

مطالعات حقوق تطبیقی

دوره ۱۱، شماره ۱

بهار و تابستان ۱۳۹۹

صفحات ۲۹۱ تا ۳۱۰

مطالعه تطبیقی ضابطه تمییز مسئولیت قراردادی و خارج قراردادی و اثر آن بر تشدید یا تخفیف خسارت در حقوق ایران و فرانسه

عباس کریمی*

استاد دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

افروز صمدی

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران

(Email: aksamadi@yahoo.com)

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۹/۰۷، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۱۲/۱۰)

چکیده

مسئولیت مدنی و انواع آن، موضوعی است که از دیرباز مورد توجه حقوق دان‌ها بوده و مباحث مختلفی پیرامون آن شکل گرفته است. با وجود این، هنوز اختلاف نظرهایی در خصوص تعریف، مصادیق و وحدت یا تعدد مسئولیت خارج قراردادی نسبت به مسئولیت قراردادی وجود دارد. پیدایش چنین اختلاف‌هایی تا حد زیادی ریشه در عدم مطالعه دقیق و همه‌جانبه پیرامون ضابطه تشخیص و تفکیک این دو مسئولیت دارد. ضابطه‌ای که هم به اختلاف نظر در خصوص بعضی از مصادیق پایان دهد و هم در مورد مصادیق جدیدی که مطالعه زیادی پیرامون آن‌ها نشده است، تعیین تکلیف کند. هرچند با مطالعه تألیف‌های موجود می‌توان بعضی ملاک‌ها را استخراج کرد، ولی نقدهای وارد بر هر کدام از این ملاک‌ها و عدم جامعیت و مانعیت آن‌ها، دلیلی است که اهمیت هرچه بیشتر ارائه ضابطه‌ای مشخص را نمایان می‌سازد. در این مقاله، اراده به‌عنوان ضابطه تعیین قلمرو مسئولیت خارج قراردادی و تمییز آن از قراردادی پیشنهاد می‌شود. برخلاف رویکردی عینی که معمولاً در خصوص اراده و قرارداد ناشی از آن وجود دارد، این مقاله به تبیین وجه ذهنی این مفاهیم به‌عنوان ضابطه می‌پردازد. از این منظر، اراده باید اصیل و حاصل ابتکار طرفین باشد. همچنین، فرض تعلق اراده به تعهداتی ممکن است که در راستای هدف و کارکرد غایی قرارداد باشد. نتیجه در نظر گرفتن اراده با این اوصاف به‌عنوان ضابطه تعیین قلمرو ضمان قهری این است که گاه در غیاب عقد، اراده پیش‌گفته موجود و منشأ اثر است. همچنین، گاه به‌رغم وجود قرارداد، اراده ابراز شده از سوی طرفین واجد ویژگی‌های لازم نبوده، نمی‌تواند مبنایی برای مسئولیت قراردادی باشد. از طرف دیگر، بعضی تفاوت‌های موجود در خصوص میزان جبران خسارت قراردادی و خارج قراردادی مانند تخفیف یا تشدید آن، ریشه در این ضابطه دارد که در همین مقاله به آن پرداخته می‌شود.

واژگان کلیدی

اراده، تخفیف خسارت، خسارت تنبیهی، مسئولیت خارج قراردادی، مسئولیت قراردادی.

مقدمه

با وجود مباحث مختلفی که پیرامون مسئولیت خارج قراردادی و قراردادی مطرح شده، تلاش چندانی در راستای معرفی ضابطه‌ای برای تشخیص و تفکیک این دو مسئولیت از یکدیگر صورت نپذیرفته است. این ضابطه هم از گسترش بی‌دلیل مسئولیت قراردادی جلوگیری کرده و هم در موارد تردید به کمک آمده است. حال پرسش مهم این است که چه ضابطه‌ای را می‌توان به این منظور تعیین کرد؟ به نظر می‌رسد «اراده» عنصری است که می‌تواند به‌عنوان یک معیار عمل کند. اراده با قرارداد متفاوت بوده، لزوماً ملازم با آن نیست. گاه با وجود قرارداد، اراده اشخاص به موضوعی تعلق نگرفته، در نتیجه نمی‌تواند محملی برای ایجاد مسئولیت قراردادی باشد و گاه در فرض فقدان آن، وجود اراده باعث می‌شود که بعضی احکام و آثار مسئولیت قراردادی بر طرفین بار شود. با این حال، اراده در اینجا باید افزون بر وصف اصالت و ابتکار، در راستای هدف نهایی توافق اشخاص باشد. این اوصاف، راه را بر ورود تعداد زیادی از قواعد عرفی و قانونی به قرارداد می‌بندند و تنها به آن‌هایی اجازه ورود می‌دهد که هم از صافی اراده اصیل اشخاص گذشته و هم با هدف نهایی و اصلی قرارداد هم‌داستان باشند.

در نظر گرفتن اراده با این ویژگی‌ها، باعث بروز بعضی تفاوت‌ها در میزان جبران خسارت در هر کدام از مسئولیت‌های قراردادی و قهری می‌شود؛ به این شکل که افزایش یا کاهش خسارت در بعضی موارد به دلیل دخالت عنصر اراده امکان‌پذیر نیست. این مقاله ضمن تبیین اراده و ویژگی‌های آن به‌عنوان ضابطه تمایز میان مسئولیت قراردادی و خارج قراردادی، به تأثیر آن بر تخفیف یا تشدید خسارت در هر کدام نیز می‌پردازد.

۱. «اراده»؛ ضابطه تمییز مسئولیت قراردادی و خارج قراردادی در

حقوق ایران و فرانسه

با مطالعه تعاریف موجود پیرامون مسئولیت قراردادی و خارج قراردادی و مقایسه آن‌ها با یکدیگر برمی‌آید که عامل تمایز میان آن دو در اراده اشخاص دخیل خلاصه می‌شود. البته اراده در اینجا باید دارای بعضی اوصاف باشد که در ادامه به بررسی آن می‌پردازیم.

۱.۱. تبیین اراده به‌عنوان ضابطه تمییز مسئولیت قراردادی و خارج قراردادی در

حقوق ایران و فرانسه

تعاریفی که در مورد مسئولیت خارج قراردادی در حقوق ایران و فرانسه وجود دارد، عموماً حول

محور فقدان قرارداد است؛ چنان که برخی مسئولیت را در فرضی که اشخاص بدون داشتن هیچ پیمانی به یکدیگر خسارت وارد می‌کنند به‌عنوان تعریف مسئولیت خارج قراردادی بیان کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۶۰؛ 8، p. 2011، Maclair)؛ از این رو، مصداق اجلای ضمان قهری در فرضی بروز پیدا می‌کند که هیچ قراردادی در میان نباشد. در تأیید این موضوع باید گفت که حقوق‌دان‌ها شرط ایجاد مسئولیت قراردادی را در وهله نخست وجود قراردادی صحیح و نافذ میان طرفین می‌دانند (کاتوزیان، همان، ص ۶۲؛ شهیدی، ۱۳۸۹، ص ۵۶). این امر اصولاً دو نتیجه به‌همراه دارد. نخست آنکه صرف وجود قرارداد عاملی برای ایجاد مسئولیت قراردادی می‌شود و این درحالی است که گاه علی‌رغم وجود قرارداد، در مورد ورود بعضی شروط و تعهدات به حوزه آن، خصوصاً در فرض جهل اشخاص، به دلیل عدم تعلق اراده طرفین به آن تردید وجود دارد. در این فرض، زمانی که نتوان تعهدی را به قرارداد منتسب دانست، تخلف نسبت به آن را هم نمی‌توان محملی برای ایجاد مسئولیت قراردادی در نظر گرفت. دوم اینکه به‌موجب این رویکرد، تعهدات منتسب به قرارداد تا زمان حیات قرارداد وجود داشته، با خاتمه آن از بین می‌روند (Freleteau, 2015, p. 189). به بیان دیگر، با پایان قرارداد، تعهدات آن نیز پایان یافته، دیگر مجالی برای در نظر گرفتن مسئولیت قراردادی باقی نمی‌ماند. به سخن دیگر، در این ضابطه بیش از آنکه به اراده واقعی افراد و مفهوم شخصی آن توجه شود، به مفهوم عینی و تلاقی ظاهری آن توجه شده است و نیروی الزام‌آور عقد را بیش از خواسته درونی اشخاص، بر اعلام اراده آن‌ها متکی می‌داند (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص ۲۷). درحالی که گاه به‌طور ظاهری قراردادی وجود ندارد یا از میان می‌رود، ولی تلاقی واقعی اراده طرفین موجود است. بعضی تعهدات مانند حفظ محرمانگی یا عدم رقابت که پس از پایان قرارداد نیز همچنان برعهده طرفین باقی است، از جمله این موارد هستند. در این فرض، قرارداد و تلاقی ظاهری اراده اشخاص به دلیلی از بین رفته است، ولی توافق واقعی آن‌ها مبنی بر التزام به بعضی تعهدات همچنان ادامه دارد. از این رو ممکن است بعضی مسئولیت‌های ایجاد شده پس از انحلال عقد نیز از نوع قراردادی دانسته شود. بنابراین، باید دید وجود کدام ویژگی در قرارداد باعث می‌شود که تعهدات و سپس مسئولیت ناشی از آن متفاوت از سایر موارد باشد تا بتوان آن را به‌عنوان ضابطه تمییز مسئولیت قراردادی از خارج قراردادی در نظر گرفت.

از ماده ۱۸۳ قانون مدنی برمی‌آید که یکی از شرط‌های اساسی ایجاد عقد، توافق دو یا چند اراده است (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص ۱۴). اراده، رکن اساسی یک قرارداد (امامی، ۱۳۵۴، ص ۶۶) و ممیزی است که میان آن و هر چیزی غیر از آن فاصله می‌اندازد. به رسمیت شناختن عرصه قراردادی از سوی قانون‌گذار بیشتر از باب اختصاص محملی برای اراده اشخاص است تا آن‌ها بتوانند فارغ از چارچوب‌های از پیش تعیین شده قانون، مظلوف اراده خود را در ظرف قراردادهای

گوناگون ریخته، دست به خلق پیکره‌هایی متعدد بزنند. تجلی این اراده هم در خصوص تعهدات قراردادی و هم مسئولیت ناشی از آن قابل مشاهده است. به عبارت دیگر، از آنجا که تنها عامل ایجاد قرارداد اراده است (امامی، همان)، هر آن چیزی که زاییده این نهاد است از جمله مسئولیت نیز ناگزیر باید ناشی از آن باشد. در واقع، طرفین با استفاده از قالب قرارداد، تکالیفی فراتر از قانون را برعهده گرفته یا بر دوش طرف دیگر می‌گذارند. بنابراین، اراده طرفین و در مرحله بالاتر توافق اراده آن‌ها است که به تعهدات قراردادی حیات می‌بخشد و جز در این مورد، نباید وصف قراردادی را به آن‌ها نسبت داد. بنابراین، می‌توان اراده را به‌عنوان محک تعهدات و مسئولیت قراردادی از غیر آن در نظر گرفت. هر کجا پای اراده و توافق اراده اشخاص در میان نباشد، اصولاً عرصه ضمان قهری نمایان می‌شود.

از طرفی، تعیین گستره این اراده نیز مهم است. اراده گاه به صورت صریح و گاه ضمنی بیان می‌شود. برای بررسی اینکه کدام‌یک از این اراده‌ها می‌تواند محمل ایجاد مسئولیت قراردادی شود، لازم است به ماده ۲۲۱ قانون مدنی که به شکلی به تعیین گستره قرارداد پرداخته است، توجه شود. این ماده به‌عنوان مبنایی برای دوگانگی مسئولیت قراردادی و خارج قراردادی در نظر گرفته می‌شود (شبیری، ۱۳۸۵، ص ۱۹۶). معنای قسمت‌های مختلف این ماده از منظر ظاهری تا حدی روشن است. قسمت نخست بیانگر این است که هرگاه جبران خسارت در صورت تأخیر یا تخلف از یک تعهد در عقد ذکر شده باشد، متخلف مکلف به جبران خسارت از باب مسئولیت قراردادی خواهد بود؛ خواه میزان خسارت به صورت وجه التزام در عقد ذکر شده، خواه تعیین آن به شخصی به‌عنوان داور واگذار شده باشد و خواه به علت سکوت طرفین از سوی دادگاه تعیین شود (امامی، ۱۳۹۰، ص ۲۹۹ و ۳۰۰).

در مورد قسمت دوم این ماده گفته می‌شود که اصولاً عرف، شخصی را که در انجام تعهد خود تأخیر یا تخلف کرده است، مسئول قلمداد می‌کند. حال اگر طرفین صراحتی در خصوص جبران یا عدم جبران خسارت ناشی از عهدشکنی نداشته باشند، این سکوت کاشف از جریان حکم عرف و به‌منزله مسئولیت قراردادی است (امامی، همان؛ حائری شاه‌باغ، ۱۳۸۷، ص ۲۰۰). عده‌ای عرف موضوع این ماده را عرف نوعی می‌دانند که حتی در صورت جهل طرفین نیز بر آن‌ها بار می‌شود (صفایی و رحیمی، ۱۳۸۹، ص ۹۶)؛ به همین دلیل اگر طرفین به حکم عرف در مورد انتساب بعضی از تعهدات به قرارداد و لزوم جبران خسارت ناشی از تخلف از آن‌ها نیز واقف نباشند، جهل آن‌ها مسموع نبوده و گریزی از جبران خسارت از باب مسئولیت قراردادی نیست. مصداق قسمت سوم ماده ۲۲۱ قانون مدنی نیز در نظر بعضی از حقوق‌دانان خسارت تأخیر تأدیه است (امامی، همان، ص ۹۶؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۲، ص ۳۰۶). در مجموع می‌توان گفت که ماده ۲۲۱ قانون مدنی تعریفی گسترده از مسئولیت قراردادی ارائه کرده که

تنها به توافق‌های صریح طرفین و مواردی که به‌طور مشخص مورد گفتگوی آن‌ها قرار گرفته است، محدود نمی‌شود و احکام عرفی و قانونی را نیز به‌طور ضمنی دربر می‌گیرد. ولی چنین تعریفی خالی از اشکال نیست. درست است که نمی‌توان تمامی تعهدات و مسئولیتی را که در خصوص یک قرارداد ایجاد می‌شود به توافق صریح طرفین نسبت داد، ولی علت پافشاری بر مرتبط کردن تمام تعهدات ضمنی به قرارداد و توافق طرفین مشخص نیست. از توضیحات پیش‌گفته در خصوص ماده یادشده این نتیجه به‌دست می‌آید که هرگاه تعهدی به صورت ضمنی به قرارداد منسوب شود و حکم به جبران خسارت آن نیز به‌طور ضمنی باشد، مسئولیت ایجادشده در اثر نقض آن، قراردادی است. این درحالی است که ضمنی بودن هم‌زمان تعهد قراردادی و جبران خسارت ناشی از نقض آن به‌قدری ارتباط اندکی با اراده طرفین دارد که قراردادی تلقی کردن آن به دلیل دور بودن رابطه موجود، صحیح به‌نظر نمی‌رسد. دوری این ارتباط زمانی بیشتر مشخص می‌شود که به‌یاد بیاوریم که قرارداد نیز تنها محدود به نوع کتبی نیست و انعقاد آن به‌طور ضمنی و شفاهی نیز کفایت می‌کند (ژوردت، ۱۳۹۱، ص ۷۰). اگر دلیل آن کم‌رنگ کردن نقش تقصیر و ادعای عدم لزوم اثبات تقصیر در مسئولیت قراردادی است، بر فرض صحت، در کشور ما به دلیل وجود نهادهایی مانند اتلاف که نیازمند تقصیر نیست، چنین دلیلی منطقی به‌نظر نمی‌رسد (کریمی، ۱۳۹۷، ص ۵۲۷). مگر نه اینکه گفته می‌شود تعهدات نقض شده گاه از نوع قراردادی است و گاه قانونی و مرتبط با نظم عمومی و اخلاق حسنه (جعفری‌تبار، ۱۳۷۵، ص ۲۱)، پس دیگر چه نیازی است که تعهدات دسته دوم را نیز به‌طور ضمنی و به‌موجب حلقه‌های ارتباطی نه چندان قوی به اراده طرفین و درنهایت قرارداد مرتبط کنیم؟ بسیاری از خسارت‌هایی که در نتیجه تخلف از قرارداد به‌وجود می‌آید، با قواعد عمومی ضمان قهری قابل جبران است و دیگر نیازی به رجوع به مسئولیت قراردادی نیست. این عقیده به چند دلیل تقویت می‌شود: نخست آنکه اسباب ضمان قهری نام‌برده شده در فقه واجد جنبه حصری نیستند (کریمی و همکاران، ۱۳۹۷، ص ۲۳۷)، و دوم آنکه مشابه ماده ۲۲۱ قانون مدنی و بحث مسئولیت قراردادی در فقه نیز قابل مشاهده نبوده (بیگدلی، ۱۳۹۶، ص ۵۹)، قواعد دیگری چون اتلاف یا تسبیب، مبنای جبران خسارت‌های ناشی از عقد در نظر گرفته شده‌اند^۱.

۱. برای نمونه در فقه، برای مسئولیت بسیاری از اشخاصی که تحت قالب اجیر بررسی می‌شوند، مثل نجار و سازنده که امروزه اصولاً میان آن‌ها و مشتریانشان قراردادی منعقد می‌شود، از قاعده اتلاف که یک نهاد خارج قراردادی است استفاده شده است (ر.ک. کاشف‌الغطاء، حسن (بی‌تا)، انوار الفقاهه، جلد نخست، بی‌جا: مکتبه کاشف الغطاء العامه، ص ۳۲). همچنین در مورد مسئولیت پزشک، ر.ک. نجفی جوهری، محمدحسن (۱۳۶۲)، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، جلد ۴۳، چاپ هفتم، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ص ۴۶۴ و نیز خوانساری، جمال‌الدین (۱۳۶۴)، التعليقات علی الروضه البهیة، جلد نخست، چاپ دوم، قم: مدرسه رضویه، ص ۳۶۹.

افزون بر این، اصل حاکمیت اراده هر چند نه به عنوان کارکرد اصلی خود، ولی به عنوان یکی از موضوعاتی که از اراده سرچشمه می‌گیرد، بیانگر این است که الزام و التزام قراردادی باید ناشی از اراده واقعی طرفین باشد (داوودی لیمونی، ۱۳۹۰، ص ۳)، در غیر این صورت نسبت دادن وصف قراردادی به آن صحیح نیست. حال، هرگاه اراده به تعهدی تعلق نگیرد، ممکن است تعهد یادشده یا به موجب عرف یا قانون بر طرفین بار شده، یا اصولاً از دایره تکالیف آن‌ها خارج شود. از این رو، با بررسی هرچه دقیق‌تر قلمرو ضمان قهری و قراردادی، ضمن پرهیز از انتساب هر تعهدی به اراده، مشخص می‌شود که مواردی که ناشی از این انتساب نیست آیا به موجب منبعی دیگر همچون عرف یا قانون بر دوش اشخاص قرار می‌گیرد یا نه.

۱. ۲. ۱. وصف «اراده» به عنوان ضابطه تمییز مسئولیت قراردادی و خارج قراردادی در حقوق ایران و فرانسه

پس از پذیرش این نکته که تعهدات و مسئولیت قراردادی به اراده طرفین متکی است، نوبت به بررسی وصف این اراده می‌رسد. اراده‌ای که می‌تواند ماهیت یک تعهد یا مسئولیت را به «قراردادی» مبدل کند، باید دارای ویژگی‌هایی باشد که در ادامه به آن پرداخته می‌شود.

۱. ۲. ۱. «اراده» اصیل و ابتکاری

اراده مد نظر ضابطه، اراده‌ای است که اصالتاً و ابتدائاً تعهدی را به وجود آورد. به دیگر سخن، اراده طرفین زمانی ممیز تعهد قراردادی از غیر آن می‌شود که از آزادی کامل برخوردار بوده، بتواند رویه‌ای متفاوت با آنچه به موجب منبعی دیگر مثل قانون الزامی شده است در پیش بگیرد. اراده‌ای که خالق امری باشد و نظم حقوقی پیش از آن را دگرگون سازد (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص ۱۴)؛ در غیر این صورت فاقد اصالت و ابتکار بوده، دلیلی برای قراردادی تلقی کردن تعهدی که پیش‌تر در منبعی دیگر آمده بود، وجود ندارد (Rouviere, 2010, p. 13). مشابه این موضوع در فقه و حقوق ایران را می‌توان در شرط کردن بعضی اموری که مقتضای ذات عقد هستند، یافت. این شروط اثری جز تأکید ندارند (علامه حلی، ۱۴۲۳ق، ص ۲۵۲)؛ چراکه حتی اگر در عقد هم ذکر نمی‌شدند، باز برای طرفین الزام‌آور بودند.

۱. فالصحيحه ما كان من مقتضى عقد الرهن، مثل أن يُشترط كونه على يد المرتهن أو على يد عدل... أو أن يبيعه العدل عند حلول الحق... فهذا الشروط لا تؤثر في العقد؛ لأنها تأكيد لما اقتضاه...» این موضوع در خصوص سایر عقود هم گفته شده است. برای نمونه در خصوص عقد قرض، ر.ک. علامه حلی (۱۴۲۳ق)، تذکره الفقهاء، جلد ۱۳، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام لأحياء التراث، ص ۱۰۱.

رد پای این استدلال در بعضی مباحث مطرح شده در حقوق کشور فرانسه نیز قابل مشاهده است. شاید تمییز دو واژه «تعهد» (les Obligations) و «تکلیف» (Les devoirs) در حقوق این کشور ناشی از همین موضوع باشد. توضیح آنکه «تعهدات» که اغلب در این معنا با پسوند قراردادی ذکر می شود، مولود اراده متعهد و متعهدله بوده، مستقیماً از آن ناشی می شوند؛ در حالی که «تکالیف» که در این معنا با پسوند قانونی آورده می شوند پیش از آنکه به اراده طرفین مرتبط باشند، به موجب قانون لازم‌الاجرا هستند^۱ (Brigyoova, 1998, p. 14). همچنین گفته می شود التزام به یک «تکلیف» مانند حسن نیت در تمام طول قرارداد بر دوش متعهد است؛ در حالی که اجرای یک «تعهد» اصولاً در مقطع خاصی از عقد لازم می شود. به همین دلیل هم اجرای «تکالیف قانونی» در مرحله‌ای از قرارداد، متعهد را از اجرای مجدد آن در مراحل دیگر بی نیاز نمی کند، ولی الزام یک «تعهد» معمولاً با یکبار انجام آن در مرحله موردنظر مرتفع می شود (Freleteau, Op. Cit: 189).

ثمره بحث بالا در این جمله خلاصه می شود که وصف قانونی تکالیفی که به موجب قوانین برعهده اشخاص گذاشته شده، بر وصف قراردادی آن‌ها مقدم است؛ حتی اگر طرفین در خصوص لزوم رعایت آن‌ها توافق کرده باشند. در واقع اگر طرفین برخی از تکالیفی را که پیش تر قانون در خصوص آن‌ها صحبت کرده است از صافی اراده خود گذرانده، داخل در قرارداد کرده باشند، نباید آن‌ها را دارای وصف قراردادی دانست. برای روشن شدن این موضوع لازم است میان قواعد امری و تکمیلی قائل به تفکیک شد.

روشن است که توافق خلاف قواعد امری غیرممکن بوده، طرفین را گزیری از اجرای آن نیست. این قواعد حتی اگر در قرارداد ذکر نشده باشد، بر طرفین بار می شود و تصریح آن‌ها فایده‌ای جز تکرار حکم قانون گذار ندارد. به عبارت دیگر، اراده طرفین نقشی در شکل گیری این موارد نداشته، گذر از صافی اراده که به نوعی عامل قراردادی تلقی شدن تکالیف است، در خصوص آن‌ها به نحو کامل صدق نمی کند. به همین دلیل باید گفت تکالیفی که به موجب حکم آمرانه قانون بر اشخاص تحمیل می شود، همواره ریشه قانونی و خارج قراردادی داشته، صرف درج در عقد نیز نمی تواند رنگ و بوی قراردادی به آن‌ها ببخشد.

در خصوص قوانین تکمیلی نمی توان موضعی یکسان درپیش گرفت. در این مورد چند فرض قابل تصور است. به عنوان نخستین نکته می توان گفت که هرگاه طرفین خلاف قوانین تکمیلی توافق کرده، آن را در قرارداد خود ذکر کنند، تعهد ایجاد شده از نوع قراردادی است؛ چراکه

۱. به همین دلیل هم گاه در خصوص الزاماتی که در مرحله پیش از انعقاد قرارداد برعهده طرفین گذاشته می شود، به جای واژه تعهد، از لفظ تکلیف استفاده می شود؛ چراکه در این مرحله، اصولاً قراردادی وجود ندارد و الزامات موجود، ناشی از حکم قانون هستند (L'Association Henri Capitant, 2008, p. 15).

پایگاهی در قانون ندارد و مستقیماً به توافق و اراده اشخاص متکی است. برای نمونه، تسلیم مبیع در محل انعقاد عقد بیع از جمله قواعد تکمیلی است. حال اگر در عقدی که در اقامتگاه فروشنده منعقد شده، طرفین به صراحت توافق کنند که تسلیم مبیع در محل سکونت خریدار انجام شود، این توافق از نوع قراردادی است.

در فرض دوم، اگر طرفین در مثال بالا در خصوص محل تسلیم مبیع به عنوان قاعده‌ای تکمیلی سکوت کنند، حکم ماده ۳۷۵ بر آن‌ها بار و مبیع باید در محل انعقاد عقد یا جایی که به موجب عرف و عادت مشخص شده است، به تسلیم درآید. در اینجا، این تعهدی قانونی است که بر این اشخاص تحمیل می‌شود و سکوت آن‌ها را نمی‌توان در مقام بیان ایجاد تعهدی قراردادی دانست. چراکه حتی در فرض ناآگاهی آنان از این قاعده تکمیلی و یا مخالفت با آن در صورت آگاهی نیز ناگزیر از تبعیت هستند (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۴۸).

اما فرض سوم زمانی است که طرفین قاعده تکمیلی را عیناً در قرارداد خود ذکر می‌کنند. برای نمونه در مثال بالا به صراحت بیان می‌کنند که مبیع باید در محل انعقاد عقد تسلیم شود. از آنجا که قواعد تکمیلی برخلاف قواعد آمره در هر حال برای طرفین لازم‌الاجرا نیستند، توافق طرفین در خصوص آن‌ها، حتی اگر نتیجه‌ای مشابه قاعده پیش‌گفته از سوی قانون‌گذار را به همراه داشته باشد، باز هم باید ناشی از توافق و اراده افراد تلقی شود. به دیگر سخن، در مثال بالا، هرگاه طرفین محل انعقاد عقد را به عنوان محل تسلیم مبیع در نظر بگیرند، این موضوع بسان توافقی مستقل است؛ هر چند نتیجه آن مشابه همان چیزی است که قانون‌گذار بیان کرده است. در واقع، از آنجا که طرفین عقد می‌توانند خلاف قاعده تکمیلی توافق کنند، این عدم توافق خلاف، خود اراده‌ای اصیل به‌شمار می‌رود.

۱.۲.۲. «اراده» در راستای هدف و کارکرد اصلی قرارداد

به مناسبت یک قرارداد، گاه تکالیف دیگری نیز بر دوش طرفین مستقر می‌شود که وابستگی چندانی به اراده آن‌ها و در نتیجه قرارداد ندارد. ممکن است قرارداد توجیه‌کننده و عاملی برای طرح بعضی از وظایف بوده، طرفین به موجب رابطه قراردادی خود موظف به انجام آن‌ها باشند، ولی این موضوع به معنای قراردادی تلقی شدن آن‌ها نیست. باید به این نکته توجه داشت که هر قرارداد به عنوان یک عمل حقوقی به منظور تحصیل یک هدف نهایی شکل می‌گیرد، ولی در این راستا ممکن است مولد آثار دیگری نیز باشد (اسلامی پناه، ۱۳۸۰، ص ۲۴). از این رو، تعهدات قراردادی آن‌هایی هستند که به منظور تحقق همان اثر نهایی بر دوش طرفین گذاشته شده است؛ هر چند تصور آثار دیگری که اثری غیر از اثر نهایی عقد دارند نیز دور از ذهن نیست. این موضوع در تقسیم‌بندی موجود در خصوص «تعهد» و «تکلیف» در حقوق فرانسه نیز

مستتر است. «تعهدات» که در نتیجه اراده اشخاص به وجود می آیند، عموماً در راستای دستیابی به هدف اصلی قرارداد هستند؛ در غیر این صورت، با وجود استقرار بر دوش طرفین مصداقی از تکالیف قانونی به شمار می روند (Serageldin, 2014, p. 163&165). البته باید توجه داشت که این موضوع در مورد تعهداتی که به طور ضمنی به قرارداد بار می شود، مصداق دارد. بنابراین، هرگاه طرفین در خصوص تعهدی غیرمرتبط با موضوع اصلی قرارداد به طور صریح توافق کنند، توافق یادشده تعهدی قراردادی به شمار رفته، نقض آن مسئولیت قراردادی را به همراه خواهد داشت؛ مانند اینکه خریدار ضمن قرارداد بیع تعهد نماید که فن یا دانشی را به فروشنده آموزش دهد.

برای روشن شدن این موضوع، وضعیت تعهد به ایمنی به عنوان یکی از تعهداتی که به طور ضمنی داخل در بسیاری از قراردادها در نظر گرفته می شود، مورد مطالعه قرار می گیرد. تعهد به ایمنی در حقوق فرانسه در خصوص متصدی حمل و نقل مفروض تلقی شده است. در واقع، انتظار طبیعی و اولیه اشخاص از متصدی حمل و نقل، جابه جایی سالم کالا و مسافر است. بنابراین تعهد به ایمنی، مقتضی فعالیت متصدی در راستای هدف اصلی قرارداد و نوعی تعهد قراردادی است. دادگاه تجدیدنظر فرانسه در سال ۱۹۱۱م بیان داشت که دعوی ناشی از نقض تعهد ایمنی از سوی شرکت های حمل و نقل، از نوع قراردادی است (Starck, 1973, p. 1049). همچنین، در رأی صادرشده در دعوی «Rodrigue V. Qutobus Lac Frontier Ltd (1957)» گفته شد که راننده اتوبوس به موجب قرارداد در قبال مسافران خود تعهد به ایمنی داشته و مسئول جبران خسارت است (Mettarlin, 1961, p. 40). این موضوع به نوعی مورد پذیرش شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران نیز قرار گرفت^۱.

این امر به این معنا نیست که در دیگر مشاغل هیچ تعهدی در مورد ایمنی وجود ندارد، بلکه به این مفهوم است که تعهد یادشده لزوماً قراردادی نیست. برای نمونه، در رأی «Dubé V. Laurin (1941)» خاطر نشان شد که صاحب یک رستوران در خصوص حفظ سلامت مشتریان خود، تعهد قراردادی ندارد (Mettarlin, Op. Cit: 41)، چراکه به واقع هدف اصلی قرارداد میان صاحب رستوران و مشتری، چیزی دیگر غیر از حفظ سلامت مشتری است؛ هر چند در صورت بروز خسارت، مشتریان می توانند از منظر قواعد ضمان قهری خسارت خود را مطالبه کنند. همچنین است در دعوی «Cecchy V. Societe des nouvelles galleries (1966)» که

۱. دادنامه شماره ۹۱۰۹۹۷۰۲۲۱۲۰۰۷۹۸ مورخ ۲۱ شهریور ۱۳۹۱: «... برای حمل چنین کالایی رعایت نکات فنی و ایمنی به نحوی که برای حمل این نوع از کالاها لازم است جزء شروط بنایی و لاینفک حمل آن برای هر حمل کننده متعارف و معقول است...» مندرج در: <http://j.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=WlhSTM43KOVIZIE9> آخرین بازدید: ۱۶ فروردین ۱۳۹۸. از نسبت دادن این تعهد به شرط بنایی (که در قراردادها مطرح است) برمی آید که دادگاه مسئولیت را از نوع قراردادی در نظر گرفته است.

خواهان به دلیل افتادن بر روی جعبه‌ای که در نمایشگاه خوانده در مسیر گذاشته شده بود، دچار آسیب شد، دادگاه در رأی خود هیچ اشاره‌ای به قرارداد (ضمنی) موجود میان او و خوانده نکرد و مسئولیت ایجادشده را از نوع خارج قراردادی دانست (McMahan, 1973, p. 507).

۲. اثر ضابطه تمییز مسئولیت قراردادی و خارج قراردادی در تشدید یا تخفیف خسارت در حقوق ایران و فرانسه

از آثار قابل بحث در مورد تمایز ضمان قهری از غیر آن بر مبنای اراده طرفین، امکان کاهش یا افزایش مسئولیت عامل زیان است. بعضی شواهد موجود مؤید این امر است که گاه بنا به دلایلی، از میزان خسارت قابل جبران کاسته شده یا بر آن افزوده می‌گردد. حال باید علاوه بر بررسی صحت این موضوع، به امکان‌سنجی آن در حیطه قراردادهای غیر آن نیز بپردازیم.

۲.۱. تشدید خسارت

خاستگاه خسارت تنبیهی (در مقابل خسارت ترمیمی) به‌عنوان ابزار افزایش مسئولیت، کشور انگلستان (قاسم‌زاده و همکاران، ۱۳۹۰، ص ۱۲۲) بوده و هدف آن، تنبیه عامل زیان است. به همین دلیل مبلغ آن بیش از خسارت واقعی واردشده بوده و از این منظر از قدرت بازدارندگی بالاتری برخوردار است (آقایی و برومند بارده، ۱۳۹۶، ص ۱۳۵).

در حقوق ایران مقرره‌ای کلی در مورد خسارت تنبیهی به چشم نمی‌خورد و تنها قانونی که برای نخستین بار به این خسارت رسمیت داده، ماده واحده قانون اصلاح قانون صلاحیت دادگستری جمهوری اسلامی ایران برای رسیدگی به دعاوی مدنی علیه دولت‌های خارجی مصوب سال ۱۳۷۹ش است^۱ که امکان مطالبه این خسارت را در روابط بین‌الملل پذیرفته است (تقی‌زاده و همکاران، ۱۳۹۱، ص ۵۰). افزون بر این، بعضی وجه التزام موضوع ماده ۲۳۰ قانون مدنی را که اصولاً میزانش بیش از خسارت واقعی است (عابدیان، ۱۳۸۵، ص ۸؛ قاسم‌زاده و همکاران، همان، ص ۱۳۷)، مصداقی از خسارت تنبیهی می‌دانند. افزون بر این، نهاد جریمه اجبار که در ماده ۷۲۹ قانون سابق آئین دادرسی مدنی ایران (که امروزه نسخ شده است) و ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی پیش‌بینی شده، علی‌رغم بعضی تفاوت‌های جزئی، کارکردی مشابه خسارت تنبیهی داشته، به متعهدله پرداخت می‌شود (قاسمی حامد و همکاران، ۱۳۹۲،

۱. ماده ۴ این قانون بیان می‌دارد که «باتوجه به اصل عمل متقابل، تقویم خسارات مادی، معنوی و تنبیهی زیان‌دیدگان، مشابه احکام صادره از دادگاه خارجی است».

ص ۱۷۰). به دلیل نبود نص و نیز عدم اشاره به خسارت تنبیهی در متون فقهی، گروهی حکم به این نوع خسارت را در حقوق ایران جایز ندانسته، تبصره قانون مصوب ۱۳۷۹ش را تنها محدود به دعاوی خارجی می‌دانند (سیمایی صراف و همکاران، ۱۳۹۷، ص ۲۱۹ و ۲۲۱؛ تقی‌زاده و همکاران، همان، ص ۵۲). درمقابل، گروهی ضمن پذیرش سکوت قانون‌گذار، وجود این نهاد در حقوق ایران را لازم می‌شمردند (خسروی فارسیانی و پیرانوند، ۱۳۸۹، ص ۱۳۴). در حقوق فرانسه نیز خسارت تنبیهی به‌طور رسمی پیش‌بینی نشده (Couture, 2017, p. 25)، ولی نشانه‌هایی از این نهاد در قوانین و رویه قضایی این کشور مشهود است (Couture, 2017, p. 136). Op. Cit: 28; Calciu, 2008, p. 136 که با بذل توجه به فقدان منع صریح تجویز این نوع خسارت (Barghetti, 2009, p. 55)، می‌توان به‌طور کلی رأی به عدم مغایرت خسارت تنبیهی با قانون اساسی این کشور داد (Courte, 2005, p. 749).

مهم‌ترین نمونه این نهاد در حقوق فرانسه، ماده ۴-۱-۳۳۱ قانون مالکیت فکری است که به‌موجب آن تمام عواید ناشی از نشر غیرقانونی یک اثر، ضبط و به زیان‌دیده پرداخت می‌شود (Barghetti, Op. Cit: 58).^۱ هرچند در اینجا به‌صراحت نامی از خسارت تنبیهی برده نشده، ولی مشخص است که پرداخت این عایدی ضبط‌شده به زیان‌دیده و نه دولت، از باب جبران خسارت است (Ibid). همچنین، ماده ۶-۱۲۳۱ قانون مدنی این کشور نیز به طلبکار امکان مطالبه خسارتی بیش از تأخیر تأدیه یا کاهش ارزش پول را در فرضی که بدهکار با سوءنیت مبادرت به تأخیر در پرداخت دین خود کرده است، می‌دهد.^۲ ممکن است گفته شود که این ماده در فرضی مطالبه خسارت بیشتر را جایز می‌داند که به‌واقع خسارت بیشتری به بستانکار وارد شده باشد. هرچند این استدلال قابل پذیرش است، ولی باید توجه داشت که این ماده قید سوءنیت را نیز ذکر کرده است؛ به این معنا که چنین خسارتی تنها در فرض وجود سوءنیت از جانب بدهکار قابل جبران است. بنابراین، مطالبه این خسارت مضاعف تنها به ورود زیان مضاعف به بستانکار منوط نبوده، شرط سوءنیت بدهکار را نیز لازم دارد. بنابراین، می‌توان ادعا کرد عامل سوءنیت به‌عنوان یک قید مشدد عمل کرده، به همراه عاملی دیگر (ورود خسارت مضاعف) منجر به تشدید مسئولیت می‌شود. همچنین، دو نهاد خسارت مضاعف (ماده ۱۳-۲۱۱ قانون بیمه فرانسه (Ibid, p. 60) و جریمه‌های مدنی در حقوق فرانسه، ماهیتی شبیه خسارت تنبیهی دارند. نمونه‌ای از جریمه مدنی هم در قانون تجارت فرانسه قابل مشاهده است که به‌موجب آن

1. L. 331-1-4: "... La juridiction peut également ordonner la confiscation de tout ou partie des recettes procurées par la contrefaçon, l'atteinte à un droit voisin du droit d'auteur ou aux droits du producteur de bases de données, qui seront remises à la partie lésée ou à ses ayants droit".
2. Article 1231-6: "...Le créancier auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages et intérêts distincts de l'intérêt moratoire".

تخطی از بعضی قواعد مربوط به حقوق رقابت می‌تواند به پرداخت این نوع جریمه از سوی متخلف منجر شود (Ibid, p. 61). این نهاد در ماده ۱۲۶۶ پیش‌نویس اصلاح قانون مسئولیت مدنی این کشور نیز پیش‌بینی شده است^۱ (Jean Marie, 2016, p. 306). درست است که این جریمه به دولت پرداخت می‌شود، ولی هدف آن چیزی شبیه خسارت تنبیهی است. پرداخت این مبلغ از سوی متخلف از قوانین و مقررات نوعی بازدارندگی و تنبیه به‌دنبال دارد. توجه به این نکته به همراه سایر مصداق‌هایی که پیش‌تر در مورد خسارت تنبیهی گفته شد، می‌تواند این امر را به ذهن متبادر کند که قانون‌گذار فرانسه مخالفت چندانی با پرداخت مبلغی مازاد بر خسارت واقعی و با هدف بازدارندگی و تنبیه ندارد. از منظر رویه قضایی نیز پرداخت خسارت بیشتر در پرونده‌های خسارت معنوی ناشی از مرگ اشخاص در نتیجه تقصیر عامل زیان (Ibid,) p. 63 و نیز عدم به‌کارگیری کارگر بنابه دلایل تبعیض‌آمیز (Jean Marie, Op. Cit: 73)، نمونه‌هایی از خسارت تنبیهی است. پس از مباحث گفته‌شده و دریافت پذیرش نسبی خسارت تنبیهی، نوبت به آن می‌رسد که خاطرنشان کنیم این نوع خسارت تنها در ضمان قهری قابلیت حکم دارد. (Borghetti, Op. Cit: 56). این مسئله در حقوق انگلیس و امریکا (برومند، ۱۳۹۶، ص ۲۳۷) نیز که به نوعی خاستگاه این نوع خسارت هستند، پذیرفته شده است و عرصه قراردادهای مجالی برای در نظر گرفتن خسارتی اضافه با عنوان خسارت تنبیهی به‌دست نمی‌دهد. به نظر می‌رسد ضابطه‌ای که برای تفکیک مسئولیت قراردادی از خارج از قراردادی نیز گفته شد با این موضوع سازگار باشد؛ چراکه تعیین‌کننده حدود و ثغور قرارداد، اراده اشخاص است و نمی‌توان از محدوده آن فراتر گذاشت. این موضوع در خصوص خسارت قراردادی قابل مطالبه نیز صادق است و میزان آن نمی‌تواند از محدوده اراده طرفین فراتر رود (Marigonal, 2017, p. 85). حال این اراده یا به‌طور صریح است یا ضمنی. اراده صریح در قالب وجه التزام قراردادی متبلور می‌شود، جایی که طرفین پیش‌بینی می‌کنند که از نقض یک تعهد چه میزان خسارت ممکن است به آن‌ها وارد شود. در این صورت، نقض تعهد جز خسارت توافقی شده خسارتی را در پی نخواهد داشت، حتی اگر مقدار واقعی آن کمتر یا بیشتر از وجه التزام باشد. حال اگر اشخاص در مورد مبلغ مقطوعی به‌عنوان خسارت توافق نکنند، خواسته ضمنی آن‌ها این است که خسارت وارد شده را به میزان واقعی جبران کنند. بدیهی به نظر می‌رسد که اصولاً افراد به‌خودی‌خود به پرداخت مبلغی بیش از آنچه واقعاً ملزم به آن هستند، تمایلی نداشته باشند؛ در نتیجه نمی‌توان پرداخت خسارت مازاد یا خسارت تنبیهی را به اراده ضمنی آن‌ها نسبت داد. بنابراین، این موضوع با طبیعت مسئولیت قراردادی و نقش مؤثر اراده در آن، همخوانی ندارد؛

1. Available on : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Rapport_CA_PARIS_reforme_responsabilite_civile.pdf, last visited 2019.11.14.

خصوصاً آنکه در یک قرارداد به دلیل وجود عنصر اراده، عوضین معمولاً معادل و برابر یکدیگر بوده، از مطلوبیت یکسانی برای طرفین برخوردار هستند. از این رو هرگاه در صورت عدم انجام تعهد قراردادی حکم به الزام طرف خاطی به انجام عین آن داده شود، حق طرف مقابل ایفا شده، دیگر خسارت تنبیهی از وجهه‌ای برخوردار نخواهد بود.^۱ به بیان دیگر، در یک قرارداد هر یک از طرفین پذیرفته‌اند که اگر عوض مقابل را دریافت کنند به آنچه مطلوب و مقصود خود بوده، رسیده‌اند. از این رو مبنایی برای پرداخت خسارت تنبیهی وجود ندارد. همچنین در قراردادها، طرفین می‌توانند در مورد میزان خسارت قابل پرداخت توافق کرده، مبلغی بیشتر از خسارت واقعی را به‌عنوان وجه التزام در نظر بگیرند. در غیاب چنین توافقی شاید بتوان گفت که اراده آن‌ها بر جبران معادل زیان وارد شده بود، نه وجهی کمتر یا بیشتر. در واقع در این فرض، طرفین قرارداد از فرصت خود مبنی بر تعیین مبلغی بیشتر از خسارت واقعی استفاده نکرده‌اند و دلیلی ندارد که قاضی از رهگذر خسارت تنبیهی، چنین امتیازی برای آن‌ها قائل شود. این در حالی است که در فقدان چنین امری در ضمان قهری، حکم به پرداخت خسارت مازاد از باب تنبیه برای جلوگیری از سوءاستفاده افراد لازم می‌نماید. برای نمونه، اصولاً توافق دو نفر بر خرید و فروش یک خودرو به آن معناست که ارزش آن خودرو برای خریدار بیشتر از فروشنده‌ای بوده که حاضر به فروش خودروی خود شده است. حال در همین فرض، اگر خریدار خودرو را از فروشنده بدزدد و در مقابل، تنها ناگزیر به پرداخت قیمت بازاری آن شود، آن ارزش بالاتری که خودرو برای او داشته و درست به همین دلیل هم طرف مقابل قصد فروش آن را پیدا کرده، از بین رفته است، در نتیجه فروشنده در این میان متحمل ضرر می‌شود (آقایی و برومند، ۱۳۹۶، ص ۱۵۲)؛ به همین دلیل با وضع خسارت تنبیهی می‌توان جلوی این‌گونه سوءاستفاده‌ها را گرفت.

نکته تکمیلی دیگری که می‌توان گفت این است که به دلیل وجود عنصر اراده در قراردادها و در نتیجه صدق عنوان تقصیر بر نقض تعهدات قراردادی در بیشتر موارد، طرح دعوا از سوی زیان‌دیده از بعضی جهات با آسانی بیشتری همراه است؛ در حالی که این موضوع در دعاوی ناشی از ضمان قهری وجود نداشته و هزینه آن برای زیان‌دیده تاحدی قابل توجه است. حکم به خسارت تنبیهی در دعاوی دسته اخیر می‌تواند انگیزه زیان‌دیده در اقامه دعوا را بالا برده، از این طریق تا حدی تعادل میان این دو نوع مسئولیت را برقرار سازد (آقایی و برومند، همان، ص ۱۲۴).

۱. انجام عین تعهد، خسارت‌هایی همچون خسارت تأخیر تأدیه را نیز دربر می‌گیرد؛ چراکه این مبلغ مازاد، خسارت نبوده و ارزش پولی است که در طول زمان کاهش یافته است (افتخار جهرمی، گودرز و حسینی پویا، محسن (۱۳۹۴)، «تحلیل و نقد اقوال فقهی پیرامون خسارات کاهش ارزش پول پس از تأخیر در تأدیه»، تحقیقات حقوقی، شماره ۷۱، ص ۳۵).

۲.۲. تخفیف خسارت

یکی دیگر از مباحثی که در میزان خسارت قابل جبران مطرح است، امکان تخفیف مسئولیت است. مهم‌ترین ماده مرتبط با این موضوع در حقوق ایران، ماده ۳ و ۴ قانون مسئولیت مدنی است. ماده ۳ به تعیین میزان خسارت با توجه به اوضاع و احوال از سوی دادگاه اشاره دارد. استفاده از عبارت «اوضاع و احوال» این موضوع را به ذهن متبادر می‌کند که افزون بر زیان وارد شده، مسائل دیگری نیز در تعیین میزان خسارت اثرگذار هستند. این تردید با عنایت به ماده ۴ به یقین مبدل می‌شود؛ جایی که از تخفیف میزان خسارت و عوامل مؤثر در آن سخن به میان می‌آید؛ عواملی همچون مساعدت مؤثر عامل زیان، وضعیت مالی او و تقصیر زیان‌دیده. گفته می‌شود این موضوع که در فقه فاقد سابقه است، برگردانی از ماده ۴۳ قانون تعهدات سوئیس است (الشریف و سعیدی، ۱۳۹۲، ص ۸ و ۱۹).^۱ در واقع به موجب این ماده، قاضی در تشخیص اقدام زیان‌دیده و میزان تأثیر آن مختار است و می‌تواند میزان خسارت پرداختی از سوی عامل زیان را کاهش دهد. به نظر می‌رسد مصالحی همچون تسهیل جبران خسارت و تمایل بیشتر عامل زیان به انجام این امر می‌تواند از جمله فواید تخفیف خسارت باشد؛ چراکه برای نمونه، کاهش میزان خسارت قابل جبران در نتیجه عوامل پیش‌بینی‌شده در قانون می‌تواند امکان جبران سریع‌تر از ناحیه مسئول را به همراه داشته باشد. از طرف دیگر، امکان تخفیف خسارت از سوی قاضی با تحلیل نقش قاضی در دعاوی مسئولیت مدنی نیز سازگار است؛ چراکه رأی صادره در این دعاوی صرفاً اعلامی نبوده (الشریف و سعیدی، همان، ص ۲۰) و جنبه تأسیسی نیز داشته است. اعلامی بودن رأی از این جنبه است که حق زیان‌دیده در مورد جبران خسارت پیش از صدور رأی ایجاد شده، ولی میزان آن از طریق رأی صادر شده تعیین گشته و از این منظر دارای وصف تأسیسی است (رسولیان، ۱۳۸۶، ص ۹۰).

در حقوق فرانسه عده‌ای ضمن تأکید بر اصل جبران کامل خسارت، فقدان مقرره‌ای کلی در خصوص امکان کاهش و تخفیف خسارت را به معنای عدم پذیرش آن قلمداد می‌کنند (Le Pautremat, 2006, p. 206). به باور این گروه، توجه به اوضاع و احوال در تعیین میزان زیان در حقوق این کشور طریقت دارد نه موضوعیت؛ به این معنا که میزان واقعی خسارت با توجه به همین اوضاع و احوال تعیین شده است و بدون اینکه در کنار آن باشد به‌عنوان یکی از معیارهای

1. Article 43: "Le juge détermine le mode ainsi que l'étendue de la réparation, d'après les circonstances et la gravité de la faute".

همان‌گونه که مشخص است در این ماده، تنها به‌طور کلی به تعیین نحوه و میزان جبران خسارت از سوی قاضی با توجه به شرایط و سنگینی تقصیر اشاره شده و از سایر عوامل تأثیرگذاری که قانون مسئولیت مدنی ایران به آن پرداخته، سخنی به‌میان نیامده است.

مؤثر بر آن در نظر گرفته می‌شود (همان، ص ۱۳). با این استدلال، اصل جبران کامل خسارت نیز به قوت خود باقی می‌ماند، چرا که اوضاع و احوال خود به‌عنوان یک عامل در دل این اصل جای گرفته، میزان خسارت کامل با توجه به آن ارزیابی می‌شود. همچنین گفته می‌شود که در حقوق این کشور اصل جبران کامل خسارت به بهانه‌های دیگری همچون دخالت زیان‌دیده، دور بودن سبب و یا حتی حسن‌نیت زیر پا گذاشته می‌شود (Le Pautremat, Op. Cit: 207&213) که این خود حاکی از انعطاف‌پذیری اصل یادشده است. هرچند مفهوم اوضاع و احوال و شرایط تأثیرگذار بر آن به‌خوبی در حقوق فرانسه تبیین نشده، با این حال حقوق‌دان‌ها نمونه‌هایی از آن را به‌طور پراکنده بیان کرده‌اند؛ تقصیر زیان‌دیده یکی از این نمونه‌ها است (David, 1935, p. 70). ضمن اینکه بعضی توضیحات ارائه‌شده پیرامون این موضوع بیشتر بحث تقسیم مسئولیت را به ذهن متبادر می‌کند، ولی پاره‌ای موارد همچون توجه دادگاه‌ها به شدت واقعی فعل کمک‌کننده زیان‌دیده در کنار نقش یا تقصیر او، این امر را تا حدی به بحث تخفیف خسارت نزدیک می‌کند (Ibid). در این خصوص درجایی گفته شده که گاه ممکن است دادگاه با وجود ارتکاب تقصیر از سوی هردو طرف (عامل زیان و زیان‌دیده) با توجه به شدت تقصیر یک طرف، جبران خسارت را تنها به او تحمیل نماید؛ مانند زمانی که شخصی سیگار خود را نزدیک یک آسیاب پرتاب کند و صاحب آسیاب با وجود داشتن امکان، اقدامی در خصوص رفع این خطر انجام ندهد. در اینجا تقصیر نفر دوم بسیار بزرگ‌تر از اولی است و از این رو تنها باید حکم به مسئولیت او داد (Demogue, 1925, p. 514). همچنین، میزان تأثیر اقدام عامل زیان و شدت و ضعف تقصیر او نیز می‌تواند به‌عنوان معیاری در ارزیابی میزان خسارت قابل جبران مورد توجه قرار گیرد. به بیان دیگر، همان‌گونه که تقصیر سنگین می‌تواند تشدید مسئولیت را به‌همراه داشته باشد (Chauveau, 1979, p. 4)، کوچکی آن نیز می‌تواند به تخفیف خسارت بینجامد که تشخیص آن برعهده قاضی است (Demogue, Op. Cit). از این رو، غالباً دادگاه‌های فرانسه در رأی خود تقصیر را توصیف کرده، شدت و ضعف آن را تعیین می‌نمایند (امین‌فر، ۱۳۱۹، ص ۴۲۸)

سبک و سیاق قانون مسئولیت مدنی اختصاص آن به ضمان قهری را به ذهن متبادر می‌کند. هرچند می‌توان گفت که اصطلاح «مسئولیت مدنی» عام و ناظر به هردو نوع قراردادی و خارج قراردادی است، ولی در بین مواد این قانون ماده‌ای را نمی‌توان یافت که مرتبط با بحث مسئولیت قراردادی باشد. از این رو می‌توان بر این عقیده بود که اختیار قاضی در تعیین میزان خسارت و تخفیف آن با توجه به اوضاع و احوال تنها در مورد ضمان قهری قابلیت اجرا دارد. افزون بر این، گفته می‌شود که اصل جبران کامل خسارت که یکی از مهم‌ترین موانع کاهش یا افزایش خسارت است، در مورد قراردادهای مفهومی کاملاً قراردادی داشته، با مسئولیت خارج قراردادی به دلیل وجود مؤلفه‌هایی چون قابلیت پیش‌بینی، متفاوت است (رنجبر، ۱۳۹۴، ص

۴۴ و ۴۵). همان گونه که گفته شد، اساس قراردادهای بر اراده استوار است و طرفین یک قرارداد انتظار مشخصی از انعقاد آن دارند و محدوده معینی برای خسارت ناشی از نقض تعهدات آن در نظر گرفته، پیش‌بینی می‌نمایند. این افراد به میل خود یا به این عرصه نهاده‌اند و به همین دلیل معمولاً در مذاکرات سعی در تحقق خواسته‌های خودشان و جلب بیشترین منفعت برای خود دارند. به همین دلیل، دخل و تصرف در خسارت وارد شده و خصوصاً کاهش آن که به نحوی مصلحت عامل زیان را نیز در نظر می‌گیرد، از پایگاه‌چندانی برخوردار نیست؛ چراکه شاید در فرض پیش‌بینی چنین موضوعی، متعهدله در خصوص عوض و معوض با متعهد توافق متفاوتی می‌کرد. به بیان دیگر، متعهدله مذاکرات خود را بر این پایه استوار کرده است که در صورت نقض تعهد، متعهد مبلغ واقعی خسارت را پرداخت کند و از این‌رو تعادل قراردادی برقرار گردد. در حالی که اگر امکان کاهش خسارت کمتری را می‌داد، برای جلب منفعت بیشتر مذاکرات را به شکلی دیگر پیش می‌برد. متعهد با اراده خود انجام تعهدی را برعهده گرفته است و در صورت نقض آن باید خسارت این عهدشکنی را جبران کند. از این‌رو، حمایت از او و اعطای تخفیف به بهانه وجود عواملی همچون وضعیت مالی یا شدت و ضعف تقصیر او، نباید راهی به میزان مسئولیت و جبران خسارت پیدا کند. وضعیت متعهدی که با اراده خود پا به عرصه قرارداد گذاشته و لازم است در مورد پیامدهای نقض عهد خود تأمل لازم را بکند، با شخصی که بدون هیچ پیش‌آگهی به دیگری زبانی وارد می‌کند، متفاوت است. نفر اول از همان ابتدا می‌داند یا دست‌کم برای او قابل پیش‌بینی است که در صورت عدول از تعهدی که برعهده گرفته، چه چیزی در انتظار اوست؛ به همین دلیل، ارفاق یا تخفیف مسئولیت او از جایگاه زیادی برخوردار نیست. به همین سبب به نظر می‌رسد که باید امکان تخفیف خسارت را به ضمان قهری محدود کرد و در حوزه قراردادهای واقعی به آن نپردازد.

نتیجه

تبیین مرز دقیق میان مسئولیت قراردادی و خارج قراردادی می‌تواند نخستین گام در راه پایان دادن به اختلافات گوناگونی باشد که در خصوص تعریف، مصادیق و مباحثی از جمله وحدت یا تعدد مسئولیت بوده، با تعیین گستره هر کدام از مسئولیت‌ها، از گسترش بی‌دلیل مسئولیت قراردادی جلوگیری نماید. «اراده» و نه صرف قرارداد، ضابطه‌ای است که مرز مسئولیت قراردادی از خارج قراردادی را مشخص می‌کند. اراده در این معنا باید اصیل بوده، حاصل ابتکار طرفین قرارداد باشد. همچنین باید به تعهداتی تعلق بگیرد که در راستای هدف و کارکرد نهایی قرارداد باشند؛ در غیر این صورت نمی‌تواند موجب وصف قراردادی برای مسئولیت و تعهد مدنظر باشد. لزوم وجود این اراده، قرارداد را به عرصه‌ای قابل پیش‌بینی تبدیل می‌کند که قسمت‌های

مختلف آن نباید به قدر غیرمتعارف برای طرفین غیرقابل انتظار باشد. از این رو، مطالبه خسارت تنبیهی در خصوص نقض تعهدات قراردادی اصولاً نباید مورد پذیرش قرار گیرد. در مقابل، کاهش میزان خسارت به دلیل اوضاع و احوال حاکم بر نقض تعهدات قراردادی نیز قابل پذیرش نیست، چراکه اراده طرفین به این امر تعلق نگرفته است. این در حالی است که هردوی این موارد در عرصه خارج قراردادی قابل اعمال هستند، زیرا پیش‌بینی و انتظار طرفین در این خصوص نقش چندان باری نکرده و قاضی است که در غیاب توافق آن‌ها، میزان خسارت قابل جبران را تعیین می‌نماید.

منابع و مأخذ

۱. فارسی

۱. امامی، حسن (۱۳۹۰)، حقوق مدنی، ج ۱، چ ۳۲، تهران: انتشارات اسلامیه.
۲. برومند، نوید (۱۳۹۶)، خسارت تنبیهی، تهران: مجتمع علمی و فرهنگی مجد.
۳. جعفری تبار، حسن (۱۳۷۵)، مسئولیت مدنی سازندگان و فروشندگان کالا، تهران: نشر دادگستر.
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۲)، حقوق تعهدات، ج ۱، تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
۵. حائری شاه‌باغ، علی (۱۳۸۷)، شرح قانون مدنی، ج ۱، چ ۳، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۶. زوردن، پاتریس (۱۳۹۱)، اصول مسئولیت مدنی، مترجم: مجید ادیب، چ ۳، تهران: انتشارات میزان.
۷. شهیدی، مهدی (۱۳۸۹)، آثار قراردادهای و تعهدات، ج ۳، چ ۴، تهران: انتشارات مجد.
۸. صفایی، حسین و رحیمی، حبیب‌الله (۱۳۸۹)، مسئولیت مدنی، تهران: انتشارات سمت.
۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸)، قواعد عمومی قراردادهای، ج ۱، چ ۸، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، قواعد عمومی قراردادهای، ج ۳، چ ۵، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۹)، الزام‌های خارج از قرارداد، ج ۱، چ ۹، تهران: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران.
۱۲. کریمی، عباس (۱۳۹۷)، چهل گفتار حقوقی، تهران: انتشارات دادگستر.
۱۳. آقای، کامران و برومند بارده، نوید (بهار و تابستان ۱۳۹۶)، «تحلیل حقوقی و اقتصادی خسارت ترمیمی»، دانشنامه حقوق اقتصادی، سال ۳۴، ش ۱۱.
۱۴. اسلامی پناه، علی (تابستان ۱۳۸۰)، «تعارض تعهدات اصلی و فرعی در قرارداد»، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، ش ۵۲۷.

۱۵. الشریف، محمدمهدی و سعیدی، سمیه (بهار و تابستان ۱۳۹۲)، «نقد نهاد تخفیف بر اساس وضعیت مالی عامل زیان در دعوای مسئولیت مدنی»، حقوق خصوصی، ش ۲۲.
۱۶. افتخار جهرمی، گودرز و حسینی پویا، محسن (پاییز ۱۳۹۴)، «تحلیل و نقد اقوال فقهی پیرامون خسارات کاهش ارزش پول پس از تأخیر در تأدیه»، تحقیقات حقوقی، ش ۷۱.
۱۷. امین‌فر، رحمت‌الله (۱۳۱۹)، «تقصیر در قانون مدنی فرانسه»، مجموعه حقوقی وزارت دادگستری، ش ۱۵.
۱۸. امامی، اسدالله (زمستان ۱۳۵۴)، «نقش اراده در قراردادها»، حق (مطالعات حقوق قضایی)، ش ۴.
۱۹. بیگدلی، سعید (پاییز و زمستان ۱۳۹۶)، «تبعیت مسئولیت قراردادی از اراده طرفین در قانون مدنی»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ش ۱۷.
۲۰. تقی‌زاده، ابراهیم؛ خسروی فارسانی، علی؛ موسی‌پور، میثم (بهار و تابستان ۱۳۹۱)، «ماهیت و آثار خسارت تنبیهی در حقوق کامن‌لا (با مطالعه تطبیقی)»، دانش حقوق مدنی، ش ۱.
۲۱. خسروی فارسیانی، علی و پیرانوند، شاهپور (تابستان ۱۳۸۹)، «مقایسه تطبیقی وجه التزام و خسارت تنبیهی»، مجله حقوقی دادگستری، ش ۲۰۷۰.
۲۲. رنجبر، مسعودرضا (۱۳۹۴)، «مسئولیت زیان‌دیده در کاهش خسارت قراردادی»، کنفرانس بین‌المللی مدیریت، اقتصاد و علوم انسانی.
۲۳. سیمایی صراف، حسین؛ ابوعطا، محمد؛ برمانزن، فاطمه (بهار و تابستان ۱۳۹۷)، «شیوه‌های الزام به اجرای عینی قرارداد در فقه و حقوق ایران»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال دهم، ش ۱۸.
۲۴. عابدیان، میرحسن (بهار ۱۳۸۵)، «مطالعه تطبیقی قابلیت اجرای شروط کیفری در قراردادها؛ لزوم تجدیدنظر در ماده ۲۳۰ قانون مدنی ایران»، الهیات و حقوق، ش ۹.
۲۵. قاسم‌زاده، روح‌اله؛ پارساپور، محمدباقر؛ علوی، محمدتقی (زمستان ۱۳۹۰)، «جریمه‌های قضایی و شروط جزایی در حقوق انگلیس (با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران)»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۵، ش ۴.
۲۶. قاسمی حامد، عباس؛ خسروی فارسیانی، علی؛ آقابابایی، فهیمه (بهار ۱۳۹۲)، «خسارت تنبیهی در حقوق ایران»، مجله حقوقی دادگستری، ش ۸۱.
۲۷. کریمی، عباس؛ صادقی‌راد، الهام؛ تقی‌زاده، ابراهیم (بهار ۱۳۹۷)، «تلاشی در راستای تبیین قاعده ملازمه نفع-مخاطره و جایگاه آن در ضمان قهری شرعی»، مطالعات حقوقی، دوره ۱۰، ش ۱.
۲۸. داوودی لیمونی، حسین (۱۳۹۰)، «قلمرو حاکمیت اراده در امر مرور زمان، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی».
۲۹. رسولیان، محسن (۱۳۸۶)، «بررسی تطبیقی قاعده لزوم جبران کامل (کافی، فوری و مؤثر) خسارت، مقطع کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه قم».

٢. عربی

٣٠. خوانساری، جمال‌الدین (١٣٦٤)، التعليقات على الروضة البهية، ج ١، ج ٢، قم: مدرسه رضويه.
٣١. علامه حلی (١٤٢٣ق)، تذكروه‌الفقه، ج ١٣، قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام لأحياء التراث.
٣٢. كاشف الغطاء، حسن (بی‌تا)، انوار الفقاهه، ج ١، بی‌جا: مكتبة كاشف الغطاء العامه.
٣٣. نجفی جواهری، محمدحسن (١٣٦٢)، جواهرالكلام فی شرح شرايع الاسلام، ج ٤٣، ج ٧، بیروت: دار احیاء التراث العربی.

٣. انگلیسی و فرانسوی

34. Borghetti, Jean- Sebastien (2009), Punitive damages: common law and civil law perspective, Tort and insurance law, Vol.25, Vienna: Springer.
35. Brogyova, Andras (1998), "The concept and nature of contractual obligation", Acta Juridica Hungarica, Vol.39, Issue 1-2, 1-24.
36. David, Rene (1935), "Measure of damage in the French law of contract", Journal of comparative legislation and international law, Vol.17, 61-72.
37. Le Pautremat, Solene (2006), "mitigation of damage; a French perspective", International and comparative law quarterly, vol 55, No.1, 205-218.
38. McMahan, Bryan M.E. (1973), "Delictual liability in France", Northern Ireland legal quarterly, Vol.24, 491-514.
39. Mettarlin, Daniel M (1961), "Contractual and delictual responsibility in Quebec: The rediscovery of contract", McGill law journal, Vol.8, No1, 38- 56.
40. Starck, Boris (1973-1974), "the foundation of delictual liability in contemporary French law: an evaluation and a proposal", Tulane law review, Vol.48, 1043-1074.
41. l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française (2008), "Principes contractuels communs", Paris: Société de législation compare
42. Baudouin, Jean- Louis (1973), La responsabilité civile délictuelle, Montréal: les presses de l'Université de Montréal.
43. Demogue, René (1925), Traite des obligations en général, Tome5, Paris: Libraire Arthur Rousseau.
44. Rouviere, Federic (2010), La remise en cause du contrat par le juge, l'efficacité du contrat, Aix-en-Provence: Dalloz.
45. Calciu, Diana (2008), "les dommages et interest punitifs", Studia Universitatis Babeş-Bolyai Jurisprudentia, Vol.2, 136-157.
46. Chauveau, Paul (1979), "la faute inexcusable", annals de droit Aérien et spatial, Vol.4.
47. Courte de Font michel, Alexandre (2005), "La sanction des fautes lucratives par des dommages- interets punitifs et le droit Francaise", Uniform law review, vol.10, issue 4, 737- 757.

48. Cremades, Bernardo M., (2002), "Les dommages-intérêts conventionnelles prévus en cas de rupture de contrat, les clauses pénales et les dommages intérêts a caractère répressif dans les contrats internationaux", *International business law journal*.
49. Couture, Marc- Antonie (2017), *Contrefaçon et recours civil: la quantification de dommages au Quebec et en France, pour obtenir le grade de master, droit prive, Université de Paris-sud et Université Laval Québec*.
50. Freleteau, Barbara (2015), *devoir et incombance en matiere contractuelle, sous la direction de Laura Sautonie-Laguionie Thèse pour obtenir le grade de Docteur, Droit prive, Universite de Bordeaux*.
51. Jean Marie, Emilie (2016), *La reparation de prejudice en droit du travail, sous la direction de Patrice Adam et Bernard Bossu thèse pour obtenir le grade Docteur, Droit prive, Université de Lorraine*.
52. Marignol, Ludovic (2017), *La prévisibilité en droit des contrats, sous la direction de Jerome Julien, Thèse pour obtenir le grade de Docteur, Droit prive et Science criminelles, L'Université de Toulouse*.
53. Mauclair, Stéphanie (2011), *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle, sous la direction de Tristan Azzi, Thèse pour obtenir le grade de Docteur, droit prive, l'Université d'Orléans*.
54. Serageldin, Sami (2014), *Les clauses ayant effet a l'échelle des groupes de contrats, sous la direction de Nicolas Bouche. Thèse pour obtenir le grade de Docteur, Droit prive, Universite Jean Moulin (Lyon3)*.
55. <http://j.ijri.ir/SubSystems/Jpri2/Showjudgement.aspx?id=WlhSTm43K0VIZIE9>.