

مطالعه تطبیقی شرط تضمین مسئولیت در قراردادها*

محسن ایزانلو^۱

دانشیار حقوق خصوصی دانشگاه تهران

ابوالفضل شاهین^۲

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران

تاریخ دریافت ۱۳۹۸/۳/۱۷ تاریخ پذیرش ۱۳۹۹/۲/۸

چکیده

شرط تضمین مسئولیت از اقسام شروط ناظر به مسئولیت و از ابزارهای تخصیص ریسک اقتصادی است که به ویژه در قراردادهای حوزه نفت و گاز استفاده می شود. این نهاد از منظر اقتصادی کارکرد پارتویی دارد و بار ریسک اقتصادی را برعهده‌ی طرفی قرار می دهد که معمولاً توانایی بیشتری برای تحمل خسارت دارد. درباره‌ی مفهوم این نهاد در نظام کامن لا و همینطور در حوزه‌ی قراردادهای تجاری بین‌المللی ابهاماتی است که در حقوق ایران نیز می تواند محل بحث باشد. همچنین وجود نهادهای مشابه به ابهامات موجود درخصوص این نهاد دامن زده و استفاده صحیح از آن را پیچیده ساخته است. درخصوص اعتبار این نهاد نیز تردیدهایی با محوریت نظم عمومی مطرح شده که اگرچه اصل اعتبار آن را مخدوش نساخته، اما سبب طرح موانعی برای نفوذ آن شده است. در نهایت، آثار این شرط نیز مجرای مسائل حقوقی دقیقی است که ملاحظه‌ی برخی آرای متشکست صادره از دادگاه‌های ایران، ضرورت بررسی آن را آشکار می سازد. هدف این مقاله، زدودن برخی نکات مبهم پیرامون مفهوم این شرط، در کنار بررسی اعتبار و واکاوی آثار آن است. بدین منظور، با روشی توصیفی-تحلیلی در ابتدا به مفهوم‌شناسی این نهاد پرداخته شده است؛ سپس اعتبار این تأسیس حقوقی مطالعه شده و در نهایت آثار آن بررسی گردیده است.

* - نوع مقاله پژوهشی

Email: Izanloo@ut.ac.ir

۱. نویسنده مسئول

2. Email: Abolfazl.shahin@ut.ac.ir

DOI: 10.22067/le.v27i17.81169

واژگان کلیدی: بیمه‌ی مسئولیت، حق جبران غرامت، تخصیص ریسک اقتصادی، شرط پذیرش مسئولیت، شرط تضمین جبران خسارت، شرط جایگزینی مسئولیت، شرط عدم مسئولیت.
طبقه‌بندی JEL: K12, K 130, K 33, K41.

مقدمه

هرچند اصل مسئولیت شخصی افراد در قبال فعل خود در نظام‌های حقوقی مختلف مورد پذیرش قرار گرفته، اما استثنائاتی به آن وارد شده که یکی از مهم‌ترین آن‌ها توافق‌های ناظر به مسئولیت است. شرط تضمین مسئولیت گونه‌ای از این توافقات است که از دیرباز در نظام‌های رومی ژرمنی و کامن‌لا مورد شناسایی قرار گرفته است. این شرط از پیچیده‌ترین شروط محسوب می‌شود که جهت مدیریت و توزیع ریسک اقتصادی در زمینه‌ی قراردادهای حوزه‌ی نفت و گاز، پیمانکاری، اعطای نمایندگی تجاری بین‌المللی، اجاره‌ی کشتی، حمل و نقل دریایی و مانند آن مورد استفاده قرار می‌گیرد. دشواری مسائل حقوقی ناشی از این نهاد به حدی است که برخی از نویسندگان، از این شرط به عنوان متناقض‌ترین و گیج‌کننده‌ترین موضوعی یاد کرده‌اند که از حدود نیمه‌ی قرن بیستم به بعد، یافت می‌شود (Roedder, 1981 – 1982: 31). این دشواری‌ها از ابهام در مفهوم این نهاد آغاز شده و سپس به اعتبار و آثار این شرط نیز تسری یافته است. برای نمونه، در خصوص عنوانی که برای این نهاد به کار می‌رود، در نظام کامن‌لا و همچنین در حوزه‌ی قراردادهای تجاری بین‌المللی عمدتاً از دو واژه‌ی «Indemnity» و «Hold harmless» استفاده می‌شود که به تبع این امر، رابطه‌ی این دو مفهوم در هاله‌ای از ابهام قرار گرفته است. افزون بر این، وجود برخی نهادهای حقوقی مشابه، سبب طرح پرسش‌هایی راجع به وجوه تشابه و تمایز بین آن‌ها و شرط تضمین مسئولیت می‌شود که باید به آن‌ها پاسخ داد. در خصوص اعتبار این شرط نیز ملاحظاتی مطرح شده که به وضع موانعی برای نفوذ آن انجامیده است. در نهایت، در باب آثار ناشی از این شرط هم مسائلی مطرح می‌شود که از آن جمله می‌توان به حدود تعهدات ناشی از این شرط و همچنین تسری آثار آن نسبت به اشخاص ثالث اشاره کرد که پیامدهای منفی ناشی از ابهامات موجود در این زمینه را در برخی از آرای صادره از دادگاه‌های ایران هم می‌توان ملاحظه نمود.

همچنین در نظام حقوقی ایران نیز به رغم آن که از این شرط در بسیاری از قراردادهای

پیمانکاری و پروژه‌های واگذاری فعالیت‌های دستگاه‌های دولتی و عمومی غیردولتی به بخش خصوصی استفاده می‌شود، اما ادبیات حقوقی ما در زمینه‌ی این نهاد چندان توسعه یافته نیست و نیاز به تبیین دارد. به همین منظور، در این مقاله به شیوه‌ای توصیفی - تحلیلی، ابتدا به طرح مباحثی پیرامون مبنا و مفهوم این نهاد پرداخته می‌شود. سپس اعتبار این تأسیس حقوقی مورد واکاوی قرار می‌گیرد و در پایان آثار این شرط بررسی می‌گردد.

مفهوم شرط تضمین مسئولیت

در این قسمت ابتدا به بررسی تعریف، مبنا و واژه‌شناسی این شرط می‌پردازیم. سپس مهم‌ترین تقسیم‌بندی ارائه شده از آن را مورد مطالعه قرار می‌دهیم و پس از آن نهاد مزبور را با سایر مفاهیم مشابه مقایسه می‌کنیم.

۱. تعریف شرط تضمین مسئولیت

از شرط تضمین مسئولیت در نظام‌های حقوقی مختلف، تعاریف متعددی ارائه شده است. بعضی از دادگاه‌های انگلستان از این شرط به تعهد جبران غرامت ناشی از مسئولیت یک شخص در برابر شخص دیگر تعبیر نموده‌اند.^۱ در حقوق آمریکا نیز که نظام حقوقی آن نسبت به سایر کشورها در خصوص شرط تضمین مسئولیت پیشروتر محسوب می‌شود، تعاریف متعددی از این شرط ارائه شده است. برای مثال، برخی دادگاه‌های این کشور از این شرط به تعهد مشروط علیه^۲ مبنی بر محافظت و مصون داشتن مشروط له^۳ در برابر زیان یا مسئولیت محقق یا احتمالی وی تعبیر کرده‌اند.^۴ حقوقدانان فرانسوی نیز تعاریفی از این شرط به دست داده‌اند که تعریف آن به «شرطی که به وسیله‌ی آن، شخصی توسط شخص دیگر از آثار خطایش محافظت می‌شود»، نمونه‌ای از آن‌ها است (MAZEAUD, 1932: 711). همچنین رویه‌ی قضایی کشور فرانسه این نهاد را شرطی

1. Total v. Arcadia, Int. Com. [1997].

2. Indemnitor / Indemnifier

3. Indemnatee / Indemnified party

4. Financial Casulaty & Surety, Inc. v. Zouvelos (2017).

دانسته که به موجب آن، شخصی که فعالیت حرفه‌ای او بیمه نیست، به وسیله‌ی شرط مندرج در قراردادی که موضوعی مستقل از آن شرط دارد، متعهد می‌گردد که طرف مقابل را در برابر مسئولیت ناشی از رویدادهایی که ممکن است در حین اجرای قرارداد به وقوع پیوسته و وی را در برابر اشخاص ثالث در معرض مسئولیت قرار دهد، محافظت نماید (PLANIOL & RIPERT, 1952: 554 – 555). در حقوق ما نیز از این شرط به قراردادی تعبیر می‌شود که به موجب آن A در برابر B تعهد می‌کند که خسارات ناشی از عدم اجرای تعهد (یا نقض تکلیف) B را در برابر X بپردازد (Izanloo, 2014: 82 - 83). در نهایت، می‌توان این شرط را به توافقی تعبیر نمود که موجد حقی به نام «حق جبران غرامت»^۱ است و به موجب آن، مشروط علیه تعهد می‌کند که مشروط له را در قبال زیان و یا مسئولیت احتمالی ناشی از نقض تعهد قراردادی یا تکلیف قانونی وی در برابر خود و یا اشخاص ثالث مصون داشته و بار نهایی مسئولیت او را عهده‌دار گردد.

در حقوق ایران نمونه‌هایی از شرط تضمین مسئولیت قابل ملاحظه است. برای مثال، در بند ب ماده‌ی ۲۱ شرایط عمومی پیمان چنین مقرر شده است: «پیمانکار در چارچوب مقررات و دستورالعمل‌های حفاظت فنی و بهداشت کار، مسئول خسارت‌های وارد شده به شخص ثالث در محوطه کارگاه است و در هر حال، کارفرما در این مورد هیچ نوع مسئولیتی بر عهده ندارد». همچنین بند ۷ ماده‌ی ۴ موافقتنامه، شرایط عمومی و شرایط خصوصی پیمان‌های مهندسی، تأمین کالا و تجهیزات، ساختمان و نصب (EPC) اختصاصی صنعت نفت، این گونه آمده است: «پیمانکار موظف است کارفرما را در برابر هرگونه ادعا، اعتراض، مطالبه زیان و خسارت از سوی صاحبان حقوق ثبت شده مورد استفاده در کارهای موضوع پیمان ... مصون نگه دارد و مسئولیت

۱. این حق که از آن به «Right to indemnification» تعبیر می‌شود عبارت است از حق جبران هزینه‌ها، خسارات و سایر مخارج ناشی از مسئولیت‌هایی که بر عهده‌ی شخص قرار گرفته و در اصل مبتنی بر مبانی انصاف است. این حق اساساً ناشی از قرارداد است و اصولاً در جایی که قرارداد صریح یا ضمنی بین طرفین وجود داشته باشد به وجود می‌آید. با وجود این، منبع دیگری نیز برای ایجاد این حق بر شمرده‌اند و چنین گفته‌اند که در مواردی هم که قانون یا انصاف ایجاب نماید، این حق قابل تحقق است. این شیوه‌ی غیرقراردادی ایجاد حق مزبور را جبران غرامت کامن‌لایی (Common law indemnity/Tort indemnity) می‌گویند که در برابر جبران غرامت قراردادی (Contractual indemnity) قرار دارد:

McClish v. Niagara Machine & Tool Works (1967); American States Insurance Company v. Williams (1972); Howell v. River Products Co. (1986).

پاسخگویی و جبران هر نوع زیان و خسارت صاحبان حقوق ثبت شده در ارتباط با کارهای موضوع پیمان، بعهدہ وی است». در بند ۵ ماده‌ی ۱۴ این سند نیز چنین بیان شده است: «مسئولیت جبران هرگونه خسارت وارد به اشخاص ثالث و یا ادعاهای آن‌ها، در موارد مرتبط با موضوع پیمان، به عهده‌ی پیمانکار است و وی موظف به پاسخگویی و جبران خسارت‌ها و مصون نگه داشتن کارفرما از این گونه ادعاها و خسارت‌هاست».

۲. واژه‌شناسی شرط تضمین مسئولیت

در نظام کامن‌لا و همچنین در حوزه‌ی قراردادهای تجاری بین‌المللی، عمدتاً برای درج یک شرط تضمین مسئولیت در قرارداد، از دو اصطلاح استفاده می‌شود که عبارتند از «Indemnity» و «Hold harmless».^۱ عبارت نخست به معنای «جبران گرامت» و اصطلاح دوم به معنای «مصون داشتن» است. یکی از این ابهاماتی که درباره‌ی مفهوم این شرط مطرح شده، ناظر به رابطه‌ی بین این دو واژه است. برخی بر این باورند که این دو عبارت مترادف هستند و از لحاظ مفهومی تفاوتی بین آن دو وجود ندارد. به عقیده‌ی این گروه، مصدر عبارت نخست، یعنی فعل «Indemnify»، معادل لاتین واژه‌ی «Hold harmless» است که اصطلاحی آنگلوساکسون است (Garner, 2011: 21). بر همین اساس، به ویژه در کشور انگلستان، بسیاری از محاکم با مترادف دانستن این دو واژه مبادرت به اتخاذ تصمیم نموده‌اند.^۲ این در حالی است که در اواخر قرن نوزدهم میلادی نظریه‌ی وحدت معنای این دو اصطلاح از سوی حقوقدانان مورد تردید قرار گرفت. به تبع این امر، نظریات مختلفی در این باره مطرح گردید و به تدریج این دیدگاه شکل گرفت که این دو اصطلاح دارای معانی متفاوتی هستند. همسو با این رویکرد، آرای متعددی از سوی دادگاه‌های آمریکا صادر شد که در برخی از آن‌ها چنین عنوان شد که عبارت «Hold harmless» دارای معنایی گسترده‌تر

۱. در حقوق فرانسه نیز عموماً از این شرط به La clause (la pacte) de garantie / La pacte analogue à l'assurance تعبیر شده است (MAZEAUD, 1932: 711). همچنین در حقوق بلژیک نیز بعضی از نویسندگان از این نهاد تحت عناوینی همچون «Convention de garantie» و «Assurance par un non-assureur» یاد کرده‌اند (FONTAINE, 2013: 491).

2. Fletcher v. Jessica L. McAllister-long (2006).

نسبت به واژه‌ی «Indemnity» است.^۱ بعضی دیگر چنین اظهار داشتند که «Indemnity» تعهد یک طرف به جبران زیان یا خسارتی است که به طرف دیگر وارد آمده، در حالی که «Hold harmless» مانعی برای اقامه‌ی دعوای مشروط علیه بر مشروط له است.^۲ به همین ترتیب، در پاره‌ای دیگر از آراء این گونه نظر داده شده که اگرچه عبارات «Indemnify» و «Hold harmless» دارای معانی شبیه به هم هستند، اما یکسان نیستند و نوعاً در زمینه‌های متفاوتی استفاده می‌شوند. بدین توضیح که عبارت «Indemnity»، عموماً اعطاکننده‌ی حق است، در حالی که «Hold harmless»، محدودکننده‌ی مسئولیت است.^۳ یعنی زمانی که توافق طرفین یک شرط «Hold harmless» باشد، مشروط له نمی‌تواند با استناد به آن، از مشروط علیه بخواهد تا خسارتی را که از جانب او (مشروط له) به غیر وارد آمده است، جبران نماید، بلکه فقط در مواردی که زیان دیده شخص مشروط علیه باشد، مشروط له می‌تواند با استناد به شرط از دعوای مشروط علیه در برابر خود جلوگیری کند. این در حالی است که اگر توافق طرفین یک شرط «Indemnity» باشد، مشروط له می‌تواند بر مبنای این شرط، مشروط علیه را به جبران خسارت وارد به غیر ملزم نماید. همسو با نظر اخیر، بعضی از حقوقدانان فرانسوی زبان که به مطالعه‌ی این شرط در بستر نظام کامن‌لا پرداخته‌اند، تحت تأثیر نظریات مطرح شده در این نظام حقوقی، واژه‌ی «Hold harmless» را به «La clause d'abandon de recours» به معنای «شرط ترک رجوع» ترجمه کرده و واژه‌ی «Indemnity» را معادل «Le pacte de garantie contre les recours des tiers» به معنای «پیمان تضمین در برابر رجوع اشخاص ثالث» دانسته، چنین اظهار داشته‌اند که شرط نخست ناظر به عدم مسئولیت مشروط له در برابر مشروط علیه است، در حالی که شرط دوم همانند بیمه عمل می‌کند و مسئولیت مشروط له را در برابر اشخاص ثالث تضمین می‌نماید (AUBTIN & PORTWOOD, 2001: 671).

1. Weller v. Eames (1870);

در حقوق انگلستان نیز آرای مشابه به چشم می‌خورد (Farstad v. Enviroco [2010]); همچنین مطابق رویکرد مشابه دیگری، برخی اصطلاح «Hold harmless» را اعم از شرط عدم مسئولیت و شرط تضمین مسئولیت دانسته‌اند (Harrington, 1986: 331).

2. Roov v. Kimmel (1997).

3. Majkowski v. American Imaging Management [2006].

در نهایت، به عنوان برآیند این بحث باید گفت به طور کلی، استقراء در آرای صادر شده در این زمینه این نتیجه را به دست می‌دهد که نگرش غالب کنونی در نظام کامن‌لا، به ویژه در حقوق کشور انگلستان، برخورد یکسان اکثر مراجع قضایی با این دو عبارت است، اما در حقوق آمریکا بسیاری از حقوقدانان و قضات بین این دو اصطلاح تفاوت قائل می‌شوند. به همین دلیل نیز در عمل، معمولاً تنظیم‌کنندگان قرارداد، شرط را به نحوی طراحی می‌کنند که تمامی انواع مسئولیت‌هایی را که احتمال دارد در ارتباط با روابط حقوقی اشخاص مرتبط با قرارداد ایجاد شود، تحت پوشش قرار دهد.

۳. تقسیم‌بندی شرط تضمین مسئولیت

مهم‌ترین تقسیم‌بندی شرط تضمین مسئولیت، تقسیم آن بر مبنای تعهد موضوع این شرط است. بر این مبنا شرط تضمین مسئولیت را بر دو نوع دانسته‌اند: «شرط تضمین مسئولیت پس از ایفای آن»^۱ و «شرط تضمین مسئولیت پیش از ایفای آن»^۲ (McCalla, 1960: 404).^۳ در شرط تضمین مسئولیت پس از ایفا که می‌توان آن را «شرط تضمین جبران خسارت» نیز نام نهاد، موضوع تعهد مشروط علیه، جبران خسارت ناشی از رجوع زیان دیده به مشروط له است؛ لذا در این نوع از شرط، ابتدا باید خسارتی به دارایی مشروط له وارد شود و سپس آثار ناشی از آن، بر مشروط علیه تحمیل گردد. در جانب مقابل، در شرط تضمین مسئولیت پیش از ایفا که می‌توان آن را «شرط تضمین مسئولیت به معنای خاص» نیز خواند، مشروط علیه مسئولیت مشروط له را در برابر دیگران تضمین می‌کند و متعهد می‌گردد تا در صورتی که به واسطه‌ی ورود زیانی از جانب مشروط له، مسئولیتی بر عهده‌ی او ایجاد گردد، مشروط علیه از عهده‌ی آن مسئولیت برآید و مشروط له را در برابر رجوع زیان دیده محافظت نماید.

خاستگاه این تفکیک حقوق کشور انگلستان است. تا پیش از سال‌های ۱۸۷۳ تا ۱۸۷۵ میلادی، بین نظام قانونی حاکم بر شرط تضمین مسئولیت و نظام قواعد انصاف تفاوت وجود داشت. به

1. Indemnity against loss

2. Indemnity against liability

3. Leonberger v. Missouri United School Insurance Council (2016); Bae Systems Land & Armaments (2016).

موجب نظام قانونی حاکم بر مسئولیت، مشروط له موظف بود ابتدا خسارت وارد به زیان دیده را پرداخت نماید و سپس به مشروط علیه رجوع کند و علیه او دعوای مطالبه‌ی خسارات ناشی از نقض قرارداد اقامه کند؛ اما در مقابل، قواعد انصاف مشروط علیه را موظف به پرداخت مستقیم خسارات وارد به زیان دیده می‌نمود.^۱ از آن زمان به بعد، در پی انجام تغییراتی در نظام قضایی انگلستان، نظام تفسیری موجود در قواعد انصاف بر گونه‌ی قانونی خود فائق آمد و امکان الزام مشروط علیه به پرداخت مستقیم خسارت به زیان دیده مورد شناسایی قرار گرفت (Courtney, 2014: 10 – 11)؛ اما با این حال، این پیشینه‌ی تاریخی تأثیر خود را بر تقسیم‌بندی این شرط بر جای گذاشت و وضع کنونی را رقم زد.

اصولاً این دو نوع از شرط تضمین مسئولیت از احکام و قواعد مشترکی تبعیت می‌کنند و در اغلب مواردی هم که مورد استفاده قرار می‌گیرند، ملازم یکدیگرند. اما با وجود این، وجوه تمایز مهمی بین آن‌ها وجود دارد. تفاوت اساسی بین این دو شرط را باید در نوع تعهد ناشی از هر یک از آن‌ها جستجو کرد. هر قراردادی موجد دو تعهد است: تعهد اولیه و تعهد ثانویه؛ تعهد اولیه آن تعهدی است که موضوع اصلی و بی‌واسطه‌ی قرارداد است و مستقیماً از آن ناشی شود. تعهد ثانویه نیز که می‌توان معادل آن را در ادبیات حقوقی ما مسئولیت قراردادی دانست، به تعهدی اطلاق می‌گردد که در اثر عدم انجام تعهد اولیه از سوی متعهد، به صورت ضمانتی عارضی ایجاد می‌شود و جایگزین تعهد اولیه می‌گردد (Campbell Black, 1968: 1225). بین تعهد اولیه‌ی ناشی از شرط تضمین مسئولیت پیش از ایفاء و تعهد اولیه‌ی ناشی از شرط تضمین مسئولیت پس از ایفاء تفاوت است. تعهد اولیه‌ی ناشی از قسم نخست، حفاظت از مشروط له در برابر رجوع زیان دیده به وی و جلوگیری از ورود زیان به اوست، در حالی که تعهد اولیه‌ی ناشی از قسم اخیر، نه محافظت از مشروط له در برابر رجوع زیان دیده به وی، بلکه پرداخت خسارت ناشی از رجوع زیان دیده به اوست. بنابراین، پرداخت خسارت وارد به مشروط له در شرط تضمین مسئولیت پس از ایفاء، تعهد اولیه‌ی مشروط علیه و در شرط تضمین مسئولیت پیش از ایفاء، تعهد ثانویه‌ی اوست. به بیان دیگر، در شرط تضمین مسئولیت پیش از ایفاء آن، تعهد مشروط له ناظر به جلوگیری از وقوع یک

1. Firma C-Trade S.A. v. Newcastle Protection and Indemnity Association (The Fanti) (1991).

رویداد (یعنی ورود خسارت به مشروط له) است، در حالی که در شرط تضمین مسئولیت پس از ایفای آن، تعهد وی، تحمّل آثار وقوع چنین رویدادی است.^۱

تمایز دیگر این دو شرط را باید در زمان ایجاد مسئولیت مشروط علیه در برابر مشروط له و در نتیجه لحظه‌ی ایجاد حق رجوع مشروط له به مشروط علیه دانست. در شرط تضمین مسئولیت پس از ایفای آن، چنان که از عنوان آن نیز مشخص است، حق رجوع مشروط له به مشروط علیه، پس از ایفای مسئولیت و معلق بر وقوع پرداخت از سوی مشروط له و ورود زیان واقعی به دارایی اوست؛ از این رو در تبیین ماهیت چنین قراردادی از اصطلاح «پرداز تا پرداخته شود»^۲ استفاده می‌شود (Gosdin, 2007: 187). در نتیجه مشروط له باید علاوه بر تحقق مسئولیت، ایفای آن را نیز اثبات نماید. این در حالی است که در شرط تضمین مسئولیت پیش از ایفای آن، به صرف تحقق مسئولیت مشروط له در قبال زیان دیده، تعهد مشروط علیه در برابر وی (مشروط له) و به تبع آن، حق رجوع مشروط له به او ایجاد می‌گردد؛ صرف نظر از آنکه مشروط له خسارت ثالث را جبران کرده باشد یا نه. بنابراین، مشروط له بی‌نیاز از اثبات اجرای حکمی است که در نتیجه‌ی اقامه‌ی دعوی شخص ثالث علیه او صادر شده است (Sartain et al., 2013: 3).

۴. مقایسه‌ی شرط تضمین مسئولیت با مفاهیم مشابه

در میان نهادهای حقوقی مختلف، دو تأسیس حقوقی وجود دارد که از میان سایر مفاهیم مشابه، شباهت‌های بیشتری با شرط تضمین مسئولیت دارند. این دو نهاد عبارتند از: بیمه‌ی مسئولیت و شرط عدم مسئولیت؛ در ادامه به مقایسه‌ی آن‌ها با شرط تضمین مسئولیت می‌پردازیم.

۴.۱. مقایسه‌ی شرط تضمین مسئولیت با بیمه‌ی مسئولیت

بیمه تأسیس حقوقی است که در میان سایر مفاهیم مشابه به شرط تضمین مسئولیت، شبیه‌ترین آن‌ها به این نهاد است. این شباهت به حدی است که چنین گفته می‌شود که در شرط تضمین مسئولیت، در حقیقت مشروط له، به نوعی مسئولیت خود را در قبال خسارت‌های وارد به اشخاص

1. Gribaldo, Jacobs, Jones v. Agrippina Versicherungen (1970).

2. Pay to be paid

ثالث، نزد مشروط علیه بیمه می‌کند. به همین دلیل می‌توان از قرارداد تضمین مسئولیت به «بیمان‌های شبه بیمه» تعبیر کرد (Izanloo, 2004: 83). این شباهت از دید حقوقدانان فرانسوی و دیوان عالی این کشور نیز به دور نمانده است (MAZEAUD, 1932: 711; PLANIOL & RIPERT, 1952: 556). در حقوق این کشور هم عمدتاً از این شرط به «Les pactes analogues à l'assurance» به معنای «بیمان‌های شبه بیمه» یاد می‌شود (VINEY & JOURDAIN, 2001: 343; ESMEIN, 1926: 407). همچنین در حقوق بلژیک نیز برخی از نویسندگان از این نهاد به «Assurance par un non-assureur» به معنای «بیمه توسط غیربیمه‌گر»، تعبیر نموده‌اند (FONTAINE, 2013: 491). این دیدگاه منحصر به کشورهای تابع نظام‌های حقوقی نوشته نیست و در نظام کامن‌لا نیز به چشم می‌خورد، به طوری که بعضی از دادگاه‌های آمریکا نیز به آن اذعان نموده و از اعتبار قرارداد بیمه به عنوان دلیلی برای اعتبار قرارداد تضمین مسئولیت استفاده کرده‌اند.^۱ به همین ترتیب، بعضی ماهیت بیمه را تضمین مسئولیت دانسته‌اند (Steinmetz, 1910: 737). گروهی دیگر چنین اظهارنظر نموده‌اند که قرارداد بیمه خود قسمی از قرارداد تضمین مسئولیت است (Evans, 1980: 193) و برخی هم قرارداد تضمین را در عمل بیمه دانسته‌اند (Devlin, 1984: 141) که ظاهراً این رویکرد، از توجه به تشابهاتی که بین این دو نهاد وجود دارد ناشی می‌شود. اگر بخواهیم به مهم‌ترین وجوه تشابه این دو نهاد اشاره نماییم، باید بگوییم که این دو نهاد دارای مکانیسمی مشابه‌اند (FONTAINE, 1985: 444). هر دو جزو قراردادهای احتمالی‌اند. موضوع هر دو مسئولیت شخص متعهد له (مشروط له) است و هر دو سبب انتقال بار نهایی مسئولیت از دوش یک طرف قرارداد به دوش طرف دیگر می‌شوند (Mckeown, 2015: 360).

به‌رغم این تشابهات، وجوه تمایزی وجود دارد که شرط تضمین مسئولیت را از بیمه‌ی مسئولیت متمایز می‌سازد. این نقاط افتراق از دید دادگاه‌ها و حقوقدانان غربی نیز پنهان نمانده است، به نحوی که یکی از قضات آمریکایی در این خصوص چنین گفته: «واضح است که هر قرارداد بیمه‌ای یک قرارداد تضمین مسئولیت [به معنای اعم] است، اما هر قرارداد تضمین مسئولیتی

1. Robins Engineering, Inc. v. Cockrell (1977).

یک قرارداد بیمه نیست. بر اساس عرف و قانون، قرارداد بیمه عبارت است از بیمه‌نامه‌ای که از سوی یک شرکت بیمه‌ی دارای صلاحیت و مجوز صادر می‌گردد که تجارت اصلی و اولیه‌ی آن پذیرش بعضی ریسک‌های ناشی از زیان وارد به اعضای جامعه در برابر دریافت عوضی به نام حق بیمه است که به غیر از این [نوع قرارداد]، قراردادهای دیگری به منظور انتقال ریسک وجود دارد که قرارداد بیمه نیستند. این قراردادها، قراردادهای خصوصی تضمین مسئولیت‌اند، که تدارک تضمینات لازم برای مسئولیت، تجارت اصلی شخص تضمین‌کننده نیست و این عمل او تحت مقررات دولتی قرار نمی‌گیرد و صرفاً امری فرعی و در جهت پیشبرد برخی دیگر از مسائل قراردادی مستقل از آن محسوب می‌شود که بین طرفین وجود دارد.^۱ بنابراین، تضمین مسئولیت اساس و ماهیت توافقی که رابطه‌ی قراردادی بین طرفین را تشکیل داده، قلمداد نمی‌گردد و صرفاً یکی از شروط قراردادی محسوب می‌شود.^۲

علاوه بر آنچه که در نقل قول فوق آمده است، وجوه تمایز دیگری را نیز می‌توان میان شرط تضمین مسئولیت و بیمه‌ی مسئولیت برشمرد. تفاوت مهم شرط تضمین مسئولیت با بیمه در بحث حق زیان‌دیده نسبت به اقامه‌ی دعوای مستقیم علیه بیمه‌گر است، زیرا چنان که در مباحث آتی خواهیم دید، برخلاف بیمه، در شرط تضمین مسئولیت، زیان‌دیده حق اقامه‌ی دعوای مستقیم علیه مشروط علیه را ندارد. یکی دیگر از این تمایزها مربوط به نظارت دولت و میزان آزادی قراردادی در هر یک از این دو نهاد است. برخلاف شرط تضمین مسئولیت، دولت اصولاً بر قرارداد بیمه نظارت دارد و آن را کنترل می‌کند که به واسطه‌ی این کنترل، آزادی قراردادی در زمینه‌ی بیمه با وضع قوانین گوناگونی تا حد زیادی محدود شده است (MAZEAUD, 1932: 712). وجه افتراق

۱. این وجه تمایز بین بیمه و شرط تضمین مسئولیت مبنی بر اینکه برخلاف شرط تضمین مسئولیت، در بیمه شخصی که فعالیت حرفه‌ای او بیمه است بدین امر مبادرت می‌ورزد، از چشم حقوقدانان فرانسوی نیز پنهان نمانده است (MAZEAUD, 1932: 711; PLANIOL & RIPERT, 1952: 555). در حقوق بلژیک نیز دیوان عالی این کشور در رأی که به سال ۲۰۱۶ میلادی صادر نموده، تأیید کرده که وجود شخصی که فعالیت حرفه‌ای وی بیمه باشد، برای وجود یک عقد بیمه ضروری است. البته این دیدگاه از سوی برخی حقوقدانان مورد انتقاد واقع شده؛ این دسته از نویسندگان وجود شخصی را که حرفه‌ی اصلی وی فعالیت بیمه است، جزء عناصر عقد بیمه به شمار نیاورده‌اند (FONTAINE, 2013: 491).

2. Am. Nurses Ass'n v. Passaic Gen. Hosp. (1984).

دیگر این دو نهاد آن است که بیمه‌گذار در قبال محافظتی که بیمه‌گر از وی به عمل می‌آورد، حق بیمه پرداخت می‌کند، در حالی که پرداختی تحت این عنوان در شرط تضمین مسئولیت وجود ندارد. تفاوت دیگری که بین قرارداد بیمه مسئولیت و شرط تضمین وجود دارد، تکلیفی است که در قرارداد بیمه بر دوش طرفین قرارداد مبنی بر افشای اطلاعات گذارده شده که چنین تکلیفی در قرارداد تضمین وجود ندارد (Hartley, 1976: 6). وجه تمایز دیگر این دو تأسیس حقوقی، در شیوه‌ی تفسیر هر یک از آن‌ها است. در حالی که در موارد تردید، بر تفسیر شرط تضمین مسئولیت قاعده‌ی تفسیر علیه مشروط له حاکم است، در تفسیر قرارداد بیمه نه تنها چنین قاعده‌ای مجری نیست، بلکه این قرارداد به صورت مضیق، علیه مشروط علیه (یعنی بیمه‌گر) و به نفع مشروط له (یعنی بیمه‌گذار) تفسیر می‌شود.^۱ تفاوت آخر این دو نهاد نیز در این نکته نهفته است که در قرارداد بیمه، به طور معمول از یک سو بیمه‌گران برای تعهد خود محدودیت‌هایی در نظر می‌گیرند و با برقراری سقف، حداکثر میزان تعهد خود نسبت به مسئولیت بیمه‌گذار را تعیین می‌نمایند و از سوی دیگر با برقراری فرانشیز، کف التزام خود را مشخص می‌سازند (Katouzian & Izanloo, 2018: 53)، در حالی که در قرارداد تضمین مسئولیت اصولاً چنین محدودیتی وجود ندارد (Booth, N.D.: 10).

۲.۴. مقایسه‌ی شرط تضمین مسئولیت با شرط عدم مسئولیت

شرط عدم مسئولیت توافقی است که پیش از واقعه‌ی عهدشکنی به منظور تغییر نظام قانونی مسئولیت یا شرایط مطالبه‌ی آن به سود مدیون منعقد می‌شود (Izanloo, 2004: 22 - 23). این نهاد دارای اشتراکاتی با شرط تضمین مسئولیت است. نخستین وجه مشترک این دو شرط آن است که هر دو سبب تغییر نظام قانونی حاکم بر مسئولیت می‌گردند (Roedder, 1981 - 1982: 32). همچنین هر دو نهاد هدف واحدی را دنبال می‌کنند که آن هدف، معافیت عامل زیان از تحمل بار نهایی مسئولیت است (Duggan Vraa & Sitektt, 2006: 1316; Evans, 1980: 183). بنابراین، ذینفع هر دو شرط، شخص واردآورنده‌ی زیان است. همچنین به دلیل ارتباط تنگاتنگ مفهوم

1. Cincinnati Ins. Co. v. Quorum management Corp. (2016).

مسئولیت با مفهوم نظم عمومی، اعتبار این دو توافق، در مواردی با مانع نظم عمومی رو به رو است.^۱ وجه اشتراک دیگر این دو نهاد نیز حکومت قاعده‌ی تفسیر علیه طراح (که غالباً شخص مشروط له است) بر تفسیر این دو شرط است.^۲

در کنار نقاط اشتراک فوق، تمایز اساسی بین شرط تضمین مسئولیت و شرط عدم مسئولیت آن است که بر طبق یک نظر، در شرط عدم مسئولیت اساساً از ایجاد مسئولیت جلوگیری می‌شود (Katouzian, 2016: 579; Izanloo, 2004: 105)، در حالی که در شرط تضمین، مسئولیت ایجاد می‌گردد، اما در نهایت به دوش مشروط علیه منتقل می‌شود. تمایز مهم دیگر بین شرط عدم مسئولیت و شرط تضمین مسئولیت را بایستی در پرتوی حق زیان‌دیده مبنی بر درخواست جبران خسارت جستجو نمود. شرط عدم مسئولیت، سبب می‌شود که واردکننده‌ی زیان، مسئول خسارتی که وارد آورده نباشد، بار مسئولیت را از خود مرتفع سازد و بدین ترتیب حق زیان‌دیده مبنی بر جبران خسارت را (به صورت جزئی یا کلی) از بین ببرد. به عبارت دیگر، شرط عدم مسئولیت، مسئولیت را منتفی می‌کند، زیان‌دیده را به صورت کلی از خسارت محروم می‌سازد و حق وی برای اقامه‌ی دعوا را ساقط می‌نماید. این در حالی است که اشتراط شرط تضمین مسئولیت، جز در مواردی که مشروط علیه خود زیان‌دیده واقع شده باشد،^۳ تأثیری بر حق زیان‌دیده نسبت به جبران

1. Yang v. Voyagaire Houseboats, Inc. (2005).

2. Cohen v. Five Brooks Stable (2008).

۳. شرط تضمین مسئولیت را در یک تقسیم‌بندی به شرط تضمین مسئولیت بیمه‌ای (Insurance indemnity) و شرط تضمین مسئولیت انعکاسی (Reflexive indemnity) تقسیم کرده‌اند. در بیشتر موارد، این دو شرط در قالب مقرره‌ای واحد در قرارداد درج می‌شوند و بدین وسیله شرط، واجد هر دو کارکرد می‌گردد. در شرط تضمین مسئولیت بیمه‌ای موضوع شرط، تضمین مسئولیت مشروط له در برابر اشخاص ثالث است، در حالی که در قسم دیگر، موضوع شرط، تضمین مسئولیت مشروط له در برابر خود مشروط علیه است. در حقوق فرانسه شرط تضمین مسئولیت انعکاسی را همان شرط عدم مسئولیت می‌دانند (MAZEAUD, 1932: 712; PLANIOL & RIPERT, 1952: 555 – 556). در حقوق آمریکا نیز به رغم وجود برخی نظرات مخالف (Devlin, 1984: 143)، رویکرد غالب مانند حقوق فرانسه است (Snow, 1958: 101; Queen Villas Homeowners v. TCB Property Management (2007)). به باور ما، از آنجایی که در شرط تضمین مسئولیت برخلاف شرط عدم مسئولیت (که در آن بر طبق یک نظر، مسئولیت اساساً ایجاد نمی‌شود)، مسئولیت ایجاد می‌شود و سپس منتقل می‌شود، لذا نمی‌توان اثر شرط تضمین مسئولیت انعکاسی را دقیقاً همان شرط عدم مسئولیت دانست. یکی از آثار این تمایز در فرض ورشکستگی مشروط علیه آشکار می‌شود؛ زیرا در حالی که ورشکستگی مشروط علیه مانع از آن

خسارات وارده ندارد و فقط به تنظیم رابطه‌ی بین مشروط له و مشروط علیه مربوط می‌شود و صرفاً مسئولیت نهایی را از دوش یک طرف به دوش طرف مقابل منتقل می‌نماید و تعیین می‌کند که چه کسی باید بار نهایی هزینه‌های ناشی از زیان را بر دوش کشد (MAZEAUD, 1932: 711).

علاوه بر این، تفاوت دیگر این دو نهاد، در نحوه‌ی برخورد محاکم با هر یک از این دو شرط است که از تفاوت مکانیسم آن‌ها ناشی می‌شود. این تمایز سبب گردیده است که در مواردی دادگاه‌ها در پذیرش و اجرای شرط تضمین مسئولیت در مقایسه با شرط عدم مسئولیت برخورد منعطف‌تری داشته باشند و در بعضی از مواردی که به طور معمول شرط عدم مسئولیت را غیر معتبر اعلام می‌کنند، با شرط تضمین مسئولیت به عنوان یک شرط معتبر برخورد نمایند (Shine, 2005: 12). برای نمونه، در مواردی دادگاه‌های فرانسه و آمریکا با در نظر گرفتن اثر شرط عدم مسئولیت (یعنی محرومیت زیان‌دیده از حق جبران خسارت) این شرط را به دلیل مخالفت با نظم عمومی غیر قابل اجرا اعلام کرده‌اند، اما در برخوردی متفاوت با شرط تضمین مسئولیت، با این استدلال که این شرط عملکردی مشابه با بیمه دارد، بر صحت و قابلیت اجرای این شرط صحه گذارده‌اند.^۱

افزون بر موارد پیش گفته، جنبه‌ی دیگر تمایز شرط عدم مسئولیت و شرط تضمین مسئولیت در بحث آیین دادرسی آشکار می‌گردد؛ آنجا که شرط عدم مسئولیت تنها جنبه‌ی دفاعی داشته و صرفاً می‌تواند مستمسک مشروط له در برابر رجوع مشروط علیه به وی برای دریافت خسارت قرار گیرد و سبب صدور حکم به بی‌حقی خواهان گردد، در حالی که شرط تضمین مسئولیت غالباً دارای هر دو جنبه‌ی تدافعی و تهاجمی است. جنبه‌ی دفاعی شرط تضمین مسئولیت در مواردی آشکار می‌شود که خود مشروط علیه زیان‌دیده باشد که در این مورد، این شرط به عنوان سپر دفاعی مشروط له در برابر اقامه‌ی دعوای او عمل می‌کند. در چهره‌ی تهاجمی خود نیز این شرط می‌تواند به عنوان سبب اقامه‌ی دعوای مشروط له بر مشروط علیه، به منظور الزام شخص اخیر به

نیست تا شرط عدم مسئولیت اثر خود را در رابطه‌ی حقوقی طرفین بر جای بگذارد و مانع رجوع مشروط علیه به مشروط له گردد، ورشکستگی مشروط علیه در شرط تضمین مسئولیت، مانع انتقال مسئولیت از عهده‌ی مشروط له به عهده‌ی مشروط علیه می‌گردد.

1. Cour de Cassation, Chambre Civile 2, 15 avril 1961, Publié au bulletin, N° 275; Goldman v. Ecco-Phoenix Elec. Corp. (1964).

پرداخت خسارت وارد به زیان دیده، مورد استفاده‌ی مشروط له قرار گیرد (Izanloo, 2004: 85).

اعتبار شرط تضمین مسئولیت

امروزه اصل اعتبار شرط تضمین مسئولیت در نظام حقوقی کشورهای همانند فرانسه، انگلستان و اکثر ایالات آمریکا پذیرفته شده است (VINEY, 2001: 407; AUBTIN & PORTWOOD, 2001: 683; Days, 1996: 51; Moore, 2008: 36; Weinberg Wheeler, N. D.: 47).^۱ در حقوق ایران نیز اعتبار این شرط از سوی بالاترین مرجع قضائی کشور، یعنی دیوان عالی تأیید شده است.^۲ افزون بر این، در رویه‌ی قضائی نیز آرای به چشم می‌خورد که دلالت بر اعتبار چنین شرطی دارند.^۳ با وجود این، عمدتاً به واسطه‌ی ملاحظات موجود در مورد لزوم صیانت از نظم عمومی، موانعی برای نفوذ این شرط وضع گردیده که در ادامه به بررسی آن‌ها پرداخته می‌شود.

1. Cour de cassation, Chambre civile 2, 29 mars 1962, N° 360.

۲. «به موجب قرارداد واگذاری فعالیت‌های پشتیبانی و خدماتی ... منعقد فی ما بین ... و ...» به صراحت بند ۱۲/۱۲ آن مسئولیت حوادث ناشیه از انجام تعهدات و یا قصور در انجام وظایف محوله که منجر به نقص عضو یا فوت کارگر باشد و مسئولیت عواقب اعمال و تعهدات نسبت به اشخاص حقیقی و حقوقی در زمینه‌ی موضوع قرارداد و قبول مسئولیت در مورد جبران خسارت وارده در قسمت مربوط به وظایف و تعهدات پیمانکار به شخص پیمانکار محول و تفویض شده است، که نه اسقاط حق و تکلیف است و نه خلاف موازین من جمله قانون کار می‌باشد و شخص پیمانکار در برابر حادثه به موجب قرارداد یاد شده مسئول و مأخوذ است»:

Judgment No. 14/452/92 dated 24/09/2013 issued by Chamber 14 of Supreme Court of Iran.

3. Judgment No. 22.57 dated 22/04/1983 issued by Chamber 22 of Supreme Court of Iran; Judgment No. 9309970925300893 dated 03/08/2014 issued by Chamber 4 of Province KH. Appeal Court as confirmed by Chamber 38 of Supreme Court of Iran; Judgment No. 9109970222301515 dated 05/02/2013 issued by Chamber 23 Tehran Appeal Court; Judgment No. 9309970221601356 dated 15/01/2015 issued by Chamber 16 Tehran Appeal Court; Judgment No. 9209970221200221 dated 20/05/2013 issued by Chamber 12 Tehran Appeal Court; Judgment No. 9209972214100372 issued by Chamber 1 Rood-e Hen Public Civil Court; Judgment No. 644 dated 15/01/2013 by issued by Chamber 83 Tehran Public Civil Court.

۳. موانع نفوذ شرط تضمین مسئولیت

در نظام‌های حقوقی مختلف، اعتبار شرط تضمین مسئولیت اعتباری اصولی است، نه مطلق؛ بدین روی، استثنائات مهمی بر اعتبار آن وارد گردیده است که در ادامه به تشریح آن‌ها می‌پردازیم.

۱. ارتکاب تقصیر مشدد از سوی مشروط له: ابتدا باید به این نکته توجه داشت که بحث ارتکاب تقصیر توسط مشروط له می‌تواند ناظر به دو فرض باشد؛ فرض نخست آن است که طرفین به هنگام انعقاد شرط، بر سر شمول یا عدم شمول شرط نسبت به چنین تقصیری توافق می‌کنند و تعهد مشروط علیه را به تضمین مسئولیت‌های ناشی از ارتکاب تقصیر مشدد از سوی مشروط له نیز تسری می‌دهند. این حالت اگرچه ممکن است در نظر نخست بعید به نظر برسد، اما استقرا در نمونه‌های عینی شرط تضمین مسئولیت مثال‌هایی از آن را به دست می‌دهد. در اینجا این پرسش مطرح می‌شود که آیا چنین شرطی معتبر است یا خیر. فرض دوم حالتی است که در زمان توافق بر سر شرط تضمین مسئولیت اشاره‌ای به این موضوع نشده است، اما در مقام اجرای قرارداد، مشروط له در عمل مرتکب تقصیر مشدد می‌شود، که در اینجا این بحث مطرح می‌شود که آیا چنین تقصیری در قلمروی نفوذ شرط قرار می‌گیرد یا خیر. بنابراین مقوله‌ی نقش تقصیر مشروط له در باب شرط تضمین مسئولیت ناظر به هر یک از این دو فرض می‌تواند باشد.^۱

۱. لازم به ذکر است که از جنبه‌ی موضوعی نیز معیارهای گوناگونی برای ارزیابی شمول یا عدم شمول یک شرط تضمین مسئولیت بر تقصیر مشروط علیه مطرح شده است. از میان این معیارها، به دلیل بدبینی و نگرش منفی قضات نسبت به شرط تضمین مسئولیت تأکید آنان بر لزوم تفسیر مضیق این شرط، آنچه که در اکثریت قریب به اتفاق ایالات کشور آمریکا Crawford v. Weather Shield Mfg., Inc. (2008); Simon v. Corbetta construction Co., Inc. (1975); Northwest Airlines v. Hughes Air Corp. (1985); Snohomish Cty. Public v. Firstgroup America (2012) و همچنین حقوق کشور انگلستان پذیرفته شده (Anne Roff, 2014: 1)، معیار تقصیر روشن و غیرمبهم (Clear and unequivocal negligence / Clear and unambiguous negligence) / (Clear and explicit negligence / Clear and unmistakable) است. مطابق این معیار، شرط تضمین مسئولیتی که در قرارداد درج شده است، تنها در حالتی تقصیر مشروط له را پوشش می‌دهد که قصد طرفین مبنی بر شمول شرط نسبت به تقصیر مشروط له به شکل روشن و بدون ابهام در قرارداد اعلام گردیده باشد، به گونه‌ای که هیچ معنای دیگری جز این را نتوان

مهم‌ترین استثنای وارد به اعتبار شرط تضمین مسئولیت، ارتکاب تقصیر مشدد از سوی ذینفع شرط یا همان مشروط له است. در حقوق فرانسه شرط تضمین مسئولیت ناشی از ارتکاب تقصیر عمدی مشروط له باطل است (MAZEAUD, 1932: 712; AUBTIN & PORTWOOD, 2001: 684).^۱ در حقوق آمریکا نیز به رغم وجود برخی نظرات مخالف (Mckeown, 2015: 376)،^۲ رویکرد غالب بی‌اعتباری چنین شرطی است.^۳ در خصوص ارتکاب تقصیر سنگین، موضع نظام‌های حقوقی فرانسه و آمریکا متفاوت است. در حالی که در حقوق فرانسه ارتکاب تقصیر سنگین هم از سوی دیوان عالی و هم از سوی دکتترین مانعی برای اعتبار این شرط دانسته نشده (MAZEAUD, 1932: 712)،^۴ در حقوق ایالات متحده جز در دو ایالت تگزاس و نیویورک که در آن‌ها آرای بی‌حاشی مخالف به چشم می‌خورد،^۵ در سایر ایالات رویکرد غالب بی‌اعتباری شرطی با این مختصات است.^۶ اما در خصوص تقصیر سبک، هرچند در نظام کامن‌لا پاره‌ای اظهارنظرهای قضائی در جهت بی‌اعتباری شرط تضمین مسئولیت در فرض ارتکاب تقصیر سبک از سوی مشروط له وجود دارد (Liddle, 1990: 35)،^۷ اما امروزه نگرش غالب در کشورهای همانند فرانسه،^۸ آمریکا،^۹ انگلستان^۱

از آن استنباط نمود. بنابراین صرف وجود عباراتی کلی و عام وجود چنین قصدی را اثبات نمی‌کند (Par Electrical Contractors, Inc. v. Blueline Rental LLC (2017)).

1. Cour De Cassation, 15 avril 1961, Publié au bulletin, N° 275; Cour De Cassation, Chambre Civile 2, 29 mars 1962, Publié au bulletin, N° 360.
2. Hamblin v. Lamont (2013); Martin K. Eby Constructions Company, Inc. v. Onebeacon Insurance Company (2014).
3. In re Joan and David Halpern Inc. (2000); Planters Gin v. Federal Compress (2002).
4. Cour De Cassation, 15 avril 1961, Publié au bulletin, N° 275; Cour De Cassation, Chambre Civile 2, 29 mars 1962, Publié au bulletin, N° 360.
5. Austro v. Niagara Mohawk Power Corp. (1985); Oxy USA, Inc. v. Southwestern Energy Prod. Co. (2005)
6. Planters Gin v. Federal Compress (2002); Hawkins ex rel. Hawkins v. Peart (2001).
7. Gillespie Bros & Co Ltd v Roy Bowles Transport Ltd [1973]; Davis v. Commissioner for Main Roads, 117 CLR 529 (1967).
8. Cour De Cassation, 15 avril 1961, Publié au bulletin, N° 275; Cour De Cassation, Chambre Civile 2, 29 mars 1962, Publié au bulletin, N° 360.
9. Ramirez v. Penske Truck Leasing Corp. (2017); Cortes v. Town of Brookhaven (2010).

انگلستان^۱ و کانادا^۲ اعتبار شرط در فرض ارتکاب این نوع تقصیر از جانب مشروط له است. البته هنوز در حقوق کشوری مثل نروژ، با استناد به اصل حسن نیت، ارتکاب تقصیر سبک را نیز سبب بی‌اعتباری شرط تضمین دانسته‌اند (Forarbeider, 2008: 23).

در مقام تبیین وضعیت نظام حقوقی ایران در باب اعتبار شرط تضمین مسئولیت در فرض ارتکاب تقصیر از جانب مشروط له باید گفت که مسلماً در نظامی که مفهوم تقصیر هنوز مبنای اصلی مسئولیت را تشکیل می‌دهد، استثنا نمودن مطلق تقصیر از شمول شرط تضمین مسئولیت تا حد زیادی این نهاد را به نهادی بی‌فایده تبدیل می‌کند. منابع قانونی ما نیز فاقد هرگونه حکمی در باب اعتبار شرط تضمین مسئولیت در فرض ارتکاب تقصیر هستند. به همین دلیل به ناچار باید برای سنجش اعتبار این شرط در چنین مواردی از قواعد حاکم بر نهادهای مشابه این شرط، یعنی بیمه‌ی مسئولیت و شرط عدم مسئولیت کمک گرفت. بر این اساس، اعتبار شرط تضمین مسئولیت در فرض ارتکاب تقصیر سبک و بی‌اعتباری آن در فرض وقوع تقصیر عمدی از سوی مشروط له، به وحدت ملاک با بیمه‌ی مسئولیت قابل تأیید به نظر می‌رسد. اما در باب تقصیر سنگین، باید قائل به تفکیک شد؛ شرط تضمین مسئولیت انعکاسی در چنین وضعیتی به دلیل تشابه نسبی آن با شرط عدم مسئولیت، به دلیل مخالفت با نظم عمومی همانند شرط اخیر باطل است، درحالی که باید شرط تضمین مسئولیت بیمه‌ای را به دلیل تشابه آن با بیمه‌ی مسئولیت، به مانند این نهاد معتبر شمرد.

۲. ارائه‌ی خدمت یا وظیفه‌ای عمومی: در مواردی که نهادی متکفل انجام خدمتی به عموم است، نمی‌تواند خود را در برابر مسئولیت ناشی از انجام نادرست این خدمت در کنف حمایت شرط تضمین مسئولیت قرار دهد. سبب چنین ممنوعیتی نیز آن است که گذشته از نتایج احتمالی فاجعه بار ناشی از بی‌احتیاطی در انجام این وظایف، چنین خدماتی اغلب در انحصار نهادهای عمومی است و استفاده‌کنندگان از این خدمات نیز چاره‌ای جز پذیرش شرایط ارائه‌کنندگان آن خدمت ندارند.^۳

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

1. Smith v. South Wales Switchgear Co. Ltd., [1978]; Gillespie Bros & Co Ltd v Roy Bowles Transport Ltd [1973]; Greenwich Millennium Village Ltd v Essex Services Group plc and others [2014].

2. Canada Steamship Lines LD., v. The King [1952].

3. Burgess Const. Co. v. State (1980).

۳. **عدم توازن قدرت اقتصادی طرفین:** یکی دیگر از موانع نفوذ شرط تضمین مسئولیت در جایی است که یکی از طرفین از لحاظ اقتصادی دست بالاتر را در معامله دارد. این وضعیت بیشتر در قراردادهای دولتی و همچنین قراردادهای الحاقی به چشم می‌خورد که در آن‌ها طرف دیگر معامله یا باید شرایط طرف مقابل را بپذیرد، یا از آن معامله چشم‌پوشی کند. شرط تضمین مسئولیت نمی‌تواند از جمله‌ی شروطی باشد که از سوی طرف دارای قدرت اقتصادی برتر بر طرف ضعیف تحمیل می‌شود. این محدودیت هم در حقوق فرانسه (VINEY & JOURDAIN, 2001: 679; AUBTIN & PORTWOOD, 2001: 407) و هم در حقوق آمریکا (Molavi, 2012: 263) وجود دارد. البته در حقوق ایران به دلیل فقدان مقررهای در باب بی‌اعتباری شروط غیرمنصفانه، دشوار بتوان شرط تضمین مسئولیت را در چنین مواردی باطل دانست.

۴. **مسئولیت ناشی از جرایم، صدمات جسمانی و فوت:** در نظام کامن‌لا یک شرط تضمین مسئولیت نمی‌تواند مسئولیت ناشی از جرم، صدمات جسمانی، فوت و مانند آن را پوشش دهد و شرط تضمین مسئولیت را در چنین مواردی خلاف نظم عمومی می‌دانند (AUBTIN & PORTWOOD, 2001: 681). در حقوق ایران، بعضی نویسندگان قرارداد تضمین مسئولیت را در مورد مسئولیت ناشی از جرم و غصب به دلیل نداشتن منفعت عقلایی مشروع و همچنین مخالفت با نظم عمومی باطل دانسته‌اند (Barikloo, 2018: 296). دیوان عالی کشور شرط تضمین مسئولیت ناشی از صدمات جسمانی و فوت را معتبر دانسته است.^۱ اگرچه این رویکرد دیوان عالی از لحاظ تحلیل اقتصادی ممکن است قابل توجیه باشد و در برخی موارد پشتوانه‌ای برای جبران زیان فراهم آورد، اما در جانب مقابل، در نقد این نظر ممکن است گفته شود معتبر دانستن شرط تضمین مسئولیت در چنین مواردی خلاف اخلاق حسنه است؛ به ویژه آن که در نظام کامن‌لا، با وجود آن که تحلیل اقتصادی از حقوق دارای جایگاه ویژه‌ای است، اما در این مورد، چنین شرطی را باطل دانسته‌اند. در مجموع می‌توان گفت که اگر بخواهیم چنین شروطی را با شرط عدم مسئولیت قیاس کنیم، باید آن‌ها را به طور کلی در چنین مواردی باطل بدانیم، و اگر قصد مانند کردن آن‌ها به بیمه

1. Judgment No. 14/452/92 dated 24/09/2013 issued by Chamber 14 of Supreme Court of Iran; Judgment No. 9109970222301515 dated 05/02/2013 issued by Chamber 23 Tehran Appeal Court.

را داشته باشیم، در خصوص مسئولیت ناشی از جرم و غصب باید آن‌ها را بی‌اعتبار و در مورد صدمات جسمانی و فوت ناشی از حوادث غیر عمدی، معتبر قلمداد نماییم. رویه‌ی دادگاه‌های ما می‌تواند با برگزیدن هر یک از این دو تحلیل، در این زمینه تعیین کننده باشد.

۵. سایر موارد: گذشته از موارد مزبور، درج شرط تضمین مسئولیت در برخی دیگر از زمینه‌ها نیز با محدودیت مواجه است، که از آن جمله می‌توان به قراردادهای مصرفی (ماده‌ی ۴ قانون شروط ناعادلانه انگلستان مصوب ۱۹۷۷؛ 851: Barnhizer, 2006)، اشاره نمود. در حقوق ایران، ماده‌ی ۷ قانون حمایت از حقوق مصرف‌کنندگان خودرو مصوب ۱۳۸۶ هر نوع توافق مستقیم یا غیرمستقیم بین عرضه‌کننده، واسطه‌ی فروش یا مصرف‌کننده که به موجب آن، تمام یا بخشی از تعهداتی که عرضه‌کننده بر طبق قانون مزبور و یا ضمانت‌نامه‌ی صادره برعهده دارد را ساقط نماید یا بر عهده‌ی واسطه‌ی فروش یا هر عنوان دیگری بگذارد، در برابر مصرف‌کننده باطل و بلااثر اعلام کرده است. از اطلاق این ماده ممکن است چنین استفاده شود که شرط تضمین مسئولیت نیز در زمره‌ی همین توافقات است. با وجود این، این احتمال نیز وجود دارد که این ماده ناظر به بطلان توافقی‌هایی باشد که با انتقال مسئولیت در صدد سلب مسئولیت عرضه‌کننده در برابر مصرف‌کننده هستند، در حالی که در شرط تضمین مسئولیت، مشروط له در برابر زیان‌دیده از مسئولیت معاف نمی‌گردد.

افزون بر موارد فوق، قراردادهای ساخت و ساز (Eckert & McBrearty, N. D.: 47 and n.) و قراردادهای طراحی حرفه‌ای (Dayes, 1996: 51) نیز از دیگر مواردی است که استفاده از شرط تضمین مسئولیت در آن‌ها با ممنوعیت مواجه است. علاوه بر این، در برخی از ایالات آمریکا قوانینی تحت عنوان «Anti-Indemnity Statute» یا «Anti-Indemnity Act» تصویب شده است که امکان توافق مبنی بر تضمین مسئولیت را در برخی زمینه‌ها با محدودیت‌هایی مواجه ساخته است.

۴. تأثیر بطلان جزئی شرط بر کل شرط

تأثیر بطلان جزئی شرط تضمین مسئولیت بر کل شرط در دو مرحله‌ی انعقاد شرط (بحث اعتبار شرط) و اجرای آن (بحث قلمروی نفوذ شرط) قابل بررسی است: فرض نخست، حالتی است که

شرط تضمین مسئولیت به واسطه‌ی کلی بودن و یا تصریح طرفین در مرحله‌ی انعقاد، هم تقصیر عمدی مشروط له و هم تقصیر سبک وی را شامل شود. در این فرض، پرسشی که مطرح می‌شود آن است که آیا بطلان شرط در آن قسمت که ناظر به تقصیر عمدی است، سبب بطلان بخش دیگر نیز می‌گردد؟ در پاسخ به این پرسش، رویه‌ی قضایی فرانسه به اعتبار بخش صحیح گرایش دارد و دکترین حقوقی این کشور نیز همین نظر را پذیرفته است (VINEY & JOURDAIN, 2001: 414). در حقوق آمریکا نیز در صورتی که بخش باطل تشکیل دهنده‌ی جزء اساسی مقررده‌ی صحیح نباشد، مقررده‌ی صحیح را معتبر دانسته‌اند.^۱ در حقوق ما نیز در زمینه‌ی شرط عدم مسئولیت امکان اعتبار جزئی از شرط قابل پذیرش است (Izanloo, 2004: 295 - 296)، که همین نظر در خصوص امکان تجزیه‌ی شرط تضمین مسئولیت نیز قابل قبول به نظر می‌رسد؛ زیرا چنین شرط تضمین مسئولیتی در واقع مرکب از دو شرط مجزا است: شرط تضمین مسئولیت ناشی از تقصیر عمدی و شرط تضمین مسئولیت ناشی از تقصیر سبک.

فرض دوم جایی است که شرط در مرحله‌ی انعقاد صرفاً برای پوشش تقصیر عمدی مشروط له تنظیم شده، اما در عمل، مشروط له مرتکب یک تقصیر سبک می‌شود. در اینجا این پرسش مطرح می‌شود که آیا باید در مقام اجرای شرط، تقصیر سبک را در قلمروی نفوذ شرط دانست و در نتیجه به شرط در چنین حالتی ترتیب اثر داد، یا باید آن را خارج از قلمروی نفوذ شرط محسوب داشت و شرط را در چنین وضعیتی بی‌اثر و غیرقابل اجرا دانست؟ در حقوق فرانسه چنین شرطی به طور کلی غیرقابل اجرا دانسته شده است.^۲ در آمریکا نظرات مختلف است؛ برخی با تعدیل شرط، آن را به دو مقررده‌ی جزئی تجزیه نموده و تا حد ممکن چنین شرطی را قابل اجرا می‌دانند، در حالی که بعضی دیگر، شرط را به کلی غیرقابل اجرا قلمداد می‌کنند (Carroll & Garzia, 2009: 618; Eckert & McBrearty, N. D.: 52; Mckeown, 2015: 350; Gray & Catt, 1990: 618). در حقوق ما ممکن است گفته شود زمانی که طرفین بر شمول شرط نسبت به تقصیر عمدی توافق کرده‌اند، به طریق اولی باید توافق آنان را شامل شمول شرط نسبت به تقصیر سبک مشروط علیه

1. Reesor v. Norman Yatooma & Associates, PC (2010).

۲. ر. ک.: Izanloo, 2004: 297.

نیز دانست و در نتیجه به آن ترتیب اثر داد. با وجود این، از آنجایی که بر خلاف فرض پیشین، این امر نوعی تعدیل قرارداد است، لذا دادرسی در این زمینه فاقد چنین اختیاری است. بنابراین در چنین فرضی باید قواعد عام مسئولیت جایگزین شرط گردد.

آثار شرط تضمین مسئولیت

آثار شرط تضمین مسئولیت از دو جنبه قابل بررسی است: ۱. آثار شرط در رابطه با طرفین؛ ۲. آثار شرط در رابطه با اشخاص ثالث.

۱. آثار شرط در رابطه با طرفین

در یک شمای کلی، اثر اصلی شرط تضمین مسئولیت تغییر نظام قانونی حاکم بر مسئولیت است (AUBTIN & PORTWOOD, 2001: 686; Duggan Vraa & Siekt, 2006: 1316; Devlin, 1984: 143). یعنی درج این شرط در قرارداد باعث می‌شود توزیع نهایی مسئولیت، نه بر مبنای سازوکار مقرر در قانون، که بر مبنای توافق طرفین صورت پذیرد. این توزیع در قالب انتقال نهایی بار مسئولیت از عهده‌ی مشروط له به عهده‌ی مشروط علیه صورت می‌گیرد. بدین سان، مشروط علیه متعهد به ایفای مسئولیت مشروط له می‌گردد و مشروط له نیز حق رجوع به مشروط علیه را به دست می‌آورد (AUBTIN & PORTWOOD, 2001: 686).

در باب اثر شرط تضمین مسئولیت در رابطه با طرفین، دو پرسش مهم مطرح می‌شود: ۱. حق مشروط له برای رجوع به مشروط علیه به چه هنگام ایجاد می‌شود؟ به عبارت دیگر، لحظه‌ی آغاز تعهد مشروط علیه در برابر مشروط له کدام است؟ ۲. حدود تعهد مشروط علیه در برابر مشروط له چقدر است؛ برای مثال، آیا مشروط علیه موظف به دفاع^۱ از مشروط له در برابر دعوای زیان‌دیده نیز هست؟

در پاسخ به پرسش نخست باید بین شرط تضمین مسئولیت پس از ایفا و شرط تضمین مسئولیت

۱. در نظام کامن‌لا تعهد به دفاع «Duty to defend» یا «Obligation to defend» به معنای تعهد بیمه‌گر یا مشروط علیه به دفاع از بیمه‌گذار یا مشروط له در برابر دعوای زیان‌دیده علیه او (بیمه‌گذار یا مشروط له) است که تخلف از انجام آن، سبب مسئولیت متعهد به پرداخت هزینه‌های دفاع، هزینه‌ی دادرسی، حق الوکاله و کیل و مانند آن می‌شود. برای ملاحظه بحث تفصیلی در زمینه حقوق بیمه ر.ک.: Katouzian & Izanloo, 2018: 101 and n.

پیش از ایفا قائل به تفکیک شد. همان طور که گفته شد، تعهد مشروط علیه در برابر مشروط له در شرط تضمین مسئولیت پس از ایفا، تعهد به جبران آن دسته از خساراتی است که به واسطه رجوع زیان دیده، به دارایی مشروط له وارد آمده است.^۱ بر این اساس، مادامی که رجوعی از سوی زیان دیده به مشروط له صورت نگرفته باشد، مسئولیت مشروط علیه در قبال مشروط له از قوه به فعل تبدیل نمی گردد؛ لذا حق رجوع مشروط له به مشروط علیه پس از رجوع زیان دیده به مشروط له و دریافت خسارت از او ایجاد می شود.^۲

در شرط تضمین مسئولیت پیش از ایفا، در نظام کامن لا لحظه ای ایجاد حق رجوع مشروط له به مشروط علیه را زمانی می دانند که مسئولیت مشروط له در برابر زیان دیده تثبیت شده و استقرار یافته باشد.^۳ در خصوص زمان تثبیت و استقرار این مسئولیت، در حقوق انگلستان (Chitty, 2012) و اکثر آرای صادره از دادگاه های آمریکا^۴ نظری پذیرفته که بر مبنای آن، این مسئولیت با صدور حکم دادگاه در دعوی زیان دیده علیه مشروط له (یا صدور رأی داور و یا صلح زیان دیده و مشروط له) است که ایجاد و تثبیت می شود؛ در نتیجه ملاک زمان صدور رأی دادگاه است و نه لحظه ورود خسارت. بنابراین، تا پیش از صدور حکم قطعی در دعوی زیان دیده علیه مشروط له، مشروط علیه هیچ گونه تعهدی در قبال رابطه حقوقی بین زیان دیده و مشروط له بر عهده ندارد. البته این نافی آن نیست که اگر طرفین به صراحت چنین تعهدی را برای مشروط علیه پیش بینی کرده باشند، بتوان چنین تعهدی را برای مشروط علیه پذیرفت.^۵

در خصوص لحظه ای ایجاد حق رجوع مشروط له به مشروط علیه در حقوق ما نیز همین تفکیک قابل پذیرش به نظر می رسد. بر این اساس، زمان آغاز تعهد (مسئولیت) مشروط علیه در برابر مشروط له در شرط تضمین مسئولیت پس از ایفا، لحظه ایفای مسئولیت مشروط له در برابر

1. Promise of compensation for loss / Compensatory indemnity

2. Marathon EG Holding Limited v. CMS Enterprises Company (2010); Smith International Inc. v. Egle Group LLC (2007); Amwest Surety Insurance Company v. Cardenas (2013).

3. Henthorne v. Legacy Healthcare, Inc. (2002); CRS Auto Parts, Inc. v. National grange mutual insurance company (2008); Great American Insurance Company of New York v. International Custom Products (2011).

4. Marathon EG Holding Limited v. CMS Enterprises Company (2010).

5. Burlington Northern v. C & NW Transp. CO. (1993).

زیان دیده و ورود کاستی ناشی از پرداخت خسارت به دارایی او (مشروط له) است؛ یعنی مشابه آنچه که در حوزه بیمه مسئولیت پذیرفته شده است (Katouzian & Izanloo, 2018: 121 and 127).

در مورد شرط تضمین مسئولیت پیش از ایفا، نیاز به توضیح است. در شرط تضمین مسئولیت ناشی از قرارداد، به محض نقض عهد مشروط له در برابر زیان دیده، مسئولیت او (مشروط له) در برابر زیان دیده و تبع آن مسئولیت مشروط علیه در برابر وی (مشروط له) محقق می‌شود. در شرط تضمین مسئولیت قهری، چنین به نظر می‌رسد که لحظه‌ی ایجاد مسئولیت مشروط علیه در برابر مشروط له، زمانی است که خسارتی از جانب شخص اخیر به زیان دیده وارد می‌آید. تأمل در مراحل مسئولیت قهری نیز بر این گفته مهر تأیید می‌زند. توضیح اینکه مسئولیت مدنی جریانی است که در آن «فعل موجب مسئولیت» سبب دین، «لحظه‌ی ورود خسارت» نقطه‌ی ایجاد مسئولیت، مرحله‌ی «صدور حکم» زمان اثبات دین و مقطع «پرداخت خسارت» نیز به عنوان اجرای دین، ارکان آن را تشکیل می‌دهند (Katouzian & Izanloo, 2018: 119). در حقوق ما بر خلاف نظام کامن‌لا، چنین به نظر می‌رسد که زمان صدور حکم نقشی در اصل ایجاد مسئولیت عامل زیان در برابر زیان دیده ندارد و حکم دادگاه از این نظر - و نه از نظر تعیین شیوه‌ی جبران خسارت - صرفاً جنبه‌ی اعلامی دارد. بنابراین به محض ورود خسارت از سوی مشروط له به زیان دیده، مسئولیت او در برابر شخص اخیر و به تبع آن مسئولیت مشروط علیه در برابر او (مشروط له) محقق می‌گردد. در پاسخ به سوال دوم درباره‌ی حدود تعهد ناشی از شرط تضمین مسئولیت در خصوص وظیفه‌ی مشروط علیه مبنی بر دفاع از مشروط له در برابر دعوی زیان دیده، گفته شده که توافق طرفین در قالب درج شرط اداره‌ی دادرسی^۱، جای هیچ‌گونه بحثی را در این زمینه باقی نمی‌گذارد.^۲ در فرض عدم وجود توافق، رویه‌ی قضائی^۳ و قانونی (بند ۴ و ۵ ماده‌ی ۲۷۷۸ قانون

1. Clause de direction du procès

2. Reyburn Lawn & Landscape Designers, Inc. v. Plaster Dev. Co. (2011).

3. Buchalter v. Levin (1967); Crawford v. Weather Shield Mfg., Inc. (2008); UDC-Universal Development, LP v. CH2M Hill (2010); New Life In Christ Full Gospel Church Corporation v. Los Angeles Regional Food Bank (2012); Tull Bros., Inc. v. Peerless Products, Inc. (2013).

مدنی کالیفرنیا) ایالت کالیفرنیا آمریکا چنین تکلیفی را برای مشروط علیه پذیرفته است؛ این در حالی است که در سایر ایالات این کشور اغلب چنین تکلیفی برای مشروط علیه شناخته نشده است (Riecken, 2010: 874 and n.). البته نویسندگان آمریکایی از پتانسیل پذیرش چنین تکلیفی برای مشروط علیه در حقوق سایر ایالات این کشور سخن گفته‌اند (Riecken, 2010: 843).

در بستر حقوق ایران، به مبحث دفاع مشروط علیه از مشروط له در برابر دعوای زیان‌دیده می‌توان از دو زاویه نگریست؛ نخست آن که دفاع از مشروط له را در برابر دعوای زیان‌دیده تکلیفی برای مشروط له بدانیم و دیگر آن که امکان ورود به این دعوا را به مثابه‌ی حقی برای او قلمداد نماییم.

از منظر ماهوی، اگرچه در شرط تضمین مسئولیت پیش از ایفا، لحظه‌ی آغاز تعهد مشروط علیه در برابر مشروط له، زمان ورود خسارت به زیان‌دیده است، اما از آنجایی که موضوع این تعهد صرفاً جلوگیری از ورود کاستی به دارایی مشروط له از طریق پرداخت خسارت به زیان‌دیده است و نه چیزی بیش از آن، لذا نمی‌توان تعهدی برای مشروط علیه مبنی بر دفاع از مشروط له در برابر دعوای زیان‌دیده شناخت. در جانب مقابل، می‌توان امکان ورود به این دعوا را در قالب حقی برای مشروط علیه مورد شناسایی قرار داد. در توجیه پذیرش این حق نیز باید گفت که سلب امکان ورود مشروط علیه به دعوای زیان‌دیده و مشروط له می‌تواند زمینه‌ی تبانی مشروط له و زیان‌دیده به ضرر مشروط علیه را از بین ببرد. وانگهی، مشروط علیه می‌تواند برای ایفای تعهد خود مبنی بر جلوگیری از ورود کاستی به دارایی مشروط له، از روش‌های گوناگونی از جمله مصالحه با زیان‌دیده و امثال آن استفاده نماید، که تلاش برای جلوگیری از صدور حکم علیه او (مشروط له) نیز در زمره‌ی همین شیوه‌ها قرار می‌گیرد.

از منظر شکلی و آیینی، می‌توان در قالب سازوکار ورود ثالث، بر مبنای ماده‌ی ۱۳۰ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی^۱، حق حضور مشروط علیه در دعوای

۱. ماده ۱۳۰: «هرگاه شخص ثالثی در موضوع دادرسی اصحاب دعوای اصلی برای خود مستقلاً حقی قابل باشد و یا خود را در محق شدن یکی از طرفین ذینفع بدانند، می‌تواند تا وقتی که ختم دادرسی اعلام نشده است، وارد دعوا گردد، چه اینکه رسیدگی در مرحله بدوی باشد یا در مرحله تجدیدنظر...».

زیان دیده علیه مشروط له را پذیرفت، زیرا اقل مراتب آن است که وی را در محق شدن مشروط له ذینفع بدانیم.

در خصوص قسم دیگر این شرط، یعنی شرط تضمین مسئولیت پس از ایفاء، چنین به نظر می‌رسد که نمی‌توان تعهدی برای مشروط علیه برای دفاع از مشروط له شناخت، زیرا مادامی که خسارتی از جانب مشروط له به زیان دیده پرداخته نشود، تعهد مشروط علیه در برابر مشروط له، فعلیت نمی‌یابد. درباره‌ی امکان ورود مشروط علیه به دعوی زیان دیده علیه مشروط له، ممکن است گفته شود که چنین امکانی منتفی است، زیرا از لحاظ شکلی، دشوار بتوان صرف احتمال ورود خسارت به دارایی مشروط علیه را به عنوان مبنای ورود او به دعوی مشروط له و زیان دیده دانست، چراکه برخلاف شرط تضمین مسئولیت پیش از ایفاء، در اینجا به صرف صدور حکم علیه مشروط له، دارایی مشروط علیه در معرض تهدید قرار نمی‌گیرد که بتوان دفع آن تهدید را نفع مسلم توجیه کننده‌ی ورود به دعوا دانست. با وجود این، به نظر می‌رسد که در این فرض نیز شرط مقرر در ماده‌ی ۱۳۰ قانون آیین دادرسی مدنی مبنی بر ذینفعی ثالث (مشروط علیه) در محق شدن یکی از طرفین (مشروط له) محقق است.

۲. آثار شرط تضمین مسئولیت در رابطه با اشخاص ثالث

آثار شرط تضمین مسئولیت نسبت به اشخاص ثالث از دو منظر قابل بررسی است: نخست قابلیت استناد به شرط از سوی اشخاص ثالث و دوم قابلیت استناد به آن در برابر اشخاص ثالث.

۲.۱. استناد به شرط تضمین مسئولیت از سوی اشخاص ثالث

این بحث از دو جنبه قابلیت بررسی دارد: یکی فرضی که در آن شخص ثالث وارد آورنده‌ی زیان با هدف گریز از بار مسئولیت، قصد استناد به شرط را دارد و جنبه‌ی دیگر فرضی است که در آن شخص ثالث زیان دیده می‌خواهد از این شرط برای رجوع مستقیم به مشروط علیه استفاده نماید.

۲.۱.۱. استناد به شرط تضمین مسئولیت از سوی عامل زیان

این حالت اغلب زمانی حادث می‌شود که شرط تضمین مسئولیتی بین دو طرف منعقد شده و

یکی از مباشرین مشروط له (مثلاً کارگر او)، یا شخصی که با انعقاد قراردادی فرعی، نقش مشروط له را در رابطه‌ی حقوقی بین طرفین قرارداد اصلی عهده‌دار شده (مانند پیمانکار جزء)، زیانی به مشروط علیه وارد می‌آورد و سپس در مقام دفاع از خود در دعوی مشروط علیه بر خود، به شرط تضمین مسئولیت بین مشروط له و خواهان (مشروط علیه) استناد می‌کند. در اینجا پرسش آن است که آیا این شرط از سوی چنین شخصی قابل استناد است یا خیر؟ در حقوق انگلستان از سال ۱۹۹۹ میلادی به بعد، با تصویب قانون حقوق اشخاص ثالث^۱ پاسخ این پرسش در دو صورت مثبت است: یا چنین حقی در قرارداد برای او به صراحت تعیین شده باشد و یا آن که شرط متضمن نفعی برای او باشد (ماده ۱)؛ البته اگر مشخص شود که طرفین چنین قصدی نداشته‌اند، امکان استناد به شرط از سوی ثالث منتفی می‌گردد. دادگاه عالی انگلستان در رأی به سال ۲۰۰۵ میلادی، با استناد به همین قانون، به مالک یک کشتی اجازه داده است تا به تعهدنامه‌ی جبران خسارت بین ارسال‌کننده و دریافت‌کننده کالا استناد نماید.^۲

در حقوق آمریکا این نظر پذیرفته شده که شخص ثالث فقط در صورتی می‌تواند به تسری آثار شرط تضمین مسئولیت نسبت به خود استناد نماید که یا وجود چنین قصدی از سوی طرفین به روشنی ابراز گردیده باشد^۳ یا شخص ذینفع اثبات نماید که طرفین قصد رساندن نفع مستقیمی به او را داشته‌اند.^۴

در حقوق ایران در زمینه‌ی شرط عدم مسئولیت، امکان استناد به شرط از سوی مباشرین مشروط له قابل پذیرش است.^۵ در باب شرط تضمین مسئولیت هم به نظر بتوان بر مبنای نهاد شرط به نفع ثالث، امکان استناد به شرط از سوی اشخاص مزبور را برگزید. به ویژه باید به این نکته توجه داشت که از این شرط اغلب در زمینه‌هایی همچون عملیات اجرایی پروژه‌ها در صنعت نفت و گاز، قراردادهای پیمانکاری و مانند آن استفاده می‌شود که اجرای آن‌ها مستلزم استفاده از اشخاص ثالث است. لذا می‌توان این قصد ضمنی را به طرفین نسبت داد که ذینفع اصلی چنین شرطی را

1. Rights of Third Parties Act 1999

2. Laemthong International Lines Ltd v Artis and Others [2005].

3. Denny's Inc. v. Avesta Enterprises, Ltd. (1994).

4. Teter v. Morris (1982).

۵. ر. ک.: Izanloo, 2004: 258 and n.

نیروی کار انسانی دخیل در فرایند اجرای قرارداد در نظر گرفته‌اند. بنابراین، می‌توان گفت که اساساً منتفع شدن ثالث از شرط، هدف توافق ناظر به تضمین مسئولیت است، هرچند این امر مورد تصریح قرار نگرفته باشد.

۲.۱.۲. استناد به شرط تضمین مسئولیت از سوی زیان‌دیده

حقوقدانان فرانسوی بر مبنای اصل نسبی بودن قراردادها، حتی در فرضی که شرط حاوی نفعی برای شخص ثالث است، بازهم امکان استناد به شرط تضمین مسئولیت از سوی زیان‌دیده را برای اقامه دعوای مستقیم بر مشروط علیه نپذیرفته‌اند (MAZEAUD, 1932: 712). این نظر در حقوق ما نیز قابل تأیید است، زیرا گذشته از تصریح ماده‌ی ۲۳۱ قانون مدنی^۱ بر محدود بودن اثر قراردادها نسبت به طرفین، اساساً کارکرد شرط تضمین مسئولیت، صرفاً تنظیم رابطه‌ی حقوقی بین طرفین قرارداد است. وانگهی، بر خلاف فرض استناد به شرط از سوی ثالث واردآورنده‌ی زیان، در اینجا نمی‌توان انتفاع ثالث زیان‌دیده از شرط را هدف توافق ناظر به تضمین مسئولیت دانست و چنین رجوعی را در قالب شرط به نفع ثالث توجیه نمود، زیرا در شرط به نفع ثالث، سودی که از شرط به شخص ثالث می‌رسد، باید هدف قرارداد باشد. همچنین نمی‌توان به قیاس از حق مستقیم زیان‌دیده بر بیمه‌گر در زمینه‌ی بیمه‌ی مسئولیت، حق مستقیمی برای رجوع به مشروط علیه را به نفع زیان‌دیده قائل شد، زیرا حقوق بیمه به مرور زمان تغییر هدف داده و در آن اندیشه‌ی حمایت از بیمه‌گذار جای خود را به اندیشه‌ی حمایت از زیان‌دیده داده است (Katouzian & Izanloo, 2018: 164)؛ این در حالی است که شرط تضمین مسئولیت فاقد جنبه‌ی حمایتی است و رسالت آن تنظیم رابطه‌ی حقوقی بین مشروط له و مشروط علیه است. به علاوه، منابعی (قانون، عرف، رویه‌ی قضائی و دکترین) هم که دعوای مستقیم زیان‌دیده علیه بیمه‌گر را تجویز می‌کنند (Katouzian & Izanloo, 2018: 180 and n.)، دست کم تاکنون در زمینه‌ی شرط تضمین مسئولیت وجود چنین حقی را برای زیان‌دیده نپذیرفته‌اند.

با وجود این، لازم به ذکر است که در صورت توافق صریح طرفین، مانعی برای پذیرش چنین

۱. ماده ۲۳۱: «معاملات و عقود فقط درباره طرفین متعاملین و قائم مقام قانونی آنها موثر است مگر در مورد ماده ۱۹۶».

حقی برای شخص ثالث وجود ندارد. همچنین، این امر نافی آن نیست که ثالث زیان دیده بتواند بر مبنای ماده ۸۷ قانون اجرای احکام مدنی،^۱ توقیف طلبی را که در اثر تخلف مشروط علیه از اجرای شرط تضمین مسئولیت پیش از ایفا به نفع مشروط له و بر ذمه‌ی او (مشروط علیه) ایجاد می‌شود، مطالبه نماید.

۲.۲. استناد به شرط تضمین مسئولیت در برابر اشخاص ثالث

در حقوق فرانسه این نظر پذیرفته شده که به دلیل عدم دخالت زیان دیده در فرایند انعقاد شرط تضمین مسئولیت، این شرط اثری نسبت به مسئولیت عامل زیان در برابر او ندارد و تنها اثر آن این است که حق رجوع به مشروط علیه را به مشروط له می‌دهد (VINEY, 2001: 407; MAZEAUD, 1932: 712). دیوان عالی فرانسه نیز به صراحت بر این نکته تأکید نموده که شرط تضمین مسئولیت در برابر زیان دیده قابل استناد نیست و تأثیری بر مسئولیت عامل زیان در برابر او ندارد.^۲

در حقوق ایران، بر مبنای اصل نسبی بودن قراردادها که در ماده ۲۳۱ قانون مدنی منعکس گردیده است، نمی‌توان شرط تضمین مسئولیت را در برابر شخص ثالث زیان دیده قابل استناد دانست.^۳ افزون بر این، زمانی که بپذیریم شرط تضمین مسئولیت در حالت عادی نمی‌تواند حقی را به سود ثالث ایجاد نماید، به طریق اولی نمی‌توان پذیرفت که چنین شرط بتواند وضعیتی را به زیان او به وجود آورد. این نظر در رویه‌ی قضائی ایران رویکرد غالب است و دادگاه‌ها توافق بین مشروط له و مشروط علیه شرط تضمین مسئولیت را رافع مسئولیت مشروط له در برابر زیان دیده

۱. ماده ۸۷: «هرگاه مال متعلق به محکوم علیه نزد شخص ثالث اعم از حقوقی یا حقیقی باشد یا مورد درخواست توقیف، طلبی باشد که محکوم علیه از شخص ثالث دارد اختاری در باب توقیف مال یا طلب و میزان آن به پیوست رونوشت اجرائیه به شخص ثالث ابلاغ و رسید دریافت می‌شود و مراتب فوراً به محکوم علیه نیز ابلاغ می‌گردد».

2. Cour de Cassation, Chambre Civile 2, 15 avril 1961, Publié au bulletin, N° 275.

۳. برای ملاحظه نظر موافق ر. ک.: Barikloo, 2018: 296.

ندانسته‌اند.^۱

دیوان عالی کشور نیز چنین توافقی را اسقاط حق و تکلیف ندانسته است؛^۲ بدین معنا که درج

۱. «توافق و اخوانان و دو نفر دیگر از محکوم علیهم دادنامه و اخواسته در خصوص تقسیم یا انتقال مسئولیت نمی‌تواند نسبت به و اخواندگان که ثالث باشند مؤثر باشد»:

Judgment No. 793 dated 18/06/2011 issued by Chamber 116 Tehran Public Civil Court;
«شروط مندرج در سند رسمی ۱۱۹۷۰ مورخ ۸۳/۶/۲۶ بر این اساس که شرکت تعاونی مسکن کارکنان جهاد کشاورزی پاسخگوی ثالث باشد ... با توجه به اصل نسبی بودن قراردادها این شروط قابل تسری به خواهان نبوده و صرفاً بین خوانندگان لازم‌الوفاء است»:

Judgment No. 5/6/90-0413 dated 27/08/2017 issued by Chamber 213 Tehran Public Civil Court;
«متولی انجام عملیات عمرانی در سطح شهر، شهرداری است و سپردن عملیات مذکور به شرکت‌های پیمانکاری رافع مسئولیت شهرداری نسبت به شهروندان نیست و اگر قصور از ناحیه پیمانکاران در ارتباط با قرارداد با شهرداری صورت گرفته باشد مطابق شرایط قرارداد پاسخگو به شهرداری خواهد بود»:

Judgment No. 9109970221501683 dated 17/03/2013 issued by Chamber 15 Tehran Appeal Court;
«واگذاری امور شهری به پیمانکار چیزی از مسئولیت و وظایف شهرداری که مطابق قانون سپرده شده، نمی‌کاهد البته چنانچه پیمانکار به قرارداد فی ما بین با شهرداری عمل نکرده و خسارتی متوجه شهرداری شده می‌تواند به پیمانکار مراجعه نماید»:

Judgment No. 9109970223701410 dated 16/02/2013 issued by Chamber 37 Tehran Appeal Court;
همچنین در پرونده‌ای دیگر دادگاه در رد ادعای خواننده مبنی بر پذیرش مسئولیت از سوی پیمانکار به موجب قرارداد چنین اعلام نموده است: «وجود قراردادهای بین اشخاص در این گونه موارد که عرفاً و علی‌الرسم مراعات آن از ناحیه‌ی کارفرما هم لازم می‌باشد، نسبت به اشخاص ثالث بی‌اثر بوده»:

Judgment No. 9109970229000953 dated 20/11/2012 issued by Chamber 30 Tehran Public Civil Court;
در رأی دیگر دادگاه در خصوص قابلیت استناد به شرط تضمین مسئولیت در برابر اشخاص ثالث چنین اظهار داشته: «قرارداد خصوصی خوانندگان ارتباطی به اشخاص ثالث ندارد و میان خود آن‌ها مؤثر می‌باشد»:

Judgment No. 930-236 dated 11/06/2014 issued by Chamber 216 Tehran Public Civil Court;
همچنین رجوع شود به:

Judgment No. 9309970270400010 dated 08/04/2014 issued by Chamber 59 Tehran Appeal Court.

2. Judgment No. 14/452/92 dated 24/09/2013 issued by Chamber 14 of Supreme Court of Iran.

این شرط در قرارداد باعث اسقاط حق زیان دیده در برابر عامل زیان و رافع تکلیف شخص اخیر در قبال زیان دیده نخواهد بود. به رغم این، آرای و وجود دارد که در آن‌ها دادگاه با اتخاذ رویکردی قابل انتقاد، وجود توافقی‌هایی از این دست را در برابر زیان دیده قابل استناد دانسته و به تبع آن به عدم مسئولیت عامل زیان (مشروط له) در برابر او حکم داده است. برای نمونه، در یکی از این پرونده‌ها، خواهان دادخواستی را مبنی بر مطالبه خسارت ناشی از گودبرداری غیراصولی در ملک خوانده، تقدیم دادگاه می‌نماید. خوانده در مقام دفاع، به قرارداد خود با شرکتی استناد می‌کند که وظیفه‌ی گودبرداری را برعهده داشته که در آن مسئولیت هرگونه خسارت به ساختمان‌های مجاور برعهده‌ی شرکت گذاشته شده بود. دادگاه با پذیرش این دفاع، بر اساس توافق طرفین مبنی بر تضمین مسئولیت، دعوای خواهان را رد می‌کند.^۱

به همین ترتیب در پرونده‌ای دیگر، دادگاه با استناد به بند «ب» ماده ۲۱ شرایط عمومی پیمان دعوای زیان دیده علیه عامل زیان (مشروط له) را مردود دانسته است.^۲ بند مزبور چنین مقرر می‌دارد: «پیمانکار در چارچوب مقررات و دستورالعمل‌های حفاظت فنی و بهداشت کار، مسئول خسارت‌های وارد شده به شخص ثالث در محوطه کارگاه است و در هر حال، کارفرما در این مورد هیچ نوع مسئولیتی برعهده ندارد». در نقد رأی مذکور می‌توان گفت، گذشته از آن که اساساً شرایط عمومی پیمان از قدرت قانون برخوردار نیست و اعتبار آن ریشه در توافق طرفین دارد، مفاد بند مذکور خود یک شرط تضمین مسئولیت است که به هیچ عنوان در مقام بیان سلب مسئولیت کارفرما در برابر اشخاص ثالث نیست، بلکه صرفاً ناظر به تنظیم رابطه‌ی حقوقی بین

1. Judgment No. 29/9/91-648 dated 19/12/2012 issued by Chamber 16 Tehran Appeal Court;

البته این رأی در مرحله‌ی تجدید نظر نقض شده است؛ رجوع شود به:

Judgment No. 9209970221200221 dated 20/05/2013 issued by Chamber 12 Tehran Appeal Court.

برای ملاحظه‌ی رویکرد مشابه که در آن دادگاه توافق مبنی بر انتقال مسئولیت بین کارفرما و پیمانکار را مورد پذیرش قرار داده است، رجوع شود به:

Judgment No. 9209970221001554 dated 02/02/2014 issued by Chamber 10 Tehran Appeal Court.

2. Judgment No. 9209972109200646 issued by Chamber 16 Tehran Appeal Court.

پیمانکار و کارفرما است. در تأیید این نظر می‌توان به یکی از آرای صادره از شعبه ۱۸۵ دادگاه عمومی حقوقی تهران اشاره نمود که در آن، دادگاه دفاعیات خوانده مبنی بر مسئول بودن پیمانکار در برابر زیان دیده را وارد تشخیص نداده است.^۱

۳. آیین رسیدگی به دعاوی ناشی از شرط تضمین مسئولیت

از آنجا که در شرط تضمین مسئولیت پس از ایفا با پرداخت خسارت از سوی مشروط له به زیان دیده است که حق اقامه دعوی مشروط له در برابر مشروط علیه ایجاد می‌شود، لذا در مقام رسیدگی به دعاوی ناشی از این شرط، دادگاه در صورتی که وقوع پرداخت توسط مشروط له را احراز ننماید، دعوی او را علیه مشروط علیه نمی‌پذیرد. دادگاه‌های آمریکا در چنین مواردی به همین شیوه عمل می‌کنند.^۲

در باب آیین رسیدگی به دعاوی ناشی از شرط تضمین مسئولیت پیش از ایفا، رویه‌ی دادگاه‌های آمریکا بر این منوال است که پس از اقامه‌ی دعوی زیان دیده علیه مشروط له، مشروط له در ابتدا از مشروط علیه می‌خواهد که یا از او در برابر دعوی زیان دیده دفاع کند، یا خسارات وارد به وی را بپردازد. در صورتی که مشروط علیه از اجابت این درخواست استنکاف ورزد، آنگاه مشروط له می‌تواند به طرح دعوا علیه او مبادرت نماید و با استناد به شرط تضمین مسئولیت، از دادگاه بخواهد که با صدور رأی اعلامی^۳ وی را به پرداخت خسارت زیان دیده محکوم کند.^۴ البته این وضعیت محدود به مواردی است که مشروط علیه نقشی در ایجاد زیان نداشته باشد؛ در غیر این صورت، زیان دیده دعوی مسئولیت را علیه مشروط له و مشروط علیه طرح می‌کند و سپس مشروط له با استناد به شرط تضمین مسئولیت، با طرح دعوی عرضی^۵ بر مشروط علیه، از دادگاه

1. Judgment No. 9109970229000953 dated 20/11/2012 issued by Chamber 30 Tehran Public Civil Court.

2. San Pedro Properties, Inc. v. Sayre & Toso, Inc. (1962); Sunset-Sternau Food Co. v. Bonzi (1964); Gribaldo, Jacobs, Jones v. Agrippina Versicherungen (1970).

3. **Declaratory judgment**

4. Goldman v. Ecco-Phoenix Elec. Corp. (1964); Tubb v. Bartlett (1993).

5. Cross claim

صدور حکم مبنی بر محکومیت وی به جبران خسارت وارد به زیان‌دیده را درخواست می‌کند.^۱ درباره‌ی آیین رسیدگی به دعاوی ناشی از شرط تضمین مسئولیت پیش از ایفا، این ایراد شکلی مطرح می‌شود که در این نوع از شرط تضمین مسئولیت که حق اقامه دعاوی مشروط له بر مشروط علیه با صدور حکم دادگاه ایجاد و تثبیت می‌شود؛ در این صورت امکان محکوم نمودن مشروط علیه به ایفای مسئولیت مشروط له در برابر زیان‌دیده، در حالی که هنوز حکمی علیه مشروط له صادر نشده است، چگونه قابل توجیه است؟ دادگاه‌های ایالات متحده ضمن پذیرش این ایراد، در توجیه آن گفته‌اند که پذیرش دعاوی عرضی مشروط له در برابر مشروط علیه در این گونه موارد به دلیل مساعدت و تسهیل دادخواهی بین طرفین است، زیرا اقامه‌ی چنین دعوایی از سوی مشروط له بر مشروط علیه امری محتمل است.^۲

در حقوق ایران، آیین رسیدگی به دعاوی ناشی از شرط تضمین مسئولیت پس از ایفا نباید تفاوتی با نظام کامن‌لا داشته باشد و مشروط له صرفاً پس از پرداخت خسارت زیان‌دیده است که می‌تواند به مشروط علیه رجوع کند؛ در غیر این صورت دعاوی او باید رد شود. اما در خصوص آیین رسیدگی به دعاوی ناشی از شرط تضمین مسئولیت پیش از ایفا، از آنجایی که محدودیت موجود در نظام کامن‌لا مبنی بر لزوم صدور حکم دادگاه در دعاوی زیان‌دیده علیه مشروط له برای امکان اقامه‌ی دعاوی مشروط له بر مشروط علیه وجود ندارد، مشروط له می‌تواند در دعاوی زیان‌دیده علیه خود، با استناد به شرط تضمین مسئولیت، مشروط علیه را به دادرسی جلب کند و الزام او به ایفای مسئولیت را از دادگاه درخواست نماید. در این صورت دادگاه مشروط علیه را در برابر مشروط له، و نه شخص ثالث زیان‌دیده، به جبران خسارت ثالث محکوم خواهد کرد. این شیوه به دلیل آن که موجب رسیدگی توأمان و کاهش تعدد دعاوی می‌گردد، از منظر اقتصادی نیز کارایی مطلوب‌تری دارد.

1. Bond Diamond Company v. Wilson (1959); Burns & McDonnell ENG. v. Torson Const. (1992).

2. Barb v. Farmers Insurance Exchange (1955); Bond Diamond Company v. Wilson (1959); Burns & McDonnell ENG. v. Torson Const. (1992).

نتیجه

۱. شرط تضمین مسئولیت به عنوان یکی از ابزارهای تخصیص ریسک اقتصادی، سبب انتقال مسئولیت از عهده‌ی مشروط له به عهده‌ی مشروط علیه می‌گردد. این انتقال به گونه‌ای نیست که مشروط له (عامل زیان) را در برابر زیان دیده معاف از مسئولیت کند یا مشروط علیه را متضامناً در کنار عامل زیان، در برابر زیان دیده مسئول نماید. کارکرد این شرط صرفاً تنظیم رابطه‌ی حقوقی بین مشروط له و مشروط علیه است؛ در نتیجه باید چنین انتقالی را «انتقال بار نهایی مسئولیت» خواند. در حقوق ایران، عدم قابلیت استناد به این شرط در برابر زیان دیده، نگرش غالب در رویه‌ی قضائی است، اما با وجود این، معدودی از آرای مخالف هم به چشم می‌خورد.

۲. نهاد شرط تضمین مسئولیت که نهادی متمایز از بیمه‌ی مسئولیت و شرط عدم مسئولیت است، در بسیاری از نظام‌های مهم حقوقی اصولاً معتبر دانسته می‌شود. با وجود این، نمی‌توان انکار کرد که دادگاه‌ها عموماً با دیده‌ی تردید به آن نگرسته و آن را به صورت مضیق تفسیر می‌کنند. به همین دلیل، به منظور صیانت از نظم عمومی، موانع مهمی برای اعتبار این شرط مقرر شده که مهم‌ترین آن‌ها ارتکاب تقصیر مشدد از سوی ذینفع شرط است. البته موضع نظام‌های حقوقی در قبال برخورد با این شرط بر اساس شدت تقصیر ارتکابی متمایز است؛ برای نمونه در نظام کامن‌لا اصولاً در مقایسه با حقوق فرانسه برخورد سخت‌گیرانه‌تری با این مقوله می‌شود.

۴. در بستر حقوق ایران، این شرط به ویژه در قراردادهای صنعت نفت و گاز، قراردادهای پیمانکاری و پروژه‌های واگذاری فعالیت‌های خدماتی و عمرانی از سوی دستگاه‌های دولتی و عمومی غیردولتی به بخش خصوصی مورد استفاده قرار می‌گیرد. استقرا در آرای صادره از دادگاه‌های ایران، پذیرش اصل اعتبار این شرط را نشان می‌دهد. حتی می‌توان گفت، رویه‌ی قضائی ایران در مقایسه با سایر نظام‌های حقوقی، برخورد سهل‌گیرانه‌تری با این شرط دارد؛ زیرا در برخی از مواردی که در نظام‌های کامن‌لا و فرانسه این شرط را بی‌اعتبار دانسته‌اند، دادگاه‌های ما آن را مورد پذیرش قرار داده‌اند و چندان خود را پایبند به تفسیر مضیق آن ندانسته‌اند. با وجود این، اعتبار این شرط در فرض ارتکاب تقصیر عمدی یا سنگین از سوی مشروط له در حقوق ایران غیرقابل پذیرش است.

References

- [1] Am. Nurses Ass'n v. Passaic Gen. Hosp., 471 A.2d 66-NJ: Appellate Div. (1984).
- [2] American States Insurance Company v. Williams, 278 NE 2d 295 - Ind: Court of Appeals, 3rd Dist. (1972).
- [3] Amwest Surety Insurance Company v. Cardenas, Dist. Court, ND Texas (2013).
- [4] Aubtin, Yann, Portwood, Tim. (2001). "Les clauses r ciproques d'abandon de recours et de garanties contre les recours des tiers". RDAI/IBLJ. (In french).
- [5] Austro v. Niagara Mohawk Power Corp., 66 NY 2d 674 - NY: Court of Appeals (1985).
- [6] Bae Systems Land & Armaments, LP v. IBIS TEK, LLC, Dist.Court, Minnesota (2016).
- [7] Barb v. Farmers Insurance Exchange, 281 SW 2d 297 - Mo: Supreme Court, 1st Div. (1955).
- [8] Barnhizer, Daniel D. (2006). "Power, inequality and the bargain: the role of bargaining power in law of contract - symposium introduction". Michigan state law review, Vol. 2006:841. (In english).
- [9] Bond Diamond Company v. Wilson, 325 SW2d 63 - Mo: Court of Appeals, Western Dist. (1959).
- [10] Booth, Peter J. (N.D.). "Problems with contractual indemnities and how to avoid them". Victorian bar. (In english).
- [11] Buchalter v. Levin, 252 Cal. App. 2d 367 - Cal: Court of Appeal (1967).
- [12] Burlington Northern v. C & NW Transp. CO., 851 SW 2d 28 - Mo: Court of Appeals, Western Dist. (1993).
- [13] Burgess Const. Co. v. State, 614 P. 2d 1380 - Alaska: Supreme Court (1980).
- [14] Burns & McDonnell ENG. v. Torson Const., 834 SW 2d 755 - Mo: Court of Appeals, Western Dist. (1992).
- [15] Campbell Black, Henry. (1968). Black's Law Dictionary. fourth edition, Saint Paul, West Publishing Co. (In english).
- [16] Canada Steamship Lines LD., v. The King [1952] A.C. 192.
- [17] Chitty, Joseph. (2012). Chitty on contracts. Vol. 1, thirty-first edition, Sweet & Maxwell, London. (In english).
- [18] Cincinnati Ins. Co. v. Quorum management Corp., 186 F.Supp.3d 1307 - Dist.Court, MD Florida (2016).
- [19] Cohen v. Five Brooks Stable, 72 Cal. Rptr.3d471 - Cal: Court of Appeal, 1st Appellate Dist., 2nd Div. (2008).
- [20] Cortes v. Town of Brookhaven, 78 AD 3d 642 - NY: Appellate Div., 2nd Dept. (2010).
- [21] Cour de cassation, Chambre civile 2, 29 mars 1962, N  360.
- [22] Cour de cassation, 15 avril 1961, Publié au bulletin, N  275.
- [23] Courtney Wayne. (2014). Contractual indemnities. Oxford, Hart Publishing. (In english).

- [24] Crawford v. Weather Shield Mfg., Inc., 187 P. 3d 424 - Cal: Supreme Court (2008).
- [25] CRS Auto Parts, Inc. v. National grange mutual insurance company, Dist. Court, ED Pennsylvania (2008).
- [26] Davis v. Commissioner for Main Roads, 117 CLR 529 (1967).
- [27] Dayes, Trey. (1996). "Drafting a limited liability clause that will pass the scrutiny of the Utah courts". BYU journal of public law, Vol. 10. (In english).
- [28] Denny's Inc. v. Avesta Enterprises, Ltd., 884 SW 2d 281 - Mo: Court of Appeals, Western Dist. (1994).
- [29] Devlin, Cathleen M. (1984). "Indemnity and exculpation: Circle of confusion in the courts", Emroy law journal, Vol. 33. (In english).
- [30] Duggan Vraa, Paula, Sitektt, Steven M. (2006). "Public policy consideration for exculpatory and indemnification clause: Yang v. Voyagaire houseboats Inc.". William Mitchell law review, Vol. 32:4. (In english).
- [31] Esmein, Paul. (1926). Les clauses de non responsabilité, Revue trimestrielle de droit civil. (In french).
- [32] Evans, Michael J. (1980). "Exculpation and indemnification agreements in Alabama". Cumberland law review, Vol. 11:183. (In english).
- [33] Farstad v. Enviroco [2010] UKSC18.
- [34] Financial Casulaty & Surety, Inc. v. Zouvelos, Dist.Court, ED New York (2017).
- [35] Firma C-Trade S.A. v. Newcastle Protection and Indemnity Association (The Fanti) 2A.C.1 (1991).
- [36] Fontaine, Marcel. (1985). "Les clauses limitative et exonératoires de responsabilité et de garantie dans les contrats internationaux". R.D.A.I./I.B.L.J. (In french).
- [37] Fontaine, Marcel. (2013). "Assurance par un non-assureur - clauses de prise en charge de risques, conventions de garantie et contrat d'assurance". Revue générale de droit civil belge, Vol. 27, No.10. (In french).
- [38] Forarbeider, Svenske. (2008). Indemnity and Hold harmless clause, Department of private law, Faculty of law, University of Oslo. (In english).
- [39] Garner Brayan A. (2011). "Indemnify". 15 Green bag 2D. (In english).
- [40] Gerald T., Wetherington. (1980) "Tort indemnity in Florida", Florida state university law review, Vol. 8. (In english).
- [41] Gillespie Bros & Co Ltd v Roy Bowles Transport Ltd [1973].
- [42] Goldman v. Ecco-Phoenix Elec. Corp., 62 Cal. 2d 40 - Cal: Supreme Court (1964).
- [43] Gosdin, James L. (2007). Title insurance: A comparehensive overview, third edition, Chicago, Section of real peoperty, probate and trust law. (In english).
- [44] Great American Insurance Company of New York v. International Custom Products, Inc., Dist. Court, WD Pennsylvania (2011).
- [45] Greenwich Millennium Village Ltd v Essex Services Group plc and others

- [2014] EWCA Civ 960
- [46] Gray JR, James C., Catt, Lisa D. (1990). "The law of indemnity in South Carolina", South Carolina law review, Vol. 41. (In english).
- [47] Gribaldo, Jacobs, Jones v. Agrippina Versicherungen, 476 P.2d 406 - Cal:Supreme Court (1970).
- [48] Hal O., Carroll, Vandevveer, Garzia. (2009). "A table of two statutes", The Journal of insurance and indemnity law, Vol. 2, No. 4. (In english).
- [49] Hamblin v. Lamont, 433 SW 3d 51 - Tex: Court of Appeals, 4th Dist. (2013).
- [50] Harrington Robert E. (1986). "Alaska's public duty exception: Restraints upon the right to contractual indemnity". Alaska law review, Vol. 3:331. (In english).
- [51] Harteley, Trevor C. (1976). The law of suretyship and indemnity in the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and Ireland, Commission of the European communities. (In english).
- [52] Hawkins ex rel. Hawkins v. Peart, 37 P. 3d 1062 - Utah: Supreme Court (2001).
- [53] Henthorne v. Legacy Healthcare, Inc., 764 NE 2d 751 - Ind: Court of Appeals (2002).
- [54] Howell v. River Products Co., 379 NW 2d 919 - Iowa: Supreme Court (1986).
- [55] In re Joan and David Halpern Inc., 248 BR 43 - Bankr. Court, SD New York (2000).
- [56] Izanloo, Mohsen. (2004). Clauses limiting or excluding liability in contracts. Fourth edition. Tehran, Enteshar Publication Co. (In persian).
- [57] Judgment No. 14/452/92 dated 24/09/2013 issued by Chamber 14 of Supreme Court of Iran.
- [58] Judgment No. 22.57 dated 22/04/1983 issued by Chamber 22 of Supreme Court of Iran.
- [59] Judgment No. 9309970925300893 dated 03/08/2014 issued by Chamber 4 of Province KH. Appeal Court as confirmed by Chamber 38 of Supreme Court of Iran.
- [60] Judgment No. 9109970222301515 dated 05/02/2013 issued by Chamber 23 Tehran Appeal Court.
- [61] Judgment No. 9209970221001554 dated 02/02/2014 issued by Chamber 10 Tehran Appeal Court.
- [62] Judgment No. 9309970221601356 dated 15/01/2015 issued by Chamber 16 Tehran Appeal Court.
- [63] Judgment No. 9209972109200646 issued by Chamber 16 Tehran Appeal Court.
- [64] Judgment No. 29/9/91-648 dated 19/12/2012 issued by Chamber 16 Tehran Appeal Court.
- [65] Judgment No. 5/6/90-0413 dated 27/08/2017 issued by Chamber 213 Tehran Public Civil Court.

- [66] Judgment No. 930-236 dated 11/06/2014 issued by Chamber 216 Tehran Public Civil Court.
- [67] Judgment No. 9109970229000953 dated 20/11/2012 issued by Chamber 30 Tehran Public Civil Court.
- [68] Judgment No. 9109970213600116 issued by Chamber 185 Tehran Public Civil Court.
- [69] Judgment No. 9109970223701410 dated 16/02/2013 issued by Chamber 37 Tehran Appeal Court.
- [70] Judgment No. 9209970221200221 dated 20/05/2013 issued by Chamber 12 Tehran Appeal Court.
- [71] Judgment No. 9309970270400010 dated 08/04/2014 issued by Chamber 59 Tehran Appeal Court.
- [72] Judgment No. 9109970221501683 dated 17/03/2013 issued by Chamber 15 Tehran Appeal Court.
- [73] Judgment No. 793 dated 18/06/2011 issued by Chamber 116 Tehran Public Civil Court.
- [74] Judgment No. 9209972214100372 issued by Chamber 1 Rood-e Hen Public Civil Court.
- [75] Judgment No. 644 dated 15/01/2013 by issued by Chamber 83 Tehran Public Civil Court.
- [76] John D., Liddle. (1990). "The enforceability of indemnity clauses by negligent parties". *Advocates' quarterly*. (In english).
- [77] Katouzian, Nasser. (2016). *Extra Contractual Obligations – Civil Liability*. Vol. 1. Fourteenth edition. University of Tehran Press (UTP). (In persian).
- [78] Katouzian, Nasser. Izanloo, Mohsen. (2018). *Extra Contractual Obligations – Civil Liability: Liability Insurance*. Ganj Danesh Publication. (In persian).
- [79] *Laemthong International Lines Ltd v Artis and Others* [2005].
- [80] *Leonberger v. Missouri United School Insurance Council*, Mo: Court of Appeals, Eastern Dist., 4th Div. (2016).
- [81] Louis F., Eckert, Russell J., McBrearty. (N. D.). "Prohibitions against indemnification agreements purporting to indemnify a party for its own negligence: A 50 state survey". Litchfield Cavo LLP. (In english).
- [82] *Majkowski v. American Imaging Management* [2006] C.A.No.1797-N.
- [83] *Marathon EG Holding Limited v. CMS Enterprises Company* (2010).
- [84] *Martin K. Eby Constructions Company, Inc. v. Onebeacon Insurance Company*, Court of Appeals, 10th Circuit (2014).
- [85] Mary, Anne Roff. (2014). "Risk allocation in major construction projects". Eversheds, 2014.
- [86] *McClish v. Niagara Machine & Tool Works*, 266 F. Supp. 987 - Dist. Court, SD Indiana (1967).
- [87] Mazeaud, Henry & Mazeaud Leon. (1932). *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile*, T. 3^e, Éd. 4^e, Paris, Dalloz. (In french).
- [88] McCalla Robert K. (1960). "Third party indemnity", *Nebraska law review*, Vol. 39.

- [89] Mckeown Meagan. (2015). "Indemnification Agreement for intentional misconduct: Ballancing public policy and freedom to contract in Texas", ST. Marty's law journal, Vol. 46: 345.
- [90] Molavi, Kamy, "A review and update of anti-indemnity statutes", Construction law seminar, 2012. (In english).
- [91] Moore, Marie A., "Indemnification Provision in Leases", Probate & Property, 2008.
- [92] New Life In Christ Full Gospel Church Corporation v. Los Angeles Regional Food Bank, Cal: Court of Appeal, 2nd Appellate Dist., 7th Div. (2012).
- [93] Northwest Airlines v. Hughes Air Corp., 702 P. 2d 1192 - Wash: Supreme Court (1985).
- [94] Oxy USA, Inc. v. Southwestern Energy Prod. Co., 161 SW 3d 277 - Tex: Court of Appeals, 13th Dist. (2005).
- [95] Planters Gin v. Federal Compress, 78 SW 3d 885 - Tenn: Supreme Court (2002).
- [96] Queen Villas Homeowners v. TCB Property Management, 149 Cal.App. 4th 1 (2007).
- [97] Planiol Marcel, Ripert Georges. (1952). *Traité Pratique droit civil français*, T. 6, **deuxième édition**. Paris. Librarie générale de droit et du jurisprudence. (In french).
- [98] Par Electrical Contractors, Inc. v. Blueline Rental LLC, Dist. Court, ED Washington (2017).
- [99] Ramirez v. Penske Truck Leasing Corp., 2017 NY Slip Op 30682 - NY: Supreme Court (2017).
- [100] Reesor v. Norman Yatooma & Associates, PC (2010).
- [101] Reyburn Lawn & Landscape Designers, Inc. v. Plaster Dev. Co., Inc., 255 P. 3d 268 - Nev: Supreme Court (2011).
- [102] Riecken, Gilson S. (2010). "The duty to defend under non-insurance indemnity agreements: Crawford v. Weather shield manufacturing, Inc. and its troubling consequences for design professionals. Santa Clara law review, Vol. 50. (In english).
- [103] Robins Engineering, Inc. v. Cockrell, 354 So. 2d1 - Ala:Supreme Court (1977).
- [104] Roedder Jr., William C. (1981 - 1982). "Contractual indemnity in Alabama". Alabama law review, Vol. 33:31. (In english).
- [105] Rooz v. Kimmel, 55 Cal. App. 4th 573 - Cal: Court of Appeal, 1st Appellate Dist., 3rd Div. (1997).
- [106] San Pedro Properties, Inc. v. Sayre & Toso, Inc., 203 Cal. App. 2d 750 - Cal: Court of Appeal (1962).
- [107] Sartain, J. Charles W., Ballew, Wayne, Salter, Robert. (2013). "Indemnification and exculpation agreements in the oil patch", Looper Reed & McGraw, P.C. (In english).
- [108] Shine, David. (2005). "Contractual applications of negligence / gross

- negligence standards: considerations under New York law", The M & A lawyer. (In english).
- [109] Simon v. Corbetta construction Co., Inc., 391 F. Supp. 708 - Dist. Court, SD New York (1975).
- [110] Smith v. South Wales Switchgear Co. Ltd., [1978] 1 W.L.R.
- [111] Smith International Inc. v. Egle Group LLC, Court of Appeals, 5th Circuit (2007).
- [112] Snohomish Cty. Public v. Firstgroup America, 271 P. 3d 850 - Wash: Supreme Court (2012).
- [113] Snow, Gordon H. (1958). "Indemnity agreements". Insurance counsel journal, July. (In english).
- [114] Steinmetz Karel E. (1910). "Contracts of guaranty and indemnity and credit insurance". American law review. (In english).
- [115] Sunset-Sternau Food Co. v. Bonzi, 389 P. 2d 133 - Cal: Supreme Court (1964).
- [116] Teter v. Morris, 650 SW 2d 277 - Mo: Court of Appeals, Western Dist. (1982).
- [117] Total v. Arcadia, Int. Com. [1997] L. R. 11/18.
- [118] Tubb v. Bartlett, 862 SW 2d 740 - Tex: Court of Appeals, 8th Dist. (1993).
- [119] Tull Bros., Inc. v. Peerless Products, Inc., 953 F. Supp. 2d 1245 - Dist. Court, SD Alabama (2013).
- [120] UDC-Universal Development, LP v. CH2M Hill, 181 Cal. App. 4th 10 - Cal: Court of Appeal, 6th Appellate Dist. (2010).
- [121] Viney, Geneviève, Jourdain, Patrice. (2001). *Traité de droit civil, deuxième édition*, Paris. L.G.D.J, 2001. (In french).
- [122] Weinberg Wheeler. (N. D.). Agreements to indemnify & general liability insurance: A fifty state survey, Hudings Gunn & Dial. (In english).
- [123] Weller v. Eames, 15 Minn. 461,467 (1870).
- Yang v. Voyageaire Houseboats, Inc., 701 NW2d783 - Minn:Supreme Court (2005).