

قهری یا قراردادی بودن مسوولیت مدنی ناشی از ضمان درک

دکتر حبیب طالب‌احمدی*

دانشگاه شیراز

چکیده

هدف از مسوولیت مدنی، جبران خسارت زیان دیده است. این مسوولیت بر اساس مبنا به قهری و قراردادی تقسیم می‌شود. مسوولیت قراردادی در نتیجه نقض یک توافق الزام‌آور به وجود می‌آید، در حالی که مسوولیت قهری به حکم قانون محقق می‌شود. علی‌رغم هدف مشترک در دو مسوولیت قهری و قراردادی، اصول حاکم بر آنها متفاوت بوده و لزوم تفکیک میان آن دو را توجیه می‌کنند. تمیز میان دو مسوولیت قهری و قراردادی همواره به سادگی ممکن نیست. تعیین مبنای مسوولیت ناشی از ضمان درک از جمله این موارد می‌باشد. آراء مختلفی در بیان مبنای مسوولیت مزبور ارائه شده است. برخی آن را مبتنی بر رابطه قراردادی میان طرفین شمرده و گروهی اراده طرفین را غیر مؤثر می‌دانند و در تحقق مسوولیت، به حکم قانون استناد می‌کنند. این تحقیق سعی دارد با معرفی هر دو دیدگاه به نقد و بررسی آنها بپردازد.

واژه‌های کلیدی: مسوولیت مدنی، مسوولیت قهری، مسوولیت قراردادی، ضمان درک.

* استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی - دکتری حقوق خصوصی talebahmadi@yahoo.com

تاریخ پذیرش: ۱۳۸۸/۱۰/۱۶

۱. مقدمه

مسئولیت مدنی وسیله‌ای است برای پاسخگویی به نگرانی مشروع زیان‌دیده و وظیفه‌ای است که برعهده یک مسوول نهاده شده، تا زیان‌های وارده بر دیگری را جبران کند. این مسوولیت ممکن است قهری یا قراردادی باشد.

بیشتر تفکیک میان مسوولیت قراردادی و قهری ناشناخته بود. هنوز هم در این زمینه اتفاق نظر وجود ندارد: برخی این تقسیم را براساس مبنای ایجاد مسوولیت پذیرفته‌اند. در این دیدگاه، سبب مسوولیت، ملاک تقسیم قرار گرفته است. اگر خسارت در نتیجه عدم اجرا یا تأخیر در اجرای قرارداد حادث شود، مسوولیت جبران آن قراردادی است و در صورتی که میان عامل ورود زیان و شخص زیان‌دیده رابطه قراردادی نباشد، مسوولیت ناشی از حکم قانون و قهری است. برخلاف این دیدگاه، عده‌ای مسوولیت جبران خسارات وارده به دیگری را در هر دو مورد، قانونی می‌دانند. ایشان معتقدند اعم از این که میان عامل ورود ضرر و زیان‌دیده قراردادی در بین باشد یا خیر، قانونگذار الزام به جبران خسارت می‌نماید. گروه سوم دیدگاهی میانه اتخاذ کرده‌اند. طبق نظر اخیر هرچند سبب ایجاد مسوولیت قانون است ولی این مسوولیت گاه باوجود قرارداد ایجاد می‌شود و گاه بدون آن، لذا علی‌رغم پذیرش ریشه قانونی مسوولیت، باید بین دو فرض مذکور تفاوت قائل شد.

در میان آراء مذکور، شهرت با جدایی مسوولیت قراردادی از مسوولیت قهری است. این تفکیک مورد نظر قانونگذار ما نیز بوده، زیرا در تبویب قانون مدنی که ملهم از قانون مدنی فرانسه است، موضوع خسارات حاصله از عدم اجرای تعهدات، ذیل فصل «در اثر معاملات» آمده است. این در حالی است که الزامات خارج از قرارداد در قانون مذکور، دارای عنوان جداگانه‌ای است.

برای تحقق مسوولیت قراردادی، سه شرط لازم است: اول این که قراردادی زیان‌دیده و عامل ورود ضرر را به هم مرتبط کرده باشد. دوم باید ضرر و زیانی به بار آمده باشد و در نهایت، وجود رابطه سببیت میان خسارت و عدم یا تأخیر در اجرای قرارداد به اثبات رسد در غیر این صورت، مسوولیت قهری است. به همین جهت است که در صورت عدم احراز شرایط مذکور و داشتن تردید، اصل بر مسوولیت قهری است. در مسوولیت قهری اراده طرفین مؤثر نبوده و به حکم قانون، عامل فعل زیانبار،

مسوول جبران خسارت می‌گردد.

با این که تفکیک مسوولیت قراردادی از قهری براساس سبب ایجاد مسوولیت ساده می‌نماید ولی در برخی فروض، اظهار نظر دشوار است: اگر از بهم خوردن نامزدی، یکی از دو طرف زیان ببیند مبنای مسوولیت طرف دیگر بر چه اساسی توجیه می‌شود؟ از طرفی قرارداد الزام آوری وجود ندارد تا مسوولیت بر آن استوار گردد و از سوی دیگر، طرفین بی‌ارتباط با یکدیگر نبوده، توافقی در میان است. تعهد تولید کننده به جبران زیان مصرف کننده قراردادی است یا قهری؟ کالا از غیر خریداری شده و رابطه قراردادی میان ایشان وجود ندارد با این حال، تعهد ایمنی تولیدکننده در مقابل مصرف کننده غیرقابل انکار است. متصدی حمل و نقلی که محموله را به سرقت برده، براساس قرارداد مسوول است یا به موجب قانون؟ مسائلی از این دست، ظرافت موضوع را می‌رساند.

یکی از مواردی که در قهری یا قراردادی بودن مسوولیت، تردید وجود دارد، ضمان درک است. چرا که طرفین با یکدیگر عقدی انشا نموده و بیگانه نیستند و از طرف دیگر چون یکی از عوضین، مال غیر است، معامله اثری ندارد. حال الزام به استرداد مورد معامله چه مبنایی دارد؟ همچنین اگر از انجام معامله مذکور یکی از طرفین، زیان ببیند بر چه اساسی می‌توان الزام دیگری را به جبران خسارت خواستار شد؟ در این تحقیق، سعی بر یافتن پاسخی برای این پرسش‌ها است. به همین منظور تحت عنوان قهری یا قراردادی بودن مسوولیت مدنی ناشی از ضمان درک، پس از بیان تفاوت مسوولیت قراردادی و قهری برای روشن شدن اهمیت و نتایج تمیز این دو نوع مسوولیت، با مفهوم ضمان درک آشنا شده، سپس مسوولیت مدنی در ضمان درک و ارتباط آن با مبنای ضمان مزبور روشن می‌گردد. دلایل قائلین به قهری یا قراردادی بودن ضمان درک و به تبع آن مسوولیت مدنی ناشی از آن، همراه با نقد دلایل، ذکر شده و موضوع به اجمال در حقوق فرانسه، انگلیس، چند کشور عربی و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا بطور تطبیقی مطالعه می‌شود.

۲. اهمیت تفکیک مسوولیت قراردادی و قهری

مسوولیت اگر به دلیل نقض قراردادی معتبر میان طرفین محقق شود قراردادی و

در صورتی که به حکم قانون به وجود آید قهری یا قانونی نامیده می‌شود. هدف از مسوولیت قراردادی، تضمین نیروی الزام آور قراردادها و در مسوولیت قهری تضمین تکالیف عمومی است. چون هدف از مسوولیت مدنی در هر دو، جبران خسارت زیان‌دیده است، امروزه تفکیک میان مسوولیت قراردادی و قهری اهمیت گذشته را ندارد. با این حال نمی‌توان به طور کامل، وجود یا عدم رابطه قراردادی را میان زیان‌دیده و مسوول زیان، انکار کرد. نظام حاکم بر اثبات تقصیر، تعیین دادگاه صالح و یا اعتبار شروط راجع به مسوولیت در این دو قلمرو متفاوتند.

اگر زیان دیده بر اساس مسوولیت قهری بخواهد علیه عامل ورود زیان اقامه دعوی کند باید به دادگاه محل اقامت خوانده رجوع کند، در حالی که در مسوولیت‌های قراردادی، علاوه بر دادگاه مزبور می‌توان به محاکم محل انعقاد قرارداد یا انجام تعهد نیز مراجعه کرد. طبق ماده ۱۳ قانون آیین دادرسی مدنی «در دعاوی بازرگانی و دعاوی راجع به اموال منقول که از عقود و قراردادها ناشی شده باشد، خواهان می‌تواند به دادگاهی رجوع کند که عقد یا قرارداد در حوزه آن واقع شده است یا تعهد می‌بایست در آنجا انجام شود».

در مسوولیت قهری، بار اثبات تقصیر به عهده زیان‌دیده است در حالی که در مسوولیت قراردادی، صرف انقضای مدت قرارداد و عدم انجام تعهدات یا تأخیر در آن برای الزام به جبران زیان، کفایت می‌کند. طبق ماده ۲۲۶ قانون مدنی «در مورد عدم ایفای تعهد از طرف یکی از متعاملین طرف دیگر نمی‌تواند ادعای خسارت نماید مگر این که برای ایفای تعهد مدت معینی مقرر شده و مدت مزبور منقضی باشد و اگر برای ایفای تعهد مدتی مقرر نبوده طرف وقتی می‌تواند ادعای خسارت نماید که اختیار موقع انجام با او بوده و ثابت نماید که انجام تعهد را مطالبه کرده است» و در ماده ۵۲۰ قانون آیین دادرسی مدنی آمده است «در خصوص مطالبه خسارت وارده، خواهان باید این جهت را ثابت نماید که زیان وارده بلاواسطه ناشی از عدم انجام تعهد یا تأخیر آن و یا عدم تسلیم خواسته بوده است در غیر این صورت دادگاه دعوی مطالبه خسارت را رد خواهد کرد». امروزه رویه‌های قضایی برای تأمین خسارت زیان‌دیده سعی بر یافتن مبنای قراردادی مسوولیت دارند.

۳. مفهوم ضمان درک

ضمان از ریشه ضمن برای بیان احاطه و شمول است، چنان که معنی کلمه در ضمن کلمه است. این کلمه را در لغت به معنی پذیرفتن، پناه دادن و ملتزم شدن به چیزی یا امری معنی کرده‌اند (ابن منظور، ۱۴۰۸ق: ج: ۸۹/۸؛ طباطبایی، ۱۳۶۳: ۳۹۵ و امامی، ۱۳۷۵: ج: ۱/۳۶۱ و جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ج: ۳/۲۳۹۳). از ضمان و مشتقات آن در قانون مدنی، بسیار استفاده شده است. اغلب در حقوق، این کلمه مرادف با مسوولیت به کار گرفته شده و گاه نیز به معنای بعهده گرفتن و تعهد است (کاتوزیان، ۱۳۶۴: ج: ۳/۲۲۱). برخی نویسندگان با تأکید بر معنی تعهد، حتی ضمان قهری را به معنای تعهد قهری دانسته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۹: ج: ۱/۳۳۳). تعبیر اخیر ممکن است ریشه در تعریف پلنیول از تقصیر داشته باشد. وی تقصیر را نقض هرگونه تعهد می‌داند اعم از این که شخص از تعهدی که خود کرده سرپیچی کند یا از تعهدی که قانون برعهده او نهاده. البته این تعریف خالی از نقد نمانده زیرا بررسی‌ها نشان می‌دهد که اجرا نشدن تعهد، اگر همراه با کار قابل سرزنشی نباشد تقصیر نیست (کاتوزیان، ۱۳۶۲: ۵۳ و ۱۸۷). علاوه بر این که هرچند تعهد و مسوولیت به جای هم به کار می‌روند ولی تعهد ناظر بر تکالیفی است که بطور مستقیم از اراده ناشی شود و به معنی التزام است در حالی که مسوولیت در مورد الزام به جبران خسارت به کار می‌رود.

ضمان در ترکیب «ضمان درک» تعهدی است که یکی از دو طرف به دلیل درک معوض، در بازگرداندن عوض دارد (کاتوزیان، ۱۳۶۴: ج: ۳/۲۲۲).

اصل درک به مفهوم ریسمانی است که از آن دلو آویزان می‌کنند. در کتب لغت، درک به فتح یا سکون راء به معنی عمیق‌ترین بخش یا پایین‌ترین طبقه یک چیز و نیز پیوستگی آمده است (الطریحی، ۱۴۰۳ق: ج: ۵/۲۶۴؛ ابن منظور، ۱۴۰۸ق: ج: ۴/۳۳۶ و طباطبایی، ۱۳۶۳: ۲۱۳). برای این کلمه در کتب حقوقی معانی مختلفی ذکر شده است. بعضی درک را در به معنی قعر شیء یا لحوق و تبعه معنی کرده‌اند (امامی، ۱۳۷۵: ج: ۱/۴۶۹ و کاتوزیان، ۱۳۶۳: ۱۸۸). عده‌ای درک را به معنی غرامت و ضامن درک را ضامن غرامت می‌دانند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۴: ۴۱۴). برخی این کلمه را در لغت به معنی پیامد سوء و در اصطلاح، تدارک نمودن و جبران مافات دانسته‌اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ج: ۳/۱۸۹ و ۲۸۰: ۱۳۷۹). گروهی درک را به معنی بدل گفته و

می‌نویسند: «هرگاه مبیع مستحق‌لغیر درآمد و از ید مشتری خلع شد بایع باید بدل آن را بدهد» (عدل، ۱۳۷۳: ۲۳۵). در اصطلاح، درک به مسوولیتی که برای بایع در مورد مستحق‌لغیر درآمد مبیع حاصل می‌شود گفته شده است (امامی، ۱۳۷۵: ج: ۱/۴۶۹). منظور از ضمان درک آن است که اگر در یک عمل حقوقی معوض اعم از عقد یا ایقاع، یکی از عوضین، مال غیر درآید طرفی که در ازای دادن آن، چیزی گرفته باید بازگرداند. پس موضوع ضمان درک، اختصاص به مال غیر درآمد مبیع در عقد بیع نداشته و به نظر می‌رسد از قواعد عمومی معاوضات است که در قانون مدنی، ذیل مقررات عقد بیع وارد شده و از این جهت مورد انتقاد برخی نویسندگان قرار گرفته است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹: ۲۷۳ و ۲۸۰).

۴. مسوولیت مدنی در ضمان درک

در ماده ۳۹۰ قانون مدنی، فروشنده به جهت مستحق‌لغیر بودن آنچه فروخته ضامن است. توضیح ضمانت مزبور در ماده بعد به این قرار است: «در صورت مستحق‌لغیر برآمدن کل یا بعض از مبیع، بایع باید ثمن مبیع را مسترد دارد و در صورت جهل مشتری به وجود فساد، بایع باید از عهده غرامات وارده بر مشتری نیز برآید». مباحث مربوط به ضمان درک را بر اساس مقررات فوق می‌توان در دو بخش مطالعه کرد: بخش اول در خصوص استرداد هریک از عوضین در صورت مال غیر درآمد دیگری و بخش دوم در رابطه با جبران خسارت ناشی از مستحق‌لغیر درآمدن مورد معامله.

اگر موضوع مسوولیت مدنی را جبران زیانی که به عمد یا خطا وارد می‌شود بدانیم، بخش نخست ماده ۳۹۱ قانون مدنی، بطور مستقیم زیر مجموعه مباحث مسوولیت مدنی قرار نمی‌گیرد. مبنای استرداد، ممنوعیت اکل مال به باطل و دارا شدن ناعادلانه است. مالی من غیر حق دریافت شده و باید به مالک آن مسترد شود. با مستحق‌لغیر درآمدن هریک از عوضین، بی‌اعتباری معامله معلوم می‌شود و در نتیجه، بازگرداندن مال به صاحبش برای جبران زیان او صورت نمی‌گیرد تا از جمله موضوعات مسوولیت مدنی باشد. اما بخش دوم در مورد جبران خساراتی است که در اثر مستحق‌لغیر درآمدن مورد معامله به یکی از طرفین وارد شده است و از این حیث

از موضوعات مسوولیت مدنی می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۶۲: ۳۱ و ۱۳۶۸: ج: ۳۳۵/۴ و شهیدی، ۱۳۸۲: ۴۶).

۵. ارتباط مبنایی مسوولیت مدنی و ضمان درک

اگر فرضیه قراردادی بودن مبنای ضمان درک پذیرفته شود باید مسوولیت مدنی ناشی از آن را نیز دارای مبنای قراردادی شمرد، زیرا الزام به جبران خسارت، اگر چه با تعهد اصلی در قرارداد فرق می‌کند اما در واقع، یک تعهد نوین نیست (ژوردن، ۱۳۸۲: ۴۵). یک قاضی آمریکایی می‌گوید: معنی قرارداد این است که متعهد کاری را که به عهده گرفته است انجام دهد وگرنه نتایج متعارف از آن را (جبران ضرر) متحمل شود. پس به این اعتبار باید مسوولیت ناشی از عدم انجام تعهد را نیز منسوب به اراده طرفین کرد (کاتوزیان، ۱۳۶۲: ۵۰). اگر هم مسوولیت قراردادی را دنباله تعهد ناشی از عقد نشماریم، چون منبع غیرمستقیم آن قرارداد است، ارتباط آن با حاکمیت اراده باعث می‌شود که از مسوولیت های قهری فاصله بگیرد و احکام ویژه بیابد (کاتوزیان، ۱۳۶۲: ۶۴). اما در صورتی که ضمان درک از شمار ضمان قهری باشد، مسوولیت جبران خسارات ناشی از آن هم قهری خواهد بود.

با توضیح فوق معلوم می‌شود که اظهار نظر در مورد مبنای مسوولیت مدنی ناشی از ضمان درک بستگی به اتخاذ تصمیم در خصوص مبنای ضمان مزبور دارد. به همین جهت عمده تحقیق در قهری یا قراردادی دانستن مسوولیت مدنی ناشی از ضمان درک، اختصاص به یافتن مبنای این ضمان دارد.

۶. نظریه قهری بودن مسوولیت مدنی ناشی از ضمان درک

براساس قهری بودن مسوولیت مدنی ناشی از ضمان درک، تکلیف به جبران زیان، ریشه در حکم قانون داشته و مبتنی بر اراده طرفین معامله نیست. عمده دلایلی که می‌توان در تأیید این دیدگاه ذکر کرد به قرار ذیل است:

الف) اگر در اعمال حقوقی معوض، معلوم شود هریک از عوضین، ملک معامل نبوده و وی بدون اجازه با آن معامله کرده و مالک پس از آگاهی از وقوع معامله آن را تنفیذ ننموده، باید آنچه را در ازای مال مزبور گرفته به طرف معامله برگرداند. به این

ترتیب روشن می‌شود که ضمان درک از آثار صحت معاملات معوض نیست تا مسوولیت مدنی ناشی از آن مبتنی بر قرارداد باشد. در نتیجه ماده ۳۶۲ قانون مدنی که ضمان درک را از آثار بیع صحیح می‌شمارد قابل انتقاد است (کاتوزیان، ۱۳۶۳: ۱۹۰).

برخی اساتید حقوق مدنی با تأکید بر قهری بودن ضمان درک در توجیه ماده ۳۶۲ قانون مدنی می‌نویسند: «می‌توان منشاء آن که بعضی قوانین، ضمان درک را از آثار بیع صحیح به شمار آورده با مطالعه در سیر تاریخی بیع یافت. در ادواری که بشر فرق بین مالکیت و تصرف نمی‌گذاشت و به مفهوم مالکیت کنونی آشنا نبود، بیع عبارت بود از تصرف دادن مبیع به مشتری و حمایت او از تعرض دیگران و مشتری ثمن را در مقابل تصرف مبیع و حمایت بایع از او می‌داده است. به تدریج که بشر توانست با مفهوم ملکیت آشنا شود و آن را با تصرف فرق گذارد و جامعه آن را معتبر بداند، از نظر انس و عادت دست از روش دیرین خود برداشته و ثمن را در مقابل تصرف بدون معارض به بایع می‌پرداخته، یعنی بایع با تسلیم مبیع حمایت مشتری را عهده‌دار می‌گشت و هرگاه از عهده حمایت او برنمی‌آمد ثمن را مسترد می‌داشت» (امامی، ۱۳۷۵: ج ۱/۴۶۹) و برخی دیگر در عباراتی مشابه آورده‌اند: «چون در زمان‌های گذشته تفکیکی بین عقد بیع باطل و صحیح قانونی با دقت تحلیلی به عمل نمی‌آمده است از این رو عقد بیع مربوط به مال شخص بیگانه نیز، عقد بیع به شمار می‌آمده و ضمان بایع مثلاً نسبت به درک مبیع از آثار این عقد محسوب می‌شده است» (شهیدی، ۱۳۸۲: ۴۷).

ب) اگر فرض شود که ضمان درک ریشه قراردادی دارد و تکلیف به بازگرداندن هریک از عوضین در صورت مستحق‌الغیر درآمدن دیگری ناشی از توافق ضمنی طرفین قرارداد در باب مبادله عوضین است، ولی جبران خسارت ناشی از ضمان درک در زمره آثار مستقیم توافق ایشان نیست. به عبارت دیگر در هنگام انشای قرارداد، هیچ یک به جبران زیان دیگری نمی‌اندیشد، پس چگونه ممکن است آنچه متعلق اراده طرفین نبوده به آنها منتسب نمود (کاتوزیان، ۱۳۶۲: ۳۱؛ ۱۳۶۸: ج ۴/۳۳۵).

ج) ماده ۸۱۷ قانون مدنی در اخذ به شفعه مقرر داشته: «در مقابل شریکی که به حق شفعه تملک می‌کند مشتری ضامن درک است نه بایع لیکن اگر در مورد اخذ به شفعه مورد شفعه هنوز به تصرف مشتری داده نشده باشد شفیع حق رجوع به مشتری نخواهد داشت». طبق مفاد این ماده، خریدار در حالی مقابل شفیع ضامن درک حصه

مبیعه است که در اخذ به شفعه نقشی نداشته است. اخذ به شفعه ایقاع است و با فقدان تراضی، ضمان درک را نمی‌توان دارای مبنای قراردادی شمرد تا در نتیجه، مسوولیت جبران زیان ناشی از این ضمان هم دارای چنان مبنایی باشد. از ادله مذکور چنین استنتاج می‌شود که ضمان درک و مسوولیت مدنی ناشی از آن مقتضای معوض بودن اعمال حقوقی اعم از عقد و ایقاع است. چنین ضمانی به حکم قانون تحقق می‌یابد و از مصادیق الزامات خارج از قرارداد می‌باشد.

۷. نقد دلایل قهری بودن مسوولیت مدنی ناشی از ضمان درک

دلایلی که برای اثبات قهری بودن مبنای مسوولیت مدنی ناشی از ضمان درک اقامه شد از جهات زیر قابل انتقاد به نظر می‌رسد:

الف) ضمان درک، ریشه در توافق ضمنی معلق بر بطلان قرارداد اصلی دارد. این توافق ضمنی را از رفتار طرفی که به هدف خود از قرارداد نرسیده به سادگی می‌توان استنباط نمود؛ وقتی طرف معامله از مال غیر بودن آنچه به دست آورده آگاه می‌شود، طلبکارانه طرف دیگر را جهت استرداد آنچه داده خطاب قرار می‌دهد. این رفتار حکایت از این توافق ضمنی دارد که هریک از طرفین آنچه را می‌دهد متعلق به خود اوست و تعهد می‌کند که اگر چنین نبود عوضی را که گرفته تمام و کمال برگرداند. نتیجه منطقی چنین توافق ضمنی آن است که اگر در نتیجه ضمان درک یکی از طرفین، متضرر شده باشد، مشروط بر آن که از مال غیر بودن مورد معامله آگاه نباشد می‌تواند از طرف دیگر جبران زیان خود را مطالبه کند.

ب) امروز التزاماتی را حقوق در زمره آثار قراردادهای میدانند که طرفین اطلاعی از آن ندارند یا هنگام انشای عقد به آنها توجه نداشته‌اند. قانون و عرف خلاء های قراردادی را تکمیل می‌کنند چرا که همه آثار عقود در بیشتر قراردادهای موضوع انشاء قرار نمی‌گیرد. قانونگذار برای هر عمل حقوقی لوازم قانونی و عرفی خاص پیش‌بینی می‌کند و این لوازم نیز به اراده مفروض طرفین منسوب می‌شود و ناظر به آثار فرعی نتیجه مطلوب اصلی است. پس درجه یگانگی آثار اعمال حقوقی با آنچه دلخواه بوده و موضوع قصد انشاء قرار گرفته، نسبی و تابع ارتباط عمل مزبور با مصالح عمومی است. برای مثال در عقد نکاح، شمار آثاری که قانون بر روابط طرفین بار می‌کند از آثاری که

به هنگام انشای عقد به آنها توجه شده بیشتر است ولی آثار گروه نخست را نمی‌توان فاقد مبنای قراردادی دانست (کاتوزیان، ۱۳۶۲: ۲۱ و ۱۳۷۰: ۱۹ و ۱۵۷، الف).

علاوه بر قانون و عرف، رویه قضایی نیز به خود اختیار می‌دهد تا بر تعهدات قراردادی اضافه کند، مانند «تعهد آگاه‌سازی» طرف معامله و یا «تعهد ایمنی» که دادگاه‌ها آن را با هدف حمایت از مصرف‌کنندگان در برابر متخصصان، وارد بسیاری از قراردادهای کرده‌اند. گاه این ابتکارات محاکم با انتقادات دکتترین مواجه است (ژوردن، ۱۳۸۲: ۴۷).

اگر بپذیریم که ضمان درک مبنای قراردادی دارد ناچار باید مسوولیت جبران زیان ناشی از چنین ضمانی هم قراردادی باشد. به صرف این که طرفین به هنگام تراضی به جبران زیان نمی‌اندیشند ادعای قهری بودن مسوولیت مزبور ثابت نمی‌شود، چه اگر چنین بود جز مواردی که در قرارداد به ضمانت اجرای عهدشکنی تصریح می‌شود مصداقی برای مسوولیت قراردادی باقی نمی‌ماند. الزام به جبران خسارت ناشی از زیر پا گذاشتن قرارداد در واقع ادامه تعهدات قراردادی است و به همین جهت در مجموعه مسوولیت‌های قراردادی قرار می‌گیرد. تفکیک میان تعهدات قراردادی که به خواست طرفین ایجاد می‌شوند با مسوولیت‌های قراردادی که در نتیجه تخلف از پیمان به وجود می‌آید نباید موجب اعتقاد به قراردادی بودن مبنای اول و قهری بودن مبنای دوم گردد.

ج) اخذ به شفعه از آن جهت که شفیع با اراده خود به تنهایی حصه فروخته شده شریک را از خریدار تملک می‌کند ایقاعی استثنایی است و باید مقررات آن را بطور مضیق تفسیر نمود (کاتوزیان، ۱۳۷۰: ۶۳، الف). هرچند به صراحت ماده ۸۱۷ قانون مدنی خریدار در برابر شفیع ضامن درک حصه مبیعه می‌باشد ولی از حکم این ماده نمی‌توان به اصلی دست یافت. اگر قهری بودن مبنای ضمان درک به دلایل دیگر اثبات می‌گشت، ماده ۸۱۷ قانون مدنی به عنوان مصداقی از آن قابل ذکر بود ولی این ماده به تنهایی توان اثبات چنین ادعایی را ندارد.

۸. نظریه قراردادی بودن مسوولیت مدنی ناشی از ضمان درک

قائلین به قراردادی بودن ضمان درک در بیان مبنای آن یکسان نمی‌اندیشند. چون در این قسمت سعی در بیان آراء کسانی است که به عقدی بودن ضمان درک و به تبع آن، مسوولیت ناشی از ضمان درک اعتقاد دارند لذا عقاید مذکور همراه با دلایل دیگر

ارائه می‌شود:

(الف) در عقد تملیکی به مانند بیع، فروشنده تعهد می‌کند مبیع را به مالکیت خریدار درآورد. پس اگر خریدار به دلیل مستحق‌للغیر بودن مبیع مالک آن نشود فروشنده به تعهد خود وفا نکرده و از مفاد عقد تخلف نموده است. در نتیجه با بیع علاوه بر استرداد ثمن باید زیان‌های ناشی از عهدشکنی خود را نیز بپردازد. بر همین اساس در قانون مدنی آلمان، ضمان درک از قواعد عمومی قراردادها محسوب شده است (پلنیول، ریپر و آمل به نقل از کاتوزیان، ۱۳۶۲: ۳۲؛ ۱۳۶۸: ج: ۳۳۶/۴؛ سنه‌وری، ۱۹۶۰: ج: ۶۲۰/۴).

(ب) به موجب عقود تملیکی، طرف قرارداد آنچه را منتقل ساخته باید تسلیم طرف دیگر نماید. پس با بیع براساس بیع، متعهد به تسلیم مبیع به خریدار می‌گردد. این تعهد زمانی به انجام می‌رسد که آنچه با بیع در مقام وفای به عهد داده از آن خود او باشد و لازمه تعهد به تسلیم این است که فروشنده عیوب پنهانی یا درک مبیع را تضمین کند (مازو به نقل از کاتوزیان، ۱۳۶۲: ۳۲؛ ۱۳۶۸: ج: ۳۳۶/۴). این دیدگاه که در حقوق اروپایی ابراز شده در میان برخی از حقوقدان‌های داخلی نیز طرفدار دارد (عدل، ۱۳۷۳: ۲۳۵؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۷۹: ۲۸۰). نتیجه آن که ضمان درک از توابع تعهد به تسلیم و از آثار عقد است و به این ترتیب مسوولیت مدنی ناشی از ضمان درک نیز مبنای قراردادی می‌یابد.

(ج) در عقود معوضی مانند بیع یا هر عمل معوض، تملیک هر طرف، معلق بر تملیک طرف مقابل است. در هر بیع این توافق ضمنی وجود دارد که هرگاه مبیع از آن دیگری باشد یا انتقال آن ممکن نباشد ثمن بازگردانده شود. پس انتقال مالکیت هریک از عوضین منوط به انتقال مالکیت دیگری است. و در خصوص خسارات ناشی از برهم خوردن بیع باید گفت، هریک از طرفین، مالکیت خود را در ضمن عقد بیع تضمین کرده‌اند، پس اگر مورد معامله از آن دیگری باشد، متخلف علاوه بر بازگرداندن عوضی که گرفته باید از عهده خسارات ناشی از تخلف خود برآید (کاتوزیان، ۱۳۶۸: ج: ۳۳۷/۴ و ۱۳۶۲: ۳۳).

(د) برخی از حقوقدان‌ها معتقدند حکم وضعی قراردادها ممکن است صحیح یا باطل باشد. این دسته قراردادهای غیرنافذ را از اقسام قراردادهای صحیح می‌شمارند. به

بیان دیگر قرارداد صحیح ممکن است نافذ یا غیرنافذ باشد (شهیدی، ۱۳۷۹: ۲۱). براین اساس ماده ۳۶۲ قانون مدنی که ضمان درک را از آثار بیع صحیح آورده چنین توجیه می‌شود که در صورت مستحق‌الغیر بودن بیع و پیش از رد مالک، عقد صحیح غیرنافذی ایجاد گشته و ضمان درک از آثار آنست. در نتیجه ایرادی به ماده ۳۶۲ قانون مدنی وارد نیست و ضمان درک نیز مبنای قراردادی می‌یابد.

ه) برخی از اساتید حقوق مدنی معتقدند مسوولیت فروشنده به جبران زیان خریدار، ناشی از حکم قانون و منطبق با قاعده تسبیب است، زیرا فروشنده سبب ضرر خریدار گشته، باید آن را جبران کند (امامی، ۱۳۷۵: ج: ۱/۴۷۱). اما هم ایشان برای استناد به قاعده تسبیب، تقصیر سبب را شرط دانسته می‌نویسند: «در تسبیب، کسی که سبب تلف مال و اضرار دیگری شده در صورتی مسوول می‌باشد که در فعل خود تقصیر نموده باشد» (امامی، ۱۳۷۵: ج: ۱/۳۹۳). پس برای مسوول شمردن فروشنده باید تقصیر او ثابت شود و فروشنده‌ای که در مالکیت خود دچار اشتباه بوده مسوول نمی‌باشد، در حالی که علم و جهل فروشنده در مسوولیت جبران خسارت خریدار بی‌تأثیر است (کاتوزیان، ۱۳۶۳: ۱۹۴). قانون مدنی تنها راه معافیت او را آگاهی خریدار از مال غیر بودن مبیع دانسته، زیرا در صورت اثبات آگاه بودن خریدار از مال غیر بودن مبیع، زیان‌های وارده ناشی از عمل خود اوست و حق رجوع به دیگری ندارد (کاتوزیان، ۱۳۶۳: ۱۹۳). شاید به همین جهت بوده که بعضی از گذشتگان، رجوع خریدار را به فروشنده، جهت اخذ خسارت، بر قاعده تغیر مبتنی نموده‌اند (حائری، ۱۳۷۶: ج: ۳۸۱/۱).

خریدار در صورت مال غیر درآمدن مبیع و برای گرفتن ضرر و زیان خود از فروشنده، نیازی به اثبات تقصیر او ندارد. ماده ۳۹۱ قانون مدنی مقرر داشته: «در صورت مستحق‌الغیر درآمدن کل یا بعض از مبیع، بایع باید ثمن مبیع را مسترد دارد و در صورت جهل مشتری به وجود فساد بایع از عهده غرامات وارده بر مشتری نیز برآید». در حکم شماره ۸۳-۱۷/۱/۱۴-شعبه ۴ دیوان عالی کشور نیز آمده است: «در صورت جهل مشتری به فساد معامله بایع ضامن غرامات و خساراتی است که به مشتری وارد شده است اعم از این که در معامله تصریح به ضمان بایع شده یا نشده باشد و عوض منافع که مالک در صورت مستحق‌الغیر درآمدن مبیع مطالبه می‌کند غرامت و خسارت

محسوب و مشمول مواد قانونی راجع به این موضوع می‌باشد» (متین، ۱۳۸۱: ۸۵ و بروجردی عبده، ۱۳۸۲: ج: ۹۵/۲).

ترتیب مذکور در مسوولیت، منطبق با مسوولیت‌های قراردادی است چنان که در ماده ۲۲۷ و ۲۲۹ قانون مدنی، متخلف از انجام تعهد با اثبات بی‌تقصیری خود از مسوولیت معاف نمی‌شود و برای این منظور باید علت خارجی را که دفع آن خارج از حیطه اقتدار او بوده ثابت کند. طبق ماده ۲۲۷ قانون مدنی «متخلف از انجام تعهد وقتی محکوم به تأدیه خسارت می‌شود که نتواند ثابت نماید که عدم انجام به واسطه علت خارجی بوده است که نمی‌توان مربوط به او نمود» و ماده ۲۲۹ همان قانون مقرر داشته: «اگر متعهد به واسطه حادثه که رفع آن خارج از حیطه اقتدار اوست نتواند از عهده تعهد خود برآید محکوم به تأدیه خسارت نخواهد بود».

۹. نقد دلایل قراردادی بودن مسوولیت مدنی ناشی از ضمان درک

انتقاداتی که بر نظریه قراردادی بودن ضمان درک و به تبع آن، قراردادی بودن مسوولیت مدنی ناشی از این ضمان قابل طرح است به ترتیب بیان ادله قائلین به نظریه، از قرار ذیل است:

الف) در حقوق ما همسو با تحلیلی که برای قراردادی بودن مبنای ضمان درک ذکر شد، برخی معتقدند مضمون هر عقدی تعهد است. ایشان با ذکر حدیث العقد العهد، تقسیم عقود به عهدی و تملیکی را دارای مبنای فقهی نمی‌دانند (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۹: ج: ۱۱۶/۱). این دیدگاه با ظاهر ماده ۱۸۳ قانون مدنی نیز سازگار است که مقرر می‌دارد: «عقد عبارت است از این که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد». لیکن به نظر می‌رسد در نظام قانون مدنی، عقود تملیکی در عرض عقود عهدی شناسایی شده‌اند. برای مثال در بند یک ماده ۳۶۲ همان قانون، «به مجرد وقوع بیع مشتری مالک مبیع و بایع مالک ثمن می‌شود» (کاتوزیان، ۱۳۶۴: ج: ۸۵/۱).

در عقد بیع، فروشنده تعهد به انتقال مبیع نمی‌کند تا با مستحق‌الغیر درآمدن مبیع، مرتکب تخلف از عقد گردد. مفهوم تملیکی بودن بیع در حقوق ما با تحلیلی که برای مبنای قراردادی ضمان درک شده است ناسازگار است. بعضی از اساتید حقوق مدنی

برای جمع میان ماده ۱۸۳ قانون مدنی با مفهوم تملیکی بودن برخی عقود می‌نویسند: «مقصود از تملیک، تعهد به انتقال است ولی تعهدی که به نیروی اراده خود به خود انجام می‌شود و به تأخیر نمی‌افتد. بنابراین، بعد از عقد، دیگر تعهدی باقی نمی‌ماند تا گفتگو از اجرا نشدن آن محملی پیدا کند» (کاتوزیان، ۱۳۶۲: ۳۲ و ۱۳۶۸: ج: ۳۳۶/۴).

ب) از جمله آثار بیع صحیح که در ماده ۳۶۲ قانون مدنی آمده، تعهد فروشنده به تسلیم مبیع است. این تعهد فروشنده از فروع مربوط به تملیک می‌باشد. هنگامی که مورد معامله به دیگری انتقال یابد باید تسلیم او شود. در حالتی که مورد معامله مستحق‌للغیر باشد با انجام معامله، انتقالی صورت نمی‌پذیرد تا ناقل را متعهد به تسلیم کند. پس ضمان درک نمی‌تواند از فروع تعهد به تسلیم تلقی شود. وقتی فروشنده به دلیل مستحق‌للغیر بودن مبیع تعهدی به تسلیم نداشته باشد عدم اجرای آن موجب مسولیت وی نخواهد شد. نتیجه آن که استرداد آنچه فروشنده در ازای مبیع گرفته یا جبران خسارات ناشی از مستحق‌للغیر بودن مبیع با این بیان، مبنای قراردادی نمی‌یابد (کاتوزیان، ۱۳۶۸: ج: ۳۳۶/۴ و ۱۳۶۲: ۳۳).

ج) کلیه شروط و توافقاتی که در ضمن قرارداد درج شود یا قرارداد مبتنی بر آنها انشاء شود فرع بر قرارداد بوده و تابع آن محسوب می‌شوند، لذا در صورتی که عقد باطل باشد کلیه شروط و توافقات ضمن آن یا مبتنی بر آن نیز باطل خواهند بود. در تأیید این دیدگاه می‌توان به ماده ۱۶۲۷ قانون مدنی فرانسه اشاره کرد (کراب، ۱۹۹۵: ۳۱۲). براساس این ماده اگر بایع بخواهد مسولیت خود را در بیع کاهش داده یا قرار باشد بر مسولیت او افزوده گردد باید مراتب در قراردادی خاص و جدای از بیع مورد توافق قرار گیرد. برای مثال در صورتی که به دلیل مستحق‌للغیر بودن مبیع از خریدار خلع ید شود در حقیقت بیع باطل است و اگر قرارداد خاص در مورد مسولیت بایع منعقد نشده باشد درج شرط ضمن عقد باطل نیز باطل و اعتباری نخواهد داشت (شهیدی، ۱۳۸۲: ۴۸).

د) تقسیم حکم وضعی قراردادها به دو قسم صحیح و باطل و شمردن قراردادهای غیرنافذ در زمره معاملات صحیح که در آثار برخی اساتید حقوق مدنی دیده می‌شود، برگرفته از عبارات فقهی است (نجفی، ۱۴۰۰ق: ج: ۲۷۳/۲۲). در قانون مدنی، حکم وضعی قراردادها بر سه قسم صحیح، باطل و غیرنافذ است. در ماده ۱۹۰ قانون مذکور

شرایط اساسی صحت معاملات در چهار بند آمده و فقدان هریک از این شرایط، موجب خروج عقد از حال صحت گشته و بنا به مورد سبب عدم نفوذ یا بطلان عقد می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۰: ۴۲، ب). در نتیجه از دیدگاه قانونگذار، عدم نفوذ به عنوان یکی از ضمانت‌اجراهای تخلف از ماده ۱۹۰ قانون مدنی نمی‌تواند از جمله عقود صحیح باشد. برفرض که عقد غیرنافذ را از اقسام عقود صحیح تلقی کنیم بدیهی است که تا زمان تنفیذ یا رد اثری ندارد تا ضمان درک از جمله آثار باشد.

ه) اگر تقصیر را تجاوز از رفتار انسانی متعارف بدانیم و در احراز آن به اوضاع و احوال خارجی توجه کنیم نه تحلیل روانی شخصی که عامل زیان گشته (کاتوزیان، ۱۳۶۲: ۱۹۰)، کسی که در مال غیر تصرف می‌کند، بی‌تردید مقصر است. زیرا تصرف در اموال دیگران، بدون مجوز، خروج از رفتار متعارف ارزیابی می‌شود و تفاوت نمی‌کند متصرف عالم باشد یا جاهل.

برفرض که بخواهیم به تحلیل روانی فروشنده مال غیر پردازیم نیز موضوع از دو حالت خارج نیست: اگر فروشنده از مستحق‌لغیر بودن مبیع آگاه باشد تقصیر او محرز است و اگر جاهل یا در اشتباه باشد مسوولیت او ناشی از بی‌دقتی یا عدم بررسی مالکیت خود به هنگام معامله است. پس برای ایجاد مسوولیت فروشنده مال غیر، کافی است تصرف در مال دیگران بدون اختیار قانونی یا اذن مالک ثابت شود.

طبق مواد ۲۶۲ و ۲۶۳ قانون مدنی در معاملات فضولی هرگاه مالک، معامله را اجازه نکند، مشتری حق دارد برای ثمن و کلیه غرامات به بایع رجوع کند. بدیهی است با رد معامله، عقدی باقی نمی‌ماند تا مسوولیت فضول، براساس آن توجیه شود. تنها عاملی که رافع مسوولیت است آگاهی طرف معامله از مستحق‌لغیر بودن مورد عقد است. در این فرض، خریدار بر ضرر خود اقدام نموده و نمی‌تواند برای خسارات به طرف خود رجوع کند.

۱۰. موضع رویه قضایی در اتخاذ مبنا

در حکم شماره ۱۹۱۴-۱۸/۸/۱۸ شعبه ۴ دیوان عالی کشور آمده است: «مقصود از مقتضای عقد مذکور در ماده ۲۳۳ قانون مدنی آناری است که برحسب عرف یا قانون از مقدمات یا لوازم غیرقابل انفکاک مطلق عقد محسوب می‌شود و شرط خلاف آن با مفاد

عقد یا مؤثر بودن آن منافات داشته باشد و آثاری که در ماده ۳۶۲ قانون مذکور برای بیع صحیح ذکر شده مطلق آثار بیع است اعم از آثاری که مقتضای عقد به معنی مذکور بوده و قابل انفکاک از آن نباشد یا عقد مطلق بوده و به واسطه شرط قابل انفکاک باشد. بنابراین ماده مزبور دلالت ندارد که ضمان درک مبیع مقتضای عقد بوده و شرط خلاف آن ولو بطور محدود و مقید برخلاف مقتضای عقد است» (متین، ۱۳۸۱: ۸۵).

رویه قضایی در این رأی با تفکیک میان مقتضای ذات و اطلاق عقد، ضمان درک را مستنداً به ماده ۳۶۲ قانون مدنی جزء مقتضای اطلاق عقد محسوب نموده است. به این ترتیب شعبه ۴ دیوان عالی کشور ضمان درک را دارای مبنای قراردادی می‌داند و در نتیجه هرگونه مسوولیت ناشی از آن نیز باید ریشه قراردادی باشد. قابل ذکر است که برخلاف ماده ۱۶۲۷ قانون مدنی فرانسه که برای کاهش یا افزایش مسوولیت بایع، انشای توافقی خاص را جدای از بیع ضروری می‌داند (کراب، ۱۹۹۵: ۳۱۲)، دیوان عالی کشور ما استقلال شرط را از سرنوشت بیع که در صورت مستحق‌لغیر در آمدن مبیع موجب فساد عقد است می‌پذیرد و به عبارت دیگر شرط را وقتی تابع عقد می‌داند که طرفین تراضی چنین بخواهند.

کمیسیون مشورتی حقوق مدنی اداره حقوقی نیز در پاسخ به این سؤال که در صورت مستحق‌لغیر بودن مبیع برای استرداد ثمن، خریدار باید به فروشنده مستقیم خود مراجعه کند یا حق مراجعه به فروشنده‌گان قبلی را خواهد داشت؟ پاسخ داده است: «ماده ۳۹۱ ق.م. در صورت مستحق‌لغیر بودن مبیع بایع را ضامن دانسته است و منظور از بایع همان فروشنده مستقیم می‌باشد که معامله با او انجام شده است نه فروشنده‌گان قبلی، زیرا هر معامله دارای ثمن معین و شرایط خاصی است و آنچه خریدار مستحق آن است ثمنی است که به فروشنده مستقیم خود پرداخته است» (حسینی، ۱۳۷۹: ۱۳۶).

در نظریه مذکور هرچند به مبنای ضمان درک به صراحت اشاره نشده ولی به نظر می‌رسد کمیسیون مشورتی، اصل نسبی بودن را که ویژه قراردادهای است بر موضوع حاکم می‌داند و این امر مستلزم قراردادی بودن مبنای ضمان درک است.

۱۱. مطالعه تطبیقی

از آنجا که مطالعه تطبیقی در دیگر نظام‌های حقوقی می‌تواند در فهم مطلب مؤثر

باشد و نظر به این که با مقایسه نظام‌های مختلف می‌توان به ارزیابی دقیق‌تری دست یافت، لذا در این بخش مبنای مسوولیت مدنی ناشی از ضمان درک در حقوق فرانسه، انگلیس و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا به اختصار مطالعه می‌شود.

۱-۱۱. حقوق فرانسه

طبق ماده ۱۵۸۲ قانون مدنی فرانسه، بیع توافقی است که بموجب آن یک طرف، خود را متعهد می‌کند به تحویل چیزی در ازای پرداختی که دیگری انجام می‌دهد (کراب، ۳۰۷: ۱۹۹۵). هرچند این تعریف تحت تأثیر حقوق روم گرایش به عهدی نشان دادن بیع دارد (امامی، ۱۳۷۵: ج: ۴۱۷/۱) ولی تملیکی بودن آن در ماده بعد دیده می‌شود، زیرا انتقال مالکیت مبیع و ثمن را پیش از تحویل آنها و بموجب عقد پیش‌بینی کرده است.

ذیل تعهدات بایع، برابر ماده ۱۶۰۳ قانون مزبور، دو تعهد اصلی برای بایع پیش‌بینی شده است. تعهدات اصلی بایع عبارتند از تسلیم و تضمین چیزی که فروخته است. ماده ۱۶۲۵ همان قانون، دو موضوع برای ضمانت فروشنده در برابر خریدار نام برده که عبارتند از به تصرف صلح‌آمیز دادن چیزی که فروخته و عیوب مخفی یا فساد باطل‌کننده آن (کراب، ۱۹۹۵: ۳۱۲).

مطابق با ماده ۱۶۲۶ قانون مدنی فرانسه، اگرچه در قرارداد بیع به ضمان فروشنده تصریح نشده باشد ولی وی بموجب قانون در مورد عدم تصرف خریدار نسبت به تمام یا بخشی از آنچه فروخته مسوول است. همچنین فروشنده در خصوص ادعاهایی که نسبت به مورد معامله وجود دارد، مشروط بر آن که در هنگام بیع چیزی در مورد آنها طرح نشده باشد، مسوول است (همان).

نتایج مقررات مزبور آن است که فروشنده، مزاحم خریدار نشود و حقی را در مبیع مطالبه نکند، هرچند که رابطه حقوقی او با مورد معامله دگرگون شود، مانند موردی که مالی را بطور فضولی فروخته و سپس آن مال به خود او منتقل گردد. علاوه آن که فروشنده باید خریدار را در برابر ادعاهای دیگران حمایت کند. پس اگر دعوایی به طرفیت خریدار نسبت به مبیع اقامه شود که وی از مبنای آن به هنگام معامله آگاه نبوده است، فروشنده باید از او دفاع نماید. همچنین در صورتی که عیبی در مبیع کشف شود، خریدار حق فسخ داشته و اجرای این حق بیع را از ابتدا منحل می‌سازد، زیرا فروشنده

ضامن سلامت مبیع است (کاتوزیان، ۱۳۶۳: ۱۸۹).

بنابراین در حقوق فرانسه یکی از آثار بیع صحیح، ضمان فروشنده نسبت به محرومیت خریدار از تملک مبیع است و به عبارت دیگر ضمان درک در حقوق آن کشور ریشه قراردادی دارد. در نتیجه مسوولیت مدنی ناشی از ضمان درک نیز از آثار ضمان مزبور بوده و باید از مصادیق مسوولیت‌های قراردادی به شمار آید.

۲-۱۱. حقوق انگلیس

در انگلیس یکی از مهمترین منابع حقوقی عقد بیع، قانون بیع کالا مصوب ۱۹۷۹^۱ است که جایگزین قانون سال ۱۸۹۳ گردید. در بند ۱ از ماده ۲ قانون مزبور، عقد بیع به عنوان عقدی تملیکی تعریف شده است. براساس بند مزبور، عقد بیع عبارت است از عقدی که به موجب آن مالکیت کالایی در ازای مبلغی به مشتری منتقل می‌گردد یا باع با مشتری توافق می‌کند که در ازای مبلغی مالکیت کالایی را به مشتری منتقل کند. عقد اخیر را توافق بر بیع می‌نامند. هرچند توافق مذکور هم در تعریف عقد بیع آمده ولی احکام آن با عقد بیع متفاوت است. مطابق بند ۴ ماده ۲ قانون مذکور، در توافق بر بیع، طرفین بر انتقال مالکیت کالا در آینده یا مشروط به وقوع شرطی در آینده توافق می‌کنند.

موضوع عقد بیع ممکن است کالایی موجود^۲ باشد مانند کالایی که در مالکیت باع موجود است و نیز ممکن است مبیع، کالای آینده^۳ باشد مانند کالایی که قرار است ساخته شود یا به دست آید.

تعهداتی که به موجب عقد بیع ایجاد می‌شوند به دو گروه تقسیم می‌شوند: شرایط مهم^۴ و غیرمهم^۵. به موجب بند ۳ ماده ۱۱ قانون بیع کالا اگر تعهدات مهم نقض شوند، طرف دیگر می‌تواند عقد را فسخ کند در حالی که در نقض تعهدات غیر مهم، تنها می‌توان مطالبه خسارت نمود.

از مهمترین تعهدات باع، التزام او به انتقال حق مالکیت کالا به مشتری است. طبق بند ۱ ماده ۱۲ قانون بیع کالا، باع به هنگام عقد بیع، مالکیت مبیع را به مشتری منتقل می‌کند و در توافق بر بیع، باع ملتزم می‌شود که در موعد مقرر کالا را به مالکیت مشتری درآورد. اگر کالا در مالکیت خود باع بوده و جز او کسی نسبت به کالا حقی نداشته باشد. به موجب عقد بیع، مالکیت به مشتری منتقل می‌گردد.

برطبق بند ۱ ماده ۱۲ قانون بیع کالا، ضرورت ندارد بایع پیش از انتقال مالکیت به مشتری، مالک کالا باشد. حتی ممکن است در توافق بر بیع، بایع هیچ‌گاه مالک کالا نشود، مانند موردی که کالای مورد نظر از طریق شخص ثالث به مشتری منتقل می‌گردد. پس بند ۱ ماده ۱۲ هنگامی نقض می‌شود که بایع، حق انتقال مالکیت کالا را به وجه عام نداشته باشد نه بطور خاص. اخلال در بند ۱ ماده ۱۲ به مشتری حق فسخ^۶ یا مطالبه خسارت^۷ می‌دهد.

طبق بند ۲ ماده ۱۲ بایع ضامن است که مبیع در زمان انتقال، عاری از هرگونه قید و تکلیفی باشد و مشتری بتواند بدون تعرض بر مبیع تسلط یابد و بایع مکلف است مشتری را در مواجهه با هرگونه تعرضی در این زمینه حمایت کند.

در پرونده *Niblett v. Confectioner's* یک شرکت آمریکایی مقداری شیرخشک به طرف بریتانیایی می‌فروشد. زمانی که کالا به بریتانیا رسید معلوم شد که از علامت تجارتی یک شرکت بریتانیایی مشهور استفاده شده است در حالی که شرکت آمریکایی چنین حقی نداشته و آن شرکت بریتانیایی می‌توانست جلوی بیع را بگیرد. در این فرض چنین تلقی شد که بایع مالک حقیقی نبوده و مشتری حق دارد بیع را رد کرده یا خواهان خسارت شود (عطیه، ۱۹۹۳: ۱۵۲). لازم به ذکر است که مفهوم مال در حقوق کامن‌لو با نظام حقوقی ما قدری متفاوت است. مطابق نظام حقوق عرفی، مال مفهومی جز ارزش اقتصادی نداشته و به عبارت دیگر عناصر مؤثر در ارزش اقتصادی است که مال را ایجاد می‌کند و چون در فرض مذکور، علامت تجارتی، نقش مؤثری در تعیین ارزش اقتصادی شیرخشک داشته و من غیر حق مورد استفاده قرار گرفته، چنین تلقی شده که بایع مالک حقیقی نبوده است.

در برخی موارد ممکن است کسی بدون اجازه مالک، کالایی را بفروشد. مثلاً در دعوی *Butter Worth v. Kingsway* شخصی که کالایی را به صورت اجاره به شرط تملیک خریداری نموده و به تصور آن که با استمرار در پرداخت اقساط، حق فروش دارد آن را منتقل می‌کند. خریدار هم کالا را به دیگری فروخته و چند دست معامله می‌شود. پس از این که معلوم شد فروشنده اول حق فروش نداشته، خریدار آخر علیه طرف معامله خود اقامه دعوی نمود ولی بایع اول با پرداخت باقی اقساط، موجب رفع نقیصه گردید (عطیه، ۱۹۹۳: ۱۵۶).

پاسخ فرض مذکور در حقوق ما متفاوت است. زیرا در صورتی که فروشنده به هنگام معامله مالک نباشد، مالکیت بعدی او تأثیری در وضعیت معامله ندارد، چنان که ماده ۲۵۴ قانون مدنی مقرر داشته: «هرگاه کسی نسبت به مال غیر معامله نماید و بعد از آن به نحوی از انحاء به معامله کننده فضولی منتقل شود صرف تملک موجب نفوذ معامله سابقه نخواهد بود».

از توجیحات این رویه در حقوق کامن لو جلوگیری از طرح دعاوی متعدد است که در موارد دیگر هم به چشم می خورد. برای مثال هرگاه متعهدله حق رجوع خود را به متعهد بطور دائمی اسقاط کند جهت جلوگیری از دوباره کاری گفته شده است که با ابراء تفاوتی ندارد زیرا اگر طلبکار بر مدیون اقامه دعوی کند او نیز می تواند به عنوان عهدشکنی از طلبکار خسارت بگیرد و میزان این خسارت معادل کل طلب است (کاتوزیان، ۱۳۷۰: ۳۵۶، الف).

اگر خریدار از مال غیر بودن مبیع آگاه نباشد و از کالای خریداری شده استفاده کند به هنگام استرداد ثمن نمی توان اجرت المثلی از آن کسر کرد. در پرونده *Rowland v. Divall* با این که خریدار به مدت چهار ماه از مبیع استفاده کرده بود ولی به دلیل این که او حسن نیت داشت و نمی دانست مبیع را از کسی خریده که حق فروش نداشته، به حکم دادگاه استیناف، ثمن پرداختی را کاملاً مسترد نمود. قاضی *Atkin* گفت که مشتری به مقصود خود از عقد نرسیده و سبب عقد منتفی است (عطیه، ۱۹۹۳: ۱۵۴).

در فرضی که مبیع کالای مصرفی بوده و خریدار آن را مصرف کرده باشد، امکان استرداد ثمن را ندارد. در فرضی که شخصی مقداری مشروب تهیه و مصرف کرده بود و بعد معلوم شد مشروبات سرقتی بوده و فروشنده حق فروش نداشته به دلیل مصرف مبیع، مشتری نمی تواند ثمن را مسترد کند. (عطیه، ۱۹۹۳: ۱۵۷) چون ثمن نمی تواند مال سارق باشد پس به نظر می رسد مالک مشروبات حق استرداد آن را می یابد.

در حقوق انگلیس، وضعیت با قدری تفاوت، شبیه به حقوق فرانسه است و مسوولیت مدنی ناشی از ضمان درک، مبنای قراردادی دارد ولی جبران ضرر و زیان مشتری مستند به قانون مسوولیت مدنی^۸ ۱۹۷۸ مورد حکم قرار می گیرد (همان). در قانون مزبور علاوه بر جبران زیان ناشی از ضمان قهری^۹ امکان جبران زیان قراردادی

نیز وجود دارد.

۳-۱۱. حقوق چند کشور عربی

در حقوق کشورهای عربی مصر، سوریه، لیبی، عراق و لبنان، مقررات بیع، مندرج در قانون مدنی، یکسان است. طبق ماده ۴۱۸ قانون مدنی مصر که در قانون مدنی سایر کشورهای مذکور نیز دیده می‌شود، عقد بیع تعریف شده است. طبق ماده مزبور، بیع عقدی است که به موجب آن فروشنده ملتزم به انتقال مالکیت شیء یا حق مالی در ازای ثمنی که عبارت از وجه نقد است می‌شود.

طبق ماده ۴۳۹ قانون مدنی مصر و قانون مدنی کشورهای یاد شده، از جمله التزامات فروشنده، تضمین عدم تعرض به خریدار در بهره‌برداری از مبیع است. تفاوتی در تعرض شخص فروشنده و شخص ثالث وجود ندارد. به عبارت دیگر فروشنده، به موجب عقد بیع، تصرف صلح‌آمیز خریدار را در مبیع تضمین می‌کند. اگر پس از بیع، کسی در مبیع مدعی حقی شود یا ادعای مالکیت آن را بنماید، طبق ماده ۴۴۰ همان قانون، خریدار به فروشنده اطلاع داده و او باید به حمایت از خریدار وارد دعوی شود و الا مسوول است.

در صورتی که مبیع مال غیر درآید، خریدار به فروشنده رجوع می‌کند. غراماتی که خریدار می‌تواند از فروشنده مطالبه کند در ماده ۴۴۳ قانون مدنی مصر و قانون مدنی کشورهای یاد شده فهرست شده است.

ضمان درک و مسوولیت مدنی ناشی از آن در حقوق کشورهای یاد شده، مشابه با حقوق فرانسه و دارای مبنای عقدی است. شارحین قوانین مدنی این کشورها، ضمان درک را التزامی در ذمه فروشنده می‌دانند که از عقد بیع سرچشمه می‌گیرد. خریدار براساس بیع خواستار اجرای تعهدات فروشنده و از جمله مطالبه خسارت ناشی از مال غیر درآمدن مبیع را می‌کند و سبب خسارت، ذات عقد بیع است (سنهوری، ۱۹۶۰: ج: ۴/۶۷۶).

۴-۱۱. کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا

در کنوانسیون بیع بین‌المللی ۱۹۸۰، اثر بیع نسبت به مالکیت مبیع استثنا شده است. طبق ماده ۴ کنوانسیون مزبور «مقررات این کنوانسیون صرفاً ناظر بر انعقاد قرارداد بیع و حقوق و تعهداتی که برای طرفین در اثر چنین قراردادی ایجاد می‌شود، بوده و به

خصوص ارتباطی با امور ذیل نخواهد داشت، مگر خلاف آن تصریح شده باشد:
 الف. اعتبار قرارداد یا هریک از شرایط آن یا اعتبار هرگونه عرف مربوط؛
 ب. اثری که ممکن است قرارداد نسبت به مالکیت کالا داشته باشد».

ماده ۳۰ کنوانسیون وین، انتقال مالکیت مبیع را به عنوان یکی از تعهدات فروشنده مطرح کرده ولی زمان انتقال را مشخص نمی‌کند. بر اساس این ماده «بایع مکلف است به ترتیبی که در قرارداد و این کنوانسیون مقرر شده است کالا را تسلیم کند، هرگونه مدرک مربوط به کالا را تحویل نماید و مالکیت کالا را انتقال دهد».

شارحین کنوانسیون وین، مقررات مذکور را به دلیل اختلافاتی که در نظام‌های حقوقی ملی وجود دارد توجیه می‌کنند: در برخی نظام‌های حقوقی، اثر تملیکی بیع با انشای این عقد محقق می‌شود درحالی که در برخی دیگر از نظام‌های حقوقی، انتقال مالکیت مبیع با قبض حاصل می‌شود و یا تابع عمل حقوقی دیگری است. این اختلافات به حدی بوده که در تدوین کنوانسیون، رفع آنها ممکن نگردیده و در نتیجه، حل این مسائل به حقوق ملی کشورهای عضو واگذار شده است (هانولد، ۱۹۹۹ و صفایی، ۱۳۸۴: ۲۴).

چون در بیع بین‌المللی کمتر اتفاق می‌افتد که مورد معامله عین معین باشد، بدیهی است که مال غیر درآمدن کالای فروخته شده بسیار فرض نادری است. در کنوانسیون وین چنین فرضی به صراحت پیش‌بینی نشده و به نظر می‌رسد در صورت رخداد، چنین وضعی مشمول ماده ۴۱ شود که در آن مقرر شده: «بایع باید کالائی را که مصون از هرگونه حق یا ادعای شخص ثالث است، تسلیم نماید، مگر این که مشتری راضی به دریافت کالائی باشد که موضوع حق یا ادعای شخص ثالث است. معهذاً هرگاه این حق یا ادعا ناشی از مالکیت صنعتی یا سایر مالکیت‌های معنوی باشد، تعهدات بایع مشمول ماده ۴۲ خواهد بود».

در کنوانسیون وین، ضمانت اجرای تعهدات فروشنده بطور کلی و در ماده ۴۵ دیده می‌شود. از ملاحظه مواد مربوطه چنین به نظر می‌رسد که اگر کالای متعلق به غیر را کالای غیر منطبق با قرارداد محسوب کنیم، فروشنده ناقض قرارداد شمرده می‌شود. نظر به این که چنین نقضی مصداق نقض اساسی قرارداد است، فروشنده بر طبق ماده ۴۶ کنوانسیون باید بدل کالا را به درخواست خریدار تسلیم او نماید. همچنین خریدار

می‌تواند با استناد به ماده ۴۹ کنوانسیون، قرارداد را ابطال کند. با ملاحظات فوق، نظر به این که اثر بیع در کنوانسیون وین تعیین نشده و نیز ضمانت اجرای تعهدات فروشنده بطور کلی بیان گشته و ضمان درک در بیع بین‌المللی مورد نداشته یا به ندرت ممکن است رخ دهد، به استناد ماده ۴۱ که زیر مجموعه تعهدات بایع است در خصوص مبنای ضمان درک به نظر می‌رسد کنوانسیون، بیشتر متمایل به قراردادی بودن مبنای ضمان مزبور است، چرا که تحویل کالای منطبق از تعهدات قراردادی فروشنده محسوب می‌شود. در نتیجه مسوولیت مدنی ناشی از ضمان درک نیز اساس قراردادی می‌یابد.

۱۲. نتیجه‌گیری

فروشنده با مال غیر درآمدن آنچه فروخته ملزم به استرداد ثمن دریافتی و خسارات وارده بر مشتری می‌شود. در تعیین مبنای ضمان درک و مسوولیت مدنی ناشی از آن اختلاف نظر است: نظر غالب ریشه ضمان درک و مسوولیت مدنی ناشی از آن را در الزامات خارج از قرارداد می‌داند. بر این اساس، ضمان درک و مسوولیت مدنی ناشی از آن مبتنی بر بیع نیست، زیرا مستحق‌الغیر درآمدن مبیع، کاشف از بطلان عقد است. در نتیجه، ماده ۳۶۲ قانون مدنی که ضمان درک را از آثار بیع صحیح شمرده، قابل انتقاد است. اما نظر به این که حتی‌المقدور باید از دادن نسبت اشتباه به قانونگذار پرهیز کرد، لذا برخلاف نظر مشهور باید در پی جستجوی مبنای قراردادی برای مسوولیت فروشنده بود. آنچه در حقوق بیگانه مبنای قراردادی بودن ضمان درک تلقی شده در حقوق ما راه‌گشا نیست و لذا باید به دنبال مبنایی بومی و سازگار با نظام حقوق مدنی خود باشیم.

به نظر می‌رسد به هنگام انعقاد قراردادهای تملیکی چون بیع، هریک از طرفین، مجاز بودن تصرف خود را در آنچه منتقل می‌کند، در برابر طرف دیگر تضمین می‌کند. جواز تصرفات ناقله، ممکن است ناشی از مالکیت مورد معامله یا داشتن سمتی در خصوص تصرفات در آن مال باشد. با مال غیر درآمدن مورد معامله، تخلف از بنای طرفین احراز می‌شود. ضمان درک و به تبع آن مسوولیت مدنی ناشی از آن بر همین بنا استوار است.

اعتبار این توافق ضمنی، وابسته به عقد اصلی نیست و به عکس تصور نخستین که قائلین فراوان دارد، توافق ضمنی مزبور مستقل بوده و تأثیرش معلق بر فساد عقد اصلی است. چنان که اساتید حقوق مدنی فرموده‌اند پاسخ ایراد مقدر که چگونه شرط بنایی از عقد تبعیت نمی‌کند آن است که وابستگی شرط به عقد ناشی از اراده طرفین است. پس اگر طرفین نخواهند چنین باشد شرط، مستقل از عقد خواهد بود (کاتوزیان، ۱۳۶۳: ۱۹۷ و ۱۳۶۸: ج: ۳۳۷/۴).

البته برخلاف نظر ایشان، توافق مذکور مجازی برای توجیه ماده ۳۶۲ قانون مدنی نیست، بلکه حقیقتی است که رفتار طرفین عقد پس از مال غیر درآمدن مورد معامله گواه بر صحت آن است: وقتی طرف معامله از مستحق‌الغیر بودن مورد معامله آگاه می‌شود طلبکارانه به طرف دیگر مراجعه کرده و به اعتراض می‌گوید آنچه به موجب عقد به او داده شده از آن دیگری است. این رفتار حکایت از تضمین مالکیت مورد معامله یا حداقل جواز تصرف در آن به هنگام معامله دارد.

به عبارتی دیگر می‌توان گفت فروشنده در ضمن معامله، مالک شدن خریدار را تعهد می‌کند و این تعهد به نتیجه است. زیرا خریدار در برابر ثمنی که می‌دهد خواهان مالک شدن مبیع است نه این که فروشنده آنچه در توان دارد انجام دهد تا مالکیت به خریدار منتقل شود. هنگامی که تعهد به نتیجه باشد، صرف دست نیافتن به نتیجه وعده داده شده یعنی مالکیت خریدار نسبت به مبیع، تقصیر به شمار می‌رود. همین که نتیجه حاصل نشد معلوم می‌شود تقصیری رخ داده و اگر خریدار متحمل زیانی شده باشد نیازی به اثبات تقصیر ندارد، بلکه دست نیافتن به نتیجه مورد نظر، تقصیر را مفروض می‌گرداند.

به نظر می‌رسد قانونگذار هم برای ضمان درک و مسوولیت مدنی ناشی از آن مبنای قراردادی قائل شده و از همین رو در ماده ۳۶۲ قانون مدنی ضمان مزبور را از آثار بیع صحیح قلمداد کرده است. نکته‌ای که می‌توان بر قانونگذار خرده گرفت آن که در ماده مزبور، توافق ضمنی مستقل بی‌نام در نماند عقد از اصل بیع تفکیک نشده و صورت بیع در نامگذاری آن نیز منظور شده است.

پی‌نوشت

- | | |
|-------------------------------|--------------------------------|
| 1. The Sale of Goods Act 1979 | 2. Existing Goods |
| 3. Future Goods | 4. Condition |
| 5. Warranties | 6. Repudiation of the Contract |
| 7. Claim for Damages | 8. Civil Liability Act 1978 |
| 9. Tort | |

منابع

الف. فارسی و عربی

- ابن منظور (۱۴۰۸ق). *لسان العرب*. (ج ۴ و ۸). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
- امامی، حسن (۱۳۷۵). *حقوق مدنی*. (ج ۱). تهران: کتابفروشی اسلامیة.
- بروجردی عبده، محمد (۱۳۸۲). *اصول قضایی - حقوقی*. (ج ۲). تهران: رهام.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۶۹). *حقوق تعهدات*. (ج ۱). تهران: موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۴). *ترمینولوژی حقوق*. تهران: کتابخانه گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸). *مسئولیت در ترمینولوژی حقوق*. (ج ۳). تهران: کتابخانه گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۹). *مجموعه محشی قانون مدنی*. تهران: کتابخانه گنج دانش.
- حائری، علی (۱۳۷۶). *شرح قانون مدنی*. (ج ۱). تهران: کتابخانه گنج دانش.
- حسینی، محمدرضا (۱۳۷۹). *قانون مدنی در رویه قضایی*. تهران: مجد.
- ژوردن، پاتریس (۱۳۸۲). *اصول مسئولیت مدنی*. ترجمه و تحقیق: مجید ادیب، تهران: نشر میزان.
- سنهوری، عبدالرزاق احمد. (۱۹۶۰م). *الوسیط فی شرح القانون المدنی*. (ج ۴). قاهره: دارالنشر للجامعات المصریه.
- شهیدی، مهدی (۱۳۷۹). *اصول قراردادها و تعهدات*. تهران: عصر حقوق.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۲). *حقوق مدنی ۶ (بیع، معاوضه، اجاره، جعاله، قرض، صلح)*. تهران: مجد.

صفایی، حسین، عادل، مرتضی، کاظمی، محمود و میرزائزاد، اکبر (۱۳۸۴). حقوق بیع بین‌المللی. تهران: موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران.
 طباطبایی، مصطفی (۱۳۶۳). فرهنگ نوین. ترجمه القاموس العصری، تهران: کتابفروشی و چاپخانه اسلامی.

الطریحی، فخرالدین (۱۴۰۳ق). مجمع البحرین. (ج ۵). بیروت: دار احیاء التراث العربی.
 عدل، مصطفی (۱۳۷۳). حقوق مدنی. قزوین: بحر العلوم.
 عطیه، باتریک ادوارد (۱۹۹۳م). شرح قانون بیع البضائع الإنجلیزی لسنة ۱۹۷۹، (ترجمه: هنری ریاض و کرم شفیق)، بیروت: دارالجمیل.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۴). حقوق مدنی: وثیقه‌های دین (عقود معین، ۳). تهران: بهنشر.
 کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۲). حقوق مدنی: ضمان قهری - مسئولیت مدنی. تهران: کتابفروشی دهخدا.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۳). حقوق مدنی: معاملات معوض - عقود تملیکی. تهران: بهنشر.
 کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۴). قواعد عمومی قراردادها. (ج ۱). تهران: بهنشر.
 کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۸). قواعد عمومی قراردادها. (ج ۴). تهران: بهنشر.
 کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۰، الف). ایقاع: نظریه عمومی - ایقاع معین. تهران: یلدا.
 کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۰، ب). دوره مقدماتی حقوق مدنی (اعمال حقوقی - قرارداد - ایقاع). تهران: شرکت انتشار.

متین، احمد (۱۳۸۱). مجموعه رویه قضایی (قسمت حقوقی). تهران: انتشارات رهام.
 نجفی، محمدحسن (۱۴۰۰ق). جواهرالکلام فی شرح شرایع‌الاسلام. (ج ۲۲). تهران: دارالکتب‌الاسلامیه.

ب. انگلیسی

- H. Crabb, John (1995). *The French Civil Code*. Deventer, The Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers.
 O. Honnold, John (1999). *Uniform Law For International Sales Under The 1980 United Nations Convention*. The Hague: Kluwer Law International.