله نفع دارد، متعهد فقط در مورد خطای سنگین مسئول است و عقودی که برای هر دو طرف نفع دارد، متعهد فقط در مورد خطای سبک مسئول است. بنابراین در مسئولیت قراردادی، خطای بسیار سبک باعث مسئولیت نمی‌شود. اما در مسئولیت قهری، خطای بسیار سبک هم ضمان آور است (BAU, 1973, 130). دیوان کشور فرانسه در ۲۳ ژانویه ۱۹۵۷ نظر داده است که تقصیر بدون توجه به درجه آن موجب مسئولیت است (صدری، همان منبع، ص ۷۵). در حقوق ایران باید پذیرفت که اگرچه شاید درجه بندی خطا در بعضی موارد ممکن است مؤثر باشد، اما برای تحقق یا عدم تحقق مسئولیت مؤثر نیست.

۴-۴- زمان تخمین خسارت در دو مسئولیت

مسئله این است که ملاک معین در مورد زمان تخمین خسارت، ورود ضرر یا زمان تقدیم خسارت یا زمان صدور حکم است. می‌توان گفت که در مورد قراردادهای، زمان و مکان انجام تعهد، ملاک تعیین زمان تخمین خسارت است. ماده ۲۲۶ ق.م.دو حالت را پیش بینی می‌کند. در حالتی که موعدی برای انجام تعهد مقرر شده و آن موعده گذشته است، تاریخ انقضای زمان

تعیین شده ملاک مطالبه خسارت است. اما در حالتی که موعدی برای انجام تعهد معین نشده، متعهدله وقتی می‌تواند ادعای خسارت نماید که اثبات نماید اختیار موقع انجام تعهد با او بوده و آن را مطالبه کرده است. در این حالت زمان مطالبه انجام تعهد، زمان تخمین خسارت خواهد بود. اما در الزامات خارج از قرارداد، زمان صدور حکم زمان تخمین خسارت خواهد بود و در صورتی که خسارتی بعد از صدور حکم ایجاد شود، متضرر باید مجدداً دادخواست بدهد مگر در مورد ماده ۵ قانون مسئولیت مدنی (امیری قائم مقامی، ۱۳۷۸، ۱۷۵، نراقی، ۱۴۱۸، ۳۴۵). اگر چه در مورد مسئولیت قراردادی نظر قوی تر آن است که زمان صدور حکم ملاک است.

۴-۵- ارزش ادله در دو مسئولیت

برخی بین دلایلی که طرفین در زمان ایجاد رابطه حقوقی بدست آورده‌اند (preure preconstituee) و دلایل ایجاد شده در جریان دادرسی (preure casurille) تمایز قائل شده و دلایل دسته اول را تابع قانون زمان تهیه و دسته دوم را تابع قانون جدید دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ۱۰۵). ماده ۱۹۵ و ۱۹۶ ق.آ.د.م. تکلیف این وضعیت را روشن می‌نماید. طبق ماده ۱۹۵ ارزش ادله در اعمال حقوقی تابع قانون زمان انعقاد است مگر دلایلی که در جریان دادرسی فراهم می‌شود. برعکس طبق ماده ۱۹۶ ارزش ادله در وقایع حقوقی تابع زمان طرح دعوا است. بنابراین ادله‌ای که در زمان طرح دعوا این قابلیت را بدست آورند، قابل استناد می‌باشند (شمس، ۱۳۸۴، ۷۲).

۴-۶- تفاوت ادله در دو مسئولیت

وقایع مادی را به هر وسیله‌ای می‌توان اثبات کرد؛ زیرا این امور، از اموری نیست که بتوان از پیش در مورد آنها دلیل مخصوص تهیه کرد. اما اعمال حقوقی را فقط با ادله‌ای می‌توان اثبات کرد که قانون در موقع پیدایش آن عمل حقوقی معتبر دانسته است (امامی، ۱۳۸۵، ۱۸، کریمی، همان، ۲۶). در حقوق مصر، قدرت بینه در اعمال تجاری و وقایع حقوقی است، اما این قدرت در حقوق مدنی محدود است. در فرانسه نیز قدرت بینه مخصوص وقایع حقوقی است (یزدانیان، ۱۳۷۹، ۲۴۵). بر فرض بقای مواد حذف شده در مورد شهادت، اثبات اصل تعهد با مشکل مواجه می‌شد و گرنه برای نقض تعهد محدودیتی وجود نداشت. در هر حال در مسئولیت قهری این مشکل وجود نداشته و ندارد. در نظام کنونی، بین دو نوع مسئولیت از لحاظ ادله تفاوتی وجود ندارد. در فقه نیز این تفاوت مشاهده نمی‌شود (شهید ثانی، ۱۴۱۹، ص ۵ به بعد، آشتیانی، ۱۴۰۴، ص ۳ به بعد).

۱. (نظر مخالف) ولواختلفت قیمه العین اولنما فی بلد القبض والتلف والدفع، فالظاهر اعتبار مکان یتحقق فیہ ضمان قیمه، ویحتمل اعتبار الدون من قیم الامکنه الثلاثه للاصل.

۷-۴- تفاوت قانون حاکم بر دو مسئولیت (تعارض قوانین)

الف- قانون حاکم بر مسئولیت قراردادی

سوال مطروحه این است که مسئولیت قراردادی تابع کدام قانون است؟ ماده ۹۶۸ ق.م. قانون حاکم بر "تعهدات ناشی از عقود" است؛ اما در مورد انعقاد و مسئولیت ساکت است (الماسی، ۱۳۷۰، ۴۳). برخی بر این باورند قانون محل عقد، قانون حاکم بر تمام مسائل مربوط به عقد است (نصیری، ۱۳۵۲، ۳۴). همچنین می‌توان گفت که مسائل اجرایی قرارداد، تابع قانون محل اجراست و چون مسئولیت قراردادی در مرحله اجرا مطرح می‌شود پس این قانون حاکم خواهد بود. یا چون رابطه دینی مطرح است، قانون حاکم بر سبب دین یا اقامتگاه دائن یا مدیون صالح می‌باشد. برای نتیجه می‌توان گفت که بهتر است قرارداد چه از لحاظ انعقاد و تعهدات و چه از لحاظ مسئولیت تابع محل وقوع می‌باشد.

ب- قانون حاکم در مسئولیت قهری

قانون حاکم در مسئولیت قهری، قانون حاکم بر محل وقوع فعل است؛ زیرا در اثر مسئولیت یک رابطه دینی ایجاد می‌شود که در این ارتباط، قانون مناسب، قانون منشا دین است. در حقوق آمریکا نیز قانون حاکم در مسئولیت قهری، قانون محل ارتکاب خطا است و قانون مناسب، قانون حاکم در مسئولیت قراردادی می‌باشد که می‌تواند محل انعقاد عقد، محل اجرا، یا قانون مورد تراضی طرفین باشد^۱ (mm.loubser, op.cit, 133). در حقوق انگلیس وضعی متفاوت وجود دارد^۲ (guest, 1961, 219).

۸-۴- قانون لازم الاجرا در دو مسئولیت (تعارض قوانین در زمان)

نخست- اعمال حقوقی

در قراردادهای قانون حاکم بر انعقاد قرارداد و شرایط صوری و ماهوی آن قانونی است که در آن زمان حکومت دارد. بنابراین اهلیت طرفین و شرایط موضوع معامله نیز با توجه به همین قانون بررسی می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۶۹، ۱۹۷). در مسئولیت قراردادی، اظهار نظر شده که چون مسئولیت قراردادی یک رابطه دینی ایجاد می‌کند، قانون حاکم باید قانون زمان ایجاد رابطه دینی باشد. اما آثار آینده قرارداد از جمله مسئولیت قراردادی استثنایی بر اصل کلی اثر فوری قانون می‌باشد و

1- traditionally the proper law of the contract applies to an action in contract whereas the place of commission applies to an action in delict. the proper law of the contract is determined by factors such as the place of contracting , the place of performance and intention of the parties.

2- in English law, a claim under the total accidents acts would probably be characterized as tortious, and in the case of foreign contracts for the sale of goods, where a breach of warranty merely causes damages in this country, the tendency is said to be to regard the claim as contractual.

بنابراین تابع قانون زمان ایجاد تعهدات (کاتوزیان، همان، ۲۴۲). زیرا در غیر این صورت نتیجه حاصله خارج از پیش بینی طرفین و سبب تزلزل خاطر آنان می‌شود (Mazeaud, op.cit, 147).

دوم- وقایع حقوقی

در مورد وقایع حقوقی باید گفت که چون ضرر با تحقق فعل زیانبار به وجود می‌آید، بنابراین قانون همین زمان است که باید بر شرایط ایجاد مسئولیت قهری و حدود و یا عوامل موجه آن حکومت کند. زیرا حقوق دینی تابع قانون زمان ایجاد می‌باشد و فقط مسئولیت قراردادی از این قاعده استثنا شده است. همچنین در مسئولیت قهری از آنجا که قانون به متضرر حق اخذ خسارت را می‌دهد می‌تواند این حق را تغییر دهد. بنابراین، تفاوت استناد به مسئولیت قراردادی یا قهری اینجا معین می‌شود. زیرا در صورتی که از شرایط ایجاد مسئولیت قراردادی فرستادن اظهارنامه قبل از اقامه دعوا باشد، در صورت عدم این شرط، مسئولیت قراردادی به وجود نخواهد آمد. بنابراین، نفع زیان دیده است که به مسئولیت قهری استناد کند.

۹-۴- میزان خسارت قابل جبران در دو مسئولیت

الف- قابلیت پیش بینی و غیر قابل پیش بینی

نظر مشهور این است که چون قابلیت پیش بینی ضرر در مسئولیت قراردادی شرط است، مسئولیت فقط در حدود خسارات قابل پیش بینی است، در حالی که در مسئولیت قهری شخص مسئول هر گونه خسارتی است (کاتوزیان، ۱۳۸۳، ۲۵۱، 46, 2006, Owen). اشکال بحث در مسئولیت قهری این است که خسارت بنا بر میل طرفین نیست و این مسئولیت طبق قانون تحمیل می‌شود. از لحاظ حقوقی می‌توان استدلال کرد که آنچه بر حسب امور طبیعی از خطای به بار می‌آید منسوب به اوست و امور نامنتظر منسوب به فعل شخص نیست. در حقوق فرانسه نیز ماده ۱۱۵۰ ق.م. مقرر می‌دارد: "مدیون فقط ملزم به جبران مقدار خسارتی است که در لحظه‌ای که قرارداد را منعقد می‌کرده است، پیش بینی کرده یا قابل پیش بینی بوده است مگر در صورتی که مدیون مرتکب تدلیس شده باشد" (Mazeaud, op.cit, 206). در کامن لا نیز این بحث تحت عنوان دور بودن خسارات (remoteness of damages) و قابلیت پیش بینی (foresee ability) قرار می‌گیرد. اگر چه این تفاوت سابقاً در کامن لا وجود داشت اما امروزه این معیار بطور یکسان اعمال می‌شود (Dowell, 1986, 286). اما هنوز این همگونی در قرارداد و خطای یکسان به نظر نمی‌رسد. زیرا هنوز تصمیم گرفته نشده است که آیا این معیار در مسئولیت محض اعمال می‌شود یا خیر. دوم اینکه لحظه دوراندیشی قابل پیش بینی (reasonable foresight) در خطا و قرارداد متفاوت است. در الزامات خارج از قرارداد معیار قابلیت پیش بینی در زمان خطا

محسوب می‌شود (wrong) و در قرارداد نه از تاریخ خطا یعنی نقض قرارداد، بلکه از تاریخ توافق، محسوب خواهد شد. در فقه نیز قابلیت پیش بینی ضرر شرط مسئولیت است و فقها عمدتاً در بحث تسبیب از آن یاد می‌کنند^۱ (علامه حلی، ۱۴۱۹، ۶۱۰).

ب- خسارت تنبیهی

خسارت تنبیهی (punitive damages or exemplary damages) در حقوق کامن لا به منظور جبران خسارت مورد حکم قرار نمی‌گیرد، بلکه به منظور اصلاح یا بازدارندگی خواننده از اقدام به اموری است که باعث خسارت خواهان می‌شود. این خسارت فقط در مسئولیت قهری قابل مطالبه است، اگرچه رویه کشورهای مختلف کامن لا متفاوت است. برای مثال در استرالیا فقط خاطی عامد و در انگلیس فقط برخی عواملان خطا ممکن است به آن محکوم شوند (mm.loubser, op.cit, 136). همچنین در صورتی که نقض قرارداد، مسئولیت قهری نیز تلقی شود، او محق به دریافت خسارت تنبیهی می‌باشد (guest, op.cit, 23). خسارت تنبیهی می‌تواند بیشتر از خسارت جبران کننده باشد این خسارت در انگلستان، کشورهای مشترک المنافع، و ایالات متحده، ژاپن و نیوزلند وجود دارد.

ج- خسارت معنوی

در بسیاری از نظام‌های حقوقی، خسارت معنوی (moral damages) فقط در دعاوی مسئولیت قهری قابل مطالبه است. در کامن لا در صورتی که نقض قرارداد باعث ناراحتی جسمی یا روحی و یا اضطراب شود، ممکن است خسارات معنوی علاوه بر خسارات مادی ناشی از قرارداد مورد حکم قرار بگیرد. در سیستم فرانسه و بلژیک، خسارات معنوی بدون تفاوت در الزامات قراردادی و قهری مورد حکم قرار می‌گیرد. همچنین دیدگاه محدود کننده خسارت معنوی در اختصاص داشتن به دعاوی قهری که بوسیله مجلس لردان در دعاوی Jarris.v.swans tours.ltd در ۱۹۷۳ Addis.v.gramphone ltd در ۱۹۰۹ اتخاذ شده بود در دعاوی swantone, 1999^۲ رد شد. همین نتیجه در کوتاهی وکیل در اقامه دعوی نیز بدست آمده است^۲ (swantone, 1999). این تفکیک در حقوق ایران جایگاهی ندارد.

۱. اذا كان السبب لتوقع تلك العلة، كالحافرو فاتح راس الظرف والمكره على الاتلاف.

2- damages for vexation and distress were also awarded in a case where a solicitor failed to institute proceeding to restrain molestation of the plaintiff by a particular individual, with the result that the molestation continued.

د- تقصیر زیان‌دیده

منظور از خطای اشتراکی (contributory negligence) این است که گاه خطای خود زیان‌دیده در ورود ضرر به او نقش دارد. آیا این اقدام در مطالبه خسارت نقش خواهد داشت؟ در کشورهای حقوق مدون، خطای خواهان، وی را از مطالبه تمام یا قسمتی از خسارت محروم می‌کند و این قاعده یکسان در الزامات قهری و قراردادی اعمال می‌شود. اما در کشورهای حقوق کامن لا علی القاعده تقصیر مشترک در موارد قهری یک دفاع از سوی خواننده تلقی می‌شود، اما در قرارداد همیشه یک دفاع نیست. در آفریقای جنوبی، قواعد خطای اشتراکی بر اساس ماده ۳۴ قانون تقسیم خسارات در ۱۹۵۶ در قرارداد اعمال نمی‌شود.^۱ البته در برخی از کشورهای حقوق کامن لا (انگلیس، استرالیا، نیوزلند) در صورتی که نقض قرارداد یک خطای مستقل را تشکیل دهد، اجازه دفاع به خواننده در چنین مواردی داده می‌شود. در کانادا نیز قاعده خطای اشتراکی در برخی ایالات برای نقض قرارداد اعمال می‌شود (Fleming, 1985, 89). در حقوق ایران خطای زیان‌دیده او را از تمام یا قسمتی از خسارت محروم می‌سازد (صرف نظر از مسئولیت قراردادی یا قهری).

۴-۱۰- تفاوت تضامن در دو مسئولیت

اصل تضامن به طور مطلق قابل پذیرش نیست؛ زیرا مسئولیت تضامنی در قراردادها معمولاً در صورت توافق طرفین و در مسئولیت قهری صرفاً به حکم قانون است و اصل بر مسئولیت مشترک یا نسبی است (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ۳۱۲، شیخ انصاری، ۱۹۵۰، ۱۴۲۰) طبق نظر ایشان ذمه‌های متعدد بدل یکدیگر است و مانند واجب کفایی بر عهده گروهی بدون تعیین فرد قرار می‌گیرد (عاملی، ۱۴۱۲، ۳۴۵). در فرانسه مسئولیت تضامنی در زمینه مسئولیت قراردادی وجود ندارد، برخلاف موضوعات تجارتي، و بالعکس، در مسئولیت قهری با توجه به ماده ۱۲۰۲ ق.م. فرانسه اصل تضامن است (terre, op.cit, 845).

۴-۱۱- شرط عدم مسئولیت در دو مسئولیت

یکی دیگر از تفاوت‌های بین دو مسئولیت این است که شروط عدم مسئولیت در مسئولیت قراردادی معتبر تلقی می‌شوند؛ در حالی که این شروط به علت مخالفت با نظم عمومی در مسئولیت قهری باطل تلقی می‌شوند. بحث ما ناظر به شروطی است که قبل از ایجاد ضرر مسئول جبران آن و زیان‌دیده منعقد می‌شود. برخی با این استدلال که بنابر اصل حاکمیت اراده

1- Apportionment of Damages act 34 of 1956.

۲. ولوتلفت العین فی ید المشتري کان للمالک الرجوع علی من شاء بالقیمه ان لم یجز البیع.

و آزادی قراردادهای، چون تعهد حاصل از اراده طرفین است؛ پس می‌توان تعهد را به حدود دلخواه محدود کرد (delestraint, 1975, 95). علاوه بر این توسعه و تکامل تجارت در گرو پذیرش این‌گونه شروط می‌باشد. البته برخی اعتقاد دارند که چون ابراء دینی که موجود نیست امکان ندارد شرط عدم مسئولیت به علت موجود نبودن آن در هنگام اسقاط اثر ندارد^۱ (شهید ثانی، ۱۴۱۹، ۲۵۰، برای دیدن نظر مخالف میرزای قمی، ۱۳۷۱، ۳۴۵، سید خوئی، بی تا، ۳۹۳). همچنین به دلیل ارتباط مسئولیت با نظم عمومی، اسقاط آن امکان ندارد (جعفری لنگرودی، همان، ۶۴۴). در پاسخ به انتقادات مزبور باید گفت که وجود سبب برای اسقاط یا ابراء کافی بوده و ارتباط این‌گونه شروط با نظم عمومی محل تردید است. در فرانسه ابتدا اثر این‌گونه شروط را جابجایی بار اثبات دلیل می‌دانستند و متعهدله می‌بایست تقصیر متعهد را برای دریافت خسارت اثبات نماید. اما در نهایت اثر کامل این شروط یعنی معاف شدن از مسئولیت را پذیرفتند. این در صورت ارتکاب تقصیر عمدی یا تقصیر سنگین موثر نخواهد بود (صفایی، ۱۳۷۵، ۴۲۵).

۱۲-۴- تفاوت در مرور زمان (limitation of action or statutes of limitation and (prescription) periods

علی القاعده مرور زمان از لحظه سبب دعوا شروع می‌شود. لذا شروع آن در دعوای مسئولیت قهری از لحظه ورود خسارت و در مسئولیت قراردادی، از زمان نقض قرارداد است. در دعوای مسئولیت قهری، خسارت ممکن است حتی بعد از عمل بی احتیاطی (negligent act) رخ دهد و در قراردادها ممکن است بعد از نقض قرارداد رخ دهد^۲ (Charles, 1987, 226). در حقوق انگلیس قبل از تصویب قانون مرور زمان ۱۹۳۹، مرور زمان‌های متفاوت برای دعوای قراردادی و قهری اعمال می‌شد. اما ماده (۱) ۲ از قانون مزبور مقرر داشت که بعد از انقضاء شش سال از تاریخی که سبب دعوا رخ داده است دعوای قابل اقامه نخواهد بود. از طرفی دیگر مشکل زمانی پیچیده می‌شود که برای مثال زمینی که دارای ساختار معیوب است، به دست‌های مختلف منتقل می‌شود. آیا نسبت به هر خریدار، سبب دعوای جدید رخ می‌دهد و بنابراین به طور نامحدود مدت مرور زمان نامشخص است. مجلس لردان در دعوای inpirelli General cable works ltd.v.oscar faber & partners در سال ۱۹۸۳ چنین اعتقادی نداشت. در ق.م فرانسه مرور زمان‌های متفاوت در دعوای مسئولیت قراردادی اعمال می‌شود، در حالی که در دعوای مسئولیت قهری مرور زمان ده سال است که از تاریخ

۱. یحتمل عدم صحه الشرط لانهما (ای التعدی و تفریط) اسباب الزمان فلا تعلیل اسقاط قبل وقوعه، لانه کالبرائه مما لم یجب.

2- the normal rule applied by the courts in cases involving limitation periods is that time runs from the moment the cause of action arises. In a claim for negligence in a tort action this relevant point in time is when the damage is done. In contract law, however, the time runs from the moment the breach of contract occurs.

ورود خسارت یا تشدید آن شروع می‌شود.^۱ همچنین اگر فعل زیانبار یک تخلف کیفری باشد مرور زمان دعوای قهری تابع مرور زمان کیفری خواهد بود، امری که علی‌الاصول در مورد مسئولیت قراردادی وجود ندارد (stark, 1993, 654). در حقوق ایران نیز با توجه به نظریه شورای نگهبان و تصویب قانون آئین دادرسی در سال ۱۳۷۹ بحث مرور زمان منتفی شده است و از این لحاظ تفاوتی بین این دو نوع مسئولیت وجود ندارد.

۱۳-۴- ملاک ارزیابی خسارت

ملاک ارزیابی خسارت در مسئولیت قهری و قراردادی یکسان است به طوری که هدف هر دو، قرار دادن خواهان در وضعیتی است که اگر خطا رخ نمی‌داد آن وضعیت وجود داشت. مع هذا در مورد قرارداد، خطا نقض قرارداد است نه وارد نشدن در قرارداد؛ بدین معنی که جبران خسارات باید مبلغی باشد که خواهان را در وضعیتی قرار بدهد که اگر قرارداد اجرا می‌شد او در آن وضعیت قرار می‌گرفت، به جای اینکه او را در «وضعیت پیش قراردادی» قرار بدهد. در خطاها، جبران خسارات باید خواهان را در یک وضعیت پیش از خطا قرار دهد (pre-tort). بنابراین در جایی که مسئولیت قهری و قراردادی تداخل می‌کند، کدام ارزیابی مناسب خواهد بود؟ در این مورد چهار راه برای ارزیابی خسارت وجود دارد:

۱- **خسارات مورد انتظار** (expectation or loss of bargain damage) در جایی که خسارت ناشی از عدم دریافت سود و منفعت مورد انتظار جبران می‌شود. ۲- **خسارات مورد استرداد** (damages restitution): در جایی که دادگاه خوانده را مجبور به پس دادن نفعی می‌کند که خوانده از خواهان دریافت کرده است. ۳- **خسارات مورد اعتماد** (reliance damage) جبران خسارات ناشی از اقداماتی که خواهان به جهت اعتماد به رفتار خوانده به ضرر خودش انجام داده است. ۴- **خسارات جبرانی** (indemnity damages): جایی که خواهان برای برخی خسارات واقعی که یقیناً به او وارد شده یا برخی هزینه‌ها که در نتیجه فعل خوانده متحمل شده، جبران خسارت می‌شود. این روش‌های چهارگانه ارزیابی به عنوان منافع چهارگانه مورد حمایت شخص توصیف شده است. مسئولیت قهری علی‌القاعده به علت کوتاهی در رعایت کردن یک تعهد منفی و ارتکاب عمل خلاف (active misfeasance) رخ می‌دهد و خسارات به منظور بازگرداندن به وضع موجود^۲ مورد حکم قرار می‌گیرد. در اینجا هدف جبران خسارت واقعی خواهان است؛ هزینه‌ها از جیب شخص درآمد (out-of-pocket) وضعیت قبل از ارتکاب خطا

1- art. 2270-1.c.civ, red. L 5 juill. 1985.

2- status quo ante or restitution in intergrum.

برگردد (SWANTON, JANE, opcit, P 62) ^۱. اما اگر خسارت خواهان در اثر اعتماد به گفتار یا رفتار خواننده حاصل بشود می‌تواند با عبارت «مقدار اعتماد» نیز توصیف شود (Reliance measure)؛ و اگر از برخی اعمال مثبت ناشی شده باشد، شیوه ارزیابی خسارت با عنوان «میزان جبران خسارت» توصیف می‌شود (indemnity measure). البته این تمایزات امروزه در حال نابود شدن است. در واقع پذیرفته شده است که در یک قرارداد منافع مورد انتظار همیشه مناسب نیست و خواهان ممکن است یا مجبور باشد که خسارت استرداد یا اعتماد یا جبران خسارت را مطالبه کند. برای مثال دادگاه تجدیدنظر در سال ۱۹۷۲ در دعوی *anglia television ltd .v. reed* اعلام کرد که خواهان حق انتخاب بین ادعای مورد انتظار یا هزینه‌های تلف شده (مورد اعتماد) را دارد (swanton, opcit, p 63) البته این معیار مورد انتقاد است. زیرا بر اساس مبنای حق انتخاب خواهان، اگر نشان داده شود که قرارداد چیزی بی ارزش و بدون سود برای خواهان بوده است و اگر قرارداد اجرا می‌شد متحمل ضرر می‌شد ارزیابی خسارت بر مبنای اعتماد یا حقوق خطاها که بر اساس آن هزینه‌های از دست رفته را مطالبه می‌کند منتج به حکمی بالاتر از خسارت مورد انتظار می‌شود.^۲ مع هذا پرونده‌های اقتصادی در حقوق خطاها وجود دارد که به نظر می‌رسد ارزیابی حکم دادن به جبران خسارت بر مبنای تضمین منافع مورد انتظار به جای حکم دادن به خسارت واقعی می‌باشد. برای مثال *Ross.v.counters 1980* و *Junior Books Ltd v.veithici 1983* که در دعوی اولی خسارات برای شکست از انتظار دریافت یک سقف سالم و در دعوی دومی خسارات برای ضرر میراثی (loss of legacy) که او دریافت می‌کرد اگر تقصیر مشورت خواننده نبود مورد حکم قرار گرفت. در حقیقت جایی که می‌توان اثبات کرد که خواهان در اعتماد به اظهارات ایراد شده بوسیله خواننده از دیگر موقعیت‌های نفع خود چشم پوشی کرده است، مقدار خسارت مورد اعتماد او را در وضعیت بهتر از خسارت مورد انتظار قرار می‌دهد.^۳ در هر صورت آن گونه که مرسوم است. در حقوق، خطاها به گونه‌ای جبران خسارت می‌شود که خواهان را در وضعیت قبل از خطا قرار بدهد همیشه درست نیست. زیرا مواردی از خطا وجود دارد که بتوان منافع مورد انتظار را دریافت و مطالبه کرد.

1- tortious liability generally derives from a failure to observe a negative obligation to refrain from inflicting positive injury to the plaintiff person, property or reputation. Liability is normally imposed for active misfeasance and damages are said to be designed to restore the status quo ante, that is to compensate the plaintiff for out-of-pocket losses and put him in the position he was in before the torts was committed.

۲. زیرا قرارداد سودی ندارد و اگر خسارت مورد انتظار را مطرح کند خسارتی به او تعلق نمی‌گیرد. در حالی که اگر خسارت اعتماد را مطرح کند می‌تواند در یک وضعیت بهتر قرار بگیرد، چون در اثر این استعتماد هزینه‌هایی انجام داده است و این هزینه‌ها قابل مطالبه است.

۳. زیرا در اثر اعتماد موقعیت‌های زیادی از نفع را چشم پوشی کرده است، درحالی که بر اثر انتظار صرفاً نفع مورد معامله را می‌برد.

یک مثال واضح برای تفاوت ارزیابی خسارت در قرارداد و خطا این گونه است: اگر A به B ماشینی به قیمت پنج هزار دلار بفروشد در حالی که قیمت آن چهار هزار دلار است، اما A به فروشنده اظهار دارد که قیمت آن شش هزار دلار است. خسارت قراردادی B تفاوت بین آن چیزی است که ماشین می‌ارزد و آنچه منجر شده است که اعتقاد پیدا کند که آن به این مقدار می‌ارزد، یعنی دو هزار دلار. اما خسارت قهری B به مقداری است که او را در وضعیت قبل از خطا قرار دهد یعنی یک هزار دلار. در حقوق ایران اظهار نظر شده است که با توجه به اختیاراتی که ماده ۲ ق.م.ق. به قاضی داده است اختیار دارد که براساس نفع مثبت یا نفع منفی^۱ میزان خسارت را تعیین کند. (شیوائی کجوری، همان منبع، ۱۰۰) به نظر می‌رسد می‌توان تصور کرد که خواننده به خسارت مورد انتظار و مورد اعتماد به طور همزمان در یک دعوا محکوم شود.

نتیجه

با توجه به مطالب ارائه شده براحتی می‌توان مسئولیت قهری را از قراردادی باز شناخت. در واقع در صورتی که خسارت ناشی از نقض قراردادی صحیح باشد، به شرط اینکه خسارت ناشی از تعهدات قراردادی باشد نه اینکه صرفاً ناشی از قرارداد باشد، مسئولیت قراردادی بوجود می‌آید و در صورت خلل به هر یک از ارکان مزبور، خسارت حاصله صرفاً باعث مسئولیت قهری است. از طرف دیگر، عناوین مشتبه را مطرح کرده و راه حل مناسب را ارائه کردیم و این میسر نشد جز با تعیین گستره تعهدات قراردادی. نقش قاضی را در تعیین محدوده توصیفات ارائه شده تبیین نموده و این اختیار را از قاضی سلب نمودیم که بتواند با توصیف مجدد امور موضوعی مطروحه، راه زیان دیده را در رسیدن به نتیجه هموار نماید. با ارائه تفاوت‌های مسئولیت قهری و قراردادی، تعدد مسئولیت را بگونه ضمنی به رسمیت شناخته و حتی اعتقاد به انشعاب دو مسئولیت را در فقه اثبات کردیم. اگرچه گرایش حقوق جدید به سمت و سوی وحدت مسئولیت پیش می‌رود و استدلال گروه اخیر این است که منشا مسئولیت نباید در ایجاد تفاوت‌های بین این دو نوع مسئولیت موثر واقع شود و تفاوت‌های ذکر شده صرفاً بر اساس مصالح قانون‌گذاران وضع شده و از تفاوت‌های ماهوی بین آنها نشأت نمی‌گیرد، اما نباید فارغ از مقتضیات زمانی و اوامر قانون‌گذار صحبت کرد.

۱. منظور از نفع مثبت نفعی است که در صورت اجرای تعهد بر طبق قرارداد عاید خواهان می‌شود و به همین علت آن را نفع اجرای تعهد یا نفع مثبت گویند (مورد انتظار) و منظور از نفع منفی تفاوت بین دارایی متعهدله و دارایی فرضی او در صورت عدم انعقاد قرارداد است. به عبارت اخری کاهش دارایی متعهدله در نتیجه انعقاد معامله است، به نحوی که اگر معامله منعقد نمی‌شد چنین خسارتی متوجه متعهدله نمی‌شد. به همین علت آن را نفع منفی یا نفع عدم انعقاد معامله می‌نامند (اعتماد).

منابع و ماخذ

الف- فارسی

۱. الماسی، نجاد علی، (۱۳۷۰)، *تعارض قوانین*، چاپ دوم، تهران، مرکز نشر دانشگاهی.
۲. امامی، حسن، (۱۳۴۷)، *حقوق مدنی*، جلد اول، چاپ سوم، تهران، انتشارات کتابفروشی اسلامی.
۳. امامی، حسن، (۱۳۸۵)، *حقوق مدنی*، جلد ششم، چاپ یازدهم، تهران، انتشارات کتابفروشی اسلامی.
۴. امیری قائم مقامی، عبدالمجید، (۱۳۷۸)، *وقایع حقوقی*، جلد اول، چاپ اول، تهران، انتشارات میزان.
۵. ایزانلو، محسن، (۱۳۸۶)، *شروط محدود کننده و ساقط کننده در قراردادها*، چاپ دوم، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار.
۶. باریکلو، علیرضا، (۱۳۸۵)، *مسئولیت مدنی*، چاپ اول، تهران، انتشارات میزان.
۷. بادینی، حسن، (۱۳۷۸)، *جزوه الزامهای خارج از قرارداد*، تهران، انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی.
۸. بادینی، حسن، (۱۳۸۴)، *فلسفه مسئولیت مدنی*، چاپ اول، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار.
۹. جعفری لنگروری، محمد جعفر، (۱۳۸۲)، *ترمینولوژی حقوق*، چاپ سیزدهم، تهران، انتشارات گنج دانش.
۱۰. حسینی نژاد، حسینقلی، (۱۳۷۰)، *مسئولیت مدنی*، چاپ اول، تهران، انتشارات جهاد دانشگاهی شهید بهشتی.
۱۱. ژوردن، پاتریس، (۱۳۸۶)، *تحلیل رویه قضایی در زمینه مسئولیت مدنی*، مترجم (ادیب، مجید)، چاپ اول، تهران، انتشارات میزان.
۱۲. سنهوری، عبدالرزاق، (۱۳۸۴)، *دوره حقوق تعهدات*، جلد دوم، مترجم (دادمرزی، مهدی؛ دانش کیا، محمد حسین)، چاپ اول، تهران، انتشارات دانشگاه قم.
۱۳. شیوائی کجوری، شمس الدین، (۱۳۶۷)، *مقایسه مسئولیت مدنی قراردادی با مسئولیت مدنی غیر قراردادی*، پایاننامه کارشناسی ارشد، دانشگاه تهران.
۱۴. شمس، عبدالله، (۱۳۸۱)، *آیین دادرسی مدنی*، جلد اول، چاپ سوم، تهران، انتشارات میزان.
۱۵. شمس، عبدالله، (۱۳۷۹)، *آیین دادرسی مدنی*، جلد دوم، چاپ اول، تهران، انتشارات دراک.
۱۶. شمس، عبدالله، (۱۳۸۴)، *آیین دادرسی مدنی*، جلد سوم، چاپ دوم، تهران، انتشارات دراک.
۱۷. شهیدی، مهدی، (۱۳۸۳)، *اصول قراردادها و تعهدات*، چاپ سوم، تهران، انتشارات مجد.
۱۸. صدیقی، ابوالقاسم، (۱۳۵۹)، *مسئولیت ناشی از قرارداد در حقوق ایران*، تهران، پایان نامه دکتری، دانشگاه تهران.
۱۹. صفایی، سید حسین، (۱۳۷۵)، *حقوق مدنی و تطبیقی*، چاپ اول، تهران، انتشارات میزان.
۲۰. صفری، محسن، (۱۳۷۹)، *"مسئولیت مدنی سبب مجمل"*، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۴۹.
۲۱. صفری، محسن، (۱۳۷۷)، *فریبکاری و آثار آن (قاعده غرور) در حقوق مدنی ایران و فقه امامیه*، چاپ اول، تهران، انتشارات میزان و دادگستر.
۲۲. صفری، محسن، شاهنوش فروشانی، محمدعبدالصالح، توابع *مورد معامله در فقه امامیه، حقوق مدنی ایران و کنوانسیون بیع بین المللی کالا مصوب ۱۹۸۰ وین*، چاپ اول، تهران، دادگستر.
۲۳. غمامی، مجید، (۱۳۸۳)، *قابلیت پیش بینی ضرر در مسئولیت مدنی*، چاپ اول، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار.
۲۴. قاسم زاده، مرتضی، (۱۳۸۶)، *الزامها و مسئولیت مدنی بدون قرارداد*، چاپ اول، تهران، انتشارات میزان.
۲۵. قاسم زاده، مرتضی، (۱۳۷۸)، *مبانی مسئولیت مدنی*، چاپ اول، تهران، انتشارات دادگستر.
۲۶. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۶)، *الزام های خارج از قرارداد*، چاپ ششم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
۲۷. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۳)، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد سوم، چاپ چهارم، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار.
۲۸. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۳)، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد چهارم، چاپ دوم، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار.
۲۹. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۵)، *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، چاپ چهاردهم، تهران، انتشارات میزان.
۳۰. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۲)، *اثبات و دلیل اثبات*، جلد اول، چاپ دوم، تهران، انتشارات میزان.

۳۱. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۶۹)، *تعارض قوانین در زمان*، چاپ دوم، تهران، انتشارات کانون وکلای مرکز.
۳۲. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۴)، *نظریه عمومی تمهیدات*، چاپ اول، تهران، نشر یلدا .
۳۳. کریمی، عباس، (۱۳۸۶)، *ادله اثبات دعوا*، چاپ اول، تهران، انتشارات میزان.
۳۴. کریمی، عباس، (۱۳۸۶)، *آیین دادرسی مدنی*، چاپ اول، تهران، انتشارات مجد.
۳۵. نصیری، مرتضی، (۱۳۵۲)، *حقوق تجارت بین‌المللی*، تهران، موسسه تحقیقات و انتشارات ویسمن.
۳۶. یزدانیان، علیرضا، (۱۳۷۹)، *قلمرو مسئولیت مدنی*، چاپ اول، تهران، انتشارات ادبستان.

ب- فقهی

۱. ابن البراج، القاضی، (۱۴۰۶)، *المذهب*، الجزء الاول والثانی، موسسه النشر الاسلامی، المطبعه: العلمیه القم.
۲. ابن البراج، القاضی، (۱۴۱۱)، *جواهر الفقه*، موسسه النشر الاسلامی، الطبعه: الاولى.
۳. حلی، ابن ادریس، (۱۴۱۰)، *السرائر*، الجزء الثانی، موسسه النشر الاسلامی، الطبعه: الثانيه.
۴. سید خوبی، ابوالقاسم، (بی تا)، *مصباح الفقاهه*، جلد پنجم و چهارم، چاپ اولی، مکتبه الداوری-قم.
۵. شهید اول (۱۴۱۱)، *اللمعه الدمشقیه*، الناشر: دار الفکر، الطبعه: الاولى، المطبعه: قم.
۶. شهید ثانی (۱۴۱۴)، *مسالك الافهام*، جلد سوم و چهاردهم، چاپ اولی، موسسه معارف اسلامیه.
۷. شهید ثانی (۱۴۱۰)، *شرح اللمعه*، چاپ اولی، منشورات جامعه النجف الدینیّه.
۸. شیخ الصدوق، (بی تا)، *المقنع*، موسسه الامام الهادی، المطبعه: اعتماد.
۹. شیخ طوسی، ابو جعفر محمد بن الحسن، (۱۴۱۴)، *خلاف*، موسسه النشر الاسلامی، الطبعه: الجدیده.
۱۰. شیخ آشتیانی (۱۴۰۴)، *کتاب القضاء*، چاپ الثانيه، منشورات دارالهجره.
۱۱. شیخ انصاری (۱۴۲۰)، *کتاب مکاسب*، جلد سوم، چاپ الثانيه، المؤتمر العالمی بمناسبة الذکری الموبه الثانيه لمیلاد الشیخ الانصاری.
۱۲. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۳۷۸)، *حاشیه بر مکاسب*، جلد ۱، انتشارات موسسه اسماعیلیان-قم.
۱۳. علامه حلی (۱۴۱۹)، *قواعد الاحکام*، جلد سوم، چاپ اولی، موسسه نشر الاسلامی.
۱۴. عاملی، سید محمد جواد (۱۴۲۴ هـ - ق)، *مفتاح الکرامه*، جلد دوازدهم، چاپ اولی، موسسه النشر الاسلامی.
۱۵. میرزای قمی (۱۳۷۱)، *جامع الشتات*، جلد دوم، چاپ اولی، انتشارات کیهان.
۱۶. سید مرتضی (۱۴۱۷)، *الناصریات*، رابطه الثقافه و الطلاقات الاسلامیه، المطبعه: موسسه الهدی.
۱۷. نجفی، شیخ محمد حسن، (۱۳۶۵)، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، جلد ۲۴، الطبعه: الثانيه، دارالکتب الاسلامیه.
۱۸. محقق نراقی (۱۴۱۷)، *عواید الایام*، چاپ:اولی، انتشارات مرکز النشر التابع المکتب الاعلام الاسلامی.
۱۹. محقق نراقی (۱۴۱۹)، *مستند الشیعه*، جلد هفدهم و چهاردهم، چاپ اولی، موسسه آل بیت قم.

ج- خارجی

- 1-Abraham, John, D, (1982), "Concurrent liability in contract and tort - apportionment of damages: an update", *journal of advocates quarterly*.
- 2- Baudouin, Jean-louis, (1973), *la responsabilite civils delictuelle*, les presses de universite de montreal.
- 3-Cooke , John, (2001), *law of tort* , ed9 , Longman.
- 4-Delestraint, dupont , (1975) , *droit civil , les obligation* , cinquieme edition , dalloz.
- 5-G. fleming, john, (1985) , *an introduction to the law of torts* , ed2 , clarendow press. Oxford.
- 6-Guest , a.g, (1961) , " tort or contract" , *journal of university of Malaya law review*.
- 7-Hilley , Byron , (1956) , " the interrelationship of tort and contract in ferench law , journal of public law.
- 8-MM. loubser , (1997) , " concurrence of contract and delict" , journal of Stellenbosch l.rev.

- 9-Mazeaud, henri et ieon, (1932), traite theorique et pratique de la rasponsabilite civile delictuelle et contractuelle , tome premier , quatrieme edition , librairie du recueil sirey.
- 10-Mc dowell, banks , (1986) , “ foreseeability in contract and remoteness : the problems of responsibility and remoteness” , in journal of case western preserve law review , vol 36.
- 11-le tourneau, philippe, (2002), droit de la responsabilite et des contracts , dalloz.
- 12-Memeteau, Gerard, (1990), la responsabilite civile medicale en droit compare francais et quebecois, premiere edition , universite mcgil , montreal , institute de droit compare.
- 13-Owen, Richard ,(2000), essential tort law , third edition , Cavendish publishing limited.
- 14-Prosser and Keeton , (1984), the law of tort , ed5 , west publishing co.
- 15-Stark, boris, (1977) , droit civil, obligation , ed1 , librairies techniques.
- 16- Stark, boris, roland , henri , boyer , Laurent , (1993) , obligation 2 contract , ed4 , litec.
- 17-Swanton , jane, (1999) , “the convergence of tort and contract” , in Sydney law review.
- 18-Terre, francois, lequette, yves, simler, philippe, (2005), droit civil, les obligatin, ed9, dalloz.
- 19-Viney, geneviere , (1995), traite de droit civil , introduction a la responsabilite, ed2, l.g.d.j.
- 20-W.H, Charles, (1987) , “tort and contract- merging areas?” , in journal of advocates quarterly.

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

- «مسئولیت مدنی سبب مجمل»، سال ۱۳۷۹، شماره ۴۹، «تعارض میان سند و شهادت در حقوق مدنی ایران و فقه امامیه، سال ۱۳۸۱، شماره ۵۶. «شریعت اسلامی و استدلال عقلی از منظر امامیه»، سال ۱۳۸۷، شماره ۲. «مطالعه تطبیقی شبهه قاعده درء در فقه امامیه، حقوق ایران و انگلستان»، سال ۱۳۸۸، شماره ۲. «توابع مورد معامله و اثر فقدان آن» سال ۱۳۸۸، شماره ۴. «بررسی ماهیت قرارداد فرانچایز در حقوق ایران» سال ۱۳۸۹، شماره ۱۰۱.