

## شرط تضمین مسئولیت در قراردادهای مالکیت فکری

هدی مشفق فیض آبادی<sup>۱\*</sup>، روح‌الله آخوندی روشناوند<sup>۲</sup>

۱. دانشجوی دکتری (دانشور) حقوق خصوصی مؤسسه عالی آموزش، پژوهش، مدیریت و برنامه‌ریزی، تهران، ایران

۲. استادیار حقوق دانشگاه پیام نور، تهران، ایران

(دریافت: ۱۴۰۰/۰۳/۱۴ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۲/۱۶)

### Indemnification Clause on Intellectual Property Contracts

Hoda Moshfeghi Feyzabadi<sup>\*1</sup>, Rouhollah Akhondi Roshnavand<sup>2</sup>

1. Ph.D. Student in Private Law, Institute for Management and Planning Studies, Tehran, Iran

2. Assistant Professor of Law, Payame Noor University, Tehran, Iran

(Received: 04/Jun/2021

Accepted: 07/Mar/2022)

#### Abstract

Indemnity clauses are one of the transfer of responsibility clauses that importance and practical of them in terms of transfer of risk and division of responsibility in intellectual property contracts and on infringement of third parties' rights have been caused them to have special place in internal and international law, including common law system. Nevertheless, the notion of this clause in intellectual property contracts, its nature, territory and legal effects in the relationship between parties of contract and third parties are in question. In this analytical and comparative research, we intend in addition to examination the notion of indemnity clause in intellectual property contracts, explain three issues of the nature of this clause and basis of its accuracy and legal effects of this clause in intellectual property contracts system. Finally, we concluded that despite serious similarity of this clause with contracts and conditions like insurance, guaranty and etc. this clause has independent nature and article 10 of civil code can be the most comprehensive basis for accepting this useful clause in Iran's legal system. Considering the principles of privity of contracts and opposability of contracts by third parties could be keys in determining the effects of this clause.

**Keywords:** Indemnity Clause, Intellectual Property Contract, Infringement of Third Party's Intellectual Property Rights, Privity of Contracts, Opposability of Contracts.

#### چکیده

شرط تضمین مسئولیت یکی از شروط انتقال مسئولیت محسوب می‌شود که با توجه به اهمیت و کاربردی بودن آن از حیث انتقال ریسک و تقسیم مسئولیت در قراردادهای مالکیت فکری و درخصوص نقض حقوق فکری ثالث از جایگاه ویژه‌ای هم در حقوق داخلی و هم در حقوق بین‌الملل از جمله نظام حقوقی کامن‌لا برخوردار است. با این وجود مفهوم این شرط در قراردادهای مالکیت فکری، ماهیت، قلمرو، اعتبار و آثار حقوقی آن در رابطه بین طرفین و اشخاص ثالث مورد سؤال و ابهام است. در این پژوهش تحلیلی و تطبیقی، ضمن بررسی مفهوم شرط تضمین مسئولیت در قراردادهای مالکیت فکری، مصمم به پرداختن به سه موضوع ماهیت شرط تضمین مسئولیت در قراردادهای مالکیت فکری و منبای صحت آن و آثار مختلف حقوقی این شرط می‌باشیم. در حقوق ایران، با وجود شباهت‌های جدی این نهاد با نهادهایی مانند بیمه، ضمانت و غیره این پژوهش تأکید دارد که شرط تضمین مسئولیت در قراردادهای مالکیت فکری از ماهیتی مستقل برخوردار است و مناسب‌ترین مبنای در تعلیل این نهاد حقوقی ارزشمند ماده ده قانون مدنی می‌باشد. توجه به اصل نسبی بودن آثار قراردادهای و اصل قابلیت استناد قراردادهای توسط اشخاص ثالث نیز در تعیین آثار شرط مزبور راهگشا است.

**کلیدواژه‌ها:** شرط تضمین مسئولیت، قرارداد مالکیت فکری، نقض حقوق مالکیت فکری ثالث، اصل نسبی بودن آثار قرارداد، اصل قابلیت استناد قرارداد.

## مقدمه

حقوق مالکیت فکری<sup>۱</sup> عبارت است از مالکیت و سلطه قانونی که به موجب آن صاحب اثر می‌تواند از منافع فعالیت یا اندیشه ابراز شده خود به طور انحصاری استفاده کند. (کردیچه، ۱۳۹۰: ۲۱) حقوق مالکیت فکری به دو شاخه صنعتی و ادبی- هنری تقسیم شده و در هر دو دسته حقوق مادی و معنوی پدیدآورنده را مورد حمایت قرار می‌دهد. حقوق مادی به پدیدآورنده این حق را می‌دهد تا به بهره‌برداری اقتصادی از اثر خود پردازد؛ مانند حق ترجمه و حق انحصاری فروش. حقوق معنوی، رابطه‌ای است حقوقی و شخصیتی بین مالک و اثر وی که به موجب آن می‌تواند بر مفاد آفریده ذهنی خود سلطه کامل قانونی داشته باشد، ولو حقوق مادی آن به شخص دیگری واگذار شده باشد، مانند حق انتشار و افشای اثر. (حسینی، ۱۳۹۴: ۵۲) هریک از این حقوق ممکن است مورد تعرض قرار گرفته و در اثر آن نقض و زبانی متوجه حق پدیدآورنده شود. ایجاد هرگونه تصرف مادی یا حقوقی غیرمجاز در اثر مورد حمایت بدون اذن یا اجازه از طرف پدیدآورنده یا قائم‌مقام وی یا حکم مقنن موجب تحقق نقض حقوق مالکیت فکری است. (محمدی، ۱۳۹۱: ۱۳۹)

در مواردی، یک طرف قرارداد بدون مجوز قانونی، مالی که حقوق فکری ثالث به آن تعلق گرفته است را به‌عنوان موضوع معامله به طرف دیگر منتقل می‌کند. روشن است که منتقل‌آلیه معامله در فرض جاهل بودن نسبت به تعلق حقوق فکری به ثالث مستحق حمایت قانونی است. اگرچه به‌موجب مادتين ۳۹۰ و ۳۹۱ قانون مدنی، بایع ضامن مستحق‌للغیر بودن مبیع شناخته می‌شود و باید ثمن مبیع را به خریدار مسترد و در صورت جهل مشتری غرامات وی را نیز جبران کند، لیکن صرف‌نظر از کلی بودن مواد مذکور، تکلیفی برای فروشنده در حمایت از خریدار برای ورود در دعوی اقامه‌شده علیه خریدار مقرر نشده است. البته بی‌تردید امکان دخالت فروشنده یا دخالت دادن وی در دعوا از طریق «ورود ثالث» و یا «جلب ثالث» وجود دارد، اما با بررسی قوانین ایران به نظر می‌رسد نمی‌توان تکلیف و الزامی برای متعاقدين درخصوص این نوع مداخله کردن و یا مداخله دادن یافت.

قانون ثبت اختراعات، طرح‌های صنعتی و علائم تجاری مصوب سال ۱۳۸۶ و آیین‌نامه اجرایی آن مصوب ۱۳۸۷ که مقررات و ضمانت‌اجراهای مختلفی را در مورد ادعای حق مالکیت فکری شخص ثالث نسبت به مبیع پیش‌بینی و وضع

نموده است<sup>۲</sup>، نیز موضوع ضمان و مسئولیت بایع در برابر خریدار در صورت نقض حقوق فکری ثالث را مسکوت گذاشته است. بنابراین، پر واضح است که قانون‌گذار ملی در حمایت از انتقال‌گیرنده با حسن نیت در مقابل ثالثی که مدعی حقی معنوی بر مورد معامله است، تدبیر خاصی نیاندیشیده است.

این در حالی است که مدتی است در قراردادهای بین-المللی خرید و فروش کالا و خدمات و به‌ویژه قراردادهای مربوط به واگذاری حقوق مالکیت فکری و نیز در قراردادهای داخلی نظام‌های کامن‌لا در راستای حمایت از حقوق خریداران، استفاده از شروطی تحت عنوان «Indemnity» متداول شده است. برخی لغت‌شناسان معتقدند کلمه indemnity از In به معنای «دور کردن» و Damnum به‌معنای «ضرر» مشتق شده است. در مقابل اکثر لغت‌شناسان اعتقاد بر این دارند که این واژه ترکیبی از دو کلمه «Indemnity» در معنای «بی‌ضرر»<sup>۳</sup> و «fy» در معنای «ایجاد کردن و باعث شدن»<sup>۴</sup> است که این تعبیر اخیر بیشتر مورد توجه است.

اصطلاح Indemnity از اوایل قرن ۱۷، در فرهنگ لغت‌های انگلیسی وارد و تعریف شده است. جان بولوکار<sup>۵</sup> در سال ۱۶۱۶ معنای «رهایی و خلاصی بدون خسارت یا آسیب»<sup>۶</sup> و الیشا کول<sup>۷</sup> در ۱۶۷۶ معنای «آزادی از خسارت یا خطر، بخشش»<sup>۸</sup> را برای این واژه برگزیده‌اند. (Garner, 2011) فرهنگ حقوقی بلک<sup>۹</sup> Indemnity را به این صورت تعریف کرده است: ۱- بازپرداخت؛ ۲- تعهدی که به‌موجب آن یک طرف موافقت می‌کند، طرف دیگر را در صورت رویداد ضرر پیش‌بینی شده‌ای مصون نگاه دارد. فعل Indemnify نیز معادل بی‌ضرر نگاه داشتن، حفظ کردن در مقابل ضرر یا خسارت و جبران کردن دانسته شده است. (Nolan, 1990: 769)

۲. به‌عنوان مثال، برابر ماده ۱۸۳ آیین‌نامه اجرایی قانون ثبت اختراعات، در دعوی حقوق و کفیری راجع به حقوق حاصله از ثبت اختراع، طرح صنعتی، علامت و نام تجاری معترض می‌تواند در هر مرحله از مراحل رسیدگی از مراجع قضایی اعم از دادگاه یا دادسرا که پرونده در آنجا مطرح است درخواست صدور قرار تأمین دلیل و دستور توقیف محصولات ناقض حقوق ادعایی و تقاضای صدور دستور موقت نسبت به عدم ساخت، فروش یا ورود این محصولات را بنماید.....

3. Harmless
4. To Make
5. John Bullokar
6. Escaping without Damage or Hurt
7. Elisha Coles
8. Freedom from Damage or Danger, Pardon
9. Black's Law Dictionary

با رویکرد این مقاله کمتر پژوهشی صورت گرفته است. مقاله‌ای با عنوان «تعهد بایع در مقابل خریدار در خصوص ادعای نقض حقوق مالکیت فکری شخص ثالث» (طباطبایی نژاد، فارسی، ناظری فینی، ۱۳۹۵: ۲۵۳-۲۶۹)، عمدتاً بر مفهوم و ماهیت حقوق مالکیت فکری و بررسی اصل ۴۲ کنوانسیون وین در خصوص شرط پذیرش خسارت تمرکز یافته است. موضوعات مهمی مانند ماهیت و اعتبار این شرط در زمینه مالکیت فکری و در نظام حقوقی ایران در این مقاله مورد کنکاش قرار نگرفته است. همچنین مقاله‌ای با عنوان «تحلیلی بر شرط پذیرش مسئولیت و جبران خسارت» (ابراهیم‌پور؛ ابراهیمی؛ باقری، ۱۳۹۵: ۱-۲۶) نگاشته شده است که ضمن بررسی مفهوم و انواع شرط تضمین مسئولیت در حوزه قراردادهای نفت و گاز، به مفهوم این نهاد حقوقی در حقوق ایران و فقه امامیه پرداخته است. صرف‌نظر از تفاوت این دو پژوهش از جهت قلمرو مطالعه، بررسی اعتبار و آثار شرط تضمین مسئولیت در مقاله مزبور مغفول مانده است. مقاله دیگری با عنوان «شرط تضمین پرداخت خسارت» (بادینی؛ دیلمی، ۱۳۹۷: ۴۳۵-۴۵۲) به قلم تحریر درآمده است که در آن به بررسی و تحلیل مفهوم، اعتبار، انواع و موارد قابل تطبیق این شرط در فقه امامیه و حقوق ایران پرداخته شده است. این مقاله برخلاف پژوهش حاضر اساساً به موضوع آثار شرط تضمین مسئولیت نپرداخته است. وانگهی، در قسمت اعتبار شرط تضمین مسئولیت، به انطباق یا عدم انطباق شرط با شرایط اساسی صحت شرط مقرر شده در قانون مدنی ایران اشاره‌ای نشده است و مقایسه دقیق با سایر نهادهای مشابه مانند ضمانت، وراثتی و بیمه به دست نداده است. همچنین مقاله وزین «مطالعه تطبیقی شرط تضمین مسئولیت در قراردادهای (ایرانلو، شاهین، ۱۳۹۷: ۱۰۳-۱۴۲)، اگرچه به شرط تضمین مسئولیت در قراردادهای به‌طور کلی پرداخته است، لیکن به مسائل مهمی همچون ماهیت شرط تضمین مسئولیت و قلمروی آن در قراردادهای واگذاری و فروش حقوق مالکیت فکری اساساً نپرداخته است.

این پژوهش مبتنی بر مطالعه تطبیقی موضوع در نظام حقوقی کامن‌لا است و عمدتاً با تجزیه و تحلیل منطقی و حقوقی داده‌ها و هرازگاهی با تکیه بر رویه قضایی به انطباق نهاد شرط تضمین مسئولیت با نهادهای سنتی فقهی و مدنی پرداخته است. در پژوهش حاضر پس از بررسی مفهوم شرط تضمین مسئولیت در قراردادهای مالکیت فکری، به ماهیت و اعتبار این شرط پرداخته شده (قسمت نخست) و سپس بر اساس این ماهیت و اعتبار، قلمرو و آثار شرط تضمین مسئولیت در قراردادهای مالکیت فکری مورد مطالعه قرار گرفته است (قسمت دوم). در این راستا پاسخ به

باتوجه به تعاریف ارائه شده از واژه Indemnity به‌نظر می‌رسد می‌توان آن را معادل «تضمین مسئولیت» و «پذیرش خسارت و مسئولیت» دانست. منشأ ایجاد تعهد تضمین مسئولیت ممکن است قانون و یا قرارداد بین طرفین باشد. (Warner, 1969: 493) تضمین مسئولیت قراردادی به دو دسته تضمین مسئولیت قراردادی صریح و تلویحی قابل تقسیم است. (Carter, 2008: 418) شرط تضمین مسئولیت در دسته نخست قرار می‌گیرد و در تعریف آن می‌توان گفت تعهدی قراردادی است که به‌موجب آن یک طرف قرارداد به طور صریح می‌پذیرد که طرف دیگر قرارداد و یا اشخاص ثالث را در برابر ضرر، خسارت یا مسئولیتی که در جریان اجرای قرارداد و یا در نتیجه آن بر ایشان تحمیل شده و یا در آینده ممکن است تحمیل شود، مصون نگاه دارد. (Richardson, Lan & Reid, 2011: 2)

از آنجا که در امور کیفری اصولاً مسئولیت تنها متوجه مرتکبین جرم (اعم از مباشرین، شرکاء و معاونین) است و مسئولیتی متوجه هیچ‌کس دیگری نیست (اصل قائم به شخص بودن و غیر قابل انتقال بودن مسئولیت کیفری)، متعهد (مشروط‌علیه) شرط تضمین مسئولیت تنها می‌تواند مسئولیت مدنی (اعم از مسئولیت قراردادی و غیر قراردادی) را به نفع متعهدله (مشروط‌أله) برعهده گیرد و آن را تضمین کند. شرط تضمین مسئولیت اغلب به این صورت تنظیم می‌شود که «الف» تعهد کرده که مسئولیت «ب» در برابر «ج» را تضمین کند. (Carter, 2008: 420) در واقع، «الف» که تعهد می‌کند خسارت‌های طرف مقابل را جبران کند «متعهد/تضمین‌کننده»<sup>۱</sup> نامیده می‌شود و «ب» همان «متعهدله/شخص تضمین‌شده»<sup>۲</sup> است و «ج» همان موضوع توافق تضمین<sup>۳</sup> است؛ یعنی موضوعی که «الف» آن را به نفع «ب» تضمین کرده است. از آنجا که بر طرفین شرط عناوین «مشروط‌علیه» و «مشروط‌أله» صدق می‌کند، در ادامه این پژوهش جهت تسهیل از این دو عنوان برای اشاره به طرفین شرط تضمین مسئولیت استفاده خواهیم کرد.

درخصوص مفهوم و ماهیت مالکیت فکری پژوهش‌های بی‌شماری به قلم آمده است، لیکن در مفهوم و ماهیت شرط تضمین مسئولیت و به‌ویژه شرط تضمین مسئولیت مالکیت فکری

1. Promisor/Indemnifier/Indemnitor
2. Promisee/ Indemnified/ Indemnatee/Indemnity Holder
3. Agreed Event

انتقال تکنولوژی چون احتمال نقض حقوق فکری ثالث وجود دارد، استفاده از شروط تضمین مسئولیتی که ریسک ناشی از نقض حقوق مالکیت فکری را تقسیم می‌کند رو به افزایش است. (1: Damarchi, 2010) به موجب این شروط، مسئولیت به طرفی تخصیص پیدا می‌کند که از لحاظ قدرت معاملاتی و کنترل و شناخت ریسک‌های بالقوه تکنولوژی واگذار شده در موقعیت بهتری قرار دارد و در نتیجه باید مسئولیت نقض حقوق اشخاص ثالث را نیز بپذیرد. (7: Allen, 2010) منظور از شروط تضمین مسئولیت مالکیت فکری در نظام حقوقی ایران و کامن‌لا این است که تولیدکننده، فروشنده یا امتیازدهنده یک کالا، تکنولوژی یا خدمت به منظور اطمینان خریدار یا امتیازگیرنده از عدم وجود حق ثالث بر موضوع معامله و جبران خسارت‌های وی در صورت طرح چنین ادعایی، موافقت کند که مسئولیت خریدار یا امتیازگیرنده در قبال ضررهای ناشی از دعوی که توسط ثالث اقامه شده و مربوط به نقض حقوق فکری می‌شود را تضمین کند. (Champion, 2016)

چنانچه گفته شد مالکیت فکری به دو دسته کلی مالکیت صنعتی و مالکیت ادبی و هنری قابل تقسیم است. حق بر علامت تجاری، اسرار تجاری، نام‌های تجاری، حق اختراع، حق بر آثار علمی و ادبی و حق بر ترجمه نمونه‌ای از حقوق مربوط به مالکیت فکری هستند. اگرچه حقوق مالکیت فکری وجود عینی و ملموس ندارند، لیکن همواره امکان نقض این حقوق و تعرض به آنها وجود دارد. در زمان مذاکره و انعقاد قرارداد انتقال و فروش حقوق مربوط به مالکیت فکری، توافق بر شرط تضمین مسئولیت می‌تواند به‌عنوان ابزاری مناسب جهت ترغیب و تشویق انتقال‌گیرنده یا خریدار به انجام معامله مورد استفاده قرار گیرد. شروط تضمین مسئولیت مالکیت فکری در اکثر موارد به‌صورت ذیل تنظیم می‌شوند: «الف» مسئولیت «ب» را در مقابل هر ادعایی مبنی بر اینکه محصول یا خدمت تهیه شده توسط «الف» حق ثبت اختراع/ حق نشر/ علامت تجاری یا سایر حقوق مالکیت فکری ثالث را نقض کرده است، تضمین می‌کند. (Marell, 2014) به عنوان مثال، در قرارداد واگذاری حق اختراع یک محصول انتقال‌دهنده تعهد می‌کند چنانچه شخص ثالثی مدعی شود حق اختراع آن محصول متعلق به وی بوده است و قرارداد منعقد بین انتقال‌دهنده و انتقال‌گیرنده حقوق انحصاری وی همچون حق انحصاری فروش و حق انحصاری ساخت را نقض کرده است، در صورت اثبات این ادعا از جانب ثالث، مسئولیت انتقال‌گیرنده را در برابر ضررها، خسارت‌ها، دعاوی و مطالبات ثالث تضمین می‌کند.

پرسش‌های ذیل راهبردی است. آیا این شرط در حقوق ایران واجد شرایط اساسی صحت شرط است و می‌توان چنین شرطی را در قراردادهای حوزه مالکیت فکری گنجانید یا خیر؟ در صورت مثبت بودن پاسخ، آیا می‌توان آن را در قالب عقود و نهادهای سنتی و نوین حقوق مدنی همچون ضمانت و بیمه تعریف کرد و یا اینکه باید برای آن ماهیتی مستقل در نظر گرفت؟ آیا مشروطه در الزام مشروط‌علیه به اجرای شرط، باید ارکان عمومی مطالبه خسارت مانند وقوع فعل زیان‌بار توسط خوانده را اثبات کند و یا با توجه به ماهیت شرط مزبور، مشروطه از اثبات شرایط عمومی مطالبه خسارت‌ها معاف است؟ آثار شرط تضمین مسئولیت در مقابل ادعای نقض حقوق فکری ثالث چیست و آیا ثالث مدعی می‌تواند به استناد شرط مزبور به‌طور مستقیم علیه مشروط‌علیه اقامه دعوی نماید یا خیر؟ در پاسخ به این پرسش‌ها چنین به نظر می‌رسد که در نظام حقوقی ایران، تفاوت‌های شرط تضمین مسئولیت در قراردادهای مالکیت فکری با نهادهایی همچون بیمه، ضمانت، شروط عدم مسئولیت و... ما را به این امر رهنمود می‌سازد که شرط مذکور از ماهیت مستقلی در حقوق ایران برخوردار است و زیرمجموعه هیچ‌یک از این نهادها قرار نمی‌گیرد. برعکس، در نظام حقوقی کامن‌لا شرط تضمین مسئولیت در قراردادهای مالکیت فکری در دسته شروط معاف‌کننده مسئولیت در معنای عام خود قرار می‌گیرد. در هر دو نظام حقوقی شرط تضمین مسئولیت در رابطه با نقض حقوق فکری ثالث اگرچه می‌تواند واجد ساختار جبرانی باشد؛ لیکن ساختار پیش‌گیری‌کننده، بیشتر می‌تواند حقوق مشروط‌اله شرط را تأمین نماید و یکی از روش‌های اجرای آن نیز اخذ رضایت ثالث پیش از انعقاد قرارداد انتقال حقوق مالکیت فکری یا همزمان با آن است. همچنین در رابطه با آثار شرط تضمین مسئولیت در نقض حقوق فکری ثالث، توجه به اصل نسبی بودن آثار قراردادها و اصل قابلیت استناد قراردادها توسط اشخاص ثالث باعث تقویت نظریه غیرقابل استناد بودن شرط تضمین مسئولیت در مقابل اشخاص ثالث و امکان طرح دعوی مستقیم مشروط‌اله علیه مشروط‌علیه می‌شود.

### مفهوم شرط تضمین مسئولیت مالکیت فکری

در برخی موارد، ممکن است در نتیجه انعقاد قرارداد بین دو طرف و یا در جریان اجرای آن، حق شخص ثالثی نقض شود و یا خسارتی بر وی وارد آید. در نظام حقوقی کامن‌لا به‌طور معمول در توافقاتی که ریسک ناشی از ورود ضرر به ثالث و نقض توافق توسط یکی از طرفین قرارداد زیاد است، از شروط تضمین مسئولیت استفاده می‌شود. بر این اساس، در معاملات مربوط به

ساختار پیش‌گیری‌کننده، شرط تضمین مسئولیت به نفس اشتراط حاصل می‌شود و مشروطه از مسئولیت جبران خسارات مبرا می‌شود. اکنون برای عمیق‌تر شدن در ماهیت شرط تضمین مسئولیت، به مقایسه این شرط با سایر نهادهای فقهی و حقوقی به شرح ذیل می‌پردازیم.

### ۱. شرط تضمین مسئولیت و ضمان جریره

در فقه امامیه نهادی که برخی فقهاء (حلی، بی‌تا: ۸۳۰/۲؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ ه. ق: ۳/۴۴۸؛ حسینی جرجانی، ۱۴۰۴ ه. ق: ۲/۵۶۶؛ شعرانی، ۱۳۹۳ ه. ق: ۲/۶۷۳؛ موسوی خوئی، ۱۴۲۴ ه. ق: ۵۸) به مناسبتی به آن پرداخته و تشابهاتی با شرط تضمین مسئولیت دارد، «ضمان جریره» است. «ضمان جریره» قراردادی است که به موجب آن هریک از طرفین می‌پذیرد؛ در صورتی که طرف دیگر قرارداد به اشتباه مرتکب جرح یا قتل شود، دیهٔ مجنی‌علیه را بپردازد و در ازای آن، اگر فرد مضمون<sup>۱</sup>-عنه، خویشاوند یا معتقی نداشته باشد، وارث آن شخص باشد. (شعرانی، ۱۳۹۳ ه. ق: ۲/۶۷۳؛ موسوی خوئی، ۱۴۲۴ ه. ق: ۵۸) عقد مذکور از این لحاظ که یک طرف قرارداد مسئولیت طرف دیگر را برعهده گرفته و تعهد می‌کند که خسارت‌های ناشی از اعمال غیرعمدی وی را جبران کند، با شرط تضمین مسئولیت شباهت دارد، اما تفاوت این دو در آن است که اولاً جایگاه ضمان جریره در حقوق کیفری و شرط تضمین مسئولیت حقوق مدنی است. ثانیاً قلمروی شرط تضمین مسئولیت گسترده‌تر از ضمان جریره است. در ضمان جریره هریک از طرفین تنها جبران خسارت‌های بدنی مجنی‌علیه که ناشی از فعل خطاکارانهٔ طرف دیگر باشد را برعهده می‌گیرد، اما در شرط تضمین مسئولیت مشروط‌علیه می‌تواند علاوه بر تعهد به جبران خسارت بدنی طرف دیگر و اشخاص ثالث، جبران خسارت‌های مالی، خسارت‌های غیرعینی، هزینه‌های دادرسی، پذیرش مسئولیت آنان و دفاع از ایشان در دعاوی که از سوی ثالث اقامه می‌شود را بپذیرد. در هر حال، به نظر می‌رسد که می‌توان وحدت ملاک قرارداد ضمان جریره را به‌عنوان یکی از مبانی اثبات پذیرش شرط تضمین مسئولیت در فقه در نظر گرفت. علاوه بر ضمان جریره، از تجویزات فقهاء از جمله اتفاق نظر و اجماع ایشان بر تجویز ضمان انداختن بار کشتی در دریا (طباطبایی یزدی، ۱۴۱۹ ه. ق: ۵/۴۴۱) نیز به‌نوعی موافقت ضمنی ایشان با پذیرش مسئولیت و جبران خسارت توسط دیگری را می‌توان استنتاج کرد. هرچند همان‌گونه که مرحوم طباطبایی یزدی معتقدند که این نوع ضمان، مطابق با قاعده است و احترام مال

همچنین در قرارداد واگذاری حق نشر یک اثر ادبی، واگذارکننده به‌موجب شرط تضمین مسئولیت تعهد می‌کند که در صورت ادعای شخص ثالث مبنی بر تعلق اثر ادبی به وی و اثبات این ادعا از جانب ثالث در مراجع قضایی، مسئولیت، ضررها و خسارت‌هایی را که بر انتقال‌گیرنده تحمیل می‌شود را جبران خواهد کرد. به همین ترتیب، سایر حقوق مالکیت فکری می‌توانند مشمول شرط تضمین مسئولیت قرار گیرند.

شخص ثالث مدعی نقض در این‌گونه موارد ممکن است شخصی باشد که مالک نخستین حق فکری بوده است و یا ممکن است شخصی باشد که مجوز بهره‌برداری از آن حق را از مالک نخستین تحصیل نموده است.

### ماهیت شرط تضمین مسئولیت مالکیت فکری

در نظام حقوقی کامن‌لا شروط تضمین مسئولیت در مقابل نقض حقوق فکری ثالث می‌تواند به یکی از دو صورت ذیل مورد توافق قرار گیرد: ۱) در یک حالت، مشروط‌علیه ممکن است متعهد شود در برابر ضرر از مشروط‌له حمایت کند. به عنوان مثال، زمانی که «الف» تعهد می‌کند مسئولیت «ب» را در برابر ادعای ناشی از نقض حقوق فکری ثالث تضمین کند، در واقع خود ضمان و مسئولیت «ب» در برابر اشخاص ثالث را پذیرفته است و مسئولیتی از باب جبران خسارت ثالث برای «ب» ایجاد نخواهد شد (ماهیت پیش‌گیری‌کننده).<sup>۲</sup> ۲) گاهی ممکن است مشروط‌علیه متعهد شود مبالغی که مشروط‌له بابت ضرر و خسارت‌ها به ثالث پرداخته است را به وی مسترد نماید (ماهیت جبران‌کننده).<sup>۳</sup> (Courtney, 2011: 5-8)

تقسیم‌بندی شرط تضمین مسئولیت به شرط پیش‌گیری‌کننده و جبرانی در حقوق ایران نیز قابل تأیید است. در شروط جبرانی مشروط‌علیه معمولاً از طریق پرداخت مبلغی معادل ضرر وارده به مشروط‌له، مفاد شرط را اجرا می‌کند، اما شیوهٔ اجرای شروط پیش‌گیری‌کننده متفاوت از شروط جبرانی است و به‌طور معمول از طریق حصول رضایت ثالث حین‌العقد و پیش از اعطای تضمین مسئولیت به مشروط‌له قابل حصول است. بر این اساس، نوع این شرط در ساختار جبرانی شرط فعل و در ساختار پیش‌گیری‌کننده شرط نتیجه محسوب می‌شود. با این توضیح که در ساختار جبرانی، مشروط‌له باید ابتدا خود خسارت ثالث را جبران کند و سپس از مشروط‌علیه مطالبه کند، اما در

1. Preventive Nature
2. Compensative Nature

اقتضای ضمان آمر را دارد (همان: ۴۴۱ / ۵)، لیکن توافق بر جبران خسارت در این مورد می‌تواند به‌عنوان نمونه‌ای از شرط جبران خسارت در فقه مد نظر قرار بگیرد.

## ۲. شرط تضمین مسئولیت و ضمان درک

«ضمان درک» نیز از جمله مفاهیم حقوقی است که شباهت زیادی با تعهد و شرط تضمین مسئولیت دارد. قانون‌گذار ضمان درک را یکی از آثار بیع صحیح تلقی کرده و در مواد ۳۹۰ و ۳۹۱ قانون مدنی مقرراتی راجع به مبیع مستحق‌الغیر وضع کرده است. در ضمان درک که یک تعهد ناشی از عقد محسوب می‌شود، همانند شرط تضمین مسئولیت در قراردادهای منعقد در حوزه مالکیت فکری، فروشنده ملزم به جبران خسارت‌هایی است که در اثر متعلق بودن مبیع به ثالث به خریدار وارد می‌شود، تا جایی که ممکن است این‌گونه به‌نظر برسد که شرط تضمین مسئولیت نوعی شرط تشدید ضمان درک است. با این حال، دو نهاد مزبور از جهات مختلف و مهم ذیل با یکدیگر اختلاف دارند که این تمایزات نیاز به تأسیس حقوقی شرط تضمین مسئولیت و اصرار بر استقلال آن را توجیه می‌کند. اولاً، ضمان درک ویژه عین معین است و در صورتی که مبیع، کلی فی‌الذمه باشد و فروشنده در مقام ایفای تعهد، مال دیگری را به‌عنوان فردی از افراد مبیع به خریدار تسلیم نماید، مقررات ضمان درک جاری نخواهد بود. (کاتوزیان، ۱۳۸۴: ۱۰۸) این در حالی است که شرط تضمین مسئولیت در خصوص اقسام مبیع می‌تواند مورد توافق قرار بگیرد. ثانیاً، قاعده ضمان درک بنابر تصریح و حکم قانون تنها در عقد بیع جاری است، لیکن شرط تضمین مسئولیت می‌تواند در اقسام قراردادهای تجاری، غیرتجاری و خدماتی مورد توافق قرار گیرد. ثالثاً، برخلاف ضمان درک که تأسیسی حقوقی است و قیود، شرایط تحقق، آثار و قلمروی آن را قانون مشخص می‌کند؛ شرط تضمین مسئولیت کاملاً تابع توافق طرفین است و فقط در موارد بسیار نادر ممکن است به‌دلیل برخورد با نظم عمومی، غیرقابل اجرا دانسته شود.

## ۳. شرط تضمین مسئولیت و ضمانت

گرچه مبنای ضمانت و شرط تضمین مسئولیت در هر دو نظام

۱. اگر بعد از قبض ثمن، مبیع کلاً یا جزئاً مستحق‌الغیر درآید، بایع ضامن است؛ اگرچه تصریح به ضمان نشده باشد.
۲. در صورت مستحق‌الغیر در آمدن کل یا بعض از مبیع، بایع باید ثمن مبیع را مسترد دارد و در صورت جهل به فساد، بایع باید از عهده گرامات وارده بر مشتری نیز برآید.

حقوقی قراردادی بوده و هدف هر دو حمایت از شخص در مقابل ضرر متحمل شده در نتیجه انعقاد معامله با ثالث است، اما در قرارداد ضمانت میان مسئولیت ضامن و بدهکار اصلی رابطه مستقیم وجود دارد و بری شدن بدهکار اصلی موجب بری شدن ضامن می‌شود (تبعی بودن ضمان)، ولی در شرط تضمین مسئولیت، بری شدن بدهکار اصلی (مشروطه) موجب بری شدن کسی که جبران خسارت را برعهده گرفته است (مشروط‌علیه) نیست. به تعبیر دیگر، ضمانت تعهدی ثانویه و تبعی است، لیکن تعهد در شرط تضمین مسئولیت تعهدی اولیه و مستقل است. (Maar, 2014) باری، قرارداد ضمانت بیانگر تعهد ضامن جهت پاسخ‌گویی در قبال بدهی یا تخلف فرد دیگری است؛ در حالی که در شرط تضمین مسئولیت مشروط‌علیه تعهد می‌کند «ضرری که از بدهی و تخلف» به مشروط‌ه وارد می‌آید را جبران کند، اما «پاسخگویی بدهی و تخلف مشروط‌ه» نیست. (Gesellschaft, Hicks, 2014: 50)

## ۴. شرط تضمین مسئولیت و بیمه

از میان مفاهیم مشابه، مفهوم بیمه مسئولیت از بیشترین میزان همانندی با مفهوم تعهد تضمین مسئولیت برخوردار است. در واقع، چنان‌که برخی گفته‌اند بیمه شکل کلاسیک شرط تضمین مسئولیت محسوب می‌شود (Richardson, Long & Reid, 2011: 2). گرچه عقد بیمه و شرط تضمین مسئولیت در نظام حقوقی ایران و کامن‌لا هر دو از ابزار انتقال ریسک محسوب می‌شوند، لیکن انعقاد عقد بیمه برخلاف شرط تضمین مسئولیت، مستلزم پرداخت وجوهی از طرف بیمه‌گذار به بیمه‌گر می‌باشد. وانگهی، یکی از عناصر اصلی اعتبار قرارداد بیمه، اصل حسن نیت کامل است و بیمه‌گذار ملزم است اطلاعات اساسی و واقعی در خصوص موضوع بیمه را در اختیار بیمه‌گر قرار دهد (نعیمی، صداقت، ۱۳۹۲: ۱۰۵)، درحالی‌که هیچ‌یک از این موارد در خصوص شرط تضمین مسئولیت، جاری نیست. برخی تعهد موضوع شرط تضمین مسئولیت را همانند تعهد قرارداد بیمه یک نوع تعهد احتمالی می‌دانند. (بادینی، دیلمی، ۱۳۹۷: ۴۴۹) به‌نظر می‌رسد اگرچه چنان‌که برخی دیگر (ایزائلو، ۱۳۹۲: ۳۵) معتقدند که تعهد به تضمین در شرط تضمین مسئولیت و تعهد احتمالی جبران خسارت، تعهدی تبعی محسوب شده که نامعلوم بودن آن از حیث وقوع و میزان، موجب احتمالی محسوب شدن قرارداد و یا غرری شدن آن نمی‌شود، مع‌الوصف میان دامنه احتمالی بودن تعهد بیمه و دامنه احتمالی بودن تعهد در شرط تضمین مسئولیت، تفاوت‌های بسیاری است.

ج) نوع دیگری از شرط استثناء‌کننده مسئولیت، وضع شروط بر اعمال حقوق قراردادی است که شامل شروطی که بار مسئولیت جبران ضرر و خسارات را از یک طرف به طرف دیگر انتقال می‌دهد، می‌شود (موناهان، ۱۳۹۵: ۱۹۱) و ما با عنوان «شرط تضمین مسئولیت» از آن یاد می‌کنیم.

شرط عدم مسئولیت در معنای خاص، شرط ضمن عقدی است که به موجب آن زیان‌دیده احتمالی، مسئول خسارت را از جبران خسارت معاف می‌کند. (نکوبی، ۱۳۹۰: ۱۸) در برخی موارد شرط تضمین مسئولیت و شرط عدم مسئولیت خاص بر یکدیگر منطبق می‌شوند و آن زمانی است که شرط تضمین مسئولیت در رابطه بین طرفین اصلی قرارداد برقرار شود و مشروط‌علیه ضرر و زیان وارده به خود را تضمین کند. در این حالت، شرط تضمین مسئولیت همانند شرط عدم مسئولیت عمل کرده و مشروط‌علیه (زیان‌دیده احتمالی) حق مطالبه خسارات خود در مقابل مشروط‌ه (مسئول احتمالی) را از دست می‌دهد.

اگرچه شرط تضمین مسئولیت و شرط عدم مسئولیت در معنای خاص از لحاظ کارکرد توزیع ریسک بین طرفین قرارداد، نحوه تفسیر و موارد بطلان به یکدیگر شباهت دارند و حتی در مواردی این دو شرط با یکدیگر منطبق هستند، اما تفاوت‌هایی بین آنها وجود دارد که تفکیک و تمایز این دو شرط را ایجاد می‌کند؛ از جمله اینکه شروط عدم مسئولیت در معنای خاص، شروطی هستند که یک طرف را از مسئولیتی که ممکن است در مقابل طرف دیگر داشته باشد معاف می‌کند، ولی شامل مسئولیت احتمالی آن طرف در مقابل اشخاص ثالث نمی‌شود؛ در حالی که به موجب شروط تضمین مسئولیت یک طرف قرارداد می‌تواند موافقت کند طرف دیگر را از دعوایی که ممکن است بابت ضرر یا خسارت توسط شخص ثالث علیه مشروط‌ه اقامه شوند، حمایت کند. (Collin, Dugan, 1966: 77)

وانگهی، هدف طرفین از توافق بر شرط عدم مسئولیت حذف کامل مسئولیت مشروط‌ه و هدف ایشان از توافق بر شرط تضمین مسئولیت، انتقال مسئولیت از یک طرف به طرف دیگر است. شروط محدودکننده مسئولیت نیز درصدد محدود کردن مسئولیت یک طرف هستند و نه انتقال مسئولیت.

توافق طرفین درخصوص شروط تضمین مسئولیت باعث ایجاد مسئولیت قراردادی برای مشروط‌علیه می‌شود. با توجه به اینکه تعهد مشروط‌علیه تنها ناظر بر کوشش و مواظبت متعارف برای جلوگیری از ورود ضرر و خسارت به مشروط‌ه نیست، بلکه ناظر بر وصول به نتیجه خاص (عدم ورود خسارت به مشروط‌ه) است، تعهد وی از قسم تعهد به نتیجه به حساب

## ۵. شرط تضمین مسئولیت و وارانتي

از دیگر مفاهیم مشابه با شرط تضمین مسئولیت «وارانتي» است. کارکرد و هدف وارانتي در حقوق ایران و کامن‌لا همانند شرط تضمین مسئولیت انتقال ریسک است، اما مفهوم و آثار آن دو با یکدیگر متفاوت است. وارانتي تضمینی است که یک طرف قرارداد (فروشنده) راجع به کیفیت و عملکرد موضوع قرارداد می‌دهد و تعهد می‌کند چنانچه اظهارات و توصیفات وی درخصوص کیفیت و کارکرد موضوع قرارداد نادرست باشد، خسارت‌های ناشی از آن را جبران کند. نقض وارانتي به مثابه نقض قرارداد محسوب می‌شود (Flewel, 2020) و در نتیجه درصورت نقض وارانتي طرف متضرر باید مطابق قواعد عمومی مسئولیت مدنی، علاوه بر وقوع ضرر و نقض وارانتي، وجود رابطه سببیت بین نقض اظهارات و ضرر وارده، امتناع نکردن خود از کاهش خسارت‌ها و دور نبودن خسارت‌ها را اثبات نماید (Yim, 2017)، اما همان‌طور که گفتیم، مفاد شرط تضمین مسئولیت این است که یک طرف تعهد می‌کند چنانچه در نتیجه رویداد مشخصی ضرر و زیان یا مسئولیتی متوجه طرف دیگر و یا اشخاص ثالث شود، وی آن مسئولیت را پذیرفته و ضرر را جبران کند. دامنه و قلمروی شرط تضمین مسئولیت گسترده‌تر است و می‌تواند موضوعاتی مانند خطرات مربوط به محیط زیست، مسئولیت تولید و دادخواهی و مطالبات اشخاص ثالث را نیز تحت پوشش قرار دهد. در بخش آثار نیز خواهیم دید که در شرط تضمین مسئولیت در قرارداد، علی-الاصول مشروط‌ه ملزم به اثبات ارکان مطالبه خسارت مانند وجود رابطه سببیت بین نقض تعهد توسط مشروط‌علیه و ورود ضرر به خود نیست. (Di Lallo, 2013)

## ۶. شرط تضمین مسئولیت و شروط عدم مسئولیت

همچنین باید میان شرط تضمین مسئولیت و شرط استثناء‌کننده مسئولیت نیز قائل به تفکیک شویم. در حقوق کامن‌لا شرط استثناء‌کننده مسئولیت در معنای عام مشتمل بر سه نوع است: الف) گاهی شرط مزبور محدودکننده مسئولیت است؛ یعنی ضمان عهدشکن یا متخلف را در حد معینی متوقف کرده و محدود به مبلغ معین می‌کند تا حکم خسارت فراتر از آن نرود، مانند آنکه در قرارداد شرط شود که درصورت تأخیر حداکثر تا ده میلیون ریال خسارت پرداخت شود.

ب) شرط عدم مسئولیت گاهی نافی مسئولیت است؛ یعنی مقرر کردن آن در قرارداد باعث می‌شود طرف قرارداد به طور کامل از مسئولیت بری شود (شرط عدم مسئولیت در معنای خاص).

مستعیر (عاملی مکی، ۱۴۱۰: ۱۴۹) می‌تواند بیانگر پذیرش شرعی و فقهی توافق طرفین در باب جبران خسارات باشد. در حقوق ایران، شرط تضمین مسئولیت مالکیت فکری توافقی است که حسب تراضی طرفین به‌عنوان شرط ضمن عقد تابع عقد اصلی قرار می‌گیرد. با ملاحظه مواد ۲۳۲<sup>۳</sup> و ۲۳۳<sup>۴</sup> و شرایط مذکور در ماده ۱۹۰ ق.م.ه که رعایت آنها درخصوص شروط ضمن عقد نیز لازم دانسته شده است. (عابدیان، ۱۳۸۷: ۴۰-۴۱؛ شعبانی، ۱۳۸۵: ۶۸) در ادامه به بررسی شروطی که اعمال آنها ذیل شرط تضمین مسئولیت محل تردید است، می‌پردازیم.

برحسب بند یک ماده ۲۳۲ ق.م.ه، هرگاه انجام کاری و یا تسلیم کالایی بر مشروط‌علیه شرط شود، توانایی انجام شرط از شرایط درستی و صحت آن شرط است. چنان‌که گذشت، موضوع تعهد مشروط‌علیه در شرط تضمین مسئولیت، پذیرش مسئولیت و جبران خسارت‌های طرف مقابل است. با توجه به اینکه برای احراز مقذور بودن شرط، کافی است احتمال معقول انجام دادن کار وجود داشته باشد و انجام تعهد در دید عرف ناممکن دانسته نشود، شرط تضمین مسئولیت شرطی مقذور محسوب می‌شود. حال چنان‌چه مشروط‌علیه در زمان وفای به شرط، فاقد توانایی مالی به منظور جبران خسارت‌های مشروط‌علیه باشد، از آنجا که نامقذور بودن شرط منتسب به مشروط‌علیه است و ناشی از طبیعت و ماهیت موضوع شرط نمی‌باشد، تأثیری در صحت شرط نداشته و باعث بطلان شرط نمی‌شود. با این حال، مشروط‌علیه به هنگام تنظیم شروط تضمین مسئولیت باید به توانایی مالی مشروط‌علیه در عمل به شرط توجه داشته باشد. در واقع، میزان کارایی و تأثیر شرط مزبور به میزان توانایی مالی مشروط‌علیه و سازوکارهایی که طرفین به‌عنوان ضمانت اجرای شرط در نظر گرفته‌اند، بستگی دارد. بدین منظور بهترین راهکار این است که مشروط‌علیه ملزم شود تا مشروط‌علیه را به‌عنوان بیمه‌شده اضافی<sup>۶</sup> تحت بیمه‌نامه خود قرار دهد و بدین‌وسیله، مشروط‌علیه بتواند

می‌آید. حتی چه‌بسا می‌توان از وحدت ملاک ماده ۶۴۲ قانون مدنی<sup>۱</sup> درخصوص شرط ضمان استفاده کرد و تعهد مشروط‌علیه در شرط تضمین مسئولیت را تعهد به نتیجه مطلق به شمار آورد و وی را مسئول هرگونه خسارتی که در قلمروی شرط تضمین بر مشروط‌علیه تحمیل می‌شود، بدانیم؛ گرچه آن خسارات در نتیجه عوامل قاهره ایجاد شده باشد.

در حقوق کامن‌لا جایگاه شرط تضمین مسئولیت در مبحث حقوق قراردادهای بوده و نوعی شرط ساقط‌کننده مسئولیت محسوب می‌شود. در حقوق ایران با توجه به پذیرش اصل حاکمیت اراده می‌توان توافق بر شرط تضمین مسئولیت را نوعی توافق بر قرارداد نامعین دانست که مسئولیتی احتمالی برای مشروط‌علیه ایجاد می‌کند، می‌تواند به‌عنوان وسیله جبران خسارت در قالب ماده ۱۰ قانون مدنی مورد قبول واقع شود و با عنایت به گسترش دامنه آن بر حمایت از اشخاص ثالث از ماهیتی مستقل از شروط ساقط‌کننده مسئولیت برخوردار باشد. در صورت گنجاندن شروط تضمین مسئولیت در قرارداد، این شروط جایگزین نظام مسئولیت مدنی مبتنی بر تقصیر و یا لاضرر می‌شوند.

### اعتبار شرط تضمین مسئولیت مالکیت فکری

در نظام حقوقی کامن‌لا از جمله انگلستان و آمریکا، شرط تضمین مسئولیت به‌طور کلی و شرط تضمین مسئولیت مالکیت فکری به‌طور خاص اصولاً از اعتبار حقوقی برخوردار هستند؛ مگر آنکه قانون‌گذار با وضع قوانینی موسوم به «قانون ضد تضمین مسئولیت»<sup>۲</sup> توافق بر شرط مزبور را در موارد معینی محدود و یا منع کرده باشد.

از لحاظ فقهی، توجه به قواعد فقهی «المؤمنون عندالشروطهم» و «العقود تابعه للقصد»، عموماً معاملات و عقود مانند آیه «یا ایها الذین آمنوا أوفوا بالعقود»، اصل فقهی اباحه و اصل برائت که چهره‌ای از پذیرش اصل استقلال و آزادی اراده در فقه اسلام هستند، اصل صحت، پذیرش شرط عدم ضمان بر مستعیر طلا و نقره (کرکی، ۱۴۱۴: ۷۸/۶؛ عاملی مکی (شهید اول)، ۱۴۱۰: ۱۴۹؛ عاملی (شهید ثانی)، ۱۴۱۴: ۱۵۴-۱۵۵) و متفق‌القول بودن فقهاء درخصوص صحت شرط ضمان در عقد عاریه در غیر مورد تعدی و تفریط

۱. اگر بر مستعیر شرط ضمان شده باشد، مسئول هر کسر و نقصانی خواهد بود؛ اگر چه مربوط به عمل او نباشد.

۳. شروط مفصله ذیل باطل است، ولی مفسد عقد نیست: ۱- شرطی که انجام آن غیرمقدور باشد؛ ۲- شرطی که در آن نفع و فایده نباشد؛ ۳- شرطی که نامشروع باشد.

۴. شروط مفصله ذیل باطل و موجب بطلان عقد است: ۱- شرط خلاف مقتضای عقد؛ ۲- شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود.

۵. برای صحت هر معامله شرایط ذیل اساسی است: ۱- قصد طرفین و رضای آنها؛ ۲- اهلیت طرفین؛ ۳- موضوع معین که مورد معامله باشد؛ ۴- مشروعیت جهت معامله.



نیست. در پاسخ باید گفت ضمانت و تضمینی که در شرط تضمین مسئولیت مورد تعهد قرار می‌گیرد، ضمانت در معنی اصطلاحی آن (مدنی یا تجاری) نیست، بلکه نوعی ضمانت عرفی است. با این توضیح که برخلاف ضمان مصطلح که در آن دین پیش از عقد در ذمه مضمون‌عنه به سببی از اسباب ثابت شده است، این نوع ضمان مانند ضمان بیمه خود منشأ ثبوت و پیدایش دین و تکلیف به وجوب پرداخت بر عهده ضامن می‌شود. (نعمت‌اللهی، ۱۳۸۹: ۵۱-۵۲) برخی فقها این نوع ضمان را ضمان «غیرمصطلح» یا «ضمان عرفی» نامیده‌اند و مصداق بارز آن که در فقه مورد بررسی قرار گرفته است؛ جایی است که کشتی در حال غرق شدن باشد و یکی از سرنشینان به مالک کالاها بگوید: «کالای خود را در دریا انداز و ضمان آن بر من». (طباطبایی، ۱۴۱۶ ه.ق: ۱۳/۳۵۹) این نوع ضمان به معنی تحمل مسئولیت و تعهد است و شامل ادله وجوب وفای به شرط می‌شود. وانگهی با خود منطق ضمان مصطلح از مفهوم مخالف ماده ۶۹۱ ق.م.ا نیز چنین برمی‌آید که ضمان از دینی که سبب قانونی یا قراردادی آن ایجاد شده، ولی هنوز به دلیل فراهم نیامدن شرایط ثبوت در ذمه قابل مطالبه نیست، صحیح است. (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۴۴۷)

البته باید توجه داشت در مواردی شرط تضمین مسئولیت به دلیل برخورد با نظم عمومی و قوانین آمرانه نامشروع و باطل محسوب می‌شود. به عنوان مثال، در نظام حقوقی ایران و کامن‌لا چنانچه موضوع شرط تضمین مسئولیت مسؤل نبودن مشروطه درمورد آسیب‌های جسمی و روحی و شخصیتی به طرف دیگر باشد یا آزادی و حقوق مربوط به شخصیت مشروطه‌علیه را مورد صدمه قرار دهد، شرط خلاف نظم عمومی و نامشروع بوده و باطل است. همچنین شرط تضمین مسئولیت در مقابل تقصیر سنگین و سوءنیت عمدی مشروطه در نظام حقوقی ایران و بسیاری از ایالات آمریکا برخلاف نظم عمومی است و غیرقابل اجرا و باطل محسوب می‌شود. توافق طرفین مبنی بر انجام اعمال غیرقانونی نیز از جمله مواردی است که باعث بطلان شرط تضمین مسئولیت می‌شود. در مواردی هم که مشروطه به‌طور فعالانه و مؤثر در فعل منتهی به مسئولیت مشارکت داشته یا با اطلاع از نقض حقوق ثالث تلاش کرده است تا از طریق شرط تضمین مسئولیت، مسئولیت را به شخص دیگری منتقل کند، شرط تضمین مسئولیت غیرقابل

دسترس مستقیم به بیمه‌نامه مشروطه‌علیه پیدا کند. (Gesellschaft, Vickie, 2014: 50)

منظور از مفید بودن شرط در بند دو ماده ۲۳۲ ق.م.ا این است که خردمندان با توجه به خواست‌ها و نیازهای ویژه دو طرف، شرط را دارای هدفی معقول بدانند (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۲۰)، اگرچه نقش و کارکرد دقیق شرط تضمین مسئولیت به شروط خاص طرفین در قرارداد بستگی دارد؛ لیکن نتیجه درج این شروط همواره تقسیم ریسک یا مسئولیت از پیش مشخص شده بین طرفین است. شرط تضمین مسئولیت به‌عنوان ابزاری به‌کار می‌رود که به‌وسیله آن طرفین قرارداد مسؤل جبران ضررهای احتمالی معینی را تعیین می‌کنند و می‌توانند به نحو مؤثری خطری (ریسکی) را که ممکن است همراه تعهد آنها باشد، مدیریت کرده، انتقال دهند و یا پیش‌بینی کنند. علاوه بر این، به لحاظ ماهیت حقوقی شرط تضمین مسئولیت، مشروطه از اثبات قواعد عمومی مطالبه و جبران خسارت همچون قابل پیش‌بینی بودن خسارت و وجود رابطه سببیت بین نقض تعهد توسط مشروطه‌علیه و ورود ضرر به خود معاف می‌شود و این امر نیز یک فایده فنی و حقوقی چنین شرطی است.

شرط تضمین مسئولیت فکری همانند سایر شروط باید مشروع باشد. مشروعیت شرط زمانی است که خلاف قوانین امری، نظم عمومی و اخلاق حسنه نباشد. گرچه مطابق قواعد عمومی قراردادها و قواعد فقهی «من أئلف مال غیر فهو له ضامن» و «لاضرر و لااضرار فی الإسلام»، چنانچه شخصی مال دیگری را تلف کند یا به دیگری خسارتی وارد کند، ملزم به جبران آن خسارت‌ها می‌باشد، اما قانون‌گذار در هیچ جایی نظر بر بطلان شرط مخالف این قواعد نداشته است. بنابراین، قواعد مربوط به مسئولیت از جمله قوانین تکمیلی هستند که توافق طرفین برخلاف آنها نافذ و معتبر است و چون در زمره قوانین امری نیستند، توافق برخلاف آنها مغایرتی با نظم عمومی ندارد. وجدان اجتماعی نیز هنگامی که شخصی با اراده و رضایت خود مسئولیت جبران ضرر و خسارت واردشده توسط دیگری را می‌پذیرد، چنین توافقاتی را ناعادلانه ندانسته و آن را مغایر قواعد اخلاقی در باب جبران خسارت نمی‌داند.

ممکن است برخی درج شرط تضمین مسئولیت در قرارداد را ضمان مالیم یجب دانسته و آن را باطل بدانند و این ایراد را مطرح کنند که یکی از شرایط مضمون‌به آن است که بر ذمه ثابت شده باشد و چون مسئولیت ناشی از خسارت هنوز به وجود نیامده و دینی بر ذمه مشروطه‌علیه ثابت نشده است، شرط تضمین مسئولیت مصداق ضمان مالیم یجب بوده و صحیح

۱. ضمان دینی که هنوز سبب آن ایجاد نشده، باطل است.

دقیق مشخص نسازد و به‌طور مثال متعهد شود که یا خسارت-های مشروطه که از نقض قرارداد توسط ثالث ناشی می‌شود را جبران خواهد کرد و یا خسارت‌های مشروطه ناشی از دعوی نقض حقوق فکری ثالث را، به نظر می‌رسد به صحت شرط تضمین مسئولیت و یا اصل قرارداد خللی وارد نیست. توضیح آنکه، همان‌طور که در تعهد به فروش یکی از چند کالای متعدد موضوع تعهد معین محسوب می‌شود (شهیدی، ۱۳۸۰: ۳۰۶)، تعهد به انجام یکی از دو کار نیز باعث مردد شدن موضوع تعهد و مجهول و غرری شدن موضوع شرط و معامله نخواهد شد. موضوع تعهد می‌تواند مردد باشد و آنچه باید معین بوده و مردد بودن آن موجب مجهول شدن عوضین می‌شود، موضوع معامله است.

### قلمروی شرط تضمین مسئولیت در قراردادهای مالکیت فکری

از آنجا که آثار شرط تضمین مسئولیت تنها محدود به متعاقدين و رابطه میان مشروطه و مشروطه‌علیه نیست، بلکه رابطه میان مشروطه و ثالث از طرفی و نیز رابطه مشروطه‌علیه و ثالث نیز از طرف دیگر به‌شدت متأثر از این شرط است، ناگزیر و ناگزیر باید آثار این شرط را در هر سه رابطه مورد مذاقه قرار داد. وانگهی چون پرداختن به این روابط و بررسی آثار شرط تضمین بر آنها، ضرورتاً به دامنه و قلمروی این شرط برمی‌گردد، به‌ناچار باید ولو به‌صورت محدود دامنه این شرط را در قراردادهای مالکیت فکری بررسی کرد. در خصوص قلمرو شرط تضمین مسئولیت در قراردادهای مالکیت فکری دو موضوع ذیل مهم‌تر به نظر می‌رسد: نخست، محدوده و وسعت تعهد تضمین مسئولیت و دوم، محدودیت‌های حاکم بر آن. (Allen, 2010: 7)

بنابراین، دو موضوع مزبور را مختصراً بررسی می‌کنیم. الف) میزان تعهد مشروطه‌علیه و حمایتی که از مشروطه‌علیه می‌شود، بستگی کامل به اراده متعاقدين دارد که البته الفاظ و عبارات صریحی که در شرط تضمین مسئولیت به کار می‌رود، تعیین‌کننده است. در زمان توافق بر شرط تضمین مسئولیت، نوع و قلمروی ضررها و خسارت‌های قابل استرداد باید با دقت بسیار تعریف شوند، در غیر این صورت تشخیص خسارت‌های قابل استرداد مانند هزینه‌های دادرسی، خسارت‌های تبعی، جریمه‌ها و... برای دادگاه دشوار خواهد بود. (Youngblood, Flocos, 2010: 29)

اجرا خواهد بود. به‌عنوان مثال، در دعوی اولان میلز علیه شرکت عکاسی لین در سال ۱۹۹۴<sup>۱</sup> در ایالت آیووا در آمریکا، دادگاه با این استدلال که خواننده دعوی با وجود دریافت اخطارهای متعدد از سوی خواهان مبنی بر توقف نقض حق کپی رایت وی، از نقض حقوق خواهان مطلع بوده است، چنین رأی داده است که وی نمی‌تواند در مقابل خواهان دعوی به توافق تضمین مسئولیتی که جهت تضمین مسئولیت خود بابت هرگونه مسئولیت ناشی از کپی محصول با ثالث منعقد کرده است، استناد کند. (Peterson, Tucker, 2010: 3)

علاوه‌بر موارد فوق، با توجه به بند دو ماده ۲۳۳ و بند سه ماده ۱۹۰ قانون مدنی موضوع شرط تضمین مسئولیت باید معلوم و معین نیز باشد. در شرط تضمین مسئولیت، موضوع تعهد مشروطه‌علیه ممکن است پذیرش هرگونه مسئولیت و یا جبران تمامی خسارت‌ها، هزینه‌ها و صدماتی باشد که بر مشروطه‌علیه تحمیل می‌شود و یا ممکن است تعهد وی پذیرش مسئولیت و جبران خسارت‌ها، هزینه‌ها و صدماتی باشد که از رویداد معینی مانند نقض قرارداد ناشی می‌شوند. با عنایت به اطلاق مواد قانون و به استناد اصل جبران کامل خسارت می‌توان گفت قابلیت پیش‌بینی علت یا ماهیت ضرر برای مسئول دانستن عامل زیان کافی است و پیش‌بینی مقدار ضرر لازم نیست. بنابراین، همین که طرفین قرارداد علت وقوع ضرر، تلف یا نقص را پیش‌بینی کنند یا این امر عرفاً قابل پیش‌بینی باشد، مشروطه‌علیه مکلف به جبران خسارت وارده است، هرچند میزان آن قابل پیش‌بینی نباشد. (صفایی، رحیمی، ۱۳۹۶: ۳۵۹)

وانگهی از آنجا که در هنگام انعقاد قرارداد یک طرف با در نظر گرفتن سود و زبانی که از قرارداد نصیبش می‌شود، تعهد تضمین مسئولیت طرف مقابل را می‌پذیرد و نوع خسارت‌های احتمالی تا حدود زیادی برای وی قابل برآورد و پیش‌بینی است، موضوع تعهد مشروطه‌علیه معلوم بوده و شرط از این لحاظ صحیح است. در این خصوص می‌توان از وحدت ملاک ماده ۶۹۴ قانون مدنی<sup>۲</sup> در مبحث ضمان نیز استفاده کرد و علم اجمالی به میزان، جنس و نوع خسارت‌هایی که موضوع تعهد و مورد تضمین مشروطه‌علیه قرار می‌گیرند را صحیح دانست.

درخصوص ضرورت معین بودن موضوع شرط تضمین مسئولیت، باید گفت چنان‌چه مشروطه‌علیه تعهد خود را به طور

1. Olan Mills, Inc. V. Linn Photo Co (1994)

۲. علم ضامن به مقدار و اوصاف و شرایط دینی که ضمانت آن را می‌نماید، شرط نیست....

فکری را تحت پوشش قرا می‌دهد و یا مقرر سازد تضمین‌کننده هیچ تعهدی درخصوص تضمین، دفاع یا مصون نگاه داشتن خریدار به‌جز در مواردی که صریحاً مشخص شده است، ندارد.

در رابطه با قلمرو شرط تضمین مسئولیت سؤالی که مطرح می‌شود این است که در صورت توافق بر شرط تضمین مسئولیت در مقابل اشخاص ثالث، آیا مشروط‌علیه علاوه بر پذیرفتن مسئولیت مالی مشروط‌ه و جبران خسارت وی مکلف به دفاع از دعوایی که توسط اشخاص ثالث علیه مشروط‌ه مطرح می‌شود نیز است یا خیر؟

اکثر مقرره‌های تضمین مسئولیت دربرگیرنده وظیفه مرتبطی به نام وظیفه دفاع هستند. مطابق مقرره مزبور، مشروط‌علیه ملزم می‌شود از مشروط‌ه در مقابل دعوای موجود یا بالقوه‌ای که اشخاص ثالث تحت پوشش شرط علیه مشروط‌ه طرح کرده‌اند یا ممکن است در آینده طرح کنند، دفاع نماید. قلمرو تعهد دفاع نیز همانند قلمرو شرط تضمین مسئولیت، می‌تواند از تعهد مضیق که این وظیفه را به دعوی یا دعوای خاصی محدود می‌کند، تا تعهد وسیع که متعهد را ملزم می‌کند از مشروط‌ه در برابر تمام دعوایی که در قلمروی شرط تضمین مسئولیت قرار دارند دفاع کند، طبقه‌بندی شود.

تکلیف مشروط‌علیه در رابطه با دفاع از مشروط‌ه، بستگی به توافق طرفین دارد. از همان زمانی که دعوی توسط ثالث علیه مشروط‌ه مطرح می‌شود، مشروط‌علیه باید به این تکلیف قراردادی خود عمل کند. تفاوت بین وظیفه دفاع و وظیفه تضمین مسئولیت نیز از همین نکته نشأت می‌گیرد. به این معنا که وظیفه دفاع به نتیجه دعوا بستگی ندارد؛ درحالی که وظیفه تضمین مطرح نمی‌شود؛ مگر اینکه نتیجه دعوا نامطلوب باشد. (Youngblood, Hull & Flocos, Peter N., ) (2010: 25)

در نظام حقوقی کامن‌لا دیدگاه فانوگذاران و دادگاه‌ها درخصوص الزام مشروط‌علیه به دفاع از مشروط‌ه متفاوت است. در برخی ایالات آمریکا مانند ایالت دلور، دادگاه بخش تحمیل وظیفه دفاع مستقل از وظیفه تضمین مسئولیت را نپذیرفته است؛ حتی اگر قرارداد به‌طور صریح دربرگیرنده تعهد دفاع باشد.<sup>۲</sup> دادگاه تجدیدنظرخواهی ایالت هاوایی با جاری دانستن قواعد مربوط به بیمه در تفسیر قرارداد تضمین مسئولیت مقرر کرده است در مواردی که در قرارداد صریحاً به تعهد دفاع اشاره

ایران در مورد ضابطه جبران خسارات ناشی از نقض علامت تجاری متمایل بر استفاده از ملاک «منافع تقویت شده» است<sup>۱</sup> که به نظر می‌رسد با استفاده از وحدت ملاک و عدم خصوصیت علائم تجاری قابل تسری به سایر حقوق مربوط به مالکیت فکری نیز باشد. در صورت توافق بر شرط تضمین مسئولیت، طرفین می‌توانند دامنه و گستره خسارت‌های قابل جبران را تعیین کنند و آن را اعم از منافع تقویت شده قرار دهند.

به‌طور معمول هزینه‌ها یا خسارت‌های ناشی از فعالیت‌های غیرقانونی مشروط‌ه مانند هزینه‌های ناشی از تقصیر سنگین یا سوء رفتار عمدی مشروط‌ه از شمول این شرط مستثنی می‌شود. از طرف دیگر، در مالکیت‌های فکری صنعتی مشروط‌علیه باید خطر (ریسک) نقض حقوق فکری ناشی از تغییرات و اصلاحاتی که خود مشروط‌ه در کالای فروخته شده یا مجوز داده شده معمول می‌دارد را نیز در نظر گیرد. وانگهی، ممکن است اجزاء و قطعاتی که فروخته شده است با قطعات دیگری ترکیب شود تا محصول نهایی تولید شود. در چنین مواردی، مشروط‌علیه معمولاً تعهد تضمین مسئولیت را نمی‌پذیرد. به‌عنوان مثال، در شرط تضمین مسئولیت تصریح می‌شود که فروشنده در موارد ذیل فاقد مسئولیت است: (۱) محصول توسط شخصی غیر از فروشنده اصلاح شود، (۲) در صورتی که محصول بدون اجازه‌ی مشروط‌علیه با محصول دیگری ترکیب شود، (۳) محصول برخلاف دستورالعمل مشروط‌علیه استفاده شود (MCCALL, 2016) و (۴) محصول توسط فروشنده (مشروط‌علیه) و مطابق با توصیفات و یا دستورالعمل‌های خریدار (مشروط‌ه) اصلاح شود. (Rudnick, Grodin, 2010: 9-11)

تعیین دعوایی که مشمول شرط تضمین مسئولیت قرار می‌گیرد، بسیار مهم است؛ به‌ویژه هنگامی که استفاده از یک تکنولوژی ممکن است خسارت‌ها و خطرهای دیگری مانند ورود صدمه بدنی یا خسارت به اموال را نیز بر خریدار تحمیل کند. در این صورت، مقتضی است مشروط‌علیه تصریح کند که تعهد تضمین مسئولیت وی کلی نبوده و فقط دعوای نقض حقوق

۱. به‌موجب دادنامه شماره ۶۸۹ مورخ ۸۳/۱۰/۷ صادره از شعبه سوم دادگاه عمومی تهران و دادنامه ۱۱۶۳ مورخ ۸۹/۰۸/۳۰ شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر، خواندگان به‌دلیل نقض حقوق علامت تجاری خواهان، مطابق نظریه کارشناسی و بالحاظ منافع تقویت‌شده خواهان محکوم به پرداخت خسارت شدند. در این پرونده، دادگاه بدوی در قرار کارشناسی مقرر کرده بود «کارشناس... جهت تعیین خسارت... با مطالعه پرونده محاکماتی و مراجعه به دفتر تولید و فروش طرفین، میزان خسارت خواهان را تعیین نماید».

2. Hartford Fire Insurance V. Pettinaro Construction Co., 820 F.Supp.154 (D.Del.1993)

مشروط‌علیه است.

محدودیت سرزمینی اغلب زمانی مطرح می‌شود که طرفین در خارج از مرزهای کشور خود مشغول تجارتی هستند. در این مواقع، متعاقدين باید پیش‌بینی کنند که آیا امتیازدهنده و فروشنده تنها در قبال حقوقی که در کشور متبوع وی برای اشخاص ثالث مقرر شده است تضمین می‌دهد یا تعهد وی شامل حقوقی نیز می‌شود که در نواحی قضایی خارجی برای اشخاص ثالث ایجاد شده است؟ تجار بین‌المللی می‌توانند توافق کنند که شرط تضمین مسئولیت دربرگیرنده تضمین در مقابل دعاوی ثالث در اکثر نواحی قضایی باشد. در مبادلات خارجی، طرفین باید بررسی کنند که آیا تعهد تضمین مسئولیت تنها به کشورهایی که تکنولوژی در آنجا مورد استفاده قرار می‌گیرد، محدود می‌شود یا خیر؟ برای مثال، امتیازگیرنده‌ای که در هر دو کشور ایالات متحده و ژاپن مشغول تجارت است، تمایل چندانی ندارد که شرط تضمین مسئولیت تنها به حقوق اشخاص ثالث در ایالات متحده محدود شود. علاوه بر این، طرفین باید اطمینان حاصل کنند که تعهد تضمین مسئولیت در نواحی قضایی قابل اعمال، قابل اجرا است. (Allen, 2010: 7)

در زمان مذاکره درخصوص شرط تضمین مسئولیت، مشروط‌علیه به‌منظور محدود کردن قلمروی تعهد خود از جهت ضررهای قابل استرداد، می‌تواند شرط کند تعهد وی فقط شامل خسارت‌هایی می‌شود که تحت کنترل وی است و یا توسط او ایجاد شده و یا در ایجاد آن مشارکت داشته است. همچنین می‌تواند مقرر سازد که تعهد تضمین مسئولیت او منوط به محدودیت‌های زمانی باشد. در این صورت، مقرر می‌شود که فروشنده باید خریدار را برای دوره زمانی به‌عنوان مثال شش ماهه از زمان فروش محصول تضمین کند.

علاوه بر این، مشروط‌علیه می‌تواند درخواست کند که تعهد وی منوط به محدودیت‌های جغرافیایی باشد. برای مثال، تعهد تضمین مسئولیت مشروط‌علیه ممکن است تنها به دعاوی مرتبط با نقضی محدود شود که در کشورهای حوزه فعالیت وی اقامه می‌شود یا این تعهد به جایی که محصول یا تکنولوژی در ابتدا در آنجا فروخته شده یا از آنجا مجوز گرفته است، محدود شود. این محدودیت تعهدی نسبت به مکانی که انتظار می‌رفته یا اجازه داده شده محصول در آنجا استفاده شود، نیز قابل اعمال است. در این صورت، چنانچه مشروط‌علیه محصول را به کشورهای مختلفی صادر کند، دعوی اقامه شده درخصوص نقض از تحت شمول شرط تضمین مسئولیت خارج است. (Hutchins, 2010: 15)

شده است، تعهد دفاع مستقل از تعهد تضمین مسئولیت بر مشروط‌علیه تحمیل می‌شود.<sup>۱</sup> دادگاه تجدیدنظرخواهی ایندیانا ضمن نپذیرفتن تحمیل وظیفه دفاع بر مشروط‌علیه حتی در صورت تصریح به این تعهد در شرط، وظیفه دفاع مشروط‌علیه را تنها به میزان تقصیر وی محدود کرده است.<sup>۲</sup> دادگاه عالی ایالت می‌سی‌سی‌پی در فرض سکوت قرارداد درخصوص وظیفه دفاع، مشروط‌علیه را ملزم به دفاع از مشروط‌علیه و پرداختن هزینه‌های دفاع از جمله حق الزحمه وکیل دانسته است.<sup>۳</sup> در این میان بخش (۴) ماده ۲۷۷۸ قانون مدنی کالیفرنیا بیان می‌کند: «تضمین‌کننده در صورت درخواست تضمین‌شونده ملزم به دفاع از وی در برابر دعاوی است که مشمول مقرره تضمین می‌شوند». دادگاه عالی الاسکا در قضیه راجر و بیلر علیه استیت در سال ۱۹۸۶،<sup>۴</sup> در مواردی که توافق تضمین مسئولیت درخصوص تعهدات دفاع مسکوت است، تحمیل وظیفه دفاع و یا هزینه‌های آن بر مشروط‌علیه را نپذیرفت.

در حقوق ایران، برخلاف اینکه در صورت بیمه بودن رویداد منشأ ضرر زیان‌دیده می‌تواند بیمه‌گر را نیز در هنگام طرح دعوی به‌عنوان طرف دعوی خود قرار دهد و شرکت بیمه مکلف به دفاع از بیمه‌گذار جهت اثبات عدم تقصیر وی در ایجاد ضرر است، درخصوص شروط تضمین مسئولیت توجه به اصل نسبی بودن قراردادها، امرانه بودن قواعد دادرسی و عدم نفوذ تعهد به ضرر ثالث ما را به این امر رهنمود می‌سازد که حتی در صورت تصریح طرفین مبنی بر تکلیف مشروط‌علیه به دفاع از مشروط‌علیه در برابر دعاوی مطروحه از سوی اشخاص ثالث نمی‌توان با صدور قرار رد دعوی، ثالث را ملزم به طرح دعوی علیه مشروط‌علیه شرط تضمین مسئولیت کرد، بلکه مشروط‌علیه خود باید برای دفاع از مشروط‌علیه دادخواست ورود ثالث تقدیم کند و در صورت استنکاف وی از ورود به دعوی، مشروط‌علیه می‌تواند وی را به دادرسی جلب نماید.

ب) در زمان تنظیم شروط تضمین مسئولیت، متعاملین بر مبنای اصل حاکمیت اراده و اصل آزادی قراردادی به‌طور معمول محدودیت‌هایی را در نظر می‌گیرند که عمده آنها در رابطه با محدودیت‌های سرزمینی و محدودیت‌های مسئولیت

1. Pancakes of Hawaii, Inc. v. Pomare Properties Corp. 944 P.2d 83 (Haw. Ct. App. 1997)

2. United Consulting Engineers v. Board of Commissioners, 810 N.E. 2d 351 (Ind. Ct. App. 2004)

3. Blain v. Sam Finely, Inc. 226 So.2d 742 (Miss. 1969)

4. ROGERS & BABLER v. STATE (1986)

امر آن است که مانند انواع دیگر شروط مورد توافق طرفین درخصوص خسارت همچون وجه التزام، توافق طرفین در این مورد جایگزین اصول بعید بودن و کاهش خسارت می‌شود که به‌طور معمول و مطابق قواعد عمومی، بر دعوی مطالبه خسارات اعمال می‌شوند. دلیل دوم این است که به‌منظور حمایت کامل و دقیق از مشروطه، چنانچه در نتیجه نقض توافق تضمین مسئولیت، منافعی نصیب خواهان شده باشد که میزان ضرر وی را کاهش دهد، در ارزیابی مقدار خسارات وارده بر وی این میزان منافع از خسارات وارده کسر می‌شود تا برای مشروطه بیش از ضرری که متحمل شده است، جبران غرامت صورت نگیرد و از این طریق اصل لزوم اقدام زیان‌دیده برای کاهش خسارت را به طریق دیگری اعمال می‌کنیم. (Courtney, Wayne, 2011: 13-16).

در مواردی که شرط تضمین مسئولیت به نفع ثالث تنظیم می‌شود و مشروط‌علیه تعهد می‌کند چنانچه در جریان اجرای قرارداد و یا در نتیجه آن ضرر و زیان مادی یا معنوی به ثالث وارد شود، زیان ثالث را جبران کند؛ ایجاد حق برای ثالث منافاتی با حق قراردادی مشروطه در مطالبه اجرای شرط ندارد؛ زیرا منشأ ایجاد تعهد نسبت به ثالث، قرارداد میان مشروط‌علیه و مشروطه بوده است و مشروط‌علیه در برابر مشروطه جبران خسارت‌های ثالث را تضمین کرده است. بنابراین، وفق قواعد عمومی تعهدات مشروطه حق دارد به منظور الزام مشروط‌علیه به انجام شرط به سود ثالث، به وی مراجعه و علیه وی طرح دعوی کند.

با توجه به اینکه مشروط‌علیه تعهد کرده است مشروطه در نتیجه رویداد مورد توافق متحمل ضرری نخواهد شد، توافق تضمین مسئولیت زمانی نقض می‌شود که ضرر و مسئولیت تحت پوشش شرط بر مشروطه تحمیل شود. چنانچه مشروط‌علیه تعهد کرده باشد خسارت‌های مشروطه را که ناشی از رویداد معینی هستند جبران می‌کند، علت طرح دعوی زمانی رخ می‌دهد که مشروطه به‌طور واقعی متحمل ضرر شده و مبالغی را به خواننده دعوی پرداخت کرده باشد، اما اگر مشروط‌علیه تعهد کرده باشد که در برابر رویدادی معین مانع از ایجاد مسئولیت برای مشروطه شود، علت طرح دعوی مشروطه علیه مشروط‌علیه زمانی به وجود می‌آید که مسئولیت مشروطه تضمین در مراجع قضایی صالح اثبات شود. (Parker, Slavich, 1990: 1353)

در هر دو نظام حقوقی مشروطه شرط تضمین مسئولیت می‌تواند ادعای خود درخصوص تضمین مسئولیت را در دعوی مستقل و یا در دعوی اصلی که توسط ثالث علیه وی اقامه شده

## آثار شرط تضمین مسئولیت مالکیت فکری

آثار حقوقی شرط تضمین مسئولیت در مقابل ادعای نقض حقوق فکری ثالث را می‌توان در بین سه طرف مشروط‌علیه، مشروطه و ثالث بررسی کرد. در ادامه به بررسی آثار شرط تضمین مسئولیت مالکیت فکری بر سه نوع رابطه ذکر شده می‌پردازیم.

### ۱. آثار شرط تضمین مسئولیت در رابطه بین مشروطه و مشروط‌علیه

براساس قواعد عمومی مسئولیت مدنی در نظام حقوقی ایران و کامن‌لا، خواهان در دعوی مطالبه خسارت باید ورود ضرر به خود، نقض تعهد توسط خواننده و وجود رابطه سببیت بین این دو عنصر را اثبات کند. با توجه به امرانه نبودن قواعد مربوط به مسئولیت مدنی در باب مسئول جبران خسارت و قواعد مطالبه خسارت، یکی از اهداف ضمنی طرفین از گنجاندن شرط تضمین مسئولیت در قراردادهای مربوط به مالکیت فکری، تغییر نظام قانونی مسئولیت در باب مسئولیت مدنی و معافیت خواهان از اثبات قواعد عمومی مطالبه خسارات است. از طرفی دیگر، دانستیم که می‌توان شروط تضمین مسئولیت را نوعی تعهد به نتیجه مطلق تلقی کرد. در نتیجه این دو ویژگی در شروط تضمین مسئولیت، نیازی نیست که مشروطه نقض تعهد توسط خواننده و وجود رابطه سببیت میان ضرر وارده به خود و خطا و تقصیر مشروط‌علیه را اثبات کند و در نتیجه زمانی که مشروط‌علیه مسئولیت طرف مقابل را در مقابل خسارت‌های ناشی از نقض قرارداد تضمین می‌نماید، چنانچه حتی در اثر قوه قاهره امکان اجرای قرارداد فراهم نباشد، در این صورت نیز باید مشروط‌علیه خسارت‌های وارده به مشروطه را جبران سازد و نمی‌تواند به استناد قوه قاهره از اجرای شرط تضمین مسئولیت شانه خالی کند.

وفق قواعد عمومی در باب مطالبه خسارات در نظام حقوقی کامن‌لا و ایران، زیان‌دیده علی‌القاعده نمی‌تواند بابت ضررهایی که خیلی دور و بعید هستند، خسارتی دریافت کند. همچنین به‌موجب قواعد عمومی تعهدات، متعهدله هر شرطی عموماً ملزم به کاهش دادن خسارت‌های ناشی از نقض قرارداد است. (حسینی مدرس؛ گلشنی، ۱۳۹۲: ۳۴-۳۵) لیکن، در هر دو نظام حقوقی در صورت گنجاندن شرط تضمین مسئولیت در قرارداد، نیاز به حصول و اثبات چنین قیودی نیست. دلیل این

مدعی شود که آن سخت‌افزار حق نشر یا حق ثبت اختراع وی را نقض کرده است، ثالث مدعی معمولاً نام شرکت را به‌عنوان خواننده در دادخواست قید می‌کند. (Marell, 2014) در این دعاوی، مرجع رسیدگی‌کننده در صورت اثبات ادعای ثالث، خواننده (مشروط‌آله) را محکوم به جبران خسارت ثالث می‌کند و در این حالت مشروط‌آله که صرفاً حق امتیاز آن سخت‌افزار را کسب کرده و هیچ دخالتی در طراحی یا ایجاد و توسعه آن نداشته است باید خسارت‌های ثالث را جبران کند. گرچه امتیازگیرنده می‌تواند فروشنده یا امتیازدهنده را به دادرسی جلب کند، اما در غیر این موارد تکلیفی در قوانین برای دخالت فروشنده یا امتیازدهنده در دعوی اقامه‌شده علیه خریدار و امتیازگیرنده تعیین نشده است. به همین جهت، به‌منظور ارائه راه حلی عادلانه و اطمینان خریدار یا امتیازگیرنده از عدم وجود حق ثالث بر مال موضوع معامله تولیدکننده، فروشنده یا امتیازدهنده یک کالا، تکنولوژی یا خدمت اغلب تعهد می‌کند که در صورت نقض حقوق فکری ثالث، ضرر و زیان مشروط‌آله را جبران و مسئولیت وی را تضمین نماید. نکته مهم این است که در جهت حمایت کامل از حقوق خریدار و امتیازگیرنده، باید شرط تضمین مسئولیت امتیازگیرنده در برابر دعاوی و حقوق ثالث، تعهد تضمین مسئولیت را برای تمام استفاده‌کنندگانی که مجاز به استفاده، دسترسی یا کسب منفعت از کالای موضوع مالکیت فکری هستند، دربرگیرد. هم‌چنین امتیازگیرنده بایستی اطمینان حاصل کند که الفاظ به‌کار رفته در شرط، هر دعوی که به‌نحو حقوق مالکیت فکری را نقض و تهدید می‌کند را پوشش دهد. بنابراین اگر شرط تضمین مسئولیت فقط «دعوی نقض حق اختراع» را تحت پوشش قرار داده باشد و امتیازگیرنده با ادعایی درخصوص نقض حق نشر یا استفاده نادرست از رموز تجاری مواجه شود، ممکن است خود وی مجبور به پرداخت خسارت‌ها به مدعی گردد. بنابراین، امتیازگیرنده باید تعهد تضمین مسئولیت برای همه انواع حقوق مالکیت فکری را از امتیازدهنده مطالبه کند و شرط تضمین مسئولیت به‌صورت گسترده و همه‌جانبه تنظیم شود. برای مثال مقرر شود «فروشنده تعهد می‌کند خریدار، مشتریان وی، قائم مقامان و انتقال‌گیرندگان آنها را در مقابل هرگونه دعوی راجع به نقض «حق اختراع، علائم و اسرار تجاری، حق نشر، طراحی صنعتی یا حقوق دیگر وابسته به مالک یا سوء استفاده از این حقوق» و خسارت‌های محتمل و هزینه‌های مرتبط با کالاهای خدمات مشمول این قرارداد، مصون نگاه دارد و خسارت‌های آنها را جبران کند». (Rudnick, Grodin, 2010: 9-11)

است و از طریق دعوی جلب ثالث علیه مشروط‌آله طرح کند. چنانچه مشروط‌آله در ورود زیان به ثالث نقش داشته و مشروط‌آله و مشروط‌آله هر دو به‌عنوان خواننده قرار گرفته باشند، در نظام حقوقی کامن‌لا مشروط‌آله می‌تواند دعوی عرضی<sup>۱</sup> را علیه مشروط‌آله طرح کند. (Gorman, 1981: 1173) در نظام حقوقی ایران به علت عدم شناسایی دعوی عرضی (طرح دعوی توسط خواهان‌ها یا خواندگان متعدد علیه یکدیگر) در قانون آیین دادرسی مدنی، طرح چنین دعوی از سوی خواندگان علیه یکدیگر میسر نیست. مزیت اینکه مشروط‌آله در جریان دعوی ثالث ادعای خود درخصوص تعهد تضمین مسئولیت را مطرح کند این است که به مسئولیت وی و حق وی در خصوص تضمین مسئولیت در یک دادخواهی رسیدگی می‌شود. با این حال، ممکن است مشروط‌آله قادر و یا مایل نباشد که در دعوی اولیه علیه مشروط‌آله اقامه دعوی کند. در این صورت، مشروط‌آله می‌تواند درخصوص اقامه دعوی توسط ثالث ابلاغ متعارفی را برای مشروط‌آله ارسال کند و از وی بخواهد که از دعوی مطروحه دفاع کند. پس از این امر، هر رأیی که علیه مشروط‌آله صادر شود، نسبت به مشروط‌آله نیز اعتبار امر مختومه را دارد. بنابراین، در دعوی تضمین مسئولیتی که متعاقباً اقامه می‌شود، مشروط‌آله باید فقط دیگر موضوعاتی که برای اثبات حقی درخصوص تضمین مسئولیت لازم و ضروری هستند را اثبات کند. در غیر این صورت، مشروط‌آله ملزم است در دعوی تضمین مسئولیتی که متعاقباً اقامه می‌کند، مسئولیت واقعی خود نسبت به ثالث را ثابت کند. پس اگر مشروط‌آله دادخواستی علیه متعهد ندهد یا وی را از جریان دعوی ثالث مطلع نکند و از وی نخواهد که از او دفاع کند، رأیی که در دعوی اولیه صادر می‌شود نسبت به مشروط‌آله اعتبار امر مختومه نخواهد داشت.

## ۲. آثار شرط تضمین مسئولیت در رابطه بین مشروط‌آله و ثالث

هدف طرفین از گنجانیدن شروط تضمین مسئولیت در قرارداد، ارائه راه‌حلی متفاوت و قطعی‌تر از راه‌حل مقرراتی است که در نظام حقوقی حاکم پیشنهاد می‌شود. به‌عنوان مثال، چنانچه شرکتی حق امتیاز کالای دارای حق مالکیت فکری، مانند سخت‌افزار، را از یک تولیدکننده کسب نماید و شخص ثالثی

1. Cross Claim

مشروطاً قرارداد را تضمین و خسارت‌های وارده بر وی ناشی از دعوی ثالث را جبران کند. همچنین ممکن است مشروطاً علیه مسئولیت جبران خسارت ثالث را به‌طور مستقیم بپذیرد و تعهد کند چنانچه در جریان اجرای قرارداد و یا در نتیجه آن خسارتی به ثالث وارد آید و این خسارات نزد مراجع قضایی اثبات شوند، مبلغ مورد حکم را به ثالث پرداخت کند. در نظام حقوقی کامن-لا و ایران اشکالی که در خصوص این نوع شروط ممکن است مطرح شود این است که مشروطاً قرار گرفتن اشخاص ثالث در تضاد با اصل نسبی بودن آثار قراردادها است. وفق اصل نسبی بودن اثر قراردادها، ایجاد حق یا تکلیف برای اشخاص مستلزم دخالت مستقیم یا غیرمستقیم اراده ایشان در عقد است. راه حلی که به نظر می‌رسد این است که می‌توان با توجه به شناسایی نهاد تعهد به نفع ثالث در این دو نظام حقوقی این نوع شروط را منطبق با نهاد تعهد به نفع ثالث دانست.

سؤال دیگر این است: در صورتی که مشروطاً حکم دادگاه مبنی بر جبران خسارت ثالث را اجرا نکند، آیا ثالث ذی‌نفع می‌تواند خود به‌طور مستقیم به مشروطاً علیه شرط تضمین مسئولیت مراجعه کرده و علیه وی طرح دعوی کند؟

در این خصوص دو فرض قابل تصور است: ۱- طرفین حق مراجعه ثالث به مشروطاً علیه را در قرارداد خود پیش‌بینی کرده‌اند؛ در این صورت شخص ثالث خود می‌تواند به‌طور مستقیم به مشروطاً علیه مراجعه کرده و اجرای قرارداد را از وی تقاضا کند؛ ۲- طرفین چنین حقی را برای ثالث پیش‌بینی نکرده‌اند؛ در این فرض، می‌توان با وحدت ملاک از مقررات راجع به تعهد به نفع ثالث و پذیرش مراجعه ثالث به متعهد در نظام حقوقی انگلستان (بخش «ب» بند یک ماده یک و بند دو ماده یک قانون حفظ حقوق اشخاص ثالث)<sup>۲</sup> و آمریکا (نسخه دوم مجموعه مقررات حقوقی مربوط به قراردادها)<sup>۳</sup> و توجه به اصل قابلیت استناد به قرارداد توسط ثالث در نظام حقوقی ایران، در هر سه نظام حقوقی قائل بر امکان مراجعه مستقیم ثالث به مشروطاً علیه شد. در هر دو فرض مذکور در فوق، در صورتی مشروطاً علیه به جبران خسارت‌های ثالث محکوم خواهد شد که تعهد وی در شرط تضمین مسئولیت از نوع پیش‌گیری‌کننده باشد؛ چراکه چنان‌که گذشت، در تعهد از نوع جبرانی تا زمانی که مشروطاً مبلغی بابت خسارت به ثالث پرداخت نکند، مسئولیت جبران

باتوجه به اصل نسبی بودن آثار قراردادها، بی‌تردید قرارداد میان مشروطاً علیه و مشروطاً و تعهدات آن دو نسبت به یکدیگر، ثالث را از حق رجوع مستقیم به مشروطاً بابت جبران زیان‌هایی که به وی وارد کرده است، محروم نمی‌کند. حتی در فرضی که در قرارداد بین دو طرف، مشروطاً علیه تعهد مبنی بر جبران خسارت‌های بدنی و مالی ثالث را به‌طور مستقیم به نفع ثالث برعهده گرفته باشد، ثالث حق رجوع مستقیم خود به مسئول اصلی (مشروطاً) را بابت زیان‌هایی که به وی وارد کرده است، از دست نمی‌دهد (ایزنلو، ۱۳۹۳: ۸۳) و مشروطاً پس از طرح دعوی توسط ثالث، خود باید با استناد به شرط تضمین مسئولیت و رعایت ضوابط و محدودیت‌های شرط، علیه مشروطاً علیه طرح دعوی نماید.<sup>۱</sup> چنان‌چه طرفین توافق کنند که ثالث برای مطالبه خسارات خود باید به‌طور مستقیم علیه مشروطاً علیه طرح دعوی نماید و حق رجوع و اقامه دعوی مستقیم علیه مشروطاً را از وی سلب نمایند، چون چنین شرطی تعهد به ضرر ثالث است، وفق قواعد عمومی تعهدات غیرنافذ بوده و منوط به قبول ثالث می‌باشد.

چنانچه مشروطاً قصد مصالحه و سازش با خواهان ثالث را داشته باشد، باید این موضوع را به مشروطاً علیه اطلاع دهد تا از اتهام تبانی با ثالث محفوظ بماند و حقوق وی در برابر مشروطاً علیه حفظ شود. در غیر این صورت، مشروطاً باید جهت دریافت خسارات خود از مشروطاً علیه، مسئولیت خود نسبت به طرف زیان‌دیده و معقول بودن مقدار مبلغ پرداختی براساس مصالحه را اثبات کند.

### ۳. آثار شرط تضمین مسئولیت در رابطه بین مشروطاً علیه و شخص ثالث

چنانچه گذشت، در شرط تضمین مسئولیت مالکیت فکری یک طرف در مقابل طرف دیگر تعهدی می‌کند که به‌موجب آن چنانچه در جریان اجرای قرارداد یا پس از اجرای قرارداد و در اثر آن خسارتی به شخص ثالث وارد شود و یا برای طرف دیگر قرارداد در مقابل ثالث مسئولیتی ایجاد شود، وی مسئولیت

۱. در این خصوص می‌توان به رأی شماره ۲۲۱۲۰۰۲۲۱۲۰۰۲۲۱۲۰۰۲۲۱۲۰۰ مورخ ۱۳۹۲/۰۲/۳۰ شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران استناد کرد. به‌موجب رأی مزبور «... روابط بین مالک و پیمانکار براساس اصل نسبی بودن قرارداد محدود به طرفین قرارداد است و قابل استناد علیه اشخاص ثالث نیست. مالک پس از جبران خسارت حق دارد براساس روابط فی‌مابین و شروط قراردادی برای پس گرفتن خسارت پرداختی به پیمانکار مراجعه نماید».

2. Section (b) (1) Article (1) and Section (2) Article (1) of Third Parties Right Act (1999)

3. Restatement (Second) of Contracts (1981)

خسارت برای مشروط‌علیه ایجاد نمی‌شود.

### بحث و نتیجه‌گیری

شرط تضمین مسئولیت مالکیت فکری، از شروط ضمن عقدی محسوب می‌شود که به موجب آن فروشنده یا امتیازدهنده ملزم می‌شود در صورتی که شخص ثالثی با ادعای نقض حقوق مالکیت فکری خود علیه خریدار یا امتیازگیرنده طرح دعوی نماید، مسئولیت خریدار یا امتیازگیرنده را تضمین کرده و در صورت اثبات ادعای ثالث، خسارت‌های وارده بر خریدار و یا ثالث را جبران کند. شرط تضمین مسئولیت از آن دسته شروطی است که به موجب آن مشروط‌علیه متعهد به نتیجه معین (عدم ورود خسارت به مشروط‌آله یا ثالث) می‌شود و ممکن است به دو صورت تعهد پیش‌گیری‌کننده و یا جبران‌کننده مورد توافق قرار گیرد. توجه به مفهوم و هدف تعهد تضمین مسئولیت دایر بر جبران خسارت و انتقال ریسک و مسئولیت از یک طرف به طرف دیگر و عدم پرداخت وجوه از جانب مشروط‌آله به مشروط‌علیه در ازای شرط، گویای این است که هیچ نهادی در حقوق ایران نمی‌تواند دربرگیرنده تمامی زوایا، احکام و آثار این شرط، چنانچه در نظام حقوق بین‌الملل و نظام‌های کامن‌لا رایج و شایع است، باشد. از این رو وفق اصل آزادی قراردادهای و اصل حاکمیت اراده و با عنایت به عدم مخالفت شرط تضمین مسئولیت با قواعد فقهی و قوانین ایران، می‌توان شرط مذکور را به استناد ماده ده قانون مدنی در حقوق ایران صحیح و نافذ دانست. بررسی آثار شروط تضمین مسئولیت نشان می‌دهد در مواردی که با تمسک به قواعد عمومی قراردادهای نمی‌توان خسارت‌های قابل انتظار را مسترد نمود، اتکاء و استناد به شروط تضمین، به‌عنوان وسیله جبران خسارت، بهتر می‌تواند مصلحت متضرر را تأمین کند و حتی اثبات وجود قوه قاهره، قابل پیش‌بینی نبودن خسارت‌ها و عدم تلاش خریدار برای کاهش خسارت‌ها، نمی‌تواند مشروط‌علیه را از مسئولیت معاف دارد.

### منابع

ابراهیم‌پور، استنجان عادل؛ ابراهیمی، سیدنصراله؛ باقری، محمود (۱۳۹۵). «تحلیلی بر شرط پذیرش مسئولیت و جبران خسارت (موردکاوی قراردادهای نفت و گاز)». فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دانشگاه تربیت مدرس، ۲۰ (۳)، صص ۱-۲۶.

ایزائلو، محسن (۱۳۹۳). شروط محدودکننده و ساقط‌کننده مسئولیت در قراردادهای. تهران: شرکت سهامی انتشار. چاپ

چهارم.

بادینی، حسن؛ دیلمی، شیوا (۱۳۹۷). «شرط تضمین پرداخت خسارت». فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دانشگاه تهران، ۴۸ (۳)، صص ۴۳۵-۴۵۲.

حسنی، محمدمهدی (۱۳۹۴). حقوق مالکیت فکری آفرینش- های رسانه‌ای. تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق (ع).

حسینی جرجانی، سیدامیرابوالفتح (۱۴۰۴ ه.ق). تفسیر شاهی. تهران: نوید. چاپ اول. جلد ۲.

حسینی مدرس، سیدمهدی؛ گلشنی، عصمت (۱۳۹۲). «طریق جبرانی پرداخت خسارت نقض تعهدات قراردادی در حقوق انگلستان و طرح آن در حقوق ایران». دوفصلنامه علمی- پژوهشی دانش حقوق مدنی، دانشگاه پیام نور، ۲ (۲)، صص ۲۷-۳۹.

حلی، مقدادبن عبدالله سیوری (بی تا). کنزالعرفان فی فقه القرآن. قم: مرتضوی. چاپ اول. جلد ۲.

شعبانی، قاسم (۱۳۸۵). تعیین خسارت در قراردادهای و تعهدات. تهران: انتشارات اطلاعات. چاپ اول.

شعرانی، ابوالحسن (۱۳۹۳ ه.ق). ترجمه و شرح تبصره المتعلمین فی أحكام الدین. تهران: منشورات اسلامیة. چاپ پنجم. جلد ۲.

شهیدی، مهدی (۱۳۸۰). تشکیل قراردادهای و تعهدات. تهران: انتشارات مجد. چاپ اول. جلد ۱.

صفایی، سیدحسین؛ رحیمی، حبیب‌اله (۱۳۹۶). مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد). تهران: انتشارات سمت. چاپ دهم.

طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم (۱۴۱۹ ه.ق). العروه الوثقی (المحشی). قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به مدرسین حوزه علمیه قم. چاپ اول. جلد ۵.

طباطبایی، حکیم سیدمحسن (۱۴۱۶ ه.ق). مستمسک العروه- الوثقی. قم: انتشارات مؤسسه دارالتفسیر. چاپ اول. جلد ۱۳.

عابدیان، میرحسین (۱۳۸۷). شروط باطل و تأثیر آن در عقد. تهران: انتشارات جاودانه. چاپ اول.

عاملی کرکی، علی بن الحسین (۱۴۱۴ ه.ق). جامع المقاصد. قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام. چاپ دوم. جلد ۶.

عاملی، زین‌الدین الجبعی العاملی (شهید ثانی) (۱۴۱۴ ه.ق). مسالک‌الأفهام الی تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسه معارف اسلامی. چاپ اول. جلد ۵.

عاملی، محمدبن مکی (شهید اول) (۱۴۱۰ ه.ق). اللمعه دمشقیة فی فقه الإمامیه. بیروت: دارالتراث-دارالاسلامیه. چاپ اول.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴). دوره مقدماتی عقود معین (درس‌هایی از



مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۷ه.ق). *استفتائات جدید*. قم: انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام. چاپ دوم. جلد ۳.

موسوی خوئی، سیدابوالقاسم (۱۴۲۴ه.ق). *محاضرات فی الموارث*. قم: انتشارات مؤسسه السیپین العالمیه. چاپ اول.

موناغان، جوف (۱۳۹۵). *بایسته‌های حقوق قرارداد*. ترجمه محمود رضانی، عاطفه قاسمی. تهران: انتشارات آوا. چاپ اول.

نعمت‌اللهی، اسماعیل (۱۳۸۹). «ضمان به مثابه حکم تکلیفی». *مجله حقوق اسلامی*، پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی، ۷ (۲۷)، صص ۲۹-۵۵.

نعیمی، محمد؛ صداقت، محمد مهدی (۱۳۹۲). *قانون بیمه در نظم حقوقی کنونی*. تهران: انتشارات جنگل. چاپ اول.

نکویی، محمد (۱۳۹۰). *شرط عدم مسئولیت*. تهران: انتشارات میزان. چاپ اول.

عقود معین). تهران: نشر گنج دانش. چاپ هشتم. جلد ۱.

\_\_\_\_\_ (۱۳۸۶). *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*. تهران: انتشارات میزان. چاپ پانزدهم.

\_\_\_\_\_ (۱۳۸۷). *قواعد عمومی قراردادها*. تهران: شرکت سهامی انتشار. چاپ پنجم. جلد ۳.

کردبچه، مرجان (۱۳۹۰). *حقوق حاکم بر آثار هنری و کنوانسیون‌های بین‌المللی*. تهران: انتشارات خرسندی. چاپ اول.

محمدی، پژمان (۱۳۹۱). «دعوا و معیارهای نقض حق تکثیر پدیدآورنده». *فصلنامه حقوق پزشکی (ویژه‌نامه حقوق مالکیت فکری)*، انجمن علمی حقوق پزشکی ایران، جلد ۶ صص ۱۳۵-۱۶۰.

محمدی، سام (۱۳۸۸). «ماهیت حقوقی تعهد به نفع شخص ثالث». *فصلنامه حقوق*، دانشگاه تهران، ۳۹ (۱)، صص ۲۷۱-۲۸۷.

*ACEC Risk Management Committee* (2014). An Overview of Indemnification and the Duty to Defend. PP.1-14.  
<https://docs.acec.org/pub/DA77E02A-C742-9915-1727-73DF2CCC23B9>,  
Seen at:97/10/06

Allen G. Ross (2010). "The Basics of Indemnification". *Intellectual Property Litigation*, Vol.21, NO.3-21, PP.7-8.  
<http://law.capital.edu/WorkArea/DownloadAsset.aspx?id=19401>, Seen at: 97/3/24

Carter, John (2008). "Indemnities Against Breach of Contract". *25th Annual Banking & Financial Services Law & Practice Conference*, PP.417-443, [www.bfsla.org](http://www.bfsla.org), Seen at: 95/10/5

Champion, Austin (2016). 3 keys to Effective IP Indemnity Clauses». <http://www.industryweek.com/intellectual-property/3-keys-effective-ip-indemnity-clause>, Seen at:98/11/2

Collins, John R. & Dugan, Denis W. (1966). "Indemnification Contracts-Some Suggested Problems and Possible Solutions". *Marquette Law Review*, vol. 50, Issue.1, PP.76-87.

<http://scholarchip.marquette.edu/mulr/vol50/iss1/4>, Seen at:99/3/17.

Courtney, Wayne (2011). "The Nature of Contractual Indemnities". *Sydney Law School(Legal studies Research Paper)*, No.11/41, PP.1-18.  
<http://ssrn.com/abstract=1904095>, Seen at: 95/09/03

Demarchi, Virginia (2010). "Contractual Indemnity Obligations for Patent Infringement Claims". *Intellectual property litigation*, Vol. 21, No. 3, PP.1-23.  
<http://law.capital.edu/WorkArea/DownloadAsset.aspx?id=19401>, Seen at: 97/3/24

Di Lallo, Tom (2013). "The Interplay Between Indemnity Clauses, Release and Insurance", [https://www.listgbarristers.com.au/uploads/Publication-GraphicsBarrister-Publications\\_2](https://www.listgbarristers.com.au/uploads/Publication-GraphicsBarrister-Publications_2), Seen at:98/11/04

Flewell-Smith, Nina (2020). "What Is The Difference between Warranty and Indemnity". *Corney Lind Lawyers*, <https://www.corneyandlind.com.au>, Seen at:99/02/01.

Garner, Bryan, A. (2011). "Indemnify". *15 Green Bag 2D*, PP.1-8,

- www.greenbag.org/V 15 n1/articles-garner.pdf, Seen at: 95/10/5.
- Gesellschaft, Vickie A. & Hicks, Ronald L. (2014). "The Interplay between Indemnification Provision and Insurance Clauses in Contracts for Goods and Services". *Association of Corporate Counsel*, PP. 47-56, <https://www.acc.com/resource-library/interplay-between-indemnification-provisions-and-insurance-clauses-contracts-goods>, Seen at: 95/10/23
- Gorman, Francis J. (1981). "Indemnity and Contribution under Maritime Law". *Tulane Law Review*, Vol.55, No.4, P.1173, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1692075](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1692075).
- Hutchins, John (2010). "Anatomy of an Indemnification Provision: Identifying and Addressing Basic Indemnification Issues". *Kenyon & Kenyon LLP*, Washington, Annual Meeting materials, PP.1-16, [www.aipla.org](http://www.aipla.org), Seen at: 97/10/06
- Marell, Leslie (2014). "Understanding Intellectual Property Indemnity". *Marell Law firm*, <http://marell-lawfirm.com/understanding-intellectual-property-indemnity>, Seen at: 98/11/2
- Mattar, Roger (2014). "How to Negotiate and Draft an Effective Indemnity Clause". *Kemp Strang Lawyers*, <http://www.cybermanual.com/how-to-negotiate-and-draft-an-effective-indemnity-clause.html>, Seen at: 95/8/9
- Mccall, Colin (2016). *IP Indemnities in Commercial Agreements*. <https://united-kingdom.taylorwessing.com/synapse/ti>, Seen at: 98/12/13.
- Nolan, Joseph R. & Nolan-Haley, Jacqueline, M. (1990). *Black's Law Dictionary*. United States: West Publishing Company. P.769.
- Parker, Penny L. & Slavich, John (1990). "Contractual Efforts to Allocate the Risk of Environmental Liability: Is There a Way to Make Indemnities Worth More Than the Paper They Are Written On?". *SMU Law Review*, Vol. 44, Issue.4, PP.1348-1381, <http://scholar.smu.edu/smulr>.
- Peterson, Joseph & Tucker, Ashford (2010). "The Buck Stops Where? Avenues to Indemnification in the copyright Context". 7 *Published in Intellectual Property litigation*, Vol.21, No.3, PP.3-4, <http://law.capital.edu>. Seen at: 97/3/16.
- Richardson, Linda & Lang, Paul & Reid Cathy (2011). "Indemnities in Commonwealth Contracting". *Legal Briefing*, No. 93, PP.1-24. <https://www.ags.gov.au/publications/legal-briefing/br93.pdf>, Seen at: 96/3/24.
- Rudnick, Robert E. & Grodin, Andrew M. (2010). "Drafting and Negotiating Defense and Indemnification Provisions". 7 *Published in Intellectual Property litigation*, Vol.21, No.3, P.9-11, <http://law.capital.edu>. Seen at: 97/3/16.
- Warner, Robert G. (1969). "Contribution and Indemnity in California". *California Law Review*, Vol.57, No.2, PP.489-517, <https://scholarship.law.berkeley.edu>, Seen at: 95/10/15.
- Yim, Sue (2017). What Is the Difference Between a Warranty and Indemnity in an M. & A. Transaction?, <https://legalvision.com.au/difference-between-warranty-indemnity-transaction>, Seen at: 95/8/9.
- Youngblood, Hull & Flocos, Peter N. (2010). "Drafting and Enforcing Complex Indemnification Provisions". *The Practical Lawyer*, PP.21-37, <http://www.klgates.com/files/Publication/4fff23f1-3315-4425-b6ad-56e54bea55f0>, Seen at: 95/8/13.