

## تحلیل شرطیت یا مانعیت تقصیر در مسئولیت قراردادی در نظام حقوقی ایران و امریکا

مژده ظفری\*، مرتضی شهبازی نیا\*\*، مهرزاد ابدالی\*\*\*، سید الهام‌الدین شریفی\*\*\*\*

### چکیده

گسترش روابط قراردادی انسان‌ها دامنه مسئولیت را وسعت می‌بخشد و بدیهی است پیچیدگی و ظرافت‌هایی که در هر زمان دامن‌گیر دانش حقوق می‌شود در قلمرو مسئولیت نیز وارد می‌شود. آنچه می‌بایست در خصوص مفهوم تقصیر بیان کرد آن است که تقصیر همانند سایر پدیده‌های اجتماعی در حال حرکت و تغییر است و باید آن را تابعی از عدالت شمرد. در این مقاله تلاش شده به بررسی این سؤال پرداخته شود که آیا تقصیر در ایجاد مسئولیت قراردادی در حقوق ایران و امریکا شرطیت دارد یا مانع تلقی می‌شود؟ تقصیر در ایجاد مسئولیت قراردادی از جمله بحث‌های محوری در زمان نقض قرارداد است و از آنجایی که طرفین قرارداد در زمان انعقاد قرارداد به دنبال روابط عادلانه هستند که سود و منفعتشان حفظ شود و افزایش یابد و انگیزه بیشتری برای همکاری و حفظ قراردادها داشته باشند بر این اساس در خصوص مانعیت و شرطیت تقصیر میان حقوقدانان در حقوق ایران و امریکا اختلاف نظر وجود دارد. یافته‌های پژوهش حاضر بر این امر دلالت دارد که تقصیر در ایجاد مسئولیت قراردادی در حقوق هر دو کشور شرطیت داشته و به‌عنوان علت تامه یعنی بخشی از آن مجموعه مقدماتی است که وجود معلول متوقف بر وجود آن است. این مقاله با

\* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشکده علوم اجتماعی، دانشگاه بین‌المللی امام خمینی (ره)، قزوین، ایران.

\*\* دانشیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران.

\*\*\* دانشیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده علوم اجتماعی، دانشگاه بین‌المللی امام خمینی (ره)، قزوین، ایران.

\*\*\*\* استادیار، گروه حقوق خصوصی، دانشکده علوم اجتماعی، دانشگاه بین‌المللی امام خمینی (ره)، قزوین، ایران.

دیدنی تطبیقی درصدد بررسی شرطیت و مانعیت تقصیر همراه با تحلیل نظرها با روش توصیفی - تحلیلی است.

واژگان کلیدی: شرطیت تقصیر، مانعیت تقصیر، مسئولیت قراردادی، مسئولیت محض.

## سراغاز

تقصیر یک مفهوم اخلاقی است و از حوزه اخلاق به حوزه حقوق رسوخ پیدا کرده است، اما پس از ورود در علم حقوق، صفات و ویژگی‌های خاصی را به خود اختصاص داده و این بر اثر تنوع موضوع‌های حقوقی است. هرگونه تقصیر که مولد یک ضرر است، برحسب نوع فعل، فاعل زیان و زیان وارده و نتایج و آثار آن متنوع خواهد بود: تقصیر جزایی و تقصیر مدنی، تقصیر جزایی با زیر پا گذاشتن قوانین و مقررات حقوق جزا به وجود می‌آید و تقصیر مدنی زمانی پدید می‌آید که قراردادی نادیده گرفته شود یا کسی در رفتار خود تعدی و تفریط کند. پژوهشگران و دادگاه‌ها، حقوق قراردادهای آمریکا را مبتنی بر مسئولیت مطلق توصیف می‌کنند و تقصیر را مانع می‌دانند. مسئولیت مطلق به‌طور کلی به این معناست که دلیل عدم انجام تعهد توسط طرف قرارداد اهمیتی در نقض قرارداد ندارد (Cohen, 2009). برخی از حقوقدانان ما این شکل از مسئولیت را پذیرفته‌اند اما توجیحات متفاوتی را در این زمینه ارائه داده‌اند؛ برخی معتقدند نقض قرارداد و عهدشکنی تقصیر به شمار نیامده و مسئولیتی که به محض عدم اجرای قرارداد بر متخلف تحمیل می‌شود ناشی از حکم قانون است (سیفی، ۱۳۷۳: ۲۱۰). برخی دیگر نیز معتقدند با توجه به اینکه قانون مدنی در مبحث مسئولیت قراردادی از تقصیر متعهد سخنی به میان نیاورده و در مقابل موارد معافیت متعهد را برشمرده بنابراین در حقوق ایران، تقصیر در ایجاد مسئولیت قراردادی شرط نیست (عدل، ۱۳۷۳: ۱۳۵). برخی دیگر نیز بر این اعتقادند که مسئولیت مرتبط با نقض قرارداد مطلق است، زیرا اهمیتی ندارد که نقض‌کننده با احتیاط بوده است یا نه یا حتی اینکه آیا خسارت‌دیده از جهتی مقصر بوده است یا نه (شیروی، ۱۳۸۰: ۵۵). در مقابل گروهی

دیگر از حقوقدانان تقصیر را در مسئولیت قراردادی همانند مسئولیت غیر قراردادی شرط می‌دانند و فرد را ملزم به جبران خسارت می‌دانند (حسینی، ۱۳۸۷: ۳۴) و عدم انجام تعهد در صورتی تقصیر است که با خطا و بی‌مبالاتی همراه باشد. علت این هم که اثبات بی‌تقصیری مسئول را بری نمی‌سازد این است که مقنن مقداری سخت‌گیری کرده که مبدا متعهد بر مبنای احتمال معاف شود و او برای رهایی خود از مسئولیت، وجود مانع خارج از اراده خود را باید ثابت کند (شهیدی، ۱۳۸۹: ۷۸). حقوقدانان امریکا در این زمینه بیان می‌دارند که هنگامی که متعهدی، تعهدی را عهده‌دار می‌شود اما از اجرای آن خودداری می‌کند، می‌گوییم که نقض تعهد روی داده است. در این مورد بر مبنای نظام مبتنی بر تقصیر (شرطیت تقصیر) می‌توان جلوی ورود خسارت بیشتر را گرفت و خسارت حاصله را به نحو عادلانه‌تری توزیع کرد. اگر مسئولیت متعهد قرارداد مطلق باشد کارایی و سودمندی قرارداد کاهش می‌یابد، زیرا هریک از طرفین می‌دانند که در صورت ورود حادثه و عدم اجرای تعهد، مسئولیت جلوگیری از حادثه و مسئولیت جبران خسارت تمام بر عهده‌ی متعهد است در نتیجه متعهدله هیچ تلاشی برای پیشگیری از حادثه زیان‌بار نمی‌کند و این نظام مسئولیت انگیزه‌ای به متعهدله برای همکاری نمی‌دهد؛ اما اگر هریک از طرفین بدانند که ممکن است مسئولیت جبران خسارت بر عهده‌ی آنان قرار گیرد تلاش می‌کند تا جلوی بروز حوادث احتمالی را بگیرند و همکاری بیشتری با یکدیگر داشته باشند. این امر از نظر اقتصادی منافع زیادی برای آن‌ها به همراه دارد و از هزینه‌های اضافی جلوگیری می‌کند. نوشتار حاضر به بررسی و تحلیل شرطیت یا مانعیت تقصیر می‌پردازد از این رو در ابتدا به مفهوم تقصیر و شرط و مانع و سپس به تشریح شرطیت یا مانعیت تقصیر خواهیم پرداخت.

## ۱. مفهوم تقصیر

تقصیر<sup>۱</sup> در اصل، یک مفهوم اخلاقی است و از حوزه اخلاق به حوزه حقوق رسوخ پیدا کرده است اما پس از ورود در علم حقوق، صفات و ویژگی‌های خاصی را به خود اختصاص داده و این بر اثر تنوع موضوع‌های حقوقی است لذا تقصیر مفهوم اجتماعی یافته و هر تحلیلی که درباره مفهوم آن ارائه شود بایستی بر مبنای این واقعیت تنظیم شود که نمی‌توان حکمی کلی در باب تمام اقسام مسئولیت صادر کرد.

### ۱-۱. تقصیر در لغت

تقصیر در لغت به معنای سهو، اشتباه، نقیض صواب، گناه و جرم و نیز سستی و بی‌توجهی و قصور و غفلت دانسته شده است (معین، ۱۳۴۲: ۱۱۲۰).

### ۱-۲. مفهوم اصطلاحی تقصیر

در اصطلاح، برخی تقصیر را در مقابل عمد قرار داده‌اند و معتقدند که عبارت است از: «وصف عمل که فاعل آن دارای قوه تمییز بوده و به علت غفلت و یا نسیان یا جهل یا اشتباه یا بی‌مبالاتی و عدم احتیاط، عملی که مخالف موازین اخلاقی (خطای اخلاقی) یا قانون است، مرتکب شده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۱۳۹۲). تقصیر، نقض یک تکلیف یا بی‌مبالاتی است و در برخی شرایط و اوضاع و احوال که تکلیف کنترل و مراقبت از اشخاصی بر عهده دیگری قرار دارد، خطاهای دیگران را نیز ممکن است در برگیرد (Nicholas, 1992: 337). در فرهنگ حقوقی بلک، تقصیر به صورت جامع این‌گونه تعریف شده است: «تخلف از اعمال احتیاط یا انجام وظیفه است که از بی‌توجهی<sup>۲</sup>،

---

1. fault, negligence  
2. Inattention

ناتوانی<sup>۱</sup>، انحراف<sup>۲</sup>، سوءنیت<sup>۳</sup> یا سوءتدبیر<sup>۴</sup> ناشی می‌شود» (Garner, 1999:623).

### ۱-۲-۱. حقوق ایران

با توجه به مواد ۹۵۱ و ۹۵۲ قانون مدنی، تقصیر در حقوق قراردادها عبارت است از انجام کاری که شخص به حکم قرارداد باید از آن پرهیز کند یا خودداری از کاری که باید انجام دهد (امیری قائم‌مقام، ۱۳۸۵: ۱۴۲)؛ بنابراین، برای تشخیص تقصیر باید «معیار نوعی» را ملاک قرارداد؛ یعنی رفتار یک انسان متعارف در آن اوضاع و احوال ملاک عمل است اگر از آن تجاوز شده باشد تقصیر محقق می‌شود وگرنه تقصیری نیست. در مسئولیت مبتنی بر تقصیر استاندارد «مراقبت» به کار رفته که یک استاندارد نوعی است؛ بنابراین رفتار در صورتی بی‌احتیاطی محسوب می‌شود که استانداردهایی که بر اساس عرف از متعاملین انتظار می‌رود رعایت شود را برآورده نسازد و اگر طرفین قرارداد افراد حرفه‌ای باشند آنچه عرف از طرفین حرفه‌ای در یک بخش خاص مربوط به قرارداد انتظار دارد را برآورده نسازد (Willd, 2010:115). برای مثال، در قراردادهای درمانی به منظور پیشرفت درمان، بیمار موظف است تمام اطلاعات لازم را به پزشک ارائه کند تا روند درمان خوب پیش رود. اگر فراموش یا کوتاهی کند در قرارداد تأثیر می‌گذارد و مبنای تقصیر است؛ به عبارت دیگر ریشه عدم انجام تعهد، کوتاهی فرد بوده است یا گاهی فرد تعدی می‌کند و در راستای درمان بیماری اموری را که باید پرهیز کند مرتکب می‌شود و در نتیجه درمان ناقص انجام می‌گیرد.

- 
1. Incapacity
  2. Perversity
  3. Bad Faith
  4. Mismanagement

### ۱-۲-۲. حقوق امریکا

اکثر حقوقدانان امریکا تقصیر در قرارداد را این‌گونه تعریف کرده‌اند: تقصیر از بی‌توجهی و بی‌احتیاطی یا بی‌مبالاتی نشئت می‌گیرد یا به‌گونه‌ای عمدی انجام می‌شود و بر این اساس معتقدند که تقصیر در قرارداد به دو دسته عمدی و ناشی از بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی تقسیم می‌شود که در هر دو مورد متعهد، مقصر و مسئول جبران خسارت است؛ اما عده‌ای قائل‌اند که باید صرفاً نقض از روی بی‌مبالاتی را تقصیر دانست چون این نوع نقض منابع اقتصادی جامعه را سست می‌کند در حالی که نقض عمدی ممکن است برای طرفین قرارداد سودمند باشد (Posner, 2009:355)؛ بنابراین بر اساس نظر این گروه نقض از روی بی‌مبالاتی غالباً موجب مسئولیت است، چون نقض‌کننده به سودمندی نقض توجهی نداشته است اما در نقض عمدی باید بررسی کرد که آیا نقض برای طرفین سودمند بوده یا خیر و با توجه به این موضوع در مورد مسئولیت متعهد تصمیم‌گیری کرد (Willd, 2010:115).

به‌طور کلی در حقوق امریکا تقصیر را تجاوز از رفتاری می‌دانند که حقوق آن را به‌عنوان حداقل حمایت از دیگران در برابر خطر نامتعارف لازم می‌بیند. نتیجه اینکه تقصیر عبارت است از: تجاوز از حدود متعارف در تعهدات غیر قراردادی و تجاوز از قرارداد در تعهدات قراردادی؛ بنابراین، برای تحقق مفهوم مسئولیت نیاز به احراز قصد و عمد وجود ندارد و این عنوان با بی‌مبالاتی و سهل‌انگاری که در عرف قابل گذشت نباشد نیز محقق می‌شود.

### ۲. شرطیت یا مانعیت تقصیر

در این بخش از مقاله به بررسی ارتباط تقصیر با شرطیت و مانعیت در مسئولیت قراردادی پرداخته خواهد شد.

## ۲-۱. مفهوم شرطیت و مانعیت

برای درک بهتر موضوع ابتدا لازم است به بررسی ماهوی دو اصطلاح شرط و مانع پرداخته شود.

### ۲-۱-۱. مفهوم شرطیت

در این بخش به مفهوم شرط در لغت و عرف و اصطلاح پرداخته می‌شود که در ذیلا تشریح می‌شود.

#### - مفهوم شرط در لغت

شرط در لغت به معنای نشانه، تعلیق و وابسته کردن چیزی به چیز دیگر است (تهانوی، ۱۹۹۶: ۱۰۱۳) و همچنین به معنای «لازم گردانیدن و لازم گرفتن آن» و «الزام و التزام به چیزی در خلال عقد بیع و مانند آن» است<sup>۱</sup> (ابن منظور، ۱۹۹۷: ۴۲۰).

#### - مفهوم شرط در عرف

در معنای عرفی شرط عبارت است از امری که «مؤثر» برای اثرگذاری متوقف بر آن است؛ اما برای ایجاد کردن «متأثر» بدان محتاج نیست (عاملی، ۱۴۰۰ ق: ۶۴). مرحوم شیخ انصاری در کتاب شریف مکاسب برای شرط دو معنای عرفی بیان می‌دارد.

#### - شرط به معنای حدثی

در این معنا شرط مصدر خواهد بود و از آن مشتقاتی چون شارط و مشروط اخذ می‌شود و مفهوم آن عرفاً الزام و التزام ضمنی یا ابتدایی<sup>۲</sup> است و در ضمنی و ابتدایی حقیقتاً اطلاق شده، چنانچه در بعضی از اخبار بر عهد و نذر اطلاق شده است (انصاری، ۱۴۱۶ ق: ۲۷۵).

۱. و الشرط: الزام الشی و التزامه فی البیع و نحوه و الجمع شروط....

۲. البته صاحب قاموس با این معنا مخالف است، زیرا ایشان شرط را الزام و التزام شی در بیع و مانند آن می‌داند؛ بنابراین استعمال «شرط» در الزام ابتدایی را مجاز می‌داند.

### - شرط به معنای جامدی

به این معنی شرط مصدر نخواهد بود و از آن هیچ مشتقی اخذ نمی‌شود و مفهوم آن عرفاً عبارت است از امری است که عدم آن مستلزم عدم مشروط است ولی از ناحیه وجود نسبت به وجود مشروط مسکوت‌عنه خواهد بود؛ یعنی در عرف آن چیزی را که در تحقق شی و وجود خارجی آن دخالت دارد، شرط گویند (انصاری، ۱۴۱۶ ق: ۲۷۵).

### - مفهوم شرط در اصطلاح

در علوم مختلف، شرط معانی اصطلاحی متفاوتی را به خود اختصاص داده است که در زیر به شرح آن‌ها پرداخته می‌شود.

### - مفهوم شرط در اصطلاح

در علوم مختلف، شرط معانی اصطلاحی متفاوتی را به خود اختصاص داده است که در زیر به شرح آن‌ها پرداخته می‌شود.

- در علم نحو شرط در مقابل جزا قرار داشته و عبارت از جمله ای است که پس از ادات شرط واقع می‌شود (امامی، ۱۳۷۸: ۲۷۲) مثل «ان قام زید، قام غلامه» که جمله به صورت شرطی آمده و دارای ادات شرط، فعل شرط و جزای شرط است (خویی، ۱۴۱۰ ق: ۱۸). این اصطلاح از معنای جامدی شرط اخذ شده است (انصاری، ۱۴۱۶ ق: ۲۷۵)؛ بنابراین شرط را در نحو این‌گونه تعریف می‌کنند: «شرط تعلیق چیزی به چیز دیگر است طوری که هرگاه شی اول ایجاد شود دومی هم ایجاد می‌شود» (جرجانی، بی تا: ۳۸۲).

- در اصطلاح فلاسفه و اصولیون شرط عبارت از امری است که در پیدایش و تحقق امر دیگری که مشروط نامیده می‌شود مؤثر بوده و وجودش برای تحقق آن امر لازم است. در این تعریف شرط به این معنی گفته شده است: «الشرط ما یلزم من عدمه العدم ولا یلزم من وجوده وجود» یعنی شرط عبارت از چیزی است که اگر نباشد



مشروط به وجود نمی‌آید ولی اگر شرط بوجود آید به تنهایی برای ایجاد مشروط کافی نیست (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۳۸۰؛ لطفی، ۱۳۹۱: ۱۹).

- در لسان فقها شرط دارای دو معنی است:

الف. شرط عبارت از چیزی است که تحقق و صحت عبادات یا معاملات یا لزوم عقود بر آن متوقف است. توقف صحت یا لزوم بر شرط ممکن است واقعی یا به حکم شارع باشد؛ مثل اینکه گفته می‌شود که قبض شرط صحت هبه است یا وضو شرط صحت نماز است و نیز ممکن است که مکلف اختیاراً تصرفی از تصرفاتش را بر امری معلق کرده باشد؛ مثل بیع معلق (توحیدی، ۱۳۶۸: ۲۹۷).

ب. شرط عبارت است از مطلق الزام و التزام، خواه در ضمن عقد مندرج باشد یا نباشد. به این ترتیب اطلاق شرط بر تعهد ابتدایی نیز حقیقی است نه مجازی. شرط به این معنا مصدر و مبدأ اشتقاق شارط، مشروط، مشروط له و مشروط علیه است (انصاری، ۱۴۱۶ ق: ۲۷۶).

با توجه به این مفهوم، الزام و التزام در ضمن معامله، خواه عنوان الزام یا شرط صریحاً در ضمن عقد درج شود، خواه به حمل شایع شرط شود. افزون بر این اصولاً هرگونه قراری در ضمن معامله اعم از این که خود الزام باشد یا مستلزم الزام باشد و یا الزام از احکام آن باشد، عرفاً شرط است (موسوی خمینی، بی تا: ۸۸-۸۵).

- در اصطلاح حقوقی لفظ شرط بیانگر یکی از دو مفهوم زیر است:

الف. امری که وقوع یا تأثیر عمل یا واقعه حقوقی به آن بستگی دارد (کاتوزیان، ۱۳۶۸: ۱۲۰). فرضاً شرایط اساسی صحت معاملات که در ماده ۱۹۰ ق. م ذکر شده از مصادیق شرط به مفهوم مذکور است؛ برای مثال اهلیت و قصد و رضای متعاقدین در یک عمل حقوقی شرط تحقق و صحت آن عمل است. در معنی مذکور شرط عبارت از چیزی است که در پیدایش و تحقق و صحت عمل یا واقعه حقوقی مؤثر است اما وجود آن لزوماً و ضرورتاً موجب تحقق تصرف حقوقی نیست (امامی، ۱۳۷۸: ۲۷۲).

ب. شرط به معنی عهد و التزام است؛ یعنی شرط به تعهدی گفته می‌شود که در ضمن عقد دیگری قرار گیرد (صفائی، ۱۳۵۱: ۲۰۸)؛ به عبارت دیگر شرط در این معنی عبارت است از تعهد فرعی یا الزام و التزامی که در ضمن عقد دیگری مندرج شده است. در این مفهوم شرط در شمار توابع عقد دیگری درآمده که در این مورد شرط خود به دو قسم است: الف. از جهت طبیعت موضوع آن، خود التزامی مستقل نیست و جز توابع عقد دیگری است و الزاماً بایستی در ضمن عقد دیگری مندرج شود؛ مانند وصفی که برای مبیع در ضمن عقد بیع شرط می‌شود (شرط وصف) یا اجلی که برای اجرای تعهدات ناشی از عقد شرط می‌شود (شرط اجل)؛ ب. از جهت ذاتی وابستگی به عقد نداشته باشد اما صرفاً اراده طرفین آن را به صورت تعهد فرعی در ضمن عقد اصلی درآورده باشد؛ همانند شرط وکالت ضمن عقد نکاح.

پس بنا بر مطالب بیان‌شده مقصود از شرط در اصطلاح فقهی - حقوقی و با توجه به نظریات حقوقدانان، تعهد تبعی است که در ضمن عقد دیگری توسط متعاقدين ایجاد می‌شود؛ بنابراین رابطه عقد (تعهد اصلی) و شرط (تعهد تبعی) همانند رابطه اصل و فرع با تابع و متبوع است.

## ۲-۱-۲. مفهوم مانعیت

در تعریف مانع آمده است که: «المانع ما یلزم من وجوده العدم و لا یلزم من عدمه وجود و لا عدم لذاته». «مانع آن است که فی حد ذاته از وجودش عدم لازم می‌آید و از نبودش وجود یا عدم لازم نمی‌آید.» (المنی‌اوی، ۱۴۳۲ ق: ۱۶). پس مانع چیزی است که با وجود معلول تصادم و تنافی داشته باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۸۹)؛ بنابراین تفاوت بین شرط و مانع آن است که: ۱. شرط باید احراز شود ولی مانع احتیاجی به احراز ندارد بلکه در مورد مانع تا وقتی که احراز صورت نگرفته است به احتمال مانع توجهی نمی‌شود پس علت تامه معطل نمی‌ماند تا عدم مانع احراز شود (ایروانی، ۱۴۰۶:

۱۹۴). ۲. تفاوت دیگر اینکه شرط زمینه را برای قصد طرفین فراهم می‌کند ولی مانع، جلوی تأثیر قصد را که تمام شرایط آن جمع است، می‌گیرد (شهیدی، ۱۳۸۹: ۷۸).

### ۲-۲. اثر دوران بین شرطیت و مانعیت

بحث حول این موضوع می‌شود که در حالت شک بین شرطیت و مانعیت کدام یک بر دیگری تقدم و ترجیح دارد. آیا شرطیت را باید مقدم داشت یا جانب مانعیت را ترجیح داد؟ در این باب نظریات متعدد است که در زیر به آن‌ها پرداخته می‌شود.

#### ۲-۲-۱. نظریه تقدم مانعیت

عده‌ای معتقدند که در حالت دوران امر بین شرطیت و مانعیت باید مانعیت را مقدم دانست و چنین استدلال آورده‌اند که در حالت دوران بین شرط و مانع، در واقع هیچ قیدی شرط نشده است و صرفاً خصوصیات ضد آن منتفی انگاشته شده است. مثلاً در این دعوا که آیا اسلام وصی شرط است یا کفر او مانع است (ماده‌ی ۱۱۹۲ ق. م). در واقع اسلام شرط نشده است و صرفاً خصوصیت کفر از خصوصیات اوصیاء زدوده و منتفی شده است (حسینی شیرازی، ۱۴۱۳: ق: ۱۲۰).

#### ۲-۲-۲. نظریه تقدم شرطیت

عده‌ای دیگر در این دوران قائل به شرطیت شده‌اند. یکی از فقها در بحث دوران معتقد است که ابتدا باید به دلیل مراجعه شود که اگر در ادله عقلی و نقلی نصی در این زمینه وجود داشته باشد که صراحت یا ظهور در شرطیت یا مانعیت داشته باشد. مفاد دلیل را اخذ می‌کنیم. اگر در این زمینه دلیلی وجود نداشته باشد مثل همه موارد دیگر با فقدان دلیل نوبت به اصول می‌رسد (الاصل دلیل حیث لا دلیل). اگر مجرای یکی از اصول عملی باشد به مفاد اصل عمل می‌شود و اگر اصل نیز توانایی حل مسئله را نداشته باشد باید بنا را بر شرطیت نهاد.

البته باید توجه کرد که امر عدمی هیچ‌گاه نمی‌تواند شرط قرار گیرد. نکته قابل توجه این است که نسبت به اصل شرطیت یک مورد استثنا وجود دارد؛ یعنی در این حالت باید بنا را بر مانعیت نهاد که اتفاقاً آن یک مورد استثنایی عمده حقوق مدنی را فرا گرفته است. ایشان در بیان استثنا معتقدند که در مورد معاملاتی که عرف آن‌ها را صحیح می‌پندارد اگر دوران بین شرطیت یا مانعیت قیدی پیش آید بنا را بر مانعیت نهاد و این تنها استثنا بر اصل شرطیت است. علت این استثنا آن است که با شک در شرطیت آن قید از اقتضای عقد برای صحت و تأثیر نهادن کاسته نمی‌شود؛ چون مرجع این شک بازمی‌گردد به اینکه آیا قانون‌گذار برای دایره سلطه شخص نسبت به اموالش تضییق یا محدودیتی وارد آورده و او را از کاری که اقتضای تسلط نسبت به آن کار وجود دارد منع کرده است یا خیر؟ پس شک در اشتراط قید به شک در مانعیت بر تسلط اشخاص بازمی‌گردد (بهبهانی، ۱۴۰۵، ق: ۲۲).

به نظر می‌رسد این مورد استثناء دوران امر بین شرطیت و مانعیت نباشد بلکه با توجه به حوزه اعمال آن بحث مربوط به تقابل قاعده تسلط و قاعده‌ی لاضرر است که در این خصوص تناسب میان اختیار مالک و ضرر وارد نکردن به غیر برای استفاده از حق خود را بیان می‌دارد.

### ۲-۲-۳. عدم تقدم

برخی دیگر از محققین در بحث دوران بین شرطیت و مانعیت معتقدند که هیچ دورانی بین این دو به وجود نمی‌آید. علت آن است که اصلاً هیچ تفاوتی بین شرط و عدم مانع وجود ندارد. به این ترتیب که دو جزء تعریف شرط ملازمه با دو جزء تعریف عدم مانع دارد. در جزء اول تعریف شرط می‌گوییم: شرط آن است که از عدمش، عدم مقتضی حاصل می‌آید. در مورد عدم مانع نیز می‌گوییم: از عدم مانع (وجود مانع) عدم مقتضی حاصل می‌آید. ملاحظه می‌شود که عدم هر یک از شرط و عدم مانع به نتیجه واحد، یعنی عدم مقتضی می‌رسد. در جزء دوم تعریف شرط نیز می‌گوییم: از وجود شرط به تنهایی وجود مقتضی لازم نمی‌آید. چون ممکن است اجزای دیگر علت

تامه موجود نشده باشند. در مورد عدم مانع نیز می‌گوییم: اگر صرفاً مانع معدوم شده باشد، نمی‌گوییم که مقتضی لازم می‌آید. به همان دلیلی که در مورد شرط بیان شد. پس صرف وجود شرط و عدم وجود مانع به نتیجه واحد می‌انجامد و آن عدم ثبوت حتمی مقتضی است. با این وجود چرا نتوانیم بگوییم شرط و عدم مانع یکسان‌اند و اصولاً بین این دو تبانی وجود ندارد تا دوران بین این دو رخ ندهد (تبریزی، ۱۳۶۹: ۵۶۷).

پیرامون بحث فوق، در صورت شک میان اینکه امری شرط است یا مانع به نظر می‌رسد که نمی‌توان حکم کلی در همه موارد ذکر کرد و هر مورد باید به صورت جداگانه بررسی شود و با توجه به اینکه پژوهش حاضر در خصوص تقصیر است، به نظر می‌رسد در تقصیر شرطیت بر مانعیت ارجحیت دارد؛ که ذیلاً به اثبات این موضوع پرداخته می‌شود.

**اصل براءت:** هرگاه دلیلی مبنی بر امری وجود نداشته باشد هنگام شک لازم است که برای رفع شک و شبهه و تعیین تکلیف موضوع به اصول عملیه مراجعه کرد در بحث مربوطه (شک در مانعیت یا شرطیت تقصیر) بر مبنای اصل براءت تقصیر را شرط در تحقق مسئولیت قراردادی می‌دانیم، زیرا اگر قائل به عدم شرطیت تقصیر باشیم و آن را مانع لحاظ کنیم در این صورت قائل به مسئولیت محض هستیم (که در بحث‌های آتی به عدم امکان اعمال آن در مسئولیت قراردادی می‌پردازیم) و این موضوع مشمول قاعده عقلی «تکلیف بمالایطاق» - که مبنای اصل براءت است - می‌شود. بر این مبنای باید گفت که اصل بر براءت از مسئولیت محض است و از سوی دیگر مشمول قاعده عسر و حرج می‌شود که از احکام ثانویه است. لذا هنگام دوران امر بین شرطیت و مانعیت بر مبنای اصل براءت شرطیت مقدم است.

**اصل عدم:** اصل بر عدم مسئولیت است حال اگر تقصیر را شرط ندانیم باید قائل به مسئولیت محض بود و همچنین زمانی که قراردادی نقض می‌شود آنچه به ذهن تبادر می‌کند این است که متعهد مرتکب تقصیر و کوتاهی شده است. پس بر اساس اصل عدم هم شرط مقدم است.

- **دلیل عقلی:** انتظار افراد از انعقاد قرارداد ایجاد روابط عادلانه و شرایط مساوی و بهره‌مندی از قرارداد انعقادی و تحصیل سود است. حال اگر در بحث حاضر مانع را بر شرط ترجیح دهیم ترجیح بلامرجح بوده و زمینه برای سوءاستفاده و فرصت‌طلبی متعهدله فراهم می‌شود، زیرا وقتی متعهدله می‌داند تقصیر لازمه ایجاد مسئولیت نیست و در هر حال متعهد مسئول است و اصولاً امکان اثبات عدم تقصیر (مانع) وجود ندارد، زیرا ادله فقط توانایی اثبات امور وجودی را دارند اما قادر به اثبات امور عدمی در هیچ حالتی نیستند، نتیجه این موضوع این است که هدف از علم حقوق که ایجاد عدالت است و انتظار افراد از انعقاد قرارداد برآورده نمی‌شود و این نقض غرض قانون‌گذار حکیم است.

#### ۲-۳. رابطه تقصیر با مانعیت

برخی از حقوقدانان قائل‌اند که بین مانعیت و تقصیر رابطه‌ی تساوی حاکم است و تقصیر در مسئولیت قراردادی را مانع تلقی و برای اثبات نظر خود به دلایل ذیل استناد می‌کنند.

#### ۲-۳-۱. نظریه گزینه‌ای بودن قرارداد

پژوهشگران و دادگاه‌ها تقصیر در مسئولیت قراردادی را مانع می‌دانند و به‌طور کلی معتقدند که دلیل عدم انجام تعهد توسط طرف قرارداد اهمیتی در نقض قرارداد ندارد و صرف عدم انجام تعهد سبب ایجاد مسئولیت برای متعهد می‌شود و در واقع این گروه از حقوقدانان قائل به مسئولیت مطلق هستند (Cohen, 2009: 1450-1455). هولمز، از طرفداران این نظریه معتقد است که همان‌طور که دلیل عدم اجرا اهمیتی در نقض قرارداد ندارد دلیل نقض هم اهمیتی در تعیین خسارت ندارد. وی قراردادهای را به‌عنوان مجموعه‌ای از گزینه‌ها در نظر گرفته است با این توضیح که وقتی قراردادی به امضا می‌رسانید در آن متعهد می‌شوید یک عمل خاص را به انجام برسانید یا یک محصول را تأمین کنید یا یک خدمت را ارائه دهید در واقع متعهد شده‌اید که یا تعهد را انجام دهید

یا در صورت عدم انجام تعهد خسارت پرداخت کنید (Holmes, 1897:462). ویژگی گزینه‌ای بودن به‌ویژه در زمانی برجسته است که قرارداد حاوی یک بند وجه التزام باشد. شما متعهد می‌شوید که تعهد را انجام دهید یا مبلغ خسارت مشخص شده در آن بند را بپردازید؛ بنابراین زمانی که خسارت‌های مشخص شده به علت نقض قرارداد را به متعهد می‌پردازید، اعم از اینکه خسارت‌ها در بند قرارداد مشخص شده باشند یا در نتیجه خسارت‌های قراردادی توسط کارشناس محاسبه شده باشند، هیچ تقصیری به خاطر نقض قرارداد متوجه شما نیست حتی اگر دلیل نقض، عمدی و آگاهانه باشد و یا اینکه به این دلیل قرارداد را اجرا نکرده باشید که فرد دیگری به شما پول بیشتری در برابر محصول یا خدمتی که تعهد به ارائه آن‌ها داده‌اید پیشنهاد کرده باشد و به‌عنوان متعهد توانایی تأمین محصول و خدمت تعهد شده در قرارداد را برای طرف قرارداد و پیشنهاددهنده به صورت هم‌زمان نداشته باشید و در نتیجه طرفی که پیشنهاد پول بالاتری داده در اولویت قرار می‌گیرد (Posner, 2009:354). به این ترتیب در واقع، متعهد تعهد خود را زیر پا نگذاشته است، چون یکی از این دو مورد را متعهد شده بود (اگرچه در قرارداد به این صورت بیان نشده باشد) و لازم به ذکر است که گزینه‌ای بودن قرارداد همراه خود یک مؤلفه بیمه<sup>۱</sup> دارد اگر متعهد تعهد کند که یا قرارداد را اجرا می‌کند یا جبرانی در برابر عدم اجرا می‌پردازد در واقع طرف مقابل را در برابر پیامدهای عدم اجرای قرارداد بیمه می‌کند و همچنین باید گفت که با این حق انتخاب که به متعهد داده می‌شود هزینه‌های انجام معامله در صورت عدم اجرا کاهش می‌یابد. درست شبیه همان کاری که در شرایط شبه جرم توسط شرکت‌های بیمه‌گر انجام می‌شود.

## ۲-۳-۲. نظریه نقض عمدی و اتلاف اقتصادی

متعهد در برابر متعهدله به خاطر نقض قرارداد مسئول است و این مسئولیت تحت تأثیر بی‌مبالاتی متعهد یا قصور او در اتخاذ اقدام‌های احتیاطی کارآمد قرار نمی‌گیرد و نیز

مسئولیت متعهد تحت تأثیر این واقعیت قرار نمی‌گیرد که متعهدله پیش از نقض تعهد از اتخاذ اقدام‌های احتیاطی اثربخش به منظور کاهش پیامدهای عدم اجرای قرارداد قصور کرده است. بلکه متعهد علیرغم انجام مراقبت‌های لازم به علت انجام ندادن تعهد یا اجرای ناقص تعهد مسئولیت دارد. به این ترتیب لازم نیست متعهدله که مدعی نقض تعهد است اثبات کند که متعهد اقدام‌های احتیاطی مقرون‌به‌صرفه را برای جلوگیری از نقض قرارداد اتخاذ نکرده است. همچنین متعهد نمی‌تواند با استناد به اینکه نقض قرارداد ناشی از عواملی خارج از کنترل وی بوده است از مسئولیت شانه خالی کند (Scott, 2009, 1386).

در نظریه نقض عمدی قرارداد باید بین رفتار کارآمد و رفتار غیرکارآمد تفاوت قائل شد. نقض عمدی قرارداد به این معناست که متعهد از اتخاذ اقدام‌های احتیاطی لازم که در اجرای یک قرارداد کارآمد است خودداری کند و قرارداد را نقض کند تا از متحمل شدن زیان‌های اساسی و بیشتر اجتناب کند.

نقض عمدی ناکارآمد در صورتی تحقق می‌یابد که سه شرط کلیدی را داشته باشد؛ نخست، متعهد در جریان اجرای قرارداد قادر به اتخاذ یک اقدام احتیاطی باشد که هزینه مورد انتظار برای اجرای قرارداد را کاهش دهد اما از اعمال آن خودداری کند؛ دوم متعهدله نظارت‌کننده دقیقی نباشد که عدم رعایت احتیاط از سوی متعهد را تشخیص دهد؛ سوم، متعهد قادر به اجرای تعهد بر اساس قرارداد پس از نقض قرارداد و البته با هزینه‌ی بیشتری باشد. در کامن لا در حقوق قراردادهای یک نظریه وجود دارد که مطابق آن دادگاه‌ها در صورت عمدی بودن نقض قرارداد توسط متعهد مسئولیت یا خسارت را تعدیل کنند. دادگاه‌ها این نظریه را عمدتاً در موارد تعیین میزان خسارت در پرونده‌های شامل نقض یک قرارداد خدماتی به کار می‌گیرند. در چنین پرونده‌هایی عمدتاً متعهدله، متعهد را به منظور الزام به یک اجرای جایگزین مورد پیگرد قانونی و قضایی قرار می‌دهد؛ اما گاهی هزینه اجرای جایگزین از سودی که در صورت اجرای کامل توسط متعهد حاصل می‌شود متجاوز می‌شود. این مسئله معمولاً در پرونده‌های ساختمانی رخ



می‌دهد که هزینه اجرای جایگزین کاملاً با مزایای حاصل شده بی‌تناسب است. در این صورت متعهدله تنها می‌تواند زیانی که متحمل شده را به‌عنوان جبران خسارت دریافت کند چون جبران استاندارد یعنی جبران اجرای تعهد، خود مستلزم «اتلاف اقتصادی»<sup>۱</sup> است؛ اما برای اعمال نظریه اتلاف اقتصادی شرایطی وجود دارد؛ یک شرط کلیدی اعمال نظریه فوق این است که دریابیم متعهد اساساً قرارداد را با حسن نیت اجرا کرده و اینکه نقض قرارداد کارآمد بوده است؛ اما در نقض ناکارآمد نمی‌توان نظریه اتلاف اقتصادی را اعمال کرد، چون در این حالت محدود کردن جبران خسارت متعهدله به میزان زیان ناشی از اجرای جایگزین برای متعهد انگیزه ایجاد می‌کند تا اقدام‌های احتیاطی کارآمد را اتخاذ نکند.

#### ۲-۴. رابطه تقصیر با شرطیت

برخی دیگر از حقوقدانان با توجه به مفهوم شرط و مانع و با توجه به دلایل زیر معتقدند که تقصیر شرط در ایجاد مسئولیت قراردادی است و با شرط رابطه‌ی تساوی دارد. اگرچه تقصیر از ارکان مسئولیت قراردادی نیست اما لازمه تحقق مسئولیت این است که تقصیر احراز و اثبات شود. در ذیل به شرح دلایل این گروه از حقوقدانان می‌پردازیم.

#### ۲-۴-۱. ایجاد عدالت و برابری

ادله توانایی اثبات امور وجودی را دارند اما قادر به اثبات امور عدمی در هیچ حالتی نیستند حال اگر تقصیر را مانع لحاظ کنیم باید گفت که احراز و اثبات آن امکان‌پذیر نیست و به صرف عدم انجام تعهد بدون نیاز به احراز و اثبات تقصیر مسئولیت قراردادی محقق می‌شود و قائل به مانعیت تقصیر و به عبارتی مسئولیت مطلق شد و در این صورت نتیجه منصفانه‌ای حاصل نمی‌شود، زیرا انتظار متعارف مردم از روابط این است که رابطه عادلانه‌ای داشته باشند و در شرایط مساوی قرار بگیرند و قرار دادن

طرفین قرارداد در وضعیتی که نتوانند در مقابل زیان وارده از خود دفاع کنند خلاف هدف قانون و ایجاد عدالت و برابری و نظم و یکپارچگی در قوانین است.

## ۲-۴-۲. اصل همکاری و تقصیر زیان دیده

اجرای مؤثر قرارداد اغلب مستلزم همکاری دوسویه و اقدام دوجانبه است. افعال و اعمال متعهدله می‌تواند بر توانایی یا عدم توانایی متعهد برای اتخاذ اقدام‌های احتیاطی جهت اجرای قرارداد و جلوگیری از نقض آن تأثیر بگذارد. لذا حقوق قراردادی نه تنها در مرحله اجرای قرارداد بلکه در مرحله قبل از تشکیل قرارداد وظایفی را برای طرفین (حتی اگر صریحاً مطرح نشده باشد به صورت ضمنی) لحاظ کرده است. بر این اساس نه تنها متعهد بلکه متعهدله وظایفی را برای اتمام صحیح و کامل قرارداد دارد و اگر متعهدله از برداشتن گام‌هایی برای پیشگیری یا کاهش احتمال نقض قرارداد در زمان انعقاد قرارداد تا پایان آن کوتاهی کند، به‌طور مثال متعهدله در کمک کردن به اجرا کوتاهی کند یا اینکه متعهدله با روشن نکردن وظایف و حقوق قانونی متعهد موجب نقض قرارداد شود و یا زمانی که متعهدله در ارائه اطلاعات لازم برای اجرا به متعهد و نیز از اطلاع‌رسانی به وی در مورد زیان‌های بالقوه‌ای که در صورت نقض قرارداد متحمل خواهد شد، کوتاهی کند یا اگر متعهدله مسئول انجام هشدارها و اعلاناتی است که آن‌ها را انجام نمی‌دهد و در نتیجه کوتاهی متعهدله در هریک از موارد فوق نقض قرارداد توسط متعهد صورت گیرد متعهدله نمی‌تواند به نقض قرارداد توسط متعهد استناد کند و مطالبه خسارت کند و خود را ذینفع بداند؛ بنابراین هر چه تقصیر متعهدله برجسته‌تر باشد، استدلال برای مانعیت تقصیر ضعیف‌تر می‌شود و همچنین می‌توان گفت که با شرطیت تقصیر جلوی نقض‌های غیرسودمند و فرصت‌طلبی گرفته می‌شود و پیشگیری از وقوع خسارت تشویق می‌شود تا هر دو طرف قرارداد به هدف خود نائل شوند؛ بنابراین مسئولیت قراردادی بدون تقصیر با همان سرعتی که مغز بدون ذخیره خونی از کار می‌افتد با شکست مواجه می‌شود و نمی‌تواند درست عمل کند.

## ۲-۴-۳. دیدگاه اخلاقی

اخلاقیات افراد را ملزم می‌کنند که به منافع شخصی و مالی دیگران توجه کنند (Hillman, 2011: 12-13). مخصوصاً متعهد با انعقاد قرارداد از نظر اخلاقی متعهد می‌شود که منافع متعهدله را در نظر بگیرد؛ به عبارت دیگر تعهد قراردادی الزام اخلاقی ایجاد می‌کند، زیرا متعهد با اراده آزاد خود پیمان تعهد منعقد می‌کند. این پیمان مجموعه‌ای از قواعدی است که بر متعهدله اخلاقاً این امکان و زمینه را می‌دهد که اجرای تعهد را از متعهد مطالبه کند. اگرچه حقوق و اخلاق یکسان نیستند اما در زمینه عدم اجرا تمایل دارند که به یکدیگر نزدیک شوند نه اینکه از هم فاصله بگیرند و اخلاق، متعهد را ملزم به اجرای تعهدی می‌کند که بر عهده گرفته نه اینکه وی را مختار کند که خودش بین اجرا و پرداخت خسارت یکی را انتخاب کند. اخلاق در بررسی تعهد فرد تمامی شرایط و اوضاع و احوال را در نظر می‌گیرد و با توجه به مجموعه عوامل، فرد را متعهد می‌داند؛ بنابراین اگر متعهد برای عدم اجرائش عذری موجه و اخلاقی داشته باشد عدم اجرا برای وی مجاز است (Freid, 2007: 120). پس اگر بخواهیم از منظر اخلاقی نیز اصل تقصیر را توجیه کنیم، باید بگوییم که طرفین قرارداد به‌طور متعارف هنگام انعقاد قرارداد معتقدند که تعهد قراردادی مستلزم اجرای قرارداد است نه انتخاب بین اجرا یا پرداخت خسارت و باید به توافق‌ها و قراردادهای احترام بگذارند. در غیر این صورت افراد حین انعقاد قرارداد اطمینان نخواهند داشت که حتماً به عین تعهد که هدفشان از انعقاد قرارداد است، دست می‌یابند یا خیر. (Eisenberg, 1982: 750).

طرفین قرارداد به‌طور متعارف انتظار اجرای تعهد را دارند و متعهد نیز اخلاقاً این الزام را دارد که منافع متعهدله را در نظر بگیرد و از سوی دیگر، اگر مسئولیت قراردادی را مطلق بدانیم و تقصیر را مانع فرض کنیم متعهد را در اجرای تعهد یا پرداخت خسارت مخیر بدانیم نهاد قرارداد ثابت خود را در جامعه از دست می‌دهد (Hillman, 2011: 8-10).

## ۲-۴-۴. معایب نظریه گزینه‌ای بودن قرارداد

گاهی مقصود متعهدله صرفاً اجرای یک «فعل خاص» یا نوعی «قرار منع»<sup>۱</sup> است و این اختلال بزرگی در نظریه قرارداد مبتنی بر گزینه‌ای هولمز ایجاد می‌کند. قرار منع تنها در زمانی ممکن است که جبران خسارت در قانون پیش‌بینی نشده باشد. در چنین شرایطی اقدام مشخص شده در قرارداد ماهیت گزینه‌ای خود را (مبنی بر اینکه متعهد یا قرارداد را انجام دهد و یا خسارت را بپردازد) از دست می‌دهد و هر دو گزینه انجام تعهد یا جبران خسارت عدم انجام تعهد منتفی می‌شود؛ بنابراین تعهدات مبتنی بر انجام یک «فعل خاص» حقوق قراردادی را مبتنی بر تقصیر می‌سازد. از طرفی دادگاه‌ها تنها در صورتی تمایل به محکوم کردن متعهد دارند که در نقض قرارداد مرتکب تقصیر شده باشد. به علاوه تعهد مبتنی بر انجام یک «عمل خاص» در بعضی موارد نقض کارآمد<sup>۲</sup> را خنثی می‌کند. برای مثال اگر «الف» قرارداد خود را با «ب» نقض کند تا کالای خود را به «ج» بفروشد چون «ج» مبلغی بیشتر از ضرر (خسارت) «ب» از نقض قرارداد به او می‌پردازد این نقض قرارداد، کارآمد است و حاصل اجتماعی را افزایش می‌دهد: «ب» شرایط زیان‌بار را متحمل نمی‌شود و «ج» و «الف» به شرایط بهتری می‌رسند؛ اما اگر «ب» مستحق آن عمل خاص باشد، «الف» نمی‌تواند بدون مذاکره با «ب» و اخذ موافقتش برای خاتمه قرارداد با «ج» قراردادی منعقد کند و این یک شرایط انحصار دوجانبه را به وجود می‌آورد که متعهد تنها در صورت مذاکره با متعهدله می‌تواند از

### 1. Injunctive relief:

یک عمل یا منع از عمل به دستور دادگاه در برابر فعل یا شرطی است که در دادخواست دستور موقت خواسته شده و بعضاً نیز مورد تأیید قرار گرفته است. چنین قراری در راستای استفاده از اختیارات قضایی (دادگاه) برای رسیدگی به یک مشکل است و قضاوت در خصوص پرداخت وجه نقد نیست. صدور یا رد قرار معمولاً با حضور طرفین در یک «جلسه استماع» به جای دادرسی اصلی مورد بحث قرار می‌گیرد، گرچه گاهی اوقات این قرار بخشی از دادخواست جبران خسارت و یا اجرای قرارداد است.

۱. Efficient Breach: رفتار آگاهانه‌ای است که از روی اجبار یا بی‌احتیاطی و اهمال صورت نمی‌گیرد بلکه، متعهد در این حالت قرارداد را نقض می‌کند تا از متحمل شدن زیان‌های اساسی اجتناب کند و منفعت اجتماعی را افزایش دهد.

قرارداد خارج شود و متعهدله تنها در صورت مذاکره با متعهد می‌تواند امتیازهایی از او بگیرد. هر طرف سعی دارد که سود و سهم خود را که از نقض قرارداد ایجاد می‌شود، به حداکثر برساند و چنین مذاکره‌ای پرهزینه و ممکن است با شکست مواجه شود و اگر با شکست مواجه شود، یک هزینه اجتماعی گزاف به وجود می‌آورد نه صرفاً یک هزینه خصوصی.

و از سوی دیگر، نظریه مبتنی بر گزینه‌ای بودن قرارداد متضمن محض بودن مسئولیت قراردادی است؛ یعنی قربانی نقض لزوماً نباید تقصیر نقض‌کننده قرارداد را اثبات کند و تعهدی که داده شده مربوط به انجام قرارداد یا پرداخت خسارت است و بنابراین اگر انتخاب کند که قرارداد را اجرا نکند حتی اگر در نتیجه شرایطی خارج از کنترل (قوه قاهره) مجبور به نقض قرارداد شده باشد، باید خسارت را بپردازد. چون در این صورت ماهیت گزینه‌ای بودن قرارداد نفی می‌شود درحالی که سیستمی که مبتنی بر تقصیر است به نقض‌کننده آزادی بیشتری می‌دهد و مجبور به پاسخگویی و مسئولیت در قبال تحولاتی که تحت کنترل وی نبوده، نیست (Scalise Jr, 2007: 721-726).

#### ۲-۴-۵. تفسیر قرارداد

اگر تقصیر متعهد یا عدم آن بی‌اهمیت باشد تنها امری که حائز اهمیت می‌شود عدم انجام تعهد از سوی متعهد است و این «مانع» تلقی کردن تقصیر است و در مانعیت نیت قرارداد حائز اهمیت است در حالی که مسئله اصلی در حقوق قراردادها تفسیر نیت قرارداد است. از سوی دیگر تعیین نیت طرفین چه به صورت کتبی چه به صورت شفاهی یا مبتنی بر عمل و رفتار، اغلب نامشخص، متعارض و ناقص است. ناگزیر مسئله تفسیر پیش می‌آید؛ به‌ویژه در شرایطی که در آن طرفین نمی‌توانند اختلاف‌نظرهای خود را در خصوص بندهای قرارداد با صلح و صفا حل‌وفصل کنند و به دادگاه متوسل می‌شوند به دلیل نیت نامعلوم و نامطمئن و معانی متفاوتی است که از نیت قرارداد ارائه می‌دهند. هدف از حقوق قراردادها راهنمایی کردن دادگاه‌ها برای حل‌وفصل این دعاوی از طریق تفسیر قرارداد است؛ بنابراین، وجود قوانین و مقررات

در حوزه قراردادها این موضوع را که نیت قراردادی به راحتی قابل تعیین است نفی می‌کند. تعیین نیت قرارداد، آن‌قدر مورد اختلاف نظر قرار دارد که دادگاه‌ها و طرفین قرارداد اغلب سعی می‌کنند تفسیر مورد استفاده توسط دادگاه برای تعیین نیت را محدود و مقید سازند. لذا روش شناسایی تفسیر به خودی خود سؤال‌های تفسیری بیشتری را پیش می‌کشد و مسئله اینکه «طرفین تمایل دارند چه اتفاقاتی به موجب قرارداد روی دهد (نیت اصلی و اساسی)» تبدیل می‌شود به این سؤال که «دادگاه چگونه باید نیت طرفین را احراز کند (نیت فرعی)». به علاوه پتانسیل تعارض میان نیت اصلی و فرعی وجود دارد که ویژگی تفسیر را بیشتر می‌کند و برای تفسیر قرارداد احراز و اثبات تفسیر برای صدور حکمی عادلانه ضروری است (Cohen, 2009: 55).

#### ۲-۴-۶. اصل تقلیل خسارت

اگر در مسئولیت قراردادی تقصیر شرط نباشد و مبتنی بر نظام مسئولیت محض باشد این دیدگاه تنها تا یک نقطه‌ی خاص قابلیت اعمال دارد، زیرا با اصل «تقلیل خسارت» تقصیر ظاهر می‌شود و دادگاه‌ها اقدام‌های منطقی جهت تقلیل خسارت متعهدله که با تقصیر خود موجبات ازدیاد خسارت بعد و حتی قبل از نقض قرارداد شده را در نظر می‌گیرند و اینجاست که نقش غیرقابل‌انکار تقصیر خود را نشان می‌دهد و به هر دو طرف قرارداد انگیزه فعالیت می‌دهد و از تحمیل خسارت به یک نفر جلوگیری می‌کند.

#### ۳. کاربرد شرطیت یا مانعیت تقصیر

کاربرد این بحث به صورت عملی در تعهد به نتیجه و تعهد به وسیله ملاحظه می‌شود و بایستی میان این دو نوع تفکیک قائل شد. اگر تعهد از نوع تعهد به نتیجه باشد چون به‌طور متعارف حصول نتیجه در اختیار متعهد است می‌توان تقصیر را مانع لحاظ کرد و به عبارت دیگر قائل به مسئولیت مطلق شد، زیرا در چنین تعهداتی اصولاً متعهد قادر به حصول نتیجه است و انجام تعهد در اختیار وی است اما در تعهد به وسیله طرفین

انتظار ندارند که تحقق نتیجه تضمین شود در نتیجه اعمال نظام مسئولیت مطلق مناسب نیست. در این نوع از تعهدات آنچه متعهد به عهده گرفته، به‌کارگیری نهایت تلاش است که ممکن است به حصول نتیجه منجر بشود یا خیر و در صورت عدم حصول نتیجه متعهدله باید تقصیر متعهد را مبنی بر عدم اعمال حداکثر تلاش و مراقبت ثابت کند. به‌عنوان مثال در قراردادهای فروش کالا که از تعهدات به نتیجه محسوب می‌شوند، تقصیر را می‌توان مانع تلقی کرد اما در مورد قراردادهای خدمات بحث به گونه دیگری است، زیرا قراردادهای خدمات غالباً در زمره تعهدات به وسیله محسوب می‌شوند و چون دست‌یابی به هدف خاص به‌طور متعارف در کنترل متعهد نیست تقصیر شرط در ایجاد مسئولیت است و متعهدله بایستی تقصیر متعهد را اثبات کند؛ بنابراین در کنترل بود حدوث نتیجه نمی‌تواند معیار مناسبی برای تعیین مانعیت و شرطیت تقصیر و نظام حاکم بر مسئولیت باشد، زیرا هنگامی که نتیجه در کنترل نقض‌کننده تعهد نباشد تقصیر در ایجاد مسئولیت شرط است. معیارهای دیگری وجود دارد که در تعیین نظام حاکم بر قرارداد تأثیرگذارتر و جامع هر دو نوع تعهد هستند. یکی از این معیارها، قابل پیش‌بینی بودن است. این معیار بیانگر این مطلب است که در برخی موارد با توجه به اینکه متعهدله در موقعیت مناسب‌تری قرار دارد و از شرایط و اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد آگاه است در نتیجه پیش‌بینی نقض قرارداد و ایجاد خسارت را می‌کند بر این اساس در مواردی که این شرایط در زمان انعقاد قرارداد برای وی قابل پیش‌بینی بوده است اما آن را افشا نمی‌کند، مرتکب تقصیر شده است و به میزان تقصیر خویش از گرفتن خسارت محروم می‌شود؛ بنابراین اگر قرارداد از مواردی باشد که می‌توان تقصیر را مانع تلقی کرد، معیار قابل پیش‌بینی بودن خسارت و به عبارتی تقصیر زیان‌دیده اعمال آن را محدود می‌سازد و نیز با توجه به موارد دیگری همچون اصل همکاری دوجانبه و حسن نیت در تمام مراحل قرارداد و رسیدن به هدف اصلی قرارداد که حفظ قرارداد سودمند و انعقاد معامله‌ای عادلانه بین طرفین است، به نظر می‌رسد شرط دانستن تقصیر می‌تواند نتایج بهتری را به دنبال داشته باشد.

## فرجام سخن

در حقوق ایران و امریکا در خصوص شرطیت و مانعیت تقصیر اختلاف نظر وجود دارد و این اختلاف نظرها در عدم نگارش ماده قانونی دقیق و مشخص و رویه‌های قضایی متفاوت ریشه دارند. با توجه به آنچه ذکر شد می‌توان گفت:

۱. قرارداد مقوله‌ای است که مستقیماً بر اساس روابط قراردادی متعارف تشکیل دهنده آن درک می‌شود و دنیای قراردادها شامل افرادی است که در دو طرف قرار دارند. در این روابط طرفین وظایفی دارند که حدود آن توسط خود قرارداد تعیین می‌شود و این‌گونه نیست که طرفین وارد قراردادهای موجود از قبل شوند و وظایف آنان برحسب مهارت‌های معقول و استانداردهای منطقی (مانند مراقبت و توجه) چارچوب‌بندی و تدوین می‌شود و قصور در انجام استانداردها که اغلب مستقیماً به علت بی‌احتیاطی است منجر به ایجاد مسئولیت قراردادی می‌شود؛
۲. اگر تقصیر را مانع تلقی کنیم به صرف عدم انجام تعهد متعهد ملزم به پرداخت خسارت می‌شود این در حالی است که ممکن است علت عدم اجرای قرارداد قصور و کوتاهی از ناحیه متعهدله باشد در این صورت تالی فاسد به دنبال دارد؛
۳. در قراردادها اصل حسن‌نیت و همکاری اقتضا می‌کند که طرفین قرارداد در همه مراحل قرارداد (زمان انعقاد قرارداد، حین اجرای قرارداد، بعد از انجام مورد قرارداد) حسن‌نیت داشته و همکاری دوجانبه داشته باشند. حال اگر تقصیر را مانع تلقی کنیم هیچ‌گونه انگیزه‌ای برای همکاری و حسن‌نیت متعهدله وجود ندارد، زیرا در همه حال متعهد مسئول عدم اجرای قرارداد است و این خود مخالف نظریه تقلیل خسارت و تقصیر زیان‌دیده است؛
۴. دکترین حقوق در تعهد به وسیله چون نتیجه در کنترل متعهد نیست تقصیر را شرط در ایجاد مسئولیت قراردادی می‌دانند اما در تعهد به نتیجه چون اصولاً نتیجه در کنترل متعهد است تقصیر را مانع تلقی کرده‌اند اما موارد بسیاری وجود دارد که گاه



متعهدله مانع اجرای تعهد می‌شود و اطلاعات کامل و درست و دقیق را برای اجرای تعهد در اختیار متعهد قرار نمی‌دهد و در نتیجه قرارداد اجرا نمی‌شود یا ناقص اجرا می‌شود. در این حالت نیز نظریه تقصیر زیان‌دیده و تقلیل خسارت اقتضا می‌کند تقصیر در هر دو نوع تعهد شرطیت در ایجاد مسئولیت قراردادی داشته باشد. این مسئله با وجود اهمیتی که دارد در رویه قضایی مورد توجه نیست لذا می‌بایست نسبت به اصلاح خلأها و تدوین مواد قانونی در این زمینه اقدام شود تا منجر به تضييع حق هیچ‌یک از طرفین در قراردادها نشود.

### منابع

#### الف. فارسی

- امیری قائم‌مقام، عبدالمجید (۱۳۸۵) **حقوق تعهدات**، تهران: نشر میزان.
- امامی، حسن، (۱۳۷۸) **حقوق مدنی**، تهران: انتشارات اسلامیه.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸) **مبسوط در ترمینولوژی حقوق**، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۲) **فن استدلال**، تهران: کتابخانه گنج دانش.
- حسینی، سید محمدباقر (۱۳۸۷) «نقش تقصیر در مسئولیت قراردادی»، **مجله دادرسی حقوق**، شماره ۷۲، صص ۳۰-۳۷.
- سیفی، سید جمال (۱۳۷۳) «وحدت مسئولیت قراردادی و غیر قراردادی بین‌المللی و آثار آن در حقوق معاهدات»، **مجله تحقیقات حقوقی**، دوره ۱، شماره ۱۳ و ۱۴، صص ۱۹۷-۲۶۰.
- شیروی، عبدالحسین (۱۳۸۰) «نقد و بررسی مقررات آیین دادرسی راجع به مطالبه خسارت قراردادی و تأخیر تأدیه»، **مجله مجتمع آموزش عالی قم**، دوره ۳، شماره ۹، صص ۷-۵۰.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۹) **آثار قراردادها و تعهدات، حقوق مدنی**، تهران: انتشارات مجد.
- صفائی، حسن (۱۳۵۱) **حقوق مدنی و تعهدات قراردادها**، تهران: انتشارات موسسه عالی حسابداری.

عدل، مصطفی (۱۳۷۳) حقوق مسئولیت مدنی، قزوین: انتشارات بحر العلوم.  
 کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۸) حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها، تهران: انتشارات به نشر.  
 لطفی، اسدالله (۱۳۹۱) مبانی استنباط حقوق اسلامی، اصول فقه، تهران: انتشارات جنگل.  
 معین، محمد (۱۳۴۲) فرهنگ فارسی، تهران: موسسه چاپ و انتشارات امیرکبیر.

#### ب. عربی

ابن منظور، محمد بن مکرم (۱۹۹۷) لسان العرب، بیروت: دارصادر.  
 ایروانی، میرزا علی (۱۴۰۶ ق) حاشیه المکاسب، تهران: انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.  
 انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۱۶ ق) المکاسب، قم: موسسه النشر الاسلامی.  
 بهبهانی، سید علی (۱۴۰۵ ق) الفوائد العلیه، قم: المطبعه العلمیه.  
 تبریزی، موسی بن جعفر بن احمد (۱۳۶۹) اوثق الوسائل فی شرح الرسائل، قم: انتشارات کتبی نجفی  
 توحیدی، محمد علی (۱۳۶۸) مصباح الفقاهه، قم: انتشارات وجدانی.  
 تهانوی، محمد بن علی (۱۹۹۶) کشف اصطلاحات الفنون، تحقیق علی دحروج، لبنان: مکتبه لبنان ناشرون.  
 جرجانی (بی تا) المنجد، بیروت: دارالمشرق.  
 الحکیم، السید عبد الصاحب (بی تا) منتفی الاصول، قم: مطبعه الامیر.  
 حسینی شیرازی، سید محمد حسن (۱۴۱۳ ق) رساله فی حکم اللباس المشکوک فیہ، قم: دفتر انتشارات اسلامی.  
 خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۰ ق) منهاج الصالحین، قم: دارالتراث الاسلامی.  
 عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی (۱۴۰۰ ق) القواعد والفوائد، تحقیق سید عبدالهادی حکیم، قم: کتابفروشی مفید.

المنیاوی، ابو المنذر محمود بن محمد بن مصطفی بن عبد اللطیف المنیاوی (۱۴۳۲ ق) التمهید شرح مختصر الاصول من علم الاصول، مصر: المكتبة الاشامله الحديث موسوی خمینی، روح الله (بی تا) کتاب البیع، قم: مطبعة مهر.

ج. انگلیسی

- Cohen. George. M. (2009) "How Fault Shapes Contract Law". **University of Virginia School of Law. Virginia Law and Economics Research Paper**, 5.
- Eisenberg, Melvin Aron (2009) "The Role of Fault in Contract Law: Unconscionability, Unexpected Circumstances, Interpretation, Mistake, and Nonperformance", **Michigan Law Review**, Vol.107, No.8, pp.1413-1430.
- Eisenberg, Melvin Aron (1982) "The Bargaining Principle and Its Limits", **Harvard Law Review**, Vol. 95, No 45, pp.741-801.
- Freid, Charles (2007) "The Convergence of Contract and Promise", **Harvard Law Review**, Vol. 120, No. 99.
- Garner. Bryan A. (1999) **Black's Law Dictionary**, USA: West group.
- Hillman. Robert. A. (2011) "The Importance of Fault in Contract Law", **Cornell Legal Studies Research**, pp. 12-34.vol 52.
- Holmes, Oliver Wendell Jr. (1897) "The Path of the Law", **Harvard Law Review**, Vol. 49, No. 3, pp.457-478.
- Nicholas, Barry (1992) **The French Law of Contracts**, Second Edition, Clarendon Press, Oxford.
- Posner, Richard (2009) "Let Us Never Blame a Contract Breacher", **Michigan Law Review**, Vol. 107, pp.1349-1364
- Scalise Jr. Ronald J. (2007) "Why No "Efficient Breach" in the Civil Law? A Comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract" **American Oxford University Press**, Vol. 55, No. 4, pp. 721-766.
- Scott, Robert E . (2009) "In (Partial) Defense of Strict Liability on Contract", **Michigan Law Review**. Vol. 107.
- Willd, Susan Ellis (2010) **Webster's New World Law Dictionary**, Wiley Publication inc.
- Willett, Chris (2007) **Fairness in Consumer Contracts: The Case of Unfair Terms**, London: Ashgate Publishing, 1st Edition.

