

نقد تقصیر مشترک در حقوق قراردادهای ایران و امریکا

چکیده

در هریک از مراحل قرارداد اعم از انعقاد قرارداد یا اجرا یا حتی پس از نقض قرارداد هرگاه متعهدله با متعهد در انجام تعهد همکاری نکند و عدم همکاری وی منجر به ورود زیان یا افزایش خسارت گردد با مفهوم تقصیر زیان دیده مواجه می شویم. لذا اگر متعهد و متعهدله مشترکا سبب ورود یا افزایش خسارت شوند تقصیر مشترک که در حقوق امریکا تقصیر نسبی یا مقایسه ای نامیده می شود، تحقق می یابد. در این مقاله هدف مطالعه تطبیقی همراه با تحلیل نظرات داخل و خارج تقصیر مشترک در حقوق قرارداد هاست و نتایج این بررسی و تحلیل این است که در حقوق امریکا در بحث قراردادهای تقصیر مشترک عموماً رد شده است اما نظریه «اعتماد معقول بستانکار» و «پیش بینی پذیری» مشابهت های کارآمدی با نظریه تقصیر مشترک دارند و این نشان دهنده ی ردپای تقصیر مشترک در حقوق قراردادهای امریکا است و اما در حقوق ایران برخی از قوانین به طور غیرمستقیم به این نظریه اشاراتی دارند و با تنقیح مناط و قیاس و اصل حسن نیت و هدف از علم حقوق می توان تقصیر مشترک در حقوق قراردادهای ایران را نیز پذیرفت و ذکر این نظریه صرفاً در برخی قوانین را از باب غلبه پنداشت.

کلیدواژه: تقصیر مشترک، تقلیل خسارت، اعتماد معقول، پیش بینی پذیری.

Criticism of Contributory Negligence in Contracts Law in Iran and American

Abstract

When the obligee does not collaborate with the obligor based on good faith in any steps of the contract including formation and execution or even after contract breach and this causes or increases losses, then that situation gives rise to the concept of the fault of the injured party. Therefore, if the obligee and the obligor jointly cause or increase losses, then the concept of contributory negligence, or comparative negligence according to the US legal system, should be considered. Present paper aims to conduct a

comparative study on contributory negligence in contract law together with an analysis of relevant domestic and foreign opinions. It is concluded that in the US legal system, the contributory negligence is usually dismissed in the field of contracts; but "reasonable reliance" and "predictability" have efficient similarities to the contributory negligence concept and this fact reveals traces of contributory negligence in the US legal system. However, in the Iranian legal system some laws indirectly imply this concept and presence of contributory negligence in the Iranian law can also be confirmed based on analogy, ascertainment, good faith and purpose of law and the fact that this concept is merely mentioned with regard to some laws, can be explained based on the Islamic prevalence rule (Qalabah).

Keywords: contributory negligence, mitigation of damage, reasonable reliance, predictability.

مقدمه

انعقاد هر قرارداد شرایط و آثاری دارد که بسته به نوع قرارداد و عرف محل تنظیم، متفاوت است. اما آنچه که همواره و در همه جا یکسان است التزام طرفین عقد به مفاد آن می باشد. این همان چیزی است که در فقه تحت عنوان اصاله اللزوم از آن یاد می شود. آنچه آنکه قانون مدنی در ماده ی ۲۱۹ با عباراتی رسا بیان داشته: «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم الاتباع است مگر اینکه به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود».

همانگونه که می دانیم همیشه اینگونه نیست که طرفین مطابق با فحوای قراردادی که پیشتر اراده ی انشاء آن را کرده اند رفتار کنند. اینجاست که مرتکب نقض تعهد شده و خود را در مظان بحث نوشتار پیش رو قرار می دهند. آنچه که در این مقاله تحت عنوان تقصیر

مورد بحث و واکاوی قرار می‌گیرد ممکن است همان معنای عدم انجام تعهد باشد و یا اینکه نقض عهد اماره ای باشد بر وقوع آن.

باری، اگرچه علی‌الظاهر ارتکاب تقصیر و وقوع زیان از ناحیه ی یک طرف (عامل زیان) صورت می‌پذیرد و تحمل خسارت بر عهده ی طرف مقابل (زیان دیده) است لکن همیشه به همین سادگی نیست. گاه خود زیان دیده در وقوع یا تشدید زیان سهیم است. اینجا بحث تقصیر مشترک پیش می‌آید و این موضوعی است که به صورت خاص و جزئی در سطور پیش رو (با نگاهی تطبیقی به حقوق ایران و ایالات متحده ی امریکا) بدان پرداخته خواهد شد. برای نیل به این منظور مطالب در پنج عنوان مختلف ارائه شده است. ابتدا مفهوم تقصیر مشترک شرح داده شده و سپس به بررسی تقصیر مشترک در حقوق ایران و امریکا پرداخته ایم. در ادامه بحث دفاع از نظریه تقصیر مشترک در مقایسه با قاعده وظیفه همکاری و پیش بینی پذیری و اعتماد معقول در حقوق ایالات متحده مطرح شده و پس از آن اقسام تقصیر زیان دیده در تقصیر مشترک مورد بحث قرار می‌گیرد.

۱- مفهوم تقصیر مشترک

تقصیر مشترک^۱ در حقوق امریکا با اصطلاح "تقصیر تطبیقی"، "تقصیر نسبی"، "تقصیر مقایسه ای"^۲، شناخته شده است. اما در واقع یک نظریه ایست که در حقوق ما از عنوان مصطلح "تقصیر زیان دیده" برای آن استفاده می‌کنند، که بیانگر این مطلب است که؛ تقصیر زیان دیده و عامل ورود زیان با یکدیگر مقایسه شده و هر شخص به میزان تقصیر خودش مسئول خسارات وارده می‌باشد، بنابراین خسارتی که به زیان دیده وارد شده است به میزان تقصیر او کاهش می‌یابد. به عبارت دیگر، هرگاه زیان دیده و عامل زیان به طور مشترک در اثر تقصیر، موجب ورود خسارت شوند یعنی زیان دیده در ارتباط با خود بی احتیاطی و بی مبالاتی کرده باشد، بنابراین تردیدی در محرومیت جزئی از درخواست

^۱. Contributory Negligence

^۲Comparative fault

خسارت و حتی اطلاق تقصیر بر فعل یا ترک فعل وی وجود ندارد^۳ و سبب کاهش مسئولیت خواننده به علت تقصیر زیان دیده چنانچه دارای ویژگی های قوه قاهره نباشد، می شود.^۴ اما باید دانست که مرزهای تقصیر مشترک به علت بی احتیاطی متعهدله که موجب نقض قرارداد می شود همیشه روشن نیستند.^۵ بنابراین مجموعه ای از رفتارهای متعهدله همچون ارائه اطلاعات و شیوه عملکرد به متعهد در مورد تأثیرات اقدامات وی بر فعالیت های اقتصادی متعهدله، هشدار در مورد خطرهای مرتبط با اقدامات متعهد یا بازرسی کالاها یا خدمات و نشان دادن عدم انطباق با قرارداد در زمان اجرا وجود دارد که می تواند بر نقض قرارداد یا پیامدهای ناشی از نقض (افزایش میزان خسارات) تأثیر بگذارد.^۶ برای این اساس، زمانی که همکاری متعهدله در قرارداد ضروری است یا حتی اگر همکاری وی ضروری نیست، کوتاهی متعهدله در اثر بی احتیاطی و بی مبالاتی و غفلت می تواند در قرارداد تأثیراتی از جمله؛ ۱- در صورت غیر قابل اجرا شدن تعهد انتخاب روش های جایگزین ۲- اعمال خسارت های قابل جبران ۳- امکان رفع مسئولیت از متعهد را به دنبال داشته باشد. بنابراین رفتار متعهدله می تواند اجرای قرارداد را پرزحمت تر یا به صورت جزئی یا کلی غیر ممکن سازد. لازم به ذکر است که بی احتیاطی زیان دیده، اصولاً برای مواردی به کار می رود که همانند ارائه خدمات در آنها، استاندارد مسئولیت مبتنی بر تقصیر است نه مسئولیت محض چرا که مسئولیت محض با بی دقتی ارتباطی ندارد و از موضوع بحث خارج است.

۲- پیشینه تقصیر مشترک

^۳ محسن سادات اخوی و محمود کاشانی، "تکلیف زیان دیده به کاستن از خسارت با تاکید بر حقوق انگلیس و امریکا". مجله علوم اجتماعی و انسانی ۳۰ (۱۳۸۰)، ۵۶-۵۸.

^۴ ژنویوینی پاتریس، "همراهی فعل متناسب به خواننده و فعل زیان دیده"، ژوردن مترجم: مجید ادیب. مجله تحقیقات حقوقی ۴۲ (۱۳۸۴)، ۳۳۵.

^۵ Fabrizio. Cafaggi, "Creditors Fault: In Search of a Comparative Fault," *EUI LAW* 15(2009):3-4.

^۶ Ariel. Porat, "A Comparative Fault Defense in Contract Law," *Michigan Law* 107(2009):1398.

در حقوق روم بر مبنای قاعده پمپونیوس^۷ هرگاه تقصیر زیان دیده در ورود خسارت به او دخالت داشت به طور کامل از جبران خسارت محروم می شد. جز در صورتی که تقصیر عامل زیان از نوع تقصیر عمدی بود.^۸ بنابراین بین موردی که تقصیر زیان دیده علت منحصر ورود زیان بود و موردی که یکی از اسباب زیان در کنار اسباب دیگر (عامل زیان) به حساب می آمد، تفاوتی وجود نداشت.^۹ در نظام کامن لا در اوایل قرن نوزدهم نظریه ای تحت عنوان "خطا مشترک" یا "تقصیر مشترک" مطرح شد، که این نظریه همانند قاعده پمپونیوس در حقوق روم بود، که اگر زیان دیده در ورود ضرر به خود مشارکت داشت از دریافت خسارت به طور کلی محروم می شد.^{۱۰} این نظریه عادلانه به نظر می رسید که اگر زیان دیده در ورود خسارت به خود نقشی داشته باشد، عامل زیان از جبران خسارت به طور کامل معاف گردد. اشکالاتی بر این نظریه وارد شد، که موجب گردید این نظریه ی بسیار خشن و ظالمانه، اندک اندک تعدیل شود و رویه قضایی در کامن لا توانست دامنه آن را محدود سازد. نخستین گامی که دادگاهها برای کاستن از خشونت و تعدیل نظریه ی تقصیر مشترک برداشتند، ابداع نظریه ی "آخرین فرصت"^{۱۱} بود.^{۱۲} بر مبنای این نظریه، کسی که آخرین فرصت را برای اجتناب از ورود خسارت، داشته باشد و این فرصت را از دست دهد، عامل ورود خسارت بوده و از مطالبه خسارت محروم می شود.^{۱۳} این نظریه نیز غیر منطقی بود، زیرا تقصیری که در نتیجه از دست دادن آخرین فرصت باشد، سبب معافیت طرف دیگر، که در ورود خسارت شرکت داشته نمی

^۷ pomponius

^۸ لعیانجیدی، "تقصیر زیان دیده"، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران ۴۶ (۱۳۸۷)، ۵۳.
^۹ محمود کاظمی، "آثار تقصیر زیان دیده بر مسئولیت مدنی"، فصلنامه پژوهشی دانشگاه امام صادق ۲۸ (۱۳۸۴)، ۱۱۰-۱۱۶.

^{۱۰} ناصر کاتوزیان، دوره مقدماتی حقوق مدنی، وقایع حقوقی (تهران: موسسه، ۱۳۷۴)، ۱۴۰-۱۴۱

^{۱۱} Last opportunity, last clear chance

^{۱۲} William. E Mikell, "Contributory Negligence and Last Clear Chance," University of Pennsylvania Law Review and American Law Register 68(1920):377.

^{۱۳} جنیدی، پیشین، ۵۳.

شود و این نظریه در عمل همان نتیجه ی قبل را داشت، اشکالات وارده بر این نظریه نیز موجب بی اعتباری آن گشت و ابتدا در انگلیس با تصویب قانون کنوانسیون های دریایی در مورد تصادف دو کشتی در دریاها مقرر داشت که خسارت بر مبنای درجه تقصیر هر کدام بین آنها تقسیم می شود^{۱۴} و در نتیجه در سال ۱۹۴۵ نظریه تقصیر مشترک به تصویب رسید که به موجب آن اگر زیان دیده در ورود خسارت به خود نقش داشت، دادگاه براساس میزان تاثیر و مداخله هر یک به طور عادلانه تقسیم مسئولیت می کند. بر این مبنا زیان دیده می تواند در دادگاه اقامه دعوا کند و این امر موجب محرومیت کامل او از دریافت خسارت نمی شود. در نتیجه بیشتر کشورهای کامن لا از مفهوم "همه یا هیچ" تقصیر مشارکتی دست برداشتند و آنچه را در حقوق آمریکا تقصیر نسبی (تقصیر زیان دیده) نامیده می شود، جایگزین آن کرده اند که براساس آن ضرر باید به نسبت بین آنها تقسیم شود.^{۱۵} تقصیر مشترک در قرارداد صریحا توسط قوانین در آلمان و ایتالیا و اتریش و هلند و سوییس به رسمیت شناخته شده است و اصول مشابهی در لهستان و اسلوانی به خدمت گرفته شده است.^{۱۶}

۳- تقصیر مشترک در حقوق قراردادهای امریکا

در دهه ی ۱۹۷۰ تقصیر مشترک^{۱۷} در حوزه شبه جرم شروع به گسترش در سرتاسر ایالات متحده کرد.^{۱۸} قانونگذار و دادگاهها در سرتاسر ایالات متحده امریکا این دفاع را اتخاذ کردند و دادگاهها به صورت روزمره از آن در پرونده های شبه جرم استفاده نمودند این دفاع دادگاهها را قادر ساخت وقتی که بی احتیاطی زیان دیده وجود نداشت،

^{۱۴} محمد حسین بیاتی، ابوالفضل حشمتی، "وظایف و مسئولیت مدنی زیان دیده در مقابله و کاهش خسارت"،

جستارهای فقه و حقوق خصوصی ۳ (۱۳۹۴)، ۳۱.

^{۱۵} حسن بادینی، فلسفه ی مسئولیت مدنی (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۶)، ۴۳۶.

^{۱۶} Cafaggi "Creditors Fault: In Search of a Comparative Fault".

^{۱۷} Comparative Fault

^{۱۸} Dan B Dobbs, The Law Of Torts (USA: West Academic Publishing, 2001), 201.

مسئولیت کامل را بر دوش وارد کننده زیان بگذارند یا اگر بی احتیاطی زیان دیده وجود داشت مسئولیت آسیب را کاملاً بر دوش قربانی قرار دهند. «CFD»¹⁹ این رویکرد دوگانه به تقصیر را رد می کند و در عوض اجازه می دهد که خسارتها بین طرف وارد کننده زیان و قربانی بی احتیاطی به نسبت تقسیم شود. در طی سالها «CFD» به درون قانون قرارداد بسیاری از کشورها (مثل کانادا، بریتانیا) گسترش یافته و البته عمدتاً در پرونده هایی بوده است که در آنها یک طرف، وظیفه قراردادی خود مبنی بر مراقبت متعارف و مقضی را نقض کرده است یا در پرونده هایی که در آنها مسئولیت قراردادی و شبه جرم به صورت همزمان وجود داشته است اما رخداد چنین تغییری در حقوق قراردادی آمریکا کند بوده است.

در ایالات متحده آمریکا، کاربرد تقصیر مشترک در حوزه قرارداد، عموماً رد شده است. اگر چه معدودی از دادگاهها شروع به تصدیق صریح قابلیت کاربرد آن در شرایط خاص کرده اند، اکثریت عمده دادگاهها و بازنویسی دوم حقوق قراردادها همچنان دیدگاهی برخلاف آن دارند. اما نظریه هایی در ایالات متحده آمریکا وجود دارد که می توان گفت معادل های کارآمدی برای نهاد تقصیر مشترک می باشند.²⁰ لازم به ذکر است که، مهمترین استدلال نپذیرفتن تقصیر مشترک در حقوق قرارداد آمریکا این است که اعتماد متعهدله و توانایی های برنامه ریزی او را تضعیف می کند. مخالفین این نظریه می گویند؛ اگر تقصیر مشترک قابلیت به کار گیری داشته باشد متعهدله دیگر نمی تواند از اجرای تمام و کمال قرارداد اجرا نشده و تحقق نیافته اطمینان داشته باشد. دیگر نمی تواند بنشیند و منتظر بماند تا متعهد به تعهد خود تحت قرارداد عمل کند بلکه باید کمک کند، نظارت

¹⁹. Contract for difference

²⁰. Robert E. Scott, "In (Partial) Defense of Strict Liability on Contract," Michigan Law Review 107,(2009):1385.

کند و اقدامات احتیاطی را با توجه به عملکرد طرف دیگر یا زیان های بالقوه خودش اتخاذ نماید. اما باید دانست که در شرایط خاصی طرفین قرارداد از موجود بودن پیشاپیش نظریه تقصیر مشترک با توجه به استدلال فوق نفع خواهند برد و آن را یک قاعده پیش فرض کارآمد برای حقوق قراردادی در نظر خواهند گرفت. به نظر می رسد حتی اگر اعتماد بعد از تشکیل قرارداد از سوی متعهدله و توانایی های برنامه ریزی او تضعیف شود، این امر رد کردن این نهاد را توجیه نمی کند چون متناسب با منافع هر دو طرف قرارداد است.

۳-۱. نظریه اعتماد معقول^{۲۱}

نقش اعتماد بستانکار در حقوق قراردادی ایالات متحده به طور وسیع به موجب دکترین متعدد به رسمیت شناخته شده است اعتماد معقول زمانی حاصل می شود که تعهدات اساسا قابلیت اجرا داشته باشند یا در صورتی که بدون دلیل عقلایی از انجام قرارداد خودداری شود، وجه التزام در قرارداد پیش بینی شده باشد. نظریه های علیت و پیش بینی پذیری اعتماد غیر معقول را رد کرده اند. اعتماد معقول به طور ضمنی مانع اعتماد بیش از حد طرفین قرارداد (بستانکار که در صدد بدست آوردن حداکثر سود حاصل از اجرا است و بدهکار در اتخاذ اقدامات احتیاطی به منظور جلوگیری از نقض قرارداد و رویارویی با شرایط پیش بینی نشده است) می شود.

دکترین های حقوقی اعتماد معقول را در حوزه های خاصی به عنوان معادل کارآمدی برای تقصیر مشترک به شمار می آورند. وجه اشتراک تقصیر مشترک با اعتماد معقول زمانی است که بدهکار تعهد خود را اجرا نکرده باشد که در اینصورت جبران خسارت به

²¹ Reasonable Reliance

ضررهای به وجود آمده از تعهدات معقول و تعهداتی که قابلیت اجرا را دارد تقلیل می یابد و در واقع اعتماد غیرمعقول بستانکار، خارج از حوزه نقض قرارداد، نمی تواند یک ادعای اثباتی برای بدهکار باشد.

اعتماد معقول عمدتاً مربوط به پیامدها و نتایج تخلف و نقض قرارداد است نه خود نقض قرارداد. در واقع رفتارها و اعمالی که تحت اعتماد معقول مورد توجه است، بیشتر مربوط به پیامد نقض قرارداد هستند تا احتمال نقض آن. اگر چه این مسأله به شدت مورد بحث و اختلاف نظر است و دادگاهها به نتایج یکنواختی نرسیده اند، اما معقول بودن اعتماد نباید با احتمال نقض ارتباط داده شود بلکه باید با امکان ناپذیری یا عملی نبودن اجرا ارتباط داده شود. بستانکاران باید بر اجرا توسط متعهدین تکیه کنند و منطقی بودن باید سطح سرمایه گذاری ها را با توجه به امکان ناپذیری، به دلیل حوادث غیر مترقبه یا تنگنای مالی محدود کند. همانند تقصیر مشترک، وقتی اعتماد منطقی به کار می رود، بستانکار باید انتظار اجرا را داشته باشد، برخلاف شرایط تقلیل خسارت که مربوط به زمانی است که نقض قرارداد در عمل تحقق یافته است.^{۲۲}

۳-۲. نظریه پیش بینی پذیری

پیش بینی پذیری^{۲۳} به عنوان روشی برای تقسیم کردن خطرها و مسئولیت ها بین طرفین قرارداد است به ویژه در ایالات متحده به عنوان جایگزینی برای تقصیر مشترک و شیوه ای برای کنترل اعتماد معقول استفاده شده است.^{۲۴}

²² . Cafaggi "Creditors Fault: In Search of a Comparative Farme"¹².

²³ . Foreseeability

این نظریه، مستقیماً بر نقش بستانکار تأثیر نمی‌گذارد، اما می‌تواند بر تقسیم خطر ها و زیان ها تأثیر بگذارد. اما چند بعد وجود دارد که به نظر می‌رسد که نظریه پیش بینی پذیری می‌تواند در آنها تأثیری غیر مستقیم بر رفتار بستانکار در ارتباط با نقض قرارداد توسط متعهد بگذارد و در نتیجه منجر به تخصیص و تقسیم مسئولیت ها شود. از یک سو، پیش بینی پذیری، انتظارات از متعهد را در مورد شروط و اهداف بستانکار در قرارداد می‌گنجاند. این انتظارات می‌توانند در مورد نیازهای بستانکار باشند، همچنین می‌توانند با شرایط اقتصادی یا با عملکرد متعهد در ارتباط باشند. از سوی دیگر، پیش بینی پذیری انگیزه متعهدله برای افزایش فرصت طلبانه زیان های مرتبط با یک نقض بالقوه بین زمان تشکیل و زمان نقض قرارداد را کاهش می‌دهد. نظریه مذکور با هدف تقویت ارتباط میان طرفین برای اطلاع رسانی در مورد خطر های شناخته شده برای بستانکار در زمان قرارداد یا خطر هایی که در زمان اجرای قرارداد باید از آن ها اطلاع می‌داشت، می‌باشد.²⁴ براساس نظریه پیش بینی پذیری، یک خطر و یک خسارت، تنها در صورتی می‌تواند از متعهدله به متعهد منتقل شود که متعهدله به متعهد اطلاع رسانی کرده و او را از خطر آگاه سازد. اگر بستانکار در اطلاع رسانی به متعهد در مورد رویدادهای ویژه کوتاهی کند، خسارات قابل جبران نیستند چون قابل پیش بینی برای متعهد نیستند. لذا نظریه مورد بحث، یک اصل همکاری را اتخاذ می‌کند و بر اهمیت رفتار پیش و پس از

²⁴ . Benjamin E Hermalin. Avery W Katz. Richard. Craswell, The Law and Economics of Contracts (USA : Handbook on Foundations of Law and Economics ,2007),104.

²⁵ . Ian. Ayres , Robert ,Gertner. "Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules," The Yale Law Journal 99 ,(1989):89.

نقض قرارداد توسط بستانکار براساس تقسیم مسئولیت تأکید می کند و به سمت تقسیم زیان می رود.

به نظر می رسد ایالات متحده به شدت در میان رفتار پیش و پس از نقض قرارداد بستانکار تمایز می گذارد و اصل تقلیل خسارت را محدود به مرحله پس از نقض قرارداد می کند که این دلیل بر شناخت تقصیر مشترک در قانون قرارداد است.^{۲۶}

لذا به نظر می رسد به طور خاص اعتماد معقول و تا حدی پیش بینی پذیری، در شرایط نقض قرارداد عملکردی مشابه با تقصیر مشترک در تخصیص و تقسیم مسئولیت ها و خسارات دارند، اگرچه تخصیص خطر و مسئولیت در ایالات متحده در شرایط قانون شبه جرم پذیرفته شده است اما در حقوق قراردادها، به کارگیری تقصیر مشترک به طور کلی رد شده است در حالی که سایر نظریه ها (اعتماد معقول و پیش بینی پذیری) می توانند به عنوان معادل های تقصیر مشترک در نظر گرفته شوند که بر رفتار بستانکار و تخصیص خطر و خسارت و مسئولیت ها تأثیر بگذارند. و اهمیت رو به رشدی که به نظریه اعتماد معقول و پیش بینی پذیری در حقوق قراردادی ایالات متحده داده می شود تا حدی مخالفت شدید با تقصیر مشترک در ایالات متحده را خنثی می کند.

۴- تقصیر مشترک در حقوق قراردادهای ایران

در فقه قاعده ای تحت عنوان قاعده اقدام ساختاری شبیه به تقصیر زیان دیده دارد، و براساس این قاعده، کسی که با علم و قصد و رضا موجب ضرر یا ضمانی شود، وی مسئولیت کل ضرر و خسارتی که ایجاد کرده را چون عمدا، مرتکب ضرر موجود شده

²⁶ . Porat, "A Comparative Fault Defense in Contract Law, 228.

است، پذیرفته است.^{۲۷} بنابراین می توان گفت که قاعده اقدام یکی از مسقطات ضمان است.^{۲۸} اگرچه اکثر حقوقدانان این قاعده را همچون قاعده پمپونیوس و دارای همان نتیجه می دانند ولی باید به این نکته توجه کرد که در فقه اسلامی برخلاف حقوق روم عمل زیان دیده موجب محرومیت کامل او نمی شود بلکه فقه به دنبال این است که ضرر منتسب به کدام یک از اسباب است، اگر ضرر به یکی از اسباب منتسب باشد او مسئول است و اگر ضرر منتسب به تمام اسباب باشد همگی مسئول خسارت هستند.^{۲۹} بنابراین قاعده اقدام اگر چه در صورتی که تقصیر منتسب به هر دو طرف باشد حکم به تقسیم مسئولیت می کند، اما این قاعده تنها در جایی اعمال می شود که افراد به صورت عمدی و با اراده سبب ورود ضرر شوند. بنابراین در نظریه تقصیر مشترک قراردادی که تقصیر به معنای بی احتیاطی و بی مبالاتی است، جایگاهی ندارد و تخصصاً از موضوع بحث خارج می شود.

در قوانین و مقررات مدون حقوق ایران، حکم صریحی مبنی بر پذیرش « نظریه تقصیر مشترک در حقوق قراردادها» وجود ندارد، اما به نظر می رسد، با توجه به برخی از قوانین از جمله؛ بند ۳ ماده ۴ قانون مسئولیت مدنی یکی از مواردی که دادگاه می تواند میزان خسارت را تخفیف دهد این است که؛ " زیان دیده به نحوی از انحاء موجبات تسهیل ایجاد زیان را فراهم نموده یا به اضافه شدن آن کمک و یا وضعیت وارد کننده زیان را تشدید دهد". همچنین در ماده ۱۱۴ قانون دریایی مقرر می دارد: " در صورتی که متصدی حمل ثابت نماید فوت یا صدمات بدنی بر اثر تقصیر یا غفلت خود مسافر بوده یا عمل مسافر در وقوع آن تاثیر داشته دادگاه برحسب مورد متصدی را کلاً یا جزئاً از مسئولیت بری خواهد

^{۲۷} ابوالحسن محمدی، قواعد فقه (تهران: میزان، ۱۳۹۰)، ۲۱۲.

^{۲۸} میر عبدالفتاح بن علی حسین مراغی، العناوین الفقیه، قم: موسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین، ۱۴۰۲، ۴۸۹.

^{۲۹} کاظمی، آثار تقصیر زیان دیده بر مسئولیت مدنی، ۱۱۰-۱۱۶.

کرد". و همچنین ماده ۳۸۶ قانون تجارت مقرر می دارد که: "اگر مال التجاره تلف یا گم شود متصدی حمل و نقل مسئول قیمت آن خواهد بود مگر اینکه ثابت نماید طلب یا گم شدن مربوط به جنس خود مال التجاره یا مستند به تقصیر ارسال کننده یا مرسل الیه و یا ناشی از تعلیماتی بوده که یکی از آنها دادند و یا مربوط به حوادثی بوده که هیچ متصدی مواظبی نیز نمی تواند از آن جلوگیری نماید" و نیز در قانون مجازات اسلامی که به تقسیم مسئولیت در صورت تعدد اسباب اشاره شده است، به این صورت که در ماده ۳۳۵ قانون مجازات سابق در فرض تعدد اسباب تقسیم مسئولیت به تساوی را پذیرفته بود، اما ماده ۵۲۶ قانون مجازات کنونی بیان می دارد تقسیم به تساوی انجام می شود، مگر اینکه درجه تاثیر هر یک از اسباب بروز حادثه متفاوت باشد که برحسب آن مسئولیت میان طرفین تقسیم می شود. در ماده ۵۲۷ نیز اشاره می شود که در برخورد دو وسیله نقلیه، اگر میزان تاثیر آن یکسان باشد، نصف دیه طرف مقابل به عهده فرد خواهد بود. بنابراین مشاهده می شود که قانونگذار "به میزان تاثیر رفتار مرتکب" توجه داشته است. همچنین ماده ۱۵ قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶ مقرر می دارد که: "بیمه گذار باید برای جلوگیری از خسارت مراقبتی را که عادتاً هر کس از مال خود می نماید نسبت به موضوع بیمه نیز بنماید و در صورت نزدیک شدن حادثه یا وقوع آن اقداماتی را که برای جلوگیری از سرایت و توسعه خسارت لازم است به عمل آورد."

ماده بالا مربوط به بحث قراردادها نیست و مطابق دعاوی معمول مسئولیت نیز نمی باشد. زیرا مثال بالا، بحث دعوی زیان دیده علیه وارد کننده زیان، و استناد وارد کننده زیان به لزوم کاستن خسارت توسط خواهان نیست. ولی از آنجا که به موجب قرارداد بیمه، بیمه گر، جبران خسارت وارده را پذیرفته است، قانون فوق زیان دیده را ملزم می کند که به طور متعارف از توسعه دامن زیان جلوگیری کند، والا نمی تواند جبران آن را از بیمه گر بخواهد. این مواد قانونی هم راستا با نظریه تقصیر مشترک یا مبتنی بر آن می باشند. بنابراین، می توان گفت که از نظر حقوق ایران، استعمال نظریه تقصیر مشترک و استناد به آن مورد توجه و پسندیده واقع شده است.

اگرچه مواد فوق به طور مستقیم در مسئولیت مدنی اعمال شده اند و یا فقط در بحث مربوط به قانون دریایی اعمال گردیده است اما با توجه به اینکه هر دو نوع مسئولیت قراردادی و قهری از یک مقسم (مسئولیت مدنی) نشات می گیرند و با توجه به تنقیح مناط یا وحدت ملاک و قیاس پذیرش نظریه تقصیر مشترک در قراردادها دور از ذهن نیست و حتی اگر ایراد شود که براساس وحدت ملاک یا قیاس نمی توانیم از این موارد مذکور در قوانین ایران، قاعده کلی مبنی بر پذیرش نظریه تقصیر مشترک استخراج کنیم؛ باید گفت که از آنجایی که این نظریه ریشه در اصل حسن نیت دارد و حسن نیت ریشه در اخلاق داشته و عقل سلیم و فطرت پاک انسان بدان گواهی می نماید و از سوی دیگر ردپای این نظریه در قوانین فوق حداقل مشعر بر بلااشکال بودن استعمال آن می باشد و اعمال نظریه مورد بحث در این قوانین به ویژه قوانین دریایی خصوصیتی نداشته و به نظر می رسد از باب غلبه ذکر شده است و می توان نظریه مذکور را در مورد کلیه قراردادها به ویژه قراردادهای درمان و پیمانکاری که این مسئله به وفور در آنها رخ می دهد، جاری و ساری نمود.

۵- مقایسه نظریه تقصیر مشترک با نظریه همکاری متعهدله و اعتماد

معقول و پیش بینی پذیری

۵-۱. نظریه همکاری متعهدله

حقوق قراردادی نه تنها در مرحله اجرای قرارداد بلکه در مرحله قبل از تشکیل قرارداد وظایفی را برای طرفین (حتی اگر صریحا مطرح نشده باشد به صورت ضمنی) لحاظ کرده است. بر این اساس نه تنها متعهد بلکه متعهدله وظایفی را برای اتمام قرارداد به نحو صحیح و کامل دارد و اگر متعهدله از برداشتن گامهایی برای پیشگیری یا کاهش احتمال نقض قرارداد در زمان انعقاد قرارداد تا پایان آن کوتاهی کند، به عبارت دیگر متعهدله در

کمک کردن به اجرا کوتاهی کند یا اینکه متعهدله با روشن نکردن وظایف و حقوق قانونی متعهد موجب نقض قرارداد گردد و یا زمانی که متعهدله در ارائه اطلاعات لازم برای اجرا به متعهد و نیز از اطلاع رسانی به وی در مورد زیان های بالقوه ای که در صورت نقض قرارداد متحمل خواهد شد، کوتاهی کند یا اگر متعهدله مسئول انجام هشدارها و اعلاناتی است که آنها را انجام نمی دهد و در نتیجه ی کوتاهی متعهدله در هریک از موارد فوق نقض قرارداد توسط متعهد صورت گیرد متعهدله نمی تواند به نقض قرارداد توسط متعهد استناد کند و مطالبه خسارت کند و خود را ذینفع بداند.³⁰

حال این سوال مطرح می شود که همکاری را چه زمانی به عنوان شرط یا قاعده پیش فرض در قرارداد در نظر بگیریم؟ همکاری مستلزم نظارت متعهدله بر عملکرد متعهد برای پیش بینی و استنتاج نیاز به همکاری با وی با توجه به شرایط و اوضاع و احوال قرارداد است. هزینه های همکاری تنها به هزینه های اجرای همکاری برنمیگردند؛ بلکه شامل هزینه های مربوط به نظارت بر عملکرد متعهد برای پیش بینی نیاز به همکاری و همینطور هزینه های ضروری برای استنتاج نیاز به همکاری با توجه به شرایط موجود در قرارداد می شوند. هزینه اخیر اغلب بسیار اساسی تر از هزینه نوع اول است. هزینه های نظارت بر اجرا و استنباط نیاز به همکاری حتی اگر بالا نباشند، صفر نیستند و در خصوص اینکه همکاری "پرهزینه" است یا "کم هزینه" هیچ قاعده ی روشنی برای متمایزسازی همکاری کم هزینه و پرهزینه وجود ندارد. در حالی که تصور کردن دو قطب موجود نسبتا ساده است اما ترسیم خطی میان آنها دشوار می باشد. پرهزینه بودن همکاری مطمئنا امر مازاد ایجاد شده توسط قرارداد است. پس همکاری کم هزینه را به عنوان هرگونه همکاری تعریف

³⁰ . Melvin. A Eisenberg , "Disclosure in Contract Law," California Law Review 91, (2003):1413.

می کنیم که یک فرد منطقی آن را دارای تأثیر قابل توجه روی امر مازاد قرارداد نمی داند و تمام اشکال دیگر همکاری را پرهزینه تعریف می کنم.

5-1-1. همکاری پرهزینه با احتمال بالا

اگر متعهدله پیش بینی کند که متعهد در طی اجرا نیازمند همکاری وی خواهد بود و هزینه های همکاری بالا هستند، معمولاً این نیاز را در قراردادشان در نظر می گیرند. طرفین می توانند یک مسئولیت یا وظیفه همکاری برای متعهدله در نظر بگیرند. به طوری که، عدم همکاری وی منتهی به عدم استحقاق ایشان برای دریافت خسارت شود. اما هرگونه سکوت در مورد این موضوع می تواند نشان دهد که طرفین نمی خواهند یک مسئولیت یا وظیفه پرهزینه همکاری را برای متعهدله (حداقل در زمانی که پیش بینی می کنند هزینه همکاری متعهدله احتمالاً بالا است) در نظر بگیرند. اما این سؤال مطرح می شود که آیا به منظور صرفه جویی در هزینه ها باید یک قاعده پیش فرض وجود داشته باشد که در زمانی که احتمال نیاز به همکاری بالا است و همکاری پرهزینه است مسئولیت یا وظیفه همکاری را به متعهدله تحمیل کند؟ به نظر می رسد خیر، چراکه اولاً؛ اغلب فهمیدن اینکه آیا طرفین، همکاری پرهزینه را ترجیح می دهند، دشوار است و از سوی دیگر گاهی اشکال مختلف همکاری موجود هستند و هیچ گونه وجه تمایزی که ترجیح داشته باشد در میان آنها وجود ندارد. به علاوه نیاز به همکاری و کارایی انجام آن می تواند قابل بحث و محل اختلاف نظر باشد و از پرونده ای به پرونده دیگر نوسان داشته باشد. ثانیاً؛ در بسیاری از مواقع ممکن است متعهدله از اجرای یک وظیفه یا مسئولیت همکاری پرهزینه امتناع کند یا ممکن است طرفین آن را ناکارآمد در نظر بگیرند که به دلیل نظارت و اطلاعات ناقص و غیرمتناسب طرفین از نظر شرایط مهم برای همکاری می

باشد. ثالثاً؛ عموماً متعهد اطلاعات بیشتری در مورد توانایی اش برای اجرا و نیاز به همکاری طرف مقابل دارد علاوه بر این همچنین کنترل بیشتری روی شرایطی دارد که منتهی به نیاز به همکاری می شود و متعهد تلاش خواهد کرد تا در هنگام چانه زنی در قرارداد احتمال پیش آمدن این نیاز را کمتر از حد واقعی جلوه بدهد و موجبات سواستفاده وی فراهم می گردد و متعهد با علم به اینکه متعهدله بار مسئولیت یا وظیفه همکاری را برعهده دارد، ممکن است تلاش کند او را تحت کنترل خود قرار دهد یا رویدادها را به طریقی هدایت کند که همکاری بیش از آنچه کارایی ایجاد می کند مورد نیاز باشد. این رفتار ناکارآمد، اثبات ناپذیر است و بنابراین نمی توان سودمند باشد.

۵-۱-۲. همکاری کم هزینه با احتمال پایین

شرایط متفاوت در زمانی پیش می آید که اقتضائات و حوادث با احتمال پایین که نیازمند همکاری کم هزینه هستند مورد انتظار باشند. نظارت بر هرگونه رخداد با احتمال پایین در قرارداد نقش بازدارندگی از هزینه های بالا ایجاد خواهد کرد. وقتی همکاری بالقوه کم هزینه است، این استدلال که قواعد پیش فرض نباید ماهیت همکاری را تنظیم کنند، نیز از بین می رود. دقیقاً در اینجاست که قواعد پیش فرض، بیش از هر زمان دیگر مورد نیاز هستند. بنابراین با فرض اینکه همکاری کم هزینه از جانب متعهدله عموماً در بسیاری از شرایط قرارداد امری متعارف است، مطلوب است که یک قاعده پیش فرض مشخص برای نظارت بر چنین رفتاری شکل دهیم که سبب صرفه جویی در هزینه های معامله می شود. بنابراین تنظیم یک ماده قرارداد در این ارتباط لازم و ضروری به نظر می رسد.^{۳۱}

۵-۱-۳. همکاری پر هزینه با احتمال پایین

³¹ . Porat, "A Comparative Fault Defense in Contract Law, 1400-1402.

شرایط همکاری پر هزینه با احتمال پایین متفاوت است. بار مسئولیت یا وظیفه همکاری، می تواند به طرف متعهد انگیزه بدهد تا با ایجاد شرایطی که در آن همکاری به فراوانی و به صورت "ناکارآمد" لازم است، از متعهدله سوءاستفاده کند. این واقعیت که همکاری پرهزینه است می تواند مبنای خوبی برای رد نظریه همکاری به عنوان قاعده ی پیش فرض، از همان ابتدای کار فراهم کند.

نتیجه اینکه به نظر می رسد این امر به عنوان یک قاعده پیش فرض ممکن است با اشکالات مختلفی مواجه شود و امکان اعمال یک قاعده ی کلی برای تمامی قراردادهای امکان پذیر نمی باشد و از پرونده ای به پرونده دیگر متفاوت می باشد. اگر متعهدله مجبور باشد تمام هزینه های مربوط به عدم همکاریش را پرداخت نماید همیشه به صورت کارآمد همکاری خواهد کرد، اما وی اغلب از انجام این کار کوتاهی می کند و همچنین قراردادن کامل مسئولیت یا وظیفه همکاری برعهده متعهدله موجب می شود که متعهد در صورتی که متعهدله در همکاری برای اجرای قرارداد قصور کند به اجرای تعهد ادامه ندهد درست همانطور که مسئولیت کامل متعهد خطر اخلاقی برای متعهدله به وجود می آورد، مسئولیت کامل متعهدله نیز یک خطر اخلاقی برای متعهد ایجاد می کند. اما نظریه تقصیر مشترک از آنجا که خسارت ها را بین طرفین تقسیم می کند، می تواند این مشکل را حل کند و انگیزه های قابل توجهی به متعهد برای اجرا قرارداد حتی در زمانی که متعهدله از همکاری قصور کرده است، دهد و بالاتر از آن متعهد را وامیدرد که نیاز به همکاری را کاهش دهد. بنابراین نظریه تقصیر مشترک علاوه بر ایجاد انگیزه های کارآمد برای متعهدله به منظور همکاری و اجرای قرارداد توسط متعهد، حداقل یک مزیت مهم دیگر نسبت به نظریه وظیفه همکاری ارائه می دهد و آن، این است که به دلیل اطلاعات و کنترل بیشتر متعهد بر شرایط قرارداد پیش از اینکه نیاز به همکاری لازم شود به وی

انگیزه های کارآمدتری برای کاهش زیان های مورد انتظار از نقض قرارداد می دهد و از سوی دیگر نظریه تقصیر مشترک اصل حسن نیت که در تمام مراحل قرارداد (مرحله اول: مذاکرات مقدماتی قبل از انعقاد عقد، مرحله دوم: انعقاد قرارداد، مرحله سوم: اجرای قرارداد، مرحله چهارم: حل و فصل اختلافات در راستای اختلافات حاصله) باید توسط طرفین اجرایی شود را تامین می کند.

۵-۲. نظریه پیش بینی پذیری و اعتماد معقول متعهدله

پیش بینی پذیری متعهدله نسبت به نقض قرارداد ممکن است در مرحله ی پیش از اجرای قرارداد یا در مرحله ی اجرای قرارداد باشد یا گاهی ممکن است قبل از اتمام قرارداد باشد مثل زمانی که، متعهدله علیرغم اینکه می داند متعهد نقض قرارداد می کند به دلیل اینکه وی به صورت قطعی و یقینی پیش بینی می کند تعهد قابل اجرا نیست (گاهی مدت قرارداد تمام نشده ولی مشخص است در این مدت باقی مانده تعهد انجام نمی شود یا گاهی به صراحت می گوید تعهد انجام نمی دهد و اعلام عمدی دلیل بر نقض تعهد در آتی است) یا متعهدله هیچ دلیل ملموسی برای اینکه نسبت به یک نقض عمده تردید داشته باشد، ندارد. بنابراین اعتماد وی پیش از نقض قرارداد غیر معقول است. همچنین ممکن است اعتماد غیر معقول متعهدله پس از اتمام قرارداد باشد به این شکل که متعهد به صورت غیر معقول اطمینان می کند که قرارداد اجرا شده است و بنابراین از به حداقل رساندن زیان ها کوتاهی می کند.^{۳۲}

³². Robert .Cooter , "Tort, Contract, and Property : The Model of Precaution," California Law Review 73,(1985):14-15 .

حال این سوال مطرح می شود که؛ چه زمانی پیش بینی پذیری متعهدله و اجتناب از اعتماد غیرمعقول باید به صورت شرط یا قاعده پیش فرض در قرارداد در نظر گرفته شود؟ در این مقوله نیز حالاتی متصور است که در زیر به شرح آنها پرداخته می شود:

۵-۲-۱. اجتناب پرهزینه و با احتمال بالا از اعتماد غیرمعقول

وقتی احتمال اعتماد غیرمعقول بالا است و اجتناب از آن پرهزینه است، انتظار می رود متعاملین میزان اعتماد را در قرارداد تعیین کنند تا بتوانند آن را کنترل نمایند. وقتی اعتماد بیش از حد قابلیت اثبات دارد، می توانند آن را به صورت مستقیم و وقتی قابلیت اثبات ندارد به صورت غیر مستقیم و از طریق یک بند مربوط به خسارت در صورت نقض قرارداد تعیین کنند و خسارت هایی که متعهدله مستحق دریافتشان است را مشخص نمایند. در چنین شرایطی، متعهدله هزینه ها و فایده ی اعتمادش را بررسی می کند و به صورت کارآمد بر آن تکیه می نماید.^{۳۳}

قاعده پیش فرض در جایی که اعتماد بیش از حد، احتمال بسیار بالایی دارد و اجتناب از آن پرهزینه است، مناسب نیست به همان دلیلی که قاعده پیش فرض برای تنظیم شرایط همکاری پرهزینه و با احتمال بالا مناسب نیست.

۵-۲-۲. اجتناب کم هزینه و با احتمال پایین از اعتماد غیرمعقول

در موارد اجتناب کم هزینه و با احتمال پایین از اعتماد غیرمعقول قاعده پیش فرض که اعتماد کارآمد را تشویق می کند، می تواند توجیه پذیر باشد.^{۳۴}

³³ . Cooter , "Tort, Contract, and Property : The Model of Precaution",14-15 .

³⁴ . M. A. Eisenberg, B. H McDonnell, "xpectation Damages and the Theory of Overreliance," Hastings Law Journal54,(2003):1335.

۵-۲-۳. شرایط دیگر در اجتناب از اعتماد غیر معقول

در مورد مطلوب بودن یا نامطلوب بودن تعیین یک قاعده ی پیش فرض برای شرایط اجتناب از اعتماد غیر معقول کم هزینه و با احتمال بالا و برای شرایط اجتناب از هزینه ی بالا و با احتمال پایین (جهت اجتناب از تکرار غیر ضروری) همان استدلالهای مربوط به مطلوب بودن قواعد پیش فرض در شرایط همکاری متناظر در اینجا نیز کاربرد دارند.

کافی است بگوییم که یک قاعده ی پیش فرض برای اجتناب کم هزینه و با احتمال بالا از اعتماد غیر معقول، از نظر کارآیی توجیه دارد چون در هزینه های معامله صرفه جویی می کند. برعکس یک قاعده پیش فرض برای اجتناب پرهزینه و با احتمال پایین از اعتماد غیر معقول توجیهی ندارد.

برای تشویق اجتناب از اعتماد غیر معقول کم هزینه، محروم کردن متعهدله از خسارت ها برای زیان های ناشی از اعتماد وی است که به صورت ناکارآمد آنها را افزایش داده یا در کاهش آنها کوتاهی کرده است.^{۳۵}

نتیجه اینکه به نظر می رسد این راه حل معادل به کارگیری دفاع مبتنی بر تقلیل خسارت ها در مرحله ی قبل از نقض قرارداد است. اما باید گفت که این نظریه کارآمد نیست چون متعهد می داند که نباید بار زیانهای اعتماد غیر معقول متعهدله را تحمل کند لذا انگیزه ی متعهد برای اجرای دقیق و کامل قرارداد را کاهش می دهد.

³⁵ . Richard. Crawell, " Performance, Reliance, and One-sided Information, " Legal Stud18, (1989) : 365-367.

به کارگیری نظریه تقصیر مشترک منتهی به کاهش خسارت های متعهدله برای زیان های ناشی از اعتماد غیرمعقول می شود، این نظریه به وی انگیزه های کارآمد برای اجتناب از اعتماد غیرمنطقی می دهد. همچنین وقتی خطر مشخص و ملموسی به علت اعتماد غیرمنطقی متعهدله وجود دارد، انگیزه های بیشتری برای متعهد به منظور اجرای کارآمد قرارداد می دهد.

۶- اقسام تقصیر زیان دیده در حقوق قراردادها

تقصیر مشترک هم در حوزه مسئولیت قراردادی و هم خارج از قرارداد کاربرد دارد و اغلب در حوزه وسیع تر رابطه علی چارچوب گذاری شده است و صریحا با محدود سازی خسارت ها مرتبط می باشد. زمانی که متعهدله در نقض قرارداد نقش سببیت داشته است یا رفتارش زیان های حاصل از آن را افزایش داده است نمی تواند به طور کامل جبران خسارت شود. اغلب ممکن است همکاری طرف متعهدله برای اجرای قرارداد توسط متعهد ضروری باشد و کوتاهی در همکاری که اجرا را دشوارتر یا غیر ممکن می سازد، می تواند منتهی به کاهش خسارت ها و یا حذف کامل خسارت ها شود. حتی وقتی همکاری متعهدله لازم نیست، رفتار از روی بی احتیاطی از سوی متعهدله، اجرای قرارداد را برای متعهد دشوارتر می سازد، می تواند جبران خسارت های متعهدله را محدود کند.

۶-۱. سببیت تقصیر زیان دیده در ایجاد خسارت

گاهی تقصیر زیان دیده و عامل زیان در راستای هم و به طور مشترک سبب ورود خسارت می شود. به گونه ای که تقدم و تاخر برای عمل هیچ یک از آنان قائل نمی شویم به عبارت دیگر، اگر عمل یکی از آنان نبود هیچ خسارتی وارد نمی شد.

۶-۲. سببیت تقصیر زیان دیده بدون تاثیر در ایجاد خسارت در ازدیاد خسارت قبل از عدم انجام تعهد و ورود خسارت

در این حالت سبب(مباشر) ورود خسارت عامل زیان است اما زیان دیده قبل از عدم انجام تعهد و ورود خسارت عملی مرتکب و موجب تشدید خسارت شده است به گونه ای که اگر عمل زیان دیده نبود خسارت به این میزان تشدید نمی یافت.

۶-۳. سببیت تقصیر زیان دیده بدون تاثیر در ایجاد خسارت در ازدیاد آن بعد از نقض قرارداد و ورود خسارت

مورد دیگری که طرفین قراردادی عهده دار آن می باشند و عدم انجام آن تقصیر محسوب می شود مقابله با خسارت است این اصل هم در قلمرو مسئولیت مدنی و هم در قراردادها کاربرد دارد. اما آن چه به بحث مرتبط است مقابله با خسارت در قرارداد می باشد که عبارت است از اینکه: متضرر از نقض قرارداد وظیفه دارد اقدامات لازم را برای تقلیل یا جلوگیری از گسترش خساراتی را که امکان دارد از نقض قرارداد برای وی حادث شود انجام دهد. اگر مشارالیه از انجام آن اقدامات خودداری کند نمی تواند به میزانی که اقدام وی می توانست در کاهش خسارت نقش داشته باشد از متعهد مطالبه خسارت کند. چنانچه فرد در معرض زیان قرار گیرد و اقدامات معقول و متعارف برای جلوگیری از ورود خسارت یا توسعه آن انجام ندهد اگرچه توانایی انجام اقدامات متعارف و جلوگیری از ورود یا کاهش خسارت را داشته است(به عبارت دیگر خسارت قابل اجتناب بوده است^{۳۶}) در اینصورت استحقاق دریافت خسارت در آن بخش از زیان را نخواهد داشت^{۳۷}. در این فرض زیان دیده در تحقق فعل زیان بار دخالت ننموده ولی در جلوگیری از توسعه دامنه آن کوتاهی کرده است.

³⁶. avoidable loss

۳۷ مهدی شهیدی ، تشکیل قراردادها (تهران:، انتشارات مجد، ۱۳۸۳)، ۷۶.

حال این سوال مطرح است که آیا قاعده تقلیل خسارت^{۳۸} و نظریه تقصیر مشترک همانند هستند یا خیر؟ در پاسخ به این سوال دو نظر وجود دارد که در ذیل به آنها پرداخته می شود:

نظریه اول: عده ای از حقوقدانان تقلیل خسارت و تقصیر مشترک را همانند دانسته اند و به عقیده ی آنان تقلیل خسارت و تقصیر مشترک هر دو زمانی که خواهان مرتکب تقصیر و سبب ورود خسارت شده باشد اعمال می شود و این گروه تقصیر را در هر دو مورد مبتنی بر بی مبالائی و قصور و کوتاهی می دانند که تنها از لحاظ تاریخی تفاوت دارند و آن ها را تحت عنوان " تاثیر عمل متعهدله در ورود خسارت " مورد بررسی قرار داده اند.^{۳۹}

نظریه دوم: عده ای دیگر از حقوقدانان قائل به تمایز قاعده تقلیل خسارت و نظریه تقصیر مشترک هستند و دلیل آنان این است که در تقلیل خسارت خواهان بعد از نقض قرارداد سبب خسارت می شود.^{۴۰}

به نظر می رسد که، تقلیل خسارت می تواند در دو حالت اتفاق بیفتد: ۱- در جایی که قرارداد توسط طرف زیان دیده بعد از نقض اساسی خاتمه داده شده است ۲- در جایی که تعهداتی که قرارداد شامل می شود همچنان پابرجا هستند و طرف زیان دیده از اجرای تعهد خودش معاف نشده است (زمانی که امکان انجام تعهد برای متعهد وجود ندارد مثلاً پیمانکار هنوز ساختمان را تکمیل نکرده و سه وز تا پایان قرارداد وی باقی است). در این حالات بستانکار باید دست به اقدام متقابل بزند و در جستجوی اجرای جایگزین در بازار باشد. ممکن است بعضاً وظیفه بستانکار فسخ قرارداد باشد. لذا این دو اصطلاح همانند هستند و نظریه تقصیر مشترک عام و تقلیل خسارت صورتی از آن است، به عبارت دیگر رابطه عموم و خصوص مطلق بین آنها وجود دارد. و هر دو زمانی جاری می شوند که هنوز قرارداد تمام نشده است. زیرا نقض قرارداد به معنای پایان قرارداد نیست تنها وجه تمایز بین آن ها این است که نظریه تقصیر مشترک زمانی حکومت دارد

38. mitigation

۳۹ شهیدی، " تشکیل قراردادها"، ۱۷۶.

۴۰ سادات اخوی و کاشانی، " تکلیف زیان دیده به کاستن از خسارت با تاکید بر حقوق انگلیس و امریکا"، ۵۷.

که زیان دیده و عامل زیان در عرض هم باعث ورود ضرر شوند اما در قاعده تقلیل خسارت این دو در طول هم موجب ورود خسارت می شوند همچنین مبنای آن ها یکی است و فقط از حیث زمانی با هم تفاوت دارند که در واقع قاعده تقلیل خسارت از درون نظریه تقصیر مشترک بیرون آمده و قسم شی هیچ گاه نمی تواند قسم آن باشد.

نتیجه گیری

رفتار متعهدله می تواند با اتخاذ اقداماتی بر احتمال نقض قرارداد تاثیر گذارد و اینجاست که بحث تقصیر زیان دیده مطرح می گردد. و نظریه تقصیر مشترک که در حقوق امریکا تقصیر تطبیقی،

نسبی، مقایسه ای، نامیده می شود زمانی تحقق می یابد که زیان دیده و عامل زیان به طور مشترک در اثر تقصیر موجب ورود خسارت شوند یعنی زیان دیده در ارتباط با خود بی احتیاطی و بی مبالاتی کرده باشد، بنابراین تردیدی در محرومیت جزئی خواهان از درخواست خسارت به نسبت مداخله و تاثیر وی در ورود خسارت وجود ندارد.

نظریه تقصیر مشترک در ایالات متحده امریکا در حوزه قرارداد عموماً رد شده است. اما نظریه هایی در ایالات متحده امریکا وجود دارد که معادل های کارآمدی برای نظریه تقصیر مشترک می باشند. الف- نظریه اعتماد معقول متضمن تضعیف و بازدارندگی از سرمایه گذاری بیش از حد توسط دو طرف است. ب- نظریه پیش بینی پذیری، این نهاد بر تقسیم خطرها و مسئولیت ها تاثیر می گذارد. در حقوق ایران حکم صریحی مبنی بر پذیرش این نظریه وجود ندارد، اما به نظر می رسد، با توجه به برخی از قوانین از جمله؛ بند ۳ ماده ۴ قانون مسئولیت مدنی، ماده ۱۱۴ قانون دریایی، ماده ۳۸۶ قانون تجارت و نیز در قانون مجازات اسلامی که به تقسیم مسئولیت در صورت تعدد اسباب اشاره شده است. هم راستا با نظریه تقصیر مشترک یا مبتنی بر آن می باشند و این نظریه ریشه در اصل حسن نیست دارد و حسن نیت ریشه در اخلاق داشته و عقل سلیم و فطرت پاک انسان بدان گواهی می نماید می توان گفت که از نظر حقوق ایران، استعمال نظریه تقصیر مشترک و استناد به آن مورد توجه و پسندیده واقع شده است و با توجه به اینکه هر دو نوع مسئولیت قراردادی و قهری از یک مقسم (مسئولیت مدنی) نشات می گیرند و با توجه به تنقیح مناط یا وحدت ملاک و قیاس پذیرش نظریه تقصیر مشترک در قراردادها دور از ذهن نیست و از سوی دیگر رد پای این نهاد در قوانین فوق حداقل مشعر بر بلاشکال بودن استعمال این نهاد می باشد و اعمال نهاد مورد بحث در این قوانین خصوصیتی نداشته و به نظر می رسد از باب غلبه ذکر شده است ..

در مقایسه نظریه تقصیر مشترک با نظریه وظیفه همکاری و نظریه پیش بینی پذیری و اعتماد معقول متعهدله بر اجرای تعهد باید گفت که نظریه های مذکور با اشکالاتی مواجه هستند و زمینه

را برای سواستفاده ی یکی از طرفین از طرف دیگر به وجود می آورد مثلا ممکن است متعهد اطلاعات بیشتری در مورد توانایی اش برای اجرا داشته ممکن است تلاش کند متعهدله را تحت کنترل خود قرار دهد یا رویدادها را به طریقی هدایت کند که همکاری بیش از آنچه کارایی ایجاد می کند، مورد نیاز باشد یا شرایط را به سمتی سوق دهد که اعتماد متعهدله به اجرای تعهد غیرمنطقی جلوه داده شود و این رفتار ناکارآمد اثبات ناپذیر است و بنابراین نمی تواند بازداشته شود . اما نظریه تقصیر مشترک خسارت ها را بین طرفین به نسبت درجه مداخله آنها در وقوع خسارت تقسیم می کند لذا انگیزه قابل توجهی به متعهد برای اجرا قرارداد حتی در زمانی که متعهدله تصور کرده است به جای می گذارد و نیز متعهدله می داند در صورت عدم همکاری وی یا اعتماد غیر منطقی وی ممکن است نه تنها اجرا را پرهزینه می کند ، بلکه می تواند منتهی به نقض قرارداد شود که بخشی از پیامدهایش را خودش باید متقبل شود و همچنین حسن نیت را در تمام مراحل قرارداد مرحله اول: مذاکرات مقدماتی قبل از انعقاد عقد، مرحله دوم: انعقاد قرارداد، مرحله سوم: اجرای قرارداد، مرحله چهارم: حل و فصل اختلافات در راستای اختلافات حاصله تامین می کند.

منابع و ماخذ

الف) فارسی

کتاب ها

- بادینی، حسن، فلسفه ی مسئولیت مدنی، چ ۲، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴.
- شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها، ج ۱، چ ۱، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۳.
- کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی، وقایع حقوقی، چ ۲، تهران: موسسه نشر یلدا، ۱۳۷۴.
- کاتوزیان، ناصر، الزام های خارج از قرارداد، ج ۱، چ ۸، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۸.
- محمدی، ابوالحسن، قواعد فقه، چ ۱۲، تهران: انتشارات میزان، ۱۳۹۰.
- مراغی، میر عبدالفتاح بن علی حسین، العناوین الفقیه، ج ۲، چ ۲، قم: موسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین، ۱۴۰۲.

مقاله ها

- بیاتی، محمد حسین . حشمتی، ابوالفضل. "وظایف و مسئولیت مدنی زیان دیده در مقابله و کاهش خسارت". جستارهای فقه و حقوق خصوصی ۳ (۱۳۹۴): صفحات ۲۳-۵۲.

-جنیدی، لعیاء. "تقصیر زیان دیدہ"، مجلہ دانشکدہ حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تہران ۴۶ (۱۳۷۸) صفحات ۵۲-۹۰.

-ژنویوینی پاتریس، ژوردن. "ہمراہی فعل منتسب بہ خواندہ و فعل زیان دیدہ"، مترجم: مجید ادیب، مجلہ تحقیقات حقوقی ۴۲ (۱۳۸۴): صفحات ۳۲۵-۳۷۴.

-کاظمی، محمود. "آثار تقصیر زیان دیدہ بر مسئولیت مدنی"، فصلنامہ پژوهشی دانشگاه امام صادق ۲۸ (۱۳۸۴): صفحات ۱۱۰-۱۴۱.

-Ayres, Ian . Gertner , Robert . "Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules." The Yale Law Journal 99 (1989):89.

-Cooter, Robert. "Tort, Contract, and Property : The Model of Precaution" California Law Review 73 (1985):14-15.

-Crawell, Richard. " Performance, Reliance, and One-sided Information. " Legal Stud 18 (1989):365-367.

-Dobbs, Dan B. The Law Of Torts. USA :West Academic Publishing, 2001.

-Eisenberg ,M. A. McDonnell, B. H. "xpectation Damages and the Theory of Overreliance." Hastings Law Journal 54 (2003):1335.

-Eisenberg, Melvin A. "Disclosure in Contract Law." California Law Review 91 (2003):1413.

Cafaggi, Fabrizio. "Creditors Fault: In Search of a Comparative Fault." EUI LAW 15 (2009):3-4.

- Hermalin, B. E. Katz, A.W. Craswell, R. The Law and Economics of Contracts. USA : Handbook on Foundations of Law and Economics ,2007.

- Porat, Arie."A Comparative Fault Defense in Contract Law." Michigan Law 107 (2009):1398.

Scott , Robert E. "In (Partial) Defense of Strict Liability on Contract." Michigan Law Review 107 (2009):1385.

-Mikell ,William E. " Contributory Negligence and Last Clear Chance." University of Pennsylvania Law Review and American Law Register68(1920):377.