

دکتر محمد صالحی راد
مدیر کل مرکز تحقیقات و پژوهش‌های قضائی قوه قضائیه

حسن نیت در اجرای قراردادها و آثار آن

مقدمه:

در حقوق ایران، و نیز در حقوق کلیه کشورهای متمدن، اصل لزوم قراردادها به‌عنوان اصلی مسلم پذیرفته شده است.^۱ به‌سبب این اصل، طرفین قرارداد ملزم به ایفاء تعهدات ناشی از آن بوده و نمی‌توانند از اجرای مفاد قرارداد امتناع نمایند.

مع‌الوصف در حقوق اروپایی اصلی دیگر به نام «حسن نیت»^۲ نیز بر اجرای قراردادها حکومت می‌کند که قانون مدنی ما بالصراحه از آن نامی به میان نیاورده است. از جمله ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه مقرر می‌دارد که: «عقودی که وفق مقررات منعقد شده باشند برای طرفین در حکم قانون است. این عقود جز با تراضی طرفین یا جهاتی که قانون اجازه می‌دهد، قابل انفساخ نیست. عقود باید با حسن نیت اجرا شوند». امروزه اصل حسن نیت در حقوق موضوعه این کشور اهمیتی بسیار یافته و نه تنها بر اجرای قراردادها بلکه بر همه روابط قراردادی، از انعقاد تا انحلال آن، حکومت می‌کند. به عبارت دیگر، هر چند قانون مدنی فرانسه مشتمل بر

۱- اصل مزبور از مواد ۱۰ و ۲۱۹ قانونی مدنی مستفاد می‌گردد.

قاعده‌یی خاص در زمینه حسن نیت در مرحله انعقاد قراردادها نیست ولسی رویه قضائی، با گسترش دامنه حکومت بند ۳ ماده یادشده به این مرحله، حسن نیت را معیار بررسی تمامت رضایت متعاقبین ساخته و علاوه بر آن، اعمال این اصل را در نحوه انحلال عقود نیز لازم دانسته‌است. با این وجود پراهمیت‌ترین مرحله دخالت حسن نیت در قرارداد، مرحله اجرای آن است. در این مرحله، حسن نیت، در موارد بسیار، اساس ابتدای تعهدات تبعی و نیز مبنای مسئولیت یکی از طرفین قرارداد است.

گفته شد که قانون مدنی ایران از رعایت اصل حسن نیت در اجرای قراردادها صراحتاً نام نبرده‌است. این سکوت موجب گشته‌است که تعدادی از حقوق‌دانان، در مباحث مربوط به اثر معاملات و اجرای عقود، از این اصل و آثار آن سخنی به‌میان نیاورند.^۱ کسانی هم که به طرح مسأله پرداخته‌اند، هر یک از حسن نیت مفهومی خاص را اراده نموده، در خصوص حکومت یا عدم حکومت آن بر قراردادها و نوع آثار و نتایج آن نظرهای متفاوتی ابراز داشته‌اند. به‌عنوان مثال، یکی از اساتید فاضل، با تعریف حسن نیت در مفهومی صرفاً روانی و شخصی، اظهار نظر نموده‌اند که «در حقوق ما حسن نیت قبول نشده‌است»^۲، حال آنکه مؤلف دیگری با تعبیر حسن نیت به «مقصودی که در حین عقد منظور طرفین بوده»^۳، حسن نیت را یکی از اصول حاکم بر قراردادها دانسته‌است. یکی حسن نیت را، نه عامل بنیانی ایجادکننده تعهدات بلکه «اماره‌یی نسبی در تشخیص تعهدات» دانسته^۴ و مؤلف عالیقدری، هر چند دادرس را از استناد

۱- از جمله سیدعلی حائری شاه‌باغ، شرح قانون مدنی، جلد اول، گنج دانش، ۱۳۷۶، ص ۱۹۶ به بعد.

۲- دکتر سیدحسن امامی، حقوق مدنی، جلد اول، چاپ پنجم، کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۵۳.

۳- دکتر محمدجعفر جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ابن سینا، ۱۳۴۶، شماره ۱۷۱۶ - هر چند که ایشان در تألیفی دیگر (حقوق تعهدات، جلد اول، دانشگاه تهران، ۱۳۶۹، شماره ۲۶۵) با تعریفی متفاوت از حسن نیت در مرحله اجرای تعهدات، اظهار داشته‌اند که «حسن نیت بر تعهدات ناشی از عقود سایه انداخته‌است».

۴- مصطفی عدل (منصور السلطنه)، حقوق مدنی، چاپ چهارم، شماره ۲۵۸.

۴- مهدی صاحبی، تفسیر قراردادها در حقوق خصوصی، انتشارات ققنوس، ۱۳۷۶، ص ۱۷۷.

مستقیم به «اجرای با حسن نیت» قراردادهای ممنوع دانسته اما اثر پنهان این قاعده را در اجرای عقود از مسلمات شمرده‌اند.^۱

تشتت عقاید در خصوص دلالت حسن نیت و حکومت یا عدم حکومت آن بر اجرای قراردادهای در حقوق ایران و نیز حضور بایسته و پیوسته این اصل در حقوق قراردادی غرب، خصوصاً فرانسه، موجب گردید که، در جهت اثبات لازم‌الرعایه بودن همین مفهوم در حقوق ایران و امکان اخذ نتایج بسیار از آن، به تحلیل اصل حسن نیت در اجرای قراردادهای پرداخته (گفتار اول) و سپس آثار حکومت آن بر اجرای قراردادهای را مورد بررسی قرار دهیم. (گفتار دوم).

گفتار اول

تحلیل اصل حسن نیت در اجرای قراردادهای

برای پی بردن به مفهوم حسن نیت در اجرای عقود، شایسته چنان است که بدواً نحوه تجلی این اصل را در یکی از خاستگاههای مهم آن یعنی حقوق فرانسه بررسی نماییم. چه، در حالی که مدتهای مدید اصل حسن نیت در رویه قضائی این کشور بازتاب چندانی نداشت، امروزه این مفهوم در حقوق این کشور جایگاهی والا یافته و با چهره‌نمایی بی‌وقفه خود در اجرای عقود منشأ آثار بسیاری گردیده‌است (فصل اول). در پرتو این تحلیل، قبول وجود همین قاعده در حقوق قراردادی ایران سهلتر خواهد شد (فصل دوم).

فصل اول

حسن نیت در اجرای عقود در حقوق فرانسه

ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه، بعد از بیان اصل حاکمیت اراده طرفین قرارداد و

۱- دکتر ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادهای، جلد سوم، آثار قرارداد در رابطه دو طرف و نسبت به اشخاص ثالث، انتشارات بهنشر، چاپ اول، ۱۳۶۸، شماره ۵۲۶.

نیز مؤثر بودن عقود درباره آنان، به طرح لازم‌الرعايه بودن حسن نیت در اجرای عقود پرداخته‌است.

مستنبط از قاعده مندرج در بند اول این ماده معروف^۱ این است که قرارداد، به محض جمع شرایط اساسی مقرر برای صحت معاملات، دارای همان قدرت الزام‌آوری قانون بوده و موجب التزام طرفین به ایفای تعهدات قراردادی می‌گردد. نتیجه منطقی این قاعده، که در بند دوم ماده تجلی یافته، عدم قابلیت فسخ يك‌سویه قرارداد است: طرفین نمی‌توانند بدون توافق مجدد، یا تجویز قانون، آن را فسخ نمایند. در کنار قواعد یادشده، مقررات مندرج در بند ۳ این ماده، اصل حسن نیت را بر روابط قراردادی حاکم نموده، و بی‌ارائه تعریفی از این اصل، خواهان رعایت آن در اجرای عقود گشته‌است. از آنجا که این ماده، و هیچ‌یک از دیگر مواد قانون مدنی فرانسه، از حسن نیت تعریفی به عمل نیاورده‌اند^۲ لازم است بدو^۳ به ایضاح دلالت این قاعده پرداخته‌شود:

دلالت حسن نیت

حسن نیت مفهومی اساساً اخلاقی است. مقنن فرانسوی و رویه قضایی این کشور، این مفهوم را برای «اخلاقی نمودن»^۴ حقوق موضوعه به‌کار برده‌اند. به این لحاظ حسن نیت دارای مفهومی یگانه و مشخص نبوده و در هر مورد باید از طریق کاربردهای قضایی آن دریافته‌شود.^۵ مع‌الوصف، با توجه به دلالت‌های این اصطلاح و

۱- درخصوص فراوانی استعمال این ماده در رویه قضایی فرانسه ر.ک:

A. PERDRIAU, ((visas, ((chapeaux)) et dispositifs des arrêts de la Cour de cassation en matière civile)) : J C P 1986, I, 3257.

۲- اصطلاح حسن نیت در مواد دیگر قانون مدنی فرانسه، از جمله مواد ۱۱۴۱، ۱۲۶۸، ۲۲۶۵ و ۲۲۶۸

نیز استعمال شده‌است.

3- Moraliser.

4- G. RIPERT, La regle morale dans les obligations, 4 eme ed. L. G. D. J., 1949, n 157.

5- ph. LE TOURNEAU, (Bonne foi) Rep. civ. Dalloz, 1994, n 13.

براساس استنباط مفاهیم از موارد دلالات، گفته شده است که حسن نیت «در مرحله اول قابل تعبیر به دیدگاه شناخت، دیدگاه حقیقت و خطا... و در مرحله ثانی، بی‌آنکه بیانگر حالتی فکری باشد، مبین رفتاری فعالانه است».^۱ به این ترتیب این مفهوم دربرگیرنده دو جنبه مختلف است: یکی شخصی (۱) و دیگری عینی (۲).

۱- حسن نیت شخصی^۲

مسئلاً حسن نیت متضمن جنبه‌یی از اخلاق است که می‌توان از آن به اراده حسن تعبیر نمود. این جنبه در صفاتی همچون وفاداری و صداقت و اجتناب از خدعه و خیانت که از خصایل نیک انسانی است متجلی می‌گردد.

بعضی از مؤلفین با استناد به وجه شخصی حسن نیت اظهار داشته‌اند که وضع مقرر مندرج در بند ۳ ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه به منظور اعلام انتفاء تقسیم رومن‌ها بین حقوق محض و قراردادهای با حسن نیت بوده است.^۳ برای درک بهتر این نظر یادآور می‌شود که در دوره‌یی از ادوار تاریخ روم قدیم «رضای طرفین، فی‌نفسه، برای ایجاد التزام حقوقی کامل کفایت نمی‌کرده بلکه برای تحقق این امر می‌بایستی رضای متبادله در قالب خارجی معینی نمود یابد».^۴ در این دوره، اقدامات

1- G. LYON - CAEN, (De l' evolution de la notion de Bonne foi), RTD civ., 1946, P. 76 - Dans le meme sens : G. CORNU, Regard sur le titre III du livre III du Code Civil, Cours D. E. A. droit prive paris II, 1967 - 1977, P. 214, n 289. Cite par J. GHESTIN, Traite de droit civil, Les obligations. Le contral: Formation, 2 eme ed. L.G.D.J, 1988, n 186, P. 203.

2- La Bonne foi Subjective.

3- J. CARBONNIER. Droit Civil, t. IV, Les obligations, P. U. F. 1994, n 113 - F. GORPHE, Le Principe de la Bonne foi, th. paris, 1928, P. 10 - J. FLOUR et J. L. AUBERT, Droit civil, Les obligations. 1. L'acte juridique, 6 eme ed. Armand colin, 1994, n 386.

4- X. SERRAUD, Essai sur les obligations naturelles, th. paris, 1906, Rousseau, P.9

حقوقی محض بر امور داخل در این محدوده مضیق دلالت داشته و قاضی ماخوذ به اعمال دقت و سختگیری در آن بوده است.

اما به تدریج این حقوق خشن بدوی در برابر ضرورتهای عملی رنگ می‌بازد و همراه با آن حسن نیت نیز جایگاهی حقوقی می‌یابد. در این مرحله قاضی مجاز بوده است در شرایط محدودی به ارزیابی حسن نیت یا سوء نیت طرفین بپردازد.^۱ شاید به این لحاظ در تعریف حسن نیت گفته شده است که حسن نیت عبارت است از «حالت مبین اعتقاد یا اراده انطباق با حقوق که به ذینفع اجازه می‌دهد از سختگیری قانون مصون بماند».^۲

به موجب این تحلیل، اگر نویسندگان قانون مدنی فرانسه به اجرای با حسن نیت قراردادهای تأکید ورزیده‌اند، این بدان معنا است که آنان خواهان ترك اقدامات حقوقی محض و لحاظ حسن نیت در قراردادهای بوده‌اند. بر این اساس، تنها اقتضای حسن نیت در اجرای عقود کشف اراده مشترک طرفین است؛ لذا روح قرارداد باید بر عبارت آن رجحان داشته^۳ و مفسر مجاز باشد با گذر از عبارات مندرج در قرارداد و کشف روح آن، محتوای قرارداد را «حسب اندیشه طرفین و مطابق هدفی که از انعقاد آن منظور بوده»^۴ تعیین نماید.

1- C. DEMOLOMBE, Cours de code Napoleon, t. XXIV, n 393 - A. M. DEMANTE et COLMET De SANTERRE, Cours de Code Napoleon, t., V. 1865, n 50 - J. CARBONNER, op. cit., n 112.

2- G. CORNU (sous la direction), vocabulaire juridique, P.U.F. 1 ere ed. 1987, V (Bonne foi), P. 104.

در همین مفهوم آقای دکتر جعفری لنگرودی می‌نویسند: «حسن نیت عبارت است از وضع فکری کسی که اقدام به عمل حقوقی از روی اشتباه می‌کند و تصور می‌کند که عمل او بر وفق قانون است و حال این‌که موافق قانون نیست و مقنن در مقابل عواقب زیان‌آور آن عمل حقوقی در حدود معینی او را حمایت می‌کند مانند صاحب یدی که تصور می‌کند با مالک واقعی معامله کرده و مال را از او گرفته و حال اینکه با غاصب معامله کرده است.» (ترمینولوژی حقوق، ابن‌سینا، ۱۳۴۶، شماره ۱۷۱۶، ص ۲۱۵).

3- Ph. MALAURIE et L. AYNES, Droit civil. Les obligations, t. VI, 6 eme ed. Cujas, 1995 - 96, n 630.

4- C. AUBRY et C. RAU, Cours de droit civil francais d'apres la methode de Zacharias, t. IV, obligations, 6 eme ed, 1942 n 346.

جنبه شخصی حسن نیت را از طریق استعمال واژه‌های متضمن مفهوم مخالف آن، یعنی سوء نیت، خدعه، تقلب نیز می‌توان درک نمود.^۱ در این منظر پوتیه (POTHIER) اظهار داشته است: «حسن نیتی که باید در قرارداد بیمه، همچنان که در همه قراردادهای دیگر، حکومت کند هر یک از متعاقدين را مکلف می‌سازد که آنچه را که درباره موضوع قرارداد می‌دانند از طرف دیگر پنهان ننمایند زیرا اختفاء يك تقلب است.»^۲ به عبارتی دیگر، به موجب این نظر، اصل اعتمادی بودن عقد ایجاب می‌کند که متعاقدين یکدیگر را از واقعیاتی که در هر نظام حقوقی مبنای اعتمادی شدن عقد است مطلع سازند.^۳

با این همه، همچنان که بسیاری از حقوق‌دانان فرانسوی اعلام داشته‌اند، حسن نیت در مفهوم صرفاً شخصی، که در مقابل سوء نیت قرار دارد، همه حقیقت آن را عیان نمی‌سازد. این مفهوم واجد جنبه عینی هم هست.

۲- حسن نیت عینی^۴

حسن نیت در مفهوم عینی، که مفهوم دقیق آن نیز هست، عبارت است از: «رفتاری صادقانه (یا کم و بیش معمولی) که خصوصاً اجرای تعهد آن را اقتضا می‌نماید».^۵ به این ترتیب حسن نیت در مفهوم عینی «نه حالتی روحی بلکه رفتاری فعالانه را تصویر می‌سازد».^۶ در این منظر رعایت حسن نیت به معنای رجوع به یک ارزش خارجی فراتر از روان متعاقدين مانند «رجوع به عرف، به یک قاعده اخلاقی در رفتار، یا حتی به نحو بدیهی به عقل سلیم»^۷ است.

1- PH. LE TOURNEAU, (Bonne foi), art. prec., n. 10.

2- Traité du contrat de mandat, t. IX, P. 388.

۳- تدلیس، مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه، انگلیس، اسلام و ایران - دکتر پرویز اوصیاء، در مجموعه تحولات حقوق خصوصی، انتشارات دانشگاه تهران، ص ۲۹۷.

4- La Bonne foi objective.

5- G. CORNU (sous la direction), vocabulaire juridique, ouvr. cit., P. 104.

6- G - LYON - CAEN, art. prec. P. 76.

7- G. CORNU, ouvr. cit., n. 289.

این حسن نیت را که متضمن نمودی عینی در رفتار است نمی‌توان از طریق مفهوم مخالف آن، یعنی سوء نیت، بازشناخت. در واقع، سوء نیت یک ویژگی روانی و به‌سان یک حالت ذهنی مبتنی بر «میل یا آگاهی به ایراد خسارت»^۱ است. در حالی که حسن نیت عینی لازم‌الرعیاً در اجرای قراردادهای، مفهومی بیشتر مادی است که ناظر بر رفتار شخص در برابر وضعیت‌های مختلف است. در این مفهوم برای آنکه اجرای عقود مقرون به حسن نیت باشد لازم است که طرفین رفتار مثبتی، که بیش از امتناع از سوء نیت است، داشته‌باشند. در واقع حسن نیت در اجرای قرارداد، نه در اندیشه و اراده بلکه در اعمال خارجی متجلی می‌گردد.

دوگانگی مفهوم حسن نیت مورد تأیید بسیاری از حقوق‌دانانی است که در این زمینه به تحقیق پرداخته‌اند. آنان علاوه بر حسن نیت شخصی، در مفهوم خودداری از اندیشه متقلبانه، به حسن نیت دیگری قائل گردیده‌اند که مبتنی بر درستی در رفتار و رعایت الگوهای متعارف در روابط قراردادی است. به عنوان مثال، ووان (VOUIN) اظهار می‌دارد که «حسن نیت شخصی» مبتنی بر ملاحظه درونی و دریافت حالات روحی شخص است. اما «حسن نیت عینی» همچون «قاعدہ‌یی که به‌صورت عام حقوق هر کس را محدود یا ایجاد تعهد می‌کند متظاهر می‌گردد»^۲ همچنین لو تورنو (LE TOURNEAU) بیان می‌دارد که حسن نیت را می‌توان به‌نحو مثبت یا منفی بررسی کرد: «در وجه مثبت، حسن نیت در رفتار، به قاعدہ‌یی در رفتار، تکلیف به صداقت، که خود متضمن نتایج بسیاری است، تعبیر می‌شود. در وجه منفی مفهوم حسن نیت را از متضاد آن یعنی سوء نیت می‌توان دریافت»^۳.

1- A. WEILL et F. TERRE, Droit civil, Les obligations, 4^{eme} ed. Dalloz, 1986, n 395.

2- R. VOUIN, La Bonne foi, notion et role actuel en droit prive francais, th. Bordeaux, 1939, p. 41.

3- Ph. LE TOURNEAU. (Bonne foi), Rep. civ, Dalloz. n 40.

نتیجه آنکه هیچ نوع برابری مطلقى بین سوء نیت و فقدان حسن نیت وجود ندارد. «مسئلاً متعاقدى که حسن نیت ندارد می‌تواند اضافه بر آن سوء نیت هم داشته باشد، اما مسأله می‌تواند به نحو دیگری نیز مطرح شود».^۱

با عنایت به شرح فوق به نظر می‌رسد که بند ۳ ماده ۱۱۳۴ قانون مدنى فرانسه، نه حسن نیت شخصی بلکه، به منظور تعیین روش اجرای قراردادها، حسن نیت عینی را مطرح نظر قرار داده است. در واقع، اگر قانون طرفین را به رعایت حسن نیت در اجرای قرارداد مکلف می‌کند این امر برای آن است که آنان با تبعیت از قواعدی معروف، رفتاری خاص را پیشه کنند و نه این که از سوء نیت اجتناب نمایند.^۲ مضافاً به اینکه چنانچه اجرای با حسن نیت قراردادها به نداشتن سوء نیت تعبیر شود اثر چندانی بر این اصل مترتب نمی‌شود، چرا که در بسیاری از قراردادها نداشتن یا نداشتن سوء نیت تأثیری در نتیجه اجرای تعهد نخواهد داشت. به عنوان مثال، بود و نبود سوء نیت در خریدار یا فروشنده‌یی که به لحاظ اجرای عقد بیع، مکلف به پرداخت ثمن معامله یا تسلیم مبیع می‌باشند تأثیری در نتیجه اجرا (تأدیة ثمن و تسلیم مبیع) نخواهد داشت. همچنین است سوء نیت یا حسن نیت موجر و مستأجری که با التزام به عقد اجاره مکلف به تحویل عین مستأجره و تأدیة مال الاجاره‌اند. لذا اظهار نظر بر اینکه «حسن نیت در قراردادها به این معنی است... که طرفین قرارداد قصد حیل و نیرنگ نداشته باشند»^۳ نمی‌تواند مبین حقیقت رعایت اصل حسن نیت در اجرای قراردادها باشد. زیرا، چنانکه گفته شد، معیار در بررسی وجود یا عدم حسن نیت در اجرای قراردادها رفتار طرفین قرارداد است و نه قصد و اندیشه آنان.

حسن نیت در اجرای قراردادها مستلزم به جای آوردن رفتاری فعالانه است و باید

1- R. DESGORCES, La Bonne foi dans le droit des contrats: Role actuel et perspectives, th. paris, 1992, P. 269.

2- R. DESGORCES, th. prec., P. 68.

به نحو عینی مورد ارزیابی قرار گیرد. به این لحاظ، چنانچه بتوان از عنصری اخلاقی در حسن نیت نام برد بیشتر باید به اخلاق اجتماعی توجه داشت تا فردی. چرا که حسن نیت آنقدر که به تطابق رابطه حقوقی با عرف انسانهای شایسته دلالت دارد به حالت درونی اشخاص مربوط نمی‌شود.^۱ بدین ترتیب، «رعایت حسن نیت» در اجرای قراردادهای به چیزی جز «عمل به وجه معروف» در این زمینه قابل تعبیر نمی‌باشد. با انطباق این دو مفهوم است که می‌توان در حقوق ایران نیز حکومت حسن نیت در اجرای قراردادها را امری مسلم دانست.

فصل دوم

حسن نیت یا «عمل به وجه معروف» در اجرای قراردادها در حقوق ایران

دیدیم که حسن نیت در مفهوم ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه معیاری برای مقایسه رفتار هر یک از متعاقدین با نمونه معمول رفتار اجتماعی است. در واقع حسن نیت نمونه مثالی مفهوم معیار است. با تجویز معیارها «مقنن، قاضی را به ارزیابی و اعمال ضمانت اجرای رفتارها یا وضعیتها، با مراجعه به متعارف و معمول و نظام ارزشهای حاکم، دعوت می‌کند.»^۲ لذا مراد از رعایت حسن نیت، ملحوظ داشتن معهود و عمل به شیوه معمول مردم خردمند است. اقتضای اجرای با حسن نیت قراردادها، اجرا براساس متعارف یا به نحو کلی بر «معروف» قراردادی است و قاضی باید آنچه را که در اجرای قراردادها متعارف و معمول است به عنوان جزئی از تعهدات مذکور در قرارداد منظور نماید.

به شرح فوق، هر چند که قانون مدنی ما از رعایت حسن نیت در اجرای قراردادها

1- A. VOLANSKY, Essai d'une definition expressive du droit basee sur l'idee de bonne foi. th. Paris, 1929, n 125.

2- D. LOCHAK, Normalite, in Dictionnaire encyclopedique de theorie et de sociologie du droit. 2 eme ed., Sous la direction ed A. - J. ARNAUD, L.G.D.J., 1993.

نام نبرده‌است لیکن نتیجه عملی این مفهوم را در ماده ۲۲۵ قانون مدنی، در قالب عبارت تکلیف به رعایت «متعارف در عرف و عادت» بر اجرای عقود حاکم نموده‌است. مطابق ماده مرقوم: «متعارف بودن امری در عرف و عادت به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد به منزله ذکر در عقد است». بر این اساس همه تکالیف و آثاری که از باب تعارف عرفی از لوازم و تبعات قرارداد است، همچون تسلیم و تسلّم در عقد بیع، بدون نیاز به تصریح، از مدلولات عقد بوده و الزام‌آور است.^۱

برخلاف نظر بعضی حقوق‌دانان که ماده ۲۲۰ قانون مدنی را مستند اجرای با حسن نیت قراردادها دانسته‌اند^۲، یا با یکسان دانستن محتوای این ماده و ماده ۲۲۵ قانون مدنی هر دو ماده را در مقام بیان یک حقیقت و هر دو را مبنای رعایت حسن نیت در اجرای عقود تلقی نموده‌اند^۳، یا ماده ۲۲۵ را تأکیدی بر ماده ۲۲۰ به شمار آورده‌اند،^۴ به نظر می‌رسد که در دلالت این دو ماده تفاوت ظریفی نهفته‌است. در واقع ماده ۲۲۰ قانون مدنی مشعر بر اینکه: «عقود نه فقط متعاملین را به اجرای آن چیزی که در آن تصریح شده‌است ملزم می‌نماید بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود ملزم می‌باشند»، که مقتبس از ماده ۱۱۲۵ قانون مدنی فرانسه است،^۵ به اصل الزام‌آور بودن آثار عرفی و قانونی عقد اشاره دارد. به موجب این اصل از یک طرف، متعاقدين به کلیه نتایج عرفی قرارداد، ولو اینکه این عرف، عرف خاص گروه یا صنف معین یا عرف منطقه‌یی خاص باشد

۱- در همین مفهوم میرزا حسین نائینی (تقریرات، منیة الطالب، نوشته شیخ موسی خوانساری، ج ۲، ص ۱۲۳، چاپ نجف، ۱۳۸۵ هـ-ق) اظهار داشته: «لاشبهة فی ان بعض الامور مثل التسليم و التسلم و كون الثمن نقد البلد و نحو ذلك بسبب تعاهده عند العرف و العاده یصیر مدلولاً للعقد التزاماً».

۲- مصطفی عدل (منصور السلطنة)، حقوق مدنی، چاپ چهارم، شماره ۲۵۸، ص ۱۲۳.

۳- دکتر حسین صفائی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، جلد دوم، تعهدات و قراردادها، نشریه مؤسسه عالی حسابداری، تهران، ۱۳۵۱، ص ۱۷۹.

۴- ناصر رسائی‌نیا، حقوق مدنی، عقود و تعهدات، آوای نور، ۱۳۷۶، ص ۸۷.

۵- ماده ۱۱۲۵ قانون مدنی فرانسه مقرر می‌دارد: «عقود، نه تنها طرفین را به موارد مصرح در آن ملزم می‌دارد، بلکه آنان را به کلیه نتایجی که عدالت، عرف یا قانون به حسب طبیعت تعهد بر آن بار می‌کند، ملزم می‌سازد».

مأخوذ می‌باشند. لذا حتی اگر این عرف برای یکی از طرفین یا دادگاه رسیدگی‌کننده به پرونده مجهول و ناشناخته بوده باشد باید به عنوان یکی از نتایج حاصل از قرارداد تلقی شود. از طرف دیگر، در صورت تردید در وجود چنین عرفی، بر مدعی است که وجود آن عرف و حکومت آن را بر قرارداد ثابت نماید. لیکن ماده ۲۲۵ قانون مدنی نه بر هر عرف و عادت بلکه به «عرف و عادت» که «متعارف» بوده باشد اشاره دارد. مراد از این «عرف» همان «معروف»^۱، یعنی معتاد و متداول و امر مأنوس و مقبول خردمندان است^۲ و نه عرف خاص یعنی عرف متداول در محل معین یا بین صنف و گروهی خاص. به بیانی دیگر، معروف همان عرف و عادت مسلم و منظور از آن «عرف و عادت جامعه است به امری که در نتیجه تکرار، افراد به آن انس مفرط پیدا نموده‌اند که عمل برخلاف، چندان منکر جلوه می‌دهد که احساسات افراد را بشدت جریحه دار می‌نماید»^۳.

اصطلاح معروف در همین معنا در آیات متعددی از قرآن کریم نیز به کار رفته است. چنانکه صاحب تفسیر شریف المیزان در شرح واژه «معروف» در آیه مبارکه «... و لَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ...»^۴ فرموده‌اند «معروف به معنای هر عملی است که افکار عمومی آن را عملی شناخته شده بدانند و با آن مأنوس باشد و با نائقه‌یی که اهل هر اجتماعی از نوع زندگی اجتماعی خود به دست می‌آورد سازگار باشد... آن عملی معروف است که هم طبق هدایت عقل صورت گرفته باشد و هم با حکم شرع و یا قانون جاری در جامعه مطابق باشد و هم با فضائل اخلاقی منافی نباشد»^۵.

- ۱- «المعروف: كالعرف»، علامه ابی الفضل جمال‌الدین محمد بن مکرّم ابن منظور الافریقی المصری، لسان‌العرب، جلد تاسع، نشر ادب الحوزه، قم، ۱۳۶۲، ماده عرف، ص ۲۲۹.
- ۲- عرف اصطلاحی در المنجد چنین تعریف شده است: «ما استقر فی النفوس من جهة شهادات العقول و تلقته الطباع السلمیة بالقبول»، الابد لويس معلوف البسوعی، معجم مدرسی ل لغة العربیة، چاپ نهم، بیروت، ۱۹۳۷.
- ۳- دکتر سیدحسن امامی، حقوق مدنی، جلد اول، چاپ پنجم، کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۵۲، ص ۱۷.
- ۴- آیه ۲۲۸ سوره بقره، علامه سیدمحمدحسین طباطبائی (قدس سره)، المیزان، ترجمه سیدمحمدباقر موسوی همدانی، جلد دوم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۳۶۲، ص ۳۴۸ و ۳۴۹.
- ۵- عرف و معروف به همین معنا در آیات دیگر قرآن کریم نیز به کار رفته است. از جمله - سوره بقره، آیه ۲۴۳، (و لِلْمُطَلَّقاتِ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ) - سوره نساء، آیه ۶، (... رَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا) - سوره بقره، آیه ۲۲۰، (الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَاِمَسَّاكَ بِمَعْرُوفٍ اَوْ تَسْرِيحًا بِاِحْسَانٍ)

«متعارف» یا «معروف» قراردادی چنان بدیهی است که نه نیازی به اثبات آن است و نه نیازی به درج آن در قرارداد و با این همه عدم قید آن به منزله تصریح در عقد و در حکم شرط ضمن‌العقد است. به عنوان مثال در عقد بیع خانه، تحویل سند یا کلید محل مورد معامله یا تحویل فوری مبیع، چنان شناخته شده است که نیازی به تصریح آن در قرارداد نیست. لیکن عرف دیگری که مبنی بر پرداخت متساوی مخارج تنظیم سند رسمی از ناحیه متعاقدين است، نه از مصادیق متعارف یا معروف، بلکه از جمله آثار و نتایج عرفی عقد بیع در بعض مناطق است و چنانچه در این نقاط متعاملین، جاهل بر قضیه نیز بوده باشند، به التزام قهری، مأخوذ به این اثر عرفی خواهند بود. همچنان که اگر عرف ناحیه‌یی از نواحی کشور پرداخت این مخارج را منحصرأً به عهده فروشنده بدانند، با اثبات چنین عرفی از سوی مدعی، طرف جاهل بر این اثر ملتزم خواهد بود.

با عنایت به آنچه گذشت اگر مطابق نظر دیوان کشور فرانسه و مستنداً به اجرای با حسن نیت قراردادهای، سیم‌کش برق باید اقصی طرق را برای سیم‌کشی انتخاب کند،^۱ در حقوق ایران نیز می‌توان مبنیاً بر ماده ۲۲۵ قانون مدنی و مستنداً به تکلیف به انجام تعهد به وجه معروف، قرارداد مذکور را متضمن همان تعهد دانست. حال آنکه مستند قرار دادن ماده ۲۲۰ قانون مدنی برای این تکلیف، متضمن این اشکال است که نمی‌توان گفت صاحبان این حرفه را قطعاً چنین عرفی است.^۲

به این ترتیب گرچه حسن نیت، با تحمیل بعضی تکالیف به طرفین قرارداد، امکان گسترش دامنه محتوای قراردادهای را فراهم می‌سازد ولی این مفهوم اجازه ادخال تعهداتی، بیش از تعهدات معروف در آن مقوله از قرارداد را به دادگاه نمی‌دهد.

1- Cass. Req., 19 janv. 1925; DH. 1925, 771.

۲- به همین لحاظ، استاد ارجمند جناب آقای دکتر صفائی که ماده ۲۲۰ قانون مدنی را هم مستند اجرای با حسن نیت قراردادهای دانسته‌اند، در ابتدای مورد یادشده بر عرف تردید کرده و اظهار داشته‌اند: «قبول راه حل حقوق فرانسه در مورد سیم‌کش برق در حقوق ایران دشوار است. چه معلوم نیست عرف انتخاب کوتاهترین و باصرفه‌ترین راه را در این (مورد) لازم بدانند» (دکتر حسین صفائی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، جلد دوم، تعهدات و قراردادهای، نشریه مؤسسه عالی حسابداری، تهران ۱۳۵۱، ص ۱۷۹).

با تشخیص نحوه عملکرد حسن نیت در قراردادهای، تفاوت نقش آن با مفهوم عدالت و انصاف هم آشکار می‌شود. در واقع، هر چند که هر دو مفهوم امکان مداخله دادگاه در گسترش تعهدات قراردادی را فراهم می‌سازند ولی هر یک این نقش را از منظری متفاوت ایفاء می‌نمایند: «در حالی که حسن نیت، به نوعی با حرکت از درون، مراقب اجرائی صادقانه از جانب هر یک از طرفین است، عدالت این عمل را از خارج از قرارداد و از جایگاهی به مراتب رفیعتر، که عبارت از جایگاه دادگستری و انصاف است، انجام می‌دهد»^۱. لذا هر چند که بعضی از مؤلفین هر دو مفهوم را در کنار یکدیگر استعمال نموده‌اند ولی تعبیر صحیحتر آن است که گفته شود این دو مفهوم، که در قانون مدنی فرانسه نیز در دو ماده مختلف از آنها سخن رفته، هر یک دلالتی خاص دارند.^۲ در واقع هر چند هر دو مفهوم توان اخلاقی نمودن قراردادهای را دارند و شاید به این مناسبت حسن نیت «أخت العدالة»^۳ خوانده شده است، اما این جهت مشترک موجب نادیده انگاشتن خصیصه مستقل هر یک از این دو مفهوم نتواند بود: حسن نیت، در

1- F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, Droit civil, Les obligations, 6^e ed. Dalloz, 1996, n° 417.

2- V. par exemple: G. DEREUX, De l'interpretation des actes juridiques prives, th. paris, Rousseau, 1905, P. 459 - G. VINEY, Traite de droit civil (sous la direction de J. GHESTIN), Les obligations, la responsabilite: Conditions, L.G.D.J, 1982, n° 514 - B. STARCK, H. ROLAN et L. BOYER, Droit civil, obligations, t. II, Contrat, n° 1141 - F. GORPHE, Le Principe de la Bonne foi, th. paris, 1928, P. 9 et 16 - E. AGOSTINI, (L'equite), D. 1978. chron II, n° 5 - J. LOPEZ SANTA MARIA, Les systemes d'interpretation des contrats, th. paris, 1968, P. 59.

3- R. DESGORCES, La Bonne foi dans le droit des contrats: Role actuel et perspectives, th. paris 1992, P. 54 - R. VOUIN, La Bonne foi, notion et role actuel en droit prive francais, th. Bordeaux, 1939, n° 47. P. 75 - Y. PICOD, Le devoir de loyaute dans l'execution du contrat, pref. G. GOUTURIER, L. G. D. J. 1989, n° 92.

۴- (La soeur de l'equite) تعبیر از مستر (J. MESTRE) است در مجله سه ماهه حقوق مدنی.

۱۹۸۹، ص ۷۲.

مؤلف دیگری بنام فال تورنو (ph. LE TOURNEAU) حسن نیت را «بنیت عم» عدالت دانسته است.

«حسن نیت» دالوز، ۱۹۹۵، شماره ۱۲).

محدوده تعهدات مصرح در قرارداد بر اجرای صحیح و صادقانه آن نظارت می‌کند،^۱ در حالی که عدالت به نحوی مستقیم مجوز ادخال تعهدات جدیدی است که گاه حتی برای متعاقدين قابل پیش‌بینی نبوده‌است.^۲

به علاوه ادخال تعهدات مبتنی بر عدالت در قراردادها، از باب حفظ مصالح کلی جامعه بوده و نقض آن موجب مسئولیت عینی یا مسئولیت بدون تقصیر است.^۳ در حالی که توقع اجرای با حسن نیت قرارداد توقع بروز حالت یا رفتاری است که ترک آن موجب مسئولیت مبتنی بر خطا است.^۴

درواقع، آنچنان که گروهی از حقوق‌دانان بیان کرده‌اند،^۵ خطا عبارت است از انجام عملی غیر منطبق با بعضی الگوهای رفتاری. به بیانی دیگر خطا چیزی جز اشتباه در رفتار نیست و این امر معمولاً بر اساس نمونه انتزاعی انسانی صحیح العمل ارزیابی می‌شود. برای اینکه مسئولیت بر خطا مبتنی شود لازم است که رفتار هر يك از متعاقدين مورد قضاوت قرار گیرد و آنچه که هر يك به جا آورده‌اند با آنچه که می‌بایستی به جا آورده‌شود مقایسه گردد.

با توجه به آنچه در خصوص حسن نیت گفته شد، و از آنجا که حسن نیت بیش از آنکه به حالت درونی اشخاص مربوط باشد به تطابق اجرای قرارداد با متعارف خردمندان و شایستگان دلالت دارد، به ارتباط نزدیک بین خطا و عدم رعایت حسن نیت

1- J. MESTRE, RTD civ, 1990, "Bonne foi et equite, meme combat!", p. 649.

2- J. MESTRE, RTD civ., 1986, P. 345.

3- La responsabilite objective.

4- Mohammad SALEHIRAD, Essai sur la bonne foi et l'equite comme fondements des obligations contractuelles de securite, th. Strasbourg, 1997, P.217 et s.

5- H. L. et J. MAZEAUD, Lecons de droit, t. II. vol. 1, n 449 - B. STARCK. H. ROLAND. et L. BOYER, obligations, t. II, contrat, 5 eme ed. Litec., 1995, n 1469, n 1469 - Ph. MALAURIE et L. AYNES, Les obligations, 6 eme ed. Cujas, 1995 - 1996, n 50 - G. MARTY et P. RAYNAUD, Droit civil, Les obligations, t. I, 2 eme ed. Sirey, 1988, n 457.

پی می‌بریم. این ارتباط چنان است که استارک حقوقدان فرانسوی گفته است^۱ خطا چیزی جز عدم رعایت قواعد احتیاط و حسن نیت نیست.^۲

ملاحظه می‌شود که از جمله دلالات حسن نیت فقدان خطا است^۳ و خطا، نوعاً، براساس عدم اقدام بر وفق حسن نیت ارزیابی می‌شود.^۴

با تبیین تفاوت نحوه تأثیر حسن نیت و عدالت و تحلیل مفهوم اجرای با حسن نیت قراردادهای و نمایاندن برابری دلالت آن با اجرای عقود به وجه معروف، لازم است کاربرد اصل حسن نیت بررسی شده و مشخص شود چه اموری را می‌توان از آن استنتاج نموده و چه تعهداتی را بر آن بنیاد نهاد.

گفتار دوم

آثار اجرای با حسن نیت قراردادهای

بدواً متذکر می‌گردم که متعهد قراردادی ملزم به انجام همه تعهدات مصرح در قرارداد است و حسن نیت در اجرا نه تنها مجوز معافیت از وفای به عهد در صورت بروز وضعیتهای پیش‌بینی نشده نیست، بلکه بارزترین نمود حسن نیت همان

1- B. STARCK, Essai d'une theorie generale de la responsabilite civile, consideree en sa double fonction de garantie et de la peine privee, th. paris, 1947.P.6 et 7.

۲- مقنن ایرانی در تبصره ماده ۸ قانون راجع به مجازات اخلاگران در صنایع نفت ایران (مصوب سال ۱۳۳۶) با تعریف خطا، رابطه بین این مفهوم و حسن نیت یا عرف و عادت عینی را به روشنی نمایان ساخته است. در این تبصره پس از بیان وجه مثبت و منفی خطا، با عبارات «بی‌مبالاتی» و «غفلت»، مقرر گردیده است که «منشاء بی‌مبالاتی یا غفلت می‌تواند عدم اطلاع و عدم مهارت یا عدم تجربه یا عدم رعایت قانون یا مقررات یا اوامر یا نظامات یا عرف و عادت باشد».

3- A. BECQUART, Les mots a sens multiples en droit civil francais th. paris, 1928, P. 69.

4- M. PLANIOL et G. RIPERT, Traite de droit civil, t. VI, par ESMEIN, n 349.

پای بندی به اجرای تعهدات است. لذا برخلاف عقیده بعضی از طرفداران نظریه عدم

پیش بینی^۱، نظریه یادشده قابل ابتناء بر حسن نیت نمی باشد.^۲

با این حال نباید تصور کرد که مفهوم اجرای با حسن نیت قراردادها صرفاً همان اجرای تعهدات مذکور در عقد است چه اگر مفهوم رعایت حسن نیت در اجرای عقود همان پای بندی به وعده های ابرازی باشد، با توجه به اینکه بند اول ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی فرانسه^۳ این معنا را به وجهی صریح بیان داشته دیگر نیازی به تکرار عبارتی برای تبیین یا متمیم لزوم اجرای عقود نمی بود.

چون نتیجه بديهی اصل الزام آوری قراردادها واجب الوفاء بودن همه تعهدات قرارداد است، اجرای با حسن نیت قراردادها اصلی متفاوت و مکمل بر قاعده لازم الاجرا بودن تعهدات پذیرفته شده در قرارداد است. در واقع آثار رعایت حسن نیت قراردادی در اجرای عاقلانه تعهد اصلی و نیز در انجام تکالیف و تعهدات تبعی بسیار دیگر متجلی و متظاهر می گردد که چون در این مقال، مجال بازگویی آن همه فراهم نیست، به قصد نمایاندن نحوه متناسازی حسن نیت، به بیان کاربرد آن همچون مبنایی برای تعهدات ضمنی ایمنی (فصل اول) و نیز معیاری برای تمیز محتوای تعهدات بسنده می گردد (فصل دوم). این مختصر خود طریق کشف تکالیف و آثار بسیاری دیگر از اصل مرقوم را به دست خواهد داد.

1- La theorie d'imprevision.

۲- دیوان کشور فرانسه نیز تجدیدنظر در قراردادها بعلت حوادث پیش بینی نشده را مردود دانسته است

ر.ک:

J. CARBONNIER, Droit civil, op. cit., t. II, n 150 et s.

در حقوق ایران نیز قبول نظریه مرقوم به لحاظ اصل حاکمیت اراده و قاعده الزام آور بودن قراردادها قابل پذیرش نیست.

۳- ماده ۲۱۹ قانون مدنی نیز متضمن همان حکم است. به موجب این ماده: «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم الاتباع است مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا بعلت قانونی فسخ شود».

فصل اول

حسن نیت مبنای تعهد ضمنی ایمنی

چنانکه گفته شد رعایت حسن نیت در اجرای قرارداد به رعایت عرف عقلا یا قاعده‌یی عقلانی در ایفای تعهدات نیز قابل تعبیر است. بر این اساس متعهد نمی‌تواند قرارداد را آنچنان که دلخواه اوست اجرا نماید بلکه مکلف به اجرای معقول آن است. بدیهی است در این منظر، اجرای عاقلانه تعهد جز به پدیداری هدف قراردادی نمی‌انجامد لیکن با اجرای بخردانه تعهد، نتیجه حاصله بسی مطلوبتر و پذیرفتنی‌تر خواهد بود. به‌عنوان مثال اگر سیم‌کشی که مطابق اصل حسن نیت ملزم به انتخاب کوتاه‌ترین راه برای سیم‌کشی است، طولانی‌ترین راه را هم برگزیند غرض غایی از اجرای تعهد حاصل خواهد شد لیکن گذر سیم از طریق اقصر، مطلوبتر و به‌شیوه عمل عقلا نزدیکتر است.

پس مبنیاً بر این اصل، آنگاه که شیوه و نحوه اجرای تعهدات قرارداد صراحتاً پیش‌بینی نشده‌باشد، متعهد باید تعهد خویش را به‌نحو مورد انتظار از انسانی عاقل ایفاء نماید. در این راستا، انگیزه‌شناسی در انعقاد پیمانها یکی از اسباب هدایت‌گر قاضی در ارزیابی شیوه رفتار متعاملین است. در موارد بسیار، طرفین قرارداد خواهان نیل به نتیجه، به هر آن شکل که باشد، نیستند بلکه آنان قصد ظهور نتیجه‌یی معقول و متعارف را دارند. به‌عنوان مثال در قرارداد ساده‌یی چون قرارداد منعقدہ بین مشتری و متصدی رستوران غذاخوری، هدف مراجعه‌کننده صرفاً رفع جوع نیست بلکه او با اطمینان به طرف، و برحسب نوع و درجه رستوران و قیمت اغذیه و دیگر عوامل، به مسائلی چون نحوه ارائه خدمات، کیفیت و بهداشتی بودن غذا هم می‌اندیشد. یا در قرارداد حمل مسافر، که تعهد اصلی و عنصر اساسی آن جابجایی معوض مسافر

از محلی به محل دیگر است،^۱ متصدی حمل و نقل با اخذ کرایه مأخوذ به انتقال مسافر به محل منظور است. لیکن نامبرده براساس حسن نیت قراردادی مکلف به انجام تکالیف دیگری نیز می‌باشد که از آن جمله است: حمل مسافر در مهلت متعارف و معقول. تکلیف اخیر، یعنی تعهد تبعی حمل مسافر در ظرف زمانی معین، مصداقی از اجرای عاقلانه تعهد اصلی است.

با این همه محتوای قرارداد محدود به اجرای عاقلانه تعهد اصلی مندرج در قرارداد نبوده بلکه گاه مشتمل بر ایفای تکالیف دیگری است. در واقع شرایط خاص اجرای هر قراردادی می‌تواند تعهدات ضمنی بسیاری را به همراه داشته‌باشد. اجرای تعهدات مصرح قراردادی باید در راستای نیل به فایده‌یی تام باشد. به موجب قاعده حسن نیت هر یک از طرفین باید چنان عمل کند که موضوع قرارداد برای طرف دیگر مفید واقع شود زیرا «وجود تعهدات نه کورکورانه و خودبخود، بلکه هدفدار است».^۲ دموگ (DEMOGUE)، با نظریه هدف، حسن نیت قراردادی را وسیله‌یی برای توسعه محتوای قرارداد می‌داند. برای این حقوقدان، «طرفین قرارداد جهان کوچکی می‌سازند. شرکت کوچکی که در آن هر یک باید برای رسیدن به هدفی مشترک، که مجموع هدفهای فردی موردنظر هر کدام است، کارکنند. درست همانند شرکت مدنی یا تجاری».^۳ اگرچه عده‌یی این نظریه را افراطی یافته‌اند،^۴ اما اینقدر هست که انسان معقول نمی‌تواند به هدف قراردادی بی‌اعتنا باشد.

به همین نحو پیش‌بینی حوادثی که سلامت و امنیت طرف قرارداد را تهدید می‌کنند و نیز اتخاذ تدابیر لازم برای دفع این خطرات، جزئی از تکالیفی است که حسن نیت از متعهد طلب می‌کند. در این عرصه، هر چه اجرای قرارداد خطرآفرینتر باشد این تکلیف

1- M. ALTER, Droit des Transports, Dalloz, 1989, p. 96.

2-R. DEMOGUE, op. cit, n 3 et 4.

3- R. DEMOGUE, op. cit., n 3.

4- J. CARBONNIER, op. cit, t. IV, n 113, p. 195.

افزونتر است. به بیانی دیگر، اصل حسن نیت آفریننده فرض صلاحیت است و از لوازم این فرض اینکه متعهد، به هنگام اجرای تعهدات، موازین تضمین‌کننده سلامت طرف، را مرعی خواهد داشت.

احتیاط در عمل و تمهید طرق مؤثر در رفع خطر نیازی به تصریح در عقد ندارد. حسن نیت چونان عنصر اساسی قراردادهای ایجاب می‌کند که متعهد، به قدر متعارف، از خطرات ممکن‌الحدوث در حین اجرای عقد آگاه باشد و بر دفع آن کوشا.

این تکلیف بر هر متعهدی، خصوصاً ارباب حرف،^۱ که علی‌الاصول صالحتر از دیگر کسانی است، زمامی که ایفای تعهد، اقدام در حیطه تکلیف شغلی است، توقع از متعهد افزونتر است. در چنین حالتی حسن نیت اقتضاء می‌نماید که وی همه کوشش خویش را برای شناسایی خطرات به کار برد. انتظار آن است که او، به دلیل صلاحیتش، منفعلانه به انتظار حادثه نشیند^۲ بلکه فعالانه آن را بپاید و براند.

با اعمال این اصل می‌توان در قراردادهای متعددی متعهد را مأخوذ به رعایت و اعمال موازین معقول رافع خطرات و مسئول حوادث ناشی از اهمال در این مهم دانست. این احتیاط در همه قراردادهای به یک شکل نمایان نمی‌شود. در واقع اقتضای حسن نیت، در آنچه که مربوط به ایمنی طرف است متنوع بوده و بستگی به وضعیت خاص هر قرارداد دارد. با این حال می‌توان تجلی این تعهد را در دو صورت کلی ملاحظه نمود:

۱- تعهد ایمنی در اجرای تعهد اصلی و منصرف از حالت طرف قرارداد.

۲- تعهد مراقبت بر سلامت متعهد له به لحاظ حالت ویژه او.

1- Les Professionnels.

2- ph. LE TOURNEAU, art. prec. n 46.

۱- تعهد ایمنی در اجرای تعهد اصلی

بنیان عقود مبتنی بر اعتماد مشروع است.^۱ این وجه ایجاب می‌کند که متعهد برای اجرای عقود به‌واقع صالح بوده و قدرت بر ایفاء تعهدات را با رعایت همه مقررات ایمنی ناظر بر آن داشته‌باشد. با این حال مقتضای حسن نیت در خصوص ایمنی طرف بیش از رعایت مقررات حرفه‌یی است. چه بخشنامه‌ها و دستورالعمل‌های ناظر به کیفیت انجام حرفه، توانائی شمارش پیشاپیش همه موازین مرتبط با سلامت متعهدله را ندارند. حسن نیت ایجاب می‌کند که متعهد، خود فعالانه و جستجوگرانه، این معیارها را بیابد و بکار بندد.

بر این مبنا، فی‌المثل، قرارداد منعقدہ با هتل، که موجب تعهد اسکان مشتری است، زاینده تکلیف رعایت ایمنی این یک نیز می‌باشد. متصدی هتل «نه تنها متعهد می‌شود که اطاقی در اختیار مشتری قرار دهد بلکه علاوه بر آن مکلف به تعهدی می‌شود که مکمل لازم آن است: تأمین آسایش و بطریق اولی ایمنی او».^۲

رویه قضائی فرانسہ مستمراً هتلداران را بر این تکلیف ملتزم یافته‌است. از آن جمله است رأیی که به‌موجب آن متصدی هتلی مسئول غرق شدن کودکی در استخر هتل شناخته شده‌است:^۳

شرح دعوا این بوده‌است که زوجی به همراه فرزندان توأمان سه ساله خویش، بعنوان میهمانان جشن ازدواج، به هتل محل برگزاری مراسم می‌روند. در خلال جشن، یکی از دو کودک در استخر خصوصی متصدی هتل، که اطراف آن نیز با ردیفی از صندلی محصور بوده‌است، می‌افتد و غرق می‌شود. والدین مقتول با مسئول دانستن صاحب هتل علیه او اقامه دعوی می‌نمایند. دادگاه استان رسیدگی‌کننده به پرونده با

۱- اعتماد به «باور به حسن نیت، صداقت و وفاداری به دیگری (شخص ثالث، طرف قرارداد) یا به لیاقت و صلاحیت آنان» تعریف شده‌است. ر.ک.

G. CORNU (sous la direction). op. cit., V. confiance.

2- H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, op. cit., n 159.

3- Cass. 1^{ere} civ. CD - ROM, Lexilaser, 14 mars 1995, n 537.

این استدلال که تکلیف مراقبت طفل بر پدر و مادرش بوده و اینکه بر آنان بوده است که با توجه به خردسالی فرزندانشان مراقبت بی وقفه‌ی بی آنان بعمل می‌آوردند و اینکه در عین حال متصدی هتل نیز با قرار دادن ردیفی صندلی در کناره‌های استخر، ایجاد مانع کرده و اینکه نامبرده نمی‌توانسته حضور کودکانی چنین خردسال را در جشنی در دیرهنگام شب پیش‌بینی نماید، متصدی هتل را از مسئولیت مبری می‌نماید. با فرجام‌خواهی از این رأی، که به استناد ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی صورت گرفت، دیوان کشور با لحاظ این نکته که متصدی هتل در تنسيق تشکیلات آن مکلف به اعمال قواعد احتیاط و مراقبت لازم جهت مشتریان می‌باشد و اینکه در ما نحن فیه متصدی هتل، حتی در جشن منعقد در دیر وقت شب، حقاً نمی‌توانسته از حضور احتمالی اطفال خردسال و خطرات ناشی از رفتار آنان بی‌خبر باشد، و اینکه صرف قرار دادن صندلی برای ایجاد مانع، در قبال خطراتی که استخر برای مراجعه‌کننده‌ی خردسال ایجاد می‌کند، طریقی مؤثر و کافی برای حفظ ایمنی آنان تلقی نمی‌شود، با نقض رأی صادره، متصدی مزبور را مسئول غرق شدن کودک می‌شناسد.

همچنین بموجب رأی دیگری، متصدی هتلی، بلحاظ نزد بودن یخ محوطه ورودی ساختمان که باعث سقوط و صدمه یکی از مشتریان هتل گردیده بود، مسئول شناخته شده است.^۱

تعهد ایمنی قراردادی محدود به رعایت جوانب احتیاط در انجام تعهد اصلی نیست. بلکه گاه متعهد، با توجه به حالت ویژه متعهد له، مکلف به انجام اقدامات تکمیلی دیگر است.

۲- تعهد مراقبت بر سلامت متعهدله بلحاظ حالت ویژه او

تعهد مراقبت از سلامت طرف قرارداد که زائیده تکلیف عمل به وجه معروف است.

1- CA paris, 15 dec. 1982 : Gaz. pal. 1983, II, somm, 347.

دلیل وجودی خویش را یا در جهل طرف از خطر می‌یابد یا در ناتوانی او در مقابله با آن. به این لحاظ مراقبتی که متعهد به آن مأخوذ است یا تعهد به تحذیر است (الف) یا نظارت بر رفتار طرف برای محافظت از او در برابر خطرات (ب).

الف - تعهد به تحذیر

جدای از متون قانونی، رویه قضائی فرانسه نیز به وجهی عام و مستقل تعهد دادن اطلاعات را تعهد ضمنی بسیاری از قراردادها می‌داند. این تعهد براساس حسن نیت که باید در روابط طرفین، خصوصاً در مرحله اجرای قرارداد حکومت کند قابل توجیه است.^۱ هر چند این تعهد نقشی اساسی در تضمین مفید بودن موضوع قرارداد نیز دارد لیکن غالباً در خدمت تضمین ایمنی طرف است^۲ چرا که «امتناع از دادن اطلاعات می‌تواند نوعاً به لطمه به سلامت جسمانی دیگری منتهی شود».^۳

گفته شد که دلیل عمده‌یی که موجب استقرار این تعهد بر متعهد است، جهل متعهدله از خطری است که او را تهدید می‌کند. لذا برای اینکه تعهد اعلام خطر، در محدوده عمل به وجه معروف، قابل توجیه باشد باید که متعهد خود بر آن خطرات واقف بوده یا لااقل امکان وقوف بر آنها را داشته‌باشد. با این وجود، این شرط به‌آسانی بهانه‌یی بر ناآگاهی از خطر یا ناتوانی بر رفع آن نتواند بود. هرگاه که متعهد

1- ph. SIMLER, J. - Cl. civil, art. 1156 a 1164, fasc. 10, n 17 - ph. MALAURIE, et L. AYNES. Cours de droit civil, Les contrats speciaux civils et commerciaux, 6 eme ed. cujas 1992, n 309 - A. RIEG, J. - Cl. civil, art. 1134 et 1135, fasc. 11, n 15.

2- G. VINEY, ((Les obligations et la responsabilite du vendeur)), JCP 1993, ed. G. 3664, doct. n 14, p. 146.

3- M. FABRE - NAGNAN. De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une theorie. L.G.D.J., 1992, n 431.

حرفه‌یی باشد، این خصوصیت «او را از استناد جستن به فقد اطلاعش مانع می‌شود».^۱ در اینگونه موارد بر متعهد است که با استطلاع، امکان ارائه آگاهی را بیابد.^۲ پیداست که لزوم تعهد آگاهانیدن از خطر در فرضی است که متعهدله خود بر آن واقف نباشد. هرگاه خطر چنان عیان باشد که طرف قرارداد خود امکان دانستن و دوری جستن از آن را داشته باشد موضوع تحصیل حاصل است. عقل سلیم نمی‌پسندد که شخص به اعلام معلوم بپردازد. بر این اساس، دادگاه استان پاریس^۳ اظهار نظر کرده است که متصدی تعویض روغن در برابر راننده‌یی که، هنگام بردن اتومبیل خود، در چاله تعبیه شده برای تعویض روغن افتاده و مصدوم گردیده، بلحاظ «وقوف مصدوم بر وجود چاله» مسئولیتی ندارد. با این حال متعهد حرفه‌یی مکلف به اعلام خطرات پنهانی است که متعهدله خود امکان شناخت آن را ندارد. نمونه این تکلیف را به روشنی می‌توان در رأی مورخ ۹ فوریه ۱۹۹۴ دیوان تمیز فرانسه^۴ ملاحظه نمود که به موجب آن مریی اسکی به لحاظ یادآور نشدن اینکه زمین زیر لایه برف، سنگلاخ است، مسئول صدمه وارده به نوجوان ۱۵ ساله‌یی شناخته شده که در آن محوطه سقوط کرده بود.

امروزه در رویه قضائی فرانسه وجود تعهد ضمنی ایمنی در عقد بیع نیز مفروغ‌عنه است. فروشنده، و نیز تولیدکننده، باید علاوه بر ارائه اطلاعات لازم برای استفاده بهینه از کالا، همه احتیاطات لازم برای اجتناب از خطر را نیز گوشزد نماید. این تعهد که مبنای مناسب آن حسن نیت در اجرای قرارداد است^۵ فروشندگان و

1- B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, Droit civil, obligations, contrat, 3^e me ed. n 278.

2- G. GHESTIN, conforme et garantie dans la vente, produits mobiliers, L.G.D.J., 1983, n 83.

3- CA paris, 10 oct. 1986, Juris - Data, n 026006.

4- Cass. 1^{re} civ; Rev. Jur. eco. Sport, Lamy, mars 1995, n 43.

5- F. TERRE, ph. SIMLER et Y. LEQUETT, op. cit., n 430.

نیز تولیدکنندگان کالاها را، خصوصاً هنگامی که محصولات خطرناک یا جدید بوده باشند، مکلف به اعلام خطرات شیئی می نماید.^۱

ب - تعهد نظارت بر رفتار متعهدله به منظور حفظ ایمنی او

علی‌الاصول، زمانی که اجرای تعهد اصلی متضمن فعالیتِ خطرسازی از ناحیه متعهدله نیست متعهد تکلیفی جز اتخاذ تدابیر لازم در حسن عملکرد تعهد اصلی ندارد. اما هنگامی که منشاء خطر، فعالیت خسارت‌آفرین طرفی است که خود قدرت درک خطر یا مقابله با آن را ندارد، متعهد برای رفع خطرات تهدیدکننده ایمنی او ملزم به مراقبت از طرف است. این تعهد در قراردادهائی که موضوع آنها انجام امری به نفع کودکان یا بیماران است به نحو بازرری ظهور می‌یابد.

در واقع، قراردادهائی که موضوع آن انجام فعالیت‌هایی به نفع کودکان است موجد تعهد ضمنی نظارت بر فعالیت اطفال برای حفظ ایمنی آنان است.^۲ از جمله این قراردادها، قرارداد منعقد با مدارس است که مسئولین مدرسه علاوه بر تعهد اصلی تدریس، مکلف به مراقبت از دانش‌آموزان نیز می‌باشند.^۳

همچنین در قراردادهای طبی، مانند قرارداد منعقد بین بیمار و درمانگاه، رویه قضائی فرانسه، با استناد به حسن نیت و اعتمادی که بیمار به مسئولین می‌نماید، وجود تعهد ضمنی مراقبت را تأیید نموده است.^۴ به موجب این تعهد، درمانگاه، با توجه حالت بیمار، مکلف است بر بیمار چنان مراقبت نماید که او با اعمال عمدی یا غیر عمدی خود یا دیگر بیماران، دچار لطمه جسمانی نشود. این تعهد خصوصاً در مورد

1- J. HUET, RTD civ, 1984, p. 731.

2- Cass. 1^{ere} civ., 10 fevr. 1993: Bull. civ., I, n 66, p. 43.

۳- از جمله در ک به آراء زیر:

Cass. 1^{ere} civ., 10 mars 1964: Bull. civ., I, n 142 - Cass. 1^{ere} civ., 2 dec. 1975: Bull. civ., I, n 355 - Cass. 1^{ere} civ., 20 juill. 1988: Bull. civ., I, n 259.

4- Cass. 1^{ere} civ., 3 oct. 1967 : Gaz. pal. 1967, II, p. 289.

درمانگاه‌های روانی و اعصاب، سنگینتر است. مسئولین این درمانگاه‌ها مکلفند با توجه به حالات و واکنش‌های عصبی بیماران بر آنان نظارت داشته و حتی از بیمار بستری شده بر تخت کنار پنجره‌یی که آرام‌بخش‌های قوی مصرف نموده مراقبت شبانه به عمل آورده و او را تنها رها نسازند.^۱

نقش حسن نیت تنها در بجا آوردن رفتار فعالانه توأم با مراقبت، به عنوان اساس تعهد ایمنی و یا دیگر تعهدات ضمنی، خلاصه نمی‌شود بلکه این مفهوم مبنای بازشناسی محتوای تعهدات قراردادی هم تواند بود.

فصل دوم

حسن نیت قراردادی معیار تمیز «تعهد به وسیله» از «تعهد به نتیجه»

بحث در خصوص معیار بودن قاعده حسن نیت، یا اجرای به‌وجه معروف قراردادهای، در تمیز طبیعت تعهدات (۲) مستلزم آگاهی از اصل تقسیم یاد شده است (۱).

۱- اصل تقسیم

تقسیم تعهدات به «تعهد به وسیله»^۲ و «تعهد به نتیجه»^۳ در مقام توضیح تفاوت طرق اثبات مسئولیت قراردادی است. هر چند مطابق اصول کلی حقوق مربوط به اثبات، متقاضی جبران خسارت مکلف به ارائه و اثبات شرایط و جهات مقرر برای مسئول دانستن مدعی علیه است^۴ لیکن در زمینه مسئولیت قراردادی، سؤال اساسی این است که آیا مدعی می‌تواند به اظهار عدم تحقق نتیجه منظور از عقد بسنده کند یا باید ارتکاب خطا از ناحیه متعهد را نیز اثبات نماید.

1- C A Bordeaux, 18 janv. 1990 : CD - ROM, Lexilaser, 1995, n 40426.

2- obligation de moyens.

3- obligation de resultat.

۴- قاعده البینه علی المدعی.

در حقوق فرانسه پاسخ به سؤال مذکور را در دو متن متفاوت (مواد ۱۱۳۷ و ۱۱۴۷ قانون مدنی) می‌توان یافت که بین آن دو اگر نه تعارض^۱، لااقل تزاحم^۲ مشهود است. بموجب ماده ۱۱۳۷، مذکور در بخش تعهد تا دیه، «تعهد به مراقبت بر حفظ شیئی، خواه موضوع عقد به سود یکی از دو طرف باشد خواه به سود هر دو، متعهد را به انجام کلیه مراقبت‌هایی که پدر شایسته خانواده به جای می‌آورد مأخوذ می‌سازد...». چون بنا به دلالت متن فوق اثبات مسئولیت متعهد به مراقبت، منوط به نمایاندن آن است که او چون فردی دلسوز و آگاه عمل نکرده است، مدعی عدم انجام تعهد، برای جبران خسارت خود، ناگزیر از اثبات خطای طرف قرارداد است.

برعکس، به موجب ماده ۱۱۴۷ همان قانون، مندرج در بخش خسارات ناشی از عدم انجام تعهد، «در صورت اقتضاء، متعهد چه به سبب عدم اجرای تعهد، چه به سبب تأخیر در اجرا به پرداخت غرامت محکوم می‌شود. مگر آنکه مدلل دارد که عدم اجرا ناشی از علت خارجی غیرمنتسب به اوست...». مستنبط از این متن آن است که متعهدله خسارت دیده می‌تواند به صرف عدم تحقق نتیجه، بدون نیاز به اثبات خطای طرف، جبران خسارت وارده به خود را مطالبه نماید.

در طی سالها، مساعی حقوقدانان برای جمع مفهوم این دو متن به نتیجه قانع‌کننده‌ی منتهی نمی‌گردید چرا که هیچ‌یک توضیحی بر دلیل این دوگانگی ارائه نمی‌نمودند. مشکل صرفاً در صورتی گشوده می‌شود که پذیرفته شود هر یک از این دو متن بر مقوله جدائی از تعهدات حکومت می‌کند.^۳

در حقیقت، تعهدات مستقر بر ذمه متعهد دارای گستره واحدی نیست بلکه محتوای آنها، به تفاوت قراردادهای، متفاوت است.^۴ گاه متعهد تحقق غایت منظور از عقد را تقبل

1- J. FROSSARD, La distinction des obligations de moyens et des obligations de resultat, L. G. D. J. 1965, n 36.

2- F. TERRE, Ph. SIMLER et y. LEQUETTE, op. cit., n 552 - G. MARTY et p. RAYNAUD, Droit civil, t. II, Les obligations, n 467.

3- Ph. MALAURIE et L. AYNES, op. cit., p. 438.

4- ph. LE TOURNEAU, J. - Cl. civil, art. 1136 a 1145, fasc. 2, n 8.

می‌نماید و گاه صرفاً متعهد می‌شود که همه سعی و کوشش خود را برای حصول مأمول به‌کار برد.^۱ دموگ^۲، براساس این دوگانگی محتوای تعهدات، با اعمال تقسیمی دیگر در این زمینه، اصطلاحات «تعهد به وسیله» و «تعهد به نتیجه» را برای تبیین تفاوت نحوه اثبات مسئولیت و تمیز این دو مقوله پیشنهاد نموده‌است. برای این حقوقدان، «اگر دلائل لازم التقدیم در همه موارد یکسان نیست، این امر بلحاظ تفاوت محتوای تعهدات است»^۳. لذا برای دریافتن اینکه متعهد قراردادی، تحقق نتیجه را تقبل نموده‌است یا بذل سعی بر تحقق آن را، لازم است که محتوای تعهد شناخته و دریافته شود.

در حالی که تعهدات مذکور در قانون مدنی، که با لحاظ موضوع تعهد، به تعهد انجام و خودداری از انجام عمل و یا تسلیم و تأدیه مال منقسم شده، متضمن هیچ دلالتی درخصوص کیفیت اثبات مسئولیت متعهد قراردادی نمی‌باشد، تقسیم تعهدات به تعهد به وسیله و تعهد به نتیجه، بلحاظ توضیح نحوه اثبات مسئولیت قراردادی، دارای بهره عملی فراوانی است.^۴

زمانی که موضوع تعهد از مقوله «تعهد به نتیجه» است، صرف عدم تحقق نتیجه موجب مسئولیت متعهد بوده و نامبرده، جز در صورت اثبات علتی از علل معاف‌کننده، مکلف به جبران خسارات وارده به متعهد له خواهد بود. از این قبیل است تعهد انتقال مالکیت، یا احداث ساختمان یا تعهد تأدیه وجه.^۵ در این موارد، عدم حصول موضوع قرارداد کافی برای مسئول دانستن متعهد بوده و دیگر نیازی به اثبات خطای او نیست.

1- H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, op. cit., t. 1, n 103 - 10 - H. L. et J MAZEAUD. Lecons de droit civil, obligations, 8 eme ed., par F. CHABAS, 1990, n 435.

2- R. DEMOGUE, Traite des obligations en general, t. V, paris, 1925, n 1237.

3- R. DEMOGUE, op et loc. cit.

4- ph. LE TOURNEAU. art. prec. n 2.

5- R. SAVATIER. La theorie des obligations en droit prive economique, 4 eme ed. Dalloz, n 143.

برخلاف تعهد به نتیجه، موضوع «تعهد به وسیله» عبارت است از «اعمال کوشش پیوسته و اتخاذ تدابیر بایسته برای وصول به هدف منظور».^۱ در واقع، در این مقوله از تعهدات، متعهد جز ایجاد شرایط معقول برای تحقق نتیجه و سعی و کوشش مقبول برای نیل به هدف تکلیف دیگری ندارد. لذا صرف عدم تحقق نتیجه منظور برای اثبات مسئولیت متعهد کافی نبوده و متعهدله یا خسارت دیده باید وجود خطا یا ارتکاب اشتباهی در نحوه عمل طرف قرارداد را هم اثبات نماید.

نمونه معروف قراردادهای متضمن این مقوله از تعهد، قرارداد منعقدہ بین پزشک و بیمار است. با این قرارداد، پزشک مکلف به اعمال همه آگاہی‌ها و بکارگیری همه توانائی‌های خویش برای معالجه بیمار است و نه ارتفاع علت و اعاده سلامت او. چون گستره تعهد پزشک در اختیار نهادن همه امکانات برای شفای بیمار است، بهبود نیافتن بیمار یا شدت بیماری و نیز حتی فوت او، مثبت عدم ایفاء تعهد پزشک نبوده و موجب مسئول دانستن او نمی‌باشد. عدم ایفاء تعهد و مسئولیت ناشی از آن در صورتی مسلم خواهد شد که ذینفع خطای پزشک یا ارتکاب تقصیری را از ناحیه او ثابت نماید.

نمونه دیگری از این گونه تعهدات، تعهد وکیل دادگستری در انجام مورد وکالت است. وکیل دعاوی عهده‌دار اعمال دانش و هنر خویش و سعی در نیل به مقصود است و نه محقق نمودن حتمی خواسته موکل خود. لذا محکومیت در دعوی دلالت قطعی بر عدم اجرای تعهد وکیل ندارد.^۲

1- J. FROSSARD, *op. cit.*, n 92.

۲- هر چند که این تقسیم مورد قبول اکثر حقوق‌دانان فرانسوی قرار گرفته است لیکن معدودی نیز با تردید در صحت بنیان آن به انتقاد از تقسیم یادشده پرداخته‌اند. چنانکه مؤلفی بنام مارتون (MARTON) با اشتباه دانستن تقسیم مذکور اظهار داشته است: «جز تعهد به نتیجه، تعهد دیگری وجود ندارد. آنچه که تعهد به وسیله نامیده شده است در واقع چیزی جز تعهد به نتیجه جزئی نیست».

M.G.MARTON, «obligation de resultat et obligation de moyens» RTD civ., 1935, p. 499.

و به اعتقاد مؤلف دیگری (PLANCQUEEL): «غیرممکن است بتوان نتیجه، هدف مورد نظر، را از طرقتی که موجب تحقق آن می‌شوند جدا کرد. قبول هر تعهدی، با هر طبیعتی، با هر موضوعی، لزوماً نیل به بعضی نتایج را مطمع نظر قرار می‌دهد و آن نتیجه همان است که طرفین منظور داشته‌اند».

(obligation de moyens, obligations de resultat, Essai de classification des obligations contractuelles, RTD civ, 1972, p. 334).

لیکن علیرغم این ایرادات می‌توان دریافت که محتوای تعهدات به واقع متفاوت هستند.

جوهره تقسیم یادشده، چنانکه دیده شد، نه مبتنی بر تقابل مسئولیت عینی و مسئولیت خطئی بلکه متکی بر تفاوت نحوه اثبات عدم ایفای تعهدات قراردادی است. برای دموگ،^۱ مسئولیت قراردادی مستلزم اثبات خطای طرف قرارداد است اما ارائه این دلیل به حسب نوع تعهد و تعلق آن به مقوله «تعهد به نتیجه» یا «تعهد به وسیله» سهل تر یا صعب تر است. بنابراین، اساس این تقسیم مبتنی بر بررسی محتوای تعهد و درک این معنا است که متعهد مأخوذ به چه بوده است: وصول نتیجه یا مراقبت و احتیاط و سعی برای نیل به آن. وقتی تعهد، تعهد به نتیجه است، اثبات عدم اجرای تعهد امر ساده‌یی است چه صرف عدم تحقق نتیجه دلالت بر عدم اجرای تعهد دارد. لذا بر متعهد است که یا با اثبات حصول نتیجه، بطلان قول مدعی را ثابت کند یا با ارائه دلیل معاف‌کننده، عذری مقبول بر عدم ایفای تعهد از ناحیه خویش فراهم سازد.

اما در تعهد موصوف به «تعهد به وسیله»، که موضوع آن مبتنی بر سعی در تحقق نتیجه است، خسارت دیده، برای اخذ غرامت مورد ادعا، باید بنحو مثبت نشان دهد که طرف عقد با ارتکاب خطا نقض عهد کرده است. به عبارت دیگر، زمانی که تعهد از مقوله «تعهد به وسیله» است توقع آن نیست که کوشش متعارف متعهد الزاماً به تحقق نتیجه بینجامد. لذا برآورده نشدن هدف منظور دلالت بر عدم اجرای تعهد ندارد، چه عدم اجرا، که «متضمن خطای قراردادی است»^۲، زمانی تحقق می‌یابد که آنچه موعود است به حصول نپیوندد.

ملاحظه می‌شود که این تقسیم نه متضمن معیاری برای تمیز دو مقوله از تعهدات بلکه مبین وجود این دوگانگی در تعهدات است. لذا نظر مؤلفینی^۳ که بیان داشته‌اند براساس تقسیم یادشده می‌توان موضوع دقیق تعهد هریک از طرفین را هم دریافت، نظری در خور قبول نیست چرا که در نظریه آنان، نتیجه تقسیم همچون

1- R. DEMOGUE, op. cit., n 1237 et s.

2- F. TERRE, ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, Droit civil, Les obligations 8^{eme} ed Dalloz, 1993, n 564.

3- H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, op. cit., n 103 - 5.

منفعت آن انگاشته شده است: در واقع، این نه تقسیم است که اجازه شناخت ماهیت تعهدات را می‌دهد بلکه، برعکس، تفاوت طبیعت تعهدات است که موجب پیدایش این تقسیم گشته است. لذا برای تمیز محتوای تعهدات باید در پی معیاری دیگر بود.

۲- حسن نیت یا معروف قراردادی، معیار تمیز تعهدات

طبیعت تعهد، که اساس تصمیم در تعلق تعهد به این یا آن مقوله است، در وهله اول منوط به اراده طرفین است. در این زمینه، همچنان که در زمینه موضوع تعهد و شرایط آن، اصل بر حکومت اراده طرفین است. آنان می‌توانند ضمن اندراج تعهدات منظور، بر حسب مصالح خویش و با لحاظ نظم عمومی، شرایط مسئولیت و نحوه اثبات آن را نیز معین کنند. اما چنانچه، چون اغلب موارد، قرارداد فاقد چنین صراحتی بوده و قانون نیز در بیان نوع تعهد ساکت باشد چگونه می‌توان محتوای تعهد را از این حیث باز شناخت؟

در این زمینه تعدادی از حقوقدانان معیارهایی را ارائه نموده‌اند که از آن جمله است: بررسی موضوع تعهد (الف) و فعالیت یا سکون طرف عقد در حین اجرا (ب). لیکن بنظر می‌رسد که عنصر احتمال در حصول نتیجه که خود وجهی از اجرای با حسن نیت قراردادهاست تنها معیار در خور قبول باشد. (ج).

الف - بررسی موضوع تعهد:

حسب نظر یکی از حقوقدانان^۱ هرگاه اراده طرفین مبین طبیعت تعهد نباشد باید به بررسی محتوای تعهد پرداخت. به عقیده وی «هر بار که شخص قول اجرای موضوعی معین با حدود قضائی و مادی مشخصی را بدهد، تعهد وی تعهد به نتیجه است. برعکس اگر متعهد، بدون تضمین هدف مورد انتظار، آزادی عمل کم و بیش زیادی را برای خویش محفوظ دارد تعهد او از نوع تعهد به وسیله است.»

1- J. FROSSARD, op. cit., n 292.

نظریه مذکور در واقع تکرار مدعاست نه متضمن ارائه معیار. چرا که هر چند تقسیم تعهدات به «تعهد به نتیجه» و «تعهد به وسیله» در اساس خود مبتنی بر دوگانگی محتوای تعهدات است ولی سخن این است که با سکوت طرفین چگونه و با توسل به چه میزانی می‌توان دریافت که آنان چه تعهدی را متقبل شده‌اند. پیداست که تا مبنای تصمیم بر اینکه شخص قول اجرای موضوعی معین را داده یا برای خود آزادی عمل قائل شده مشخص نشود گرهی از مشکل گشوده نخواهد شد.

ب - فعالیت یا سکون طرف عقد:

بعضی از حقوقدانان نقش فعال یا سکون طرف عقد در حین اجرای آن را یکی از معیارهای تمیز «تعهد به نتیجه» از «تعهد به وسیله» دانسته‌اند.^۱ به موجب این نظریه هر بار که متعهد در حین اجرای قرارداد آزادی عمل و حرکت داشته باشد، متعهد، مأخوذ به «تعهد به وسیله» است و هرگاه که فاقد چنین آزادی باشد تعهد متعهد از مقوله «تعهد به نتیجه» خواهد بود. بر این اساس اگر تعهد متصدی هتل یا استخر در قبال سلامت طرف عقد، تعهد به وسیله است این امر به لحاظ آزادی عمل مشتریان و نقش فعال آنان است.

واقعیت این است که نقش فعال یا حالت سکون متعهد نمی‌تواند معیار قابل قبولی در تمیز تعهدات باشد، چرا که، همچنان که به درستی بیان شده است، هرگز هیچکس نقشی منفعل‌تر از بیماری که خود را در اختیار جراح و گروه او قرار داده ندارد ولی با این حال تعهد پزشک تعهد به وسیله است.^۲ لذا تمیز تعهد از طریق توجه به نقش مثبت و منفی طرف عقد فاقد اساس بوده و در خور پذیرش نمی‌باشد.^۳

1- R. SAVATIER, Le dommage et la personne: D . 1955 , chron. 5 - G. DURRY, RTD civ., 1970, p. 186 et RTD civ., 1973, p. 362.

2- ph. LE TOURNEAU , art . prec., n 89.

3- R. RODIER, JCP, ((Le regime legal de l'obligation de securite due par les transporteurs a leurs voyageurs)), 1952, 1, 997, n 33.

با این حال متذکر می‌گردد که اگرچه این نقش معیاری برای تشخیص محتوای تعهد نیست ولی می‌تواند، با جمع شرایط دیگر، نقشی اساسی در تناسب یا عدم تناسب برقراری فرض انتساب ضرر به متعهد داشته‌باشد.^۱

ج - احتمال و اتفاق در حصول نتیجه مورد انتظار:

یکی از معیارهای پذیرفته شده در خصوص تمیز تعهدات عنصر احتمال و اتفاق است.^۲ این معیار، که بوسیله یکی از حقوقدانان بنام تنک^۳ پیشنهاد شده، مبتنی بر اطمینان یا عدم اطمینانی است که در تحقق هدف قراردادی متصور است: وقتی بتوان فرض کرد که سعی و کوشش متعهد به هدف قراردادی منتهی خواهدشد، تعهد از مقوله «تعهد به نتیجه» است و در حالت عکس، این خود احتیاط و مراقبت است که موضوع تعهد را تشکیل می‌دهد.

به این ترتیب اگر تعهد تأدیه وجه، تعهد به نتیجه تلقی می‌شود، این امر به آن جهت است که اجرای این تعهد، بدون احتمال بروز مانع کلی در تحقق آن، همیشه ممکن است.^۴ همچنین اگر تعهد تحویل کالا از مقوله تعهد به نتیجه است، این از آن روست که عنصر احتمال در عدم تحقق این نتیجه آنچنان مستبعد است که می‌توان فرض کرد عدم تحویل کالا ناشی از مسامحه متعهد است.^۵

برعکس اگر تعهد پزشک از نوع تعهد به وسیله است علت آن است که مشکل می‌توان فرض کرد که شفا نیافتن بیمار به لحاظ خطای پزشک است. بهبودی بیمار تنها

۱- ر.ک: محمد صالحی‌راد، «منطق‌گرایی در حقوق»، بحثی در خصوص چگونگی انتساب خسارت بدنی به طرف عقد. مجله حقوقی دادگستری، شماره ۲۵، ص ۱۰۷ به بعد.

2- L'alea

3- A. TUNC, ((La distinction des obligations de resultats et des obligations de diligence)): JCP 1945, I, 449.

4- R. SAVATIER, La theorie des obligations en droit prive economique, 4 eme ed. Dalloz, n 143

5- ph. LE TOURNEAU, J. - cl. civil, art. 1136 a 1145 . fasc. 2, n 87.

به کوشش و سعی پزشک یا وسائل مورد استفاده وی مربوط نمی‌گردد بلکه اسباب دیگری نیز در این امر دخالت دارند.^۱

به شرح فوق، براساس این معیار، وجه ممیز بین دو نوع تعهد درجه احتمال نیل به نتیجه با سعی و کوشش متعارف است. مبنیاً بر این نظریه، در هر قراردادی آنچه که مطلوب متعهدله است همان نتیجه مورد انتظار است و متعهد باید همه سعی و مراقبت را در تحقق آن بجا آورد. اما زمانی که بعلت احتمالات و اتفاقات نمی‌توان به حصول نتیجه منظور اطمینان داشت تعهد باید همچون تعهد به وسیله محسوب شود.

درواقع هر تعهدی، منصرف از طبیعت آن، مستلزم بجای آوردن سعی و کوشش است. لیکن در صورتی که طرفین قرارداد طبیعت تعهد را بالصراحه معین ننموده باشند، متعهد باید برای تحقق هدف مورد انتظار سعی متعارف را، که در حد سعی انسان معقول است، بجا آورد. حال در بعض قراردادها، نیل به هدف موردنظر با کوشش متعارف متعهدی شایسته چنان ممکن، و تصور بروز موانع تحقق آن به اندازه‌ی غیرمحمتمل است که عقلاً، و از پیش، می‌توان هدف قرارداد را موضوع تعهد دانست. هر چند در این مقوله از تعهدات، عدم حصول نتیجه موردنظر موجد فرض لایتغیر بجا نیاوردن سعی متعارف متعهد است لیکن نامبرده می‌تواند با اثبات اینکه عدم تحقق نتیجه معلول علت خارجی غیرقابل انتساب به او بوده است از مسئولیت معاف گردد.

ملاحظه می‌شود که این معیار، که درصدد توجیه عقلانی تفاوت طبیعت تعهدات است چیزی جز توجه به روش عقلا و متعارف جامعه در میزان انتظار تحقق نتیجه نیست. به این لحاظ، این معیار خود پرتوی از حسن نیت یا عمل به وجه معروف در اجرای قراردادها است. چون، چنانکه دیدیم، این معیار ناظر به بررسی انتظار عاقلانه درجه احتمال تحقق هدف قراردادی است و عمل مبتنی بر حسن نیت نیز عملی است که متعارف بوده و مورد تأیید عقل سلیم باشد.

1- H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, op. cit., n 103 - 4.