

شرط تضمین پرداخت خسارت

حسن بادینی*

دانشیار گروه خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

شیوا دیلمی

دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران (پردیس بین‌المللی کیش)

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۱ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۷/۲/۱۷)

چکیده

نهاد تضمین پرداخت خسارت در سیستم حقوقی کامن‌لا، از شیوه‌های رایج تخصیص ریسک در قراردادهاست که به موجب آن، یک طرف، متعهد می‌شود که خسارت طرف دیگر را در مقابل ضرر ناشی از عمل قابل پیش‌بینی از سوی او یا برخی مسئولیت‌های ذی‌نفع این تضمین یا ادعای شخص ثالث، جبران کند. این نهاد، برخاسته از عرف شکل‌گرفته بین‌تجار است که به مرور زمان در برخی نظام‌های حقوقی شناسایی شده است. در این مقاله درصدد بررسی اعتبار شرط تضمین پرداخت خسارت با در نظر گرفتن اصول و قواعد حقوقی هستیم. مطالعات انجام‌گرفته نشان می‌دهد که این شروط جز در موارد جبران خسارت ناشی از عمد یا غفلت شدید ذی‌نفع، معتبر تلقی می‌شود. در این مقاله، مفهوم، اعتبار و انواع شرط تضمین پرداخت خسارت و نهادهای مشابه آن در فقه امامیه و حقوق ایران بررسی می‌شود.

واژگان کلیدی

تأمین تاوان، تضمین مسئولیت، غرامت‌پرداز، غرامت‌گیر، غفلت، نظم عمومی.

۱. مقدمه

در یک قرارداد، هر یک از طرفین درصدد آن است که ریسک‌های خود را به حداقل برساند و در مقابل عایدی و نفع حاصل از قرارداد را حداکثر سازد. این امر سبب ایجاد تنش و اختلاف بین متعاملین می‌شود؛ از این رو به منظور جلوگیری از این اختلافات، طرفین می‌توانند در زمان تنظیم قرارداد با درج شروطی جهت تخصیص ریسک، تا حدی روابط قراردادی موجود را از مشاجرات احتمالی آتی مصون نگه دارند. شرط تضمین پرداخت خسارت^۱ یا شرط تأمین تاوان^۲ که به‌ویژه در حقوق کامن‌لا کاربرد فراوان دارد، نمونه بارز این‌گونه شروط است. شرط تأمین تاوان حاکی از انتقال مسئولیت از یک طرف قرارداد به طرف دیگری است که در غیر این صورت براساس قواعد حقوقی، مسئول قلمداد می‌شد. مطابق قرارداد تأمین تاوان که اغلب با هدف تضمین خسارت ناشی از روابط قراردادی و انتقال ریسک بین متعاملین ایجاد شده است، طرفین قرارداد می‌توانند جایگاه مسئولیت در حقوق کامن‌لا را تغییر دهند. به موجب قرارداد تأمین تاوان، یک طرف قرارداد از نتایج رفتار زیانبار طرف مقابل و بعضاً از پیامدهای تفصیر اصولاً غیرعمدی خویش مصون می‌ماند. همچنین این شرط بسته به نوع آن، مسئولیت فرد در قبال اشخاص ثالث خارج از قرارداد را نیز پوشش می‌دهد. شایان ذکر است چنین شرطی صرفاً زائیده عرف تجاری طرفین قراردادی است، قانونگذاران عملاً در این حوزه ورود پیدا نکرده و مقرراتی را وضع نکرده‌اند؛ بنابراین در خصوص این شرط، قانون تکمیلی وجود ندارد که در مواقع اجمال و ابهام بتوان به آن رجوع کرد و اگر مقرراتی وجود دارد، صرفاً برای محدودسازی دایره شمول این شرط است. درباره مفهوم و آثار شرط تضمین پرداخت خسارت، تاکنون تحقیق جامعی صورت نگرفته است؛ لذا با توجه به دامنه وسیع کاربرد آن در قراردادهای پرخطر و گستردگی خسارات تحت پوشش این‌گونه شروط که بعضاً به مانند شرط عدم مسئولیت در قراردادها عمل می‌کنند، در این مقاله درصدد بررسی اعتبار شروط تضمین خسارت در حقوق قراردادها هستیم. در این زمینه مفهوم شرط تضمین خسارت، اعتبار و انواع شرط تضمین خسارت و نیز موانع کاربرد این شروط تبیین می‌شود. از جمله نهادهای مشابه با این شرط در حقوق ایران و فقه امامیه می‌توان به ضمان جریره و تبری از عیوب، نهاد بیمه مسئولیت و نیز شرط عدم مسئولیت اشاره کرد.

۱. این شرط در حقوق ایران به تعابیر مختلفی مانند شرط تضمین پرداخت خسارت، شرط تأمین تاوان، شرط تضمین جبران خسارت، شرط پذیرش مسئولیت و شرط تضمین مسئولیت به‌کار رفته است.

2. Indemnity Clause.

۲. مفهوم شرط تضمین پرداخت خسارت

شرط و قرارداد تأمین تاوان یا تضمین پرداخت خسارت، از مهم‌ترین مکانیزم‌های انتقال و تخصیص ریسک در قراردادهای تجاری است (Drewry & Ciliberto, 2009:31) که در آرای صادره از دادگاه‌های خارجی به صورت قواعدی پراکنده و عاری از اصول محکم مشاهده می‌شود. "Indemnity" مفهومی پیچیده اما بسیار مؤثر در حقوق کامن‌لاست. این نهاد امکان تخطی از دیدگاه‌های رایج حقوق در موضوع تخصیص ریسک را فراهم می‌سازد، از این رو از موضوعات اساسی مورد بحث در مذاکرات قراردادی محسوب می‌شود که به منظور توزیع خطر بین طرفین قرارداد طراحی شده است. نتیجه این مذاکرات به ماهیت و نوع معامله و نیز قدرت چانه‌زنی طرفین قرارداد بستگی دارد. متعهد شرط تأمین، بار مسئولیت ناشی از شرط را به دوش می‌کشد و منافع شرط در شکل پرداخت به متعهدله آن می‌رسد (Macatram, 2015:4). شرط تضمین پرداخت خسارت به دلیل اینکه به طور اساسی جایگاه و موقعیت طرفین قرارداد را تغییر می‌دهد، محور گفت‌وگوهای قراردادی قرار می‌گیرد (Bennett, 2016:3). همچنین شرط تأمین تاوان نوعی تأکید بر مسئولیت بالقوه طرفین یک قرارداد است که بدین طریق با صراحت و ظرافت بیشتری بیان می‌شود (Parker & Slavich, 1991:1351).

تعاریف متعددی از indemnity در لغت‌نامه حقوقی بلک لا (Garner, 2004:784) و سایر مقالات ارائه شده است. این واژه به زبان ساده به عنوان «اعطای مصونیت از زیان‌های آتی» یا «معافیت قانونی از مسئولیت جبران خسارات» توصیف شده است (Makarov, 2015:2). در تعریف جامع‌تر می‌توان گفت indemnity شرط یا قراردادی است که به موجب آن، یک طرف، مسئولیت یا زیان با خسارات بر عهده دیگری یا خساراتی را که مورد مطالبه شخص ثالث قرار گرفته و ناشی از وضعیت یا عمل خاصی است، بر عهده می‌گیرد (Parker, Slavich, 1991:1353). این مفهوم در برخی از کشورهای تابع نظام حقوق‌نویسته داخل در مفهوم تضمین است (پوراسنجان و همکاران، ۱۳۹۵: ۴).

شایان ذکر است که ضرورتی ندارد که خسارت یا ضرر، ناشی از عمل شخصی باشد که به موجب قرارداد "تأمین تاوان" مسئول جبران زیان قرار می‌گیرد؛ بلکه ممکن است، ضرر، توسط شخص منتفع ایجاد شده باشد (Kangles et al., 2011:341)؛ لذا معمولاً سه حالت در روابط فیما بین غرامت‌گیر (مشروطه یا متعهدله شرط) و غرامت‌پرداز (مشروط‌علیه یا متعهدعلیه شرط) وجود دارد: ۱. وقتی شخص الف به نفع ب در مقابل ادعاهای احتمالی شخص ثالث تضمین می‌دهد؛ ۲. وقتی شخص الف متعهد به پرداخت خسارت شخص ب در صورت نقض قرارداد توسط الف می‌شود؛ ۳. وقتی شخص الف تضمینی می‌دهد به نفع شخص ب نسبت به ادعایی که ممکن است الف به دلیل نقض قرارداد یا مسامحه و تقصیر

شخص ب، علیه او مطرح کند (Dowine, 2012:4). خسارات قابل جبران به وسیله شرط تأمین تاوان شامل خسارات مالی، صدمات و جراحات جسمی، بیماری و مرگ می‌شود (Macatram, 2015:19). زیان مورد نظر ممکن است خسارت مادی و فیزیکی یا زیان اقتصادی محض باشد. تأمین تاوان در بیشتر موارد، برای تضمین ضرری است که از اقامه دعوی شخص ثالث علیه متعهدله شرط، بر شخص اخیر وارد می‌شود (Bennett, 2016:5). همچنین در مورد این شرط، اصولاً تمایل افراد بر جبران خسارات مستقیم و بی‌واسطه است و شامل خسارات تبعی و فرعی از جمله عدم‌النفع، کاهش سود و کاهش تولید نمی‌شود (Makarov, 2015:4).

۳. اعتبار شرط تضمین پرداخت خسارت

از مهم‌ترین ایراداتی که در خصوص اعتبار اصولی این نهاد قابلیت طرح دارد، در مفهوم ضمان ما لم یجب مستتر است. ایراد ناظر به ضمان ما لم یجب بیان می‌کند که شرط تضمین مسئولیت، نوعی ضمان ما لم یجب است و حال آنکه ضمان از آنچه هنوز به وجود نیامده، باطل است. همین تشکیک در خصوص عقد ضمان نیز مطرح می‌شود. پاسخ بدین پرسش را می‌توان در قالب بررسی تفاوت اثر عقد ضمان و قرارداد تأمین تاوان بیان کرد، زیرا اثر شرط تأمین تاوان همچون عقد ضمان اثری وضعی نیست؛ بلکه اثر تکلیفی است. توضیح اینکه، عقد ضمان اثری وضعی دارد و سبب ضم‌ذمه یا نقل ذمه ضامن به مضمون‌له می‌شود؛ درحالی‌که اثر شرط تأمین تاوان، صرفاً ایجاد تکلیف برای مشروط علیه مبنی بر پرداخت یا بازپرداخت نتایج حاصل از مسئولیت مشروطه در برابر زیان‌دیده است، بنابراین شرط تأمین تاوان از بحث ضمان ما لم یجب خروج موضوعی دارد؛ علاوه بر اینکه نظریه بطلان ضمان ما لم یجب نیز فی‌نفسه خالی از اشکال باقی نمانده و از سوی برخی از فقهای بنام مورد انتقاد قرار گرفته است (طباطبانی یزدی، ۱۴۰۹ق: ۷۷۶). نکته دیگر آنکه، همان‌گونه که در حقوق ما التزام معلق به تحقق دین اصلی، بر مبنای ماده ۱۰ قانون مدنی معتبر است (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۲۷۳)، می‌توان گفت که شرط تأمین تاوان نیز که نوعی التزام به پرداخت دین احتمالی آینده است، قابل پذیرش می‌باشد. شرط تأمین تاوان، با دارا بودن مزیت‌هایی مانند عدم لزوم اعمال برخی قواعد جبران خسارت مانند التزام زیان‌دیده به کاهش زمینه ضرر، بلاواسطه بودن خسارت و رابطه سببیت در برخی موارد و نیز تغییر جایگاه قانونی مسئولیت، موجب هماهنگی قراردادها با مقتضیات و ضروریات تجارت در زندگی پیچیده اجتماعی و بین‌المللی امروزه می‌شود.

تضمین جبران خسارت ممکن است از طریق قراردادهای خصوصی یا ابزار قانونی صورت پذیرد. به عبارتی، این شروط گاهی منشأ قانونی دارند و گاه نیز ناشی از توافق طرفین در

قرارداد است (Gray, 1989:1230). شرط تأمین قانونی^۱ برای انتقال مسئولیت خسارت و صدمه وارده از مرتکب (مقصر) به طرف دیگر قرارداد است که بر مبنای قواعد انصاف و به منظور جلوگیری از حصول نتایج ناعادلانه اعطا می‌شود. شرط تأمین قانونی زمانی قابل اعمال است که: ۱. طرفین قرارداد، توافقی در مورد شرط تأمین نکرده‌اند یا قراردادی وجود نداشته باشد؛ ۲. یک طرف قرارداد^۲، مقصر شناخته شود و طرف دیگر^۳ در عین حال که در واقع مسئول است، اما قابل سرزنش نیست؛ مانند موارد مسئولیت محض و تعهد ضمنی و قواعد حقوقی دیگری که مسئولیت، فارغ از رابطه سببیت تحقق می‌یابد. در این موارد شخصی به دلیل ارتباط با شخص مرتکب شبه جرم یا به واسطه تکلیف قانونی نسبت به مقصر زیان‌زننده، موظف به پرداخت خسارت ناشی از تقصیر فرد اخیر در برابر ثالث زیان‌دیده می‌شود. اگر طرفین قرارداد تمایل به استفاده از تأمین قانونی نداشته باشند، باید قصد خود را نسبت به سلب و عدم اعمال ناخواسته‌ترین تأمین قانونی به‌طور صریح بیان کنند. تأمین تاوان قانونی می‌تواند ناشی از دکترونی مانند مسئول برتر^۴ یا قراردادهای اجاره یا نقض تعهد قانونی باشد (Bua, 1976:296). تضمین پرداخت خسارت قراردادی^۵، به وسیله قرارداد یا توافق صریح افراد به وجود می‌آید و تعهدی است مبنی بر حفاظت از دیگری در برابر مسئولیت و زیان موجود و آتی.

۴. انواع شرط تضمین پرداخت خسارت

۴.۱. شرط تضمین مسئولیت و شرط تضمین جبران خسارت

شرط تضمین پرداخت خسارت در مهم‌ترین تقسیم‌بندی خود بر دو قسم است: شرط تضمین مسئولیت و شرط تضمین جبران خسارت. در واقع، گاهی تضمین متعهد، ناظر بر مسئولیت است^۶ و گاه ناظر بر زیان^۷. تعهد جبران خسارت به صرف مسئولیت، زمانی بر عهده متعهد قرار می‌گیرد که مسئولیت به‌طور قطعی تحقق یافته باشد؛ صرف‌نظر از اینکه ذی‌نفع تعهد، عملاً متحمل زیانی شده باشد یا خیر، در این حالت، شرط مزبور، مشروط‌علیه را الزام به انجام اعمالی خاص به‌منظور جلوگیری از ورود خسارت به مشروط‌له یا پرداخت مبالغی—همچون پرداخت دین مشروط له به ثالث— می‌کند (Potamkin & Plotka, 1994:358)؛ برای مثال، الف نسبت به ادعاهایی که ناشی از فعل یا ترک فعل ب باشد، وی را تضمین می‌کند؛ درحالی‌که

1. Common law/Equitable indemnity
2. implied indemnitor.
3. implied indemnitee.

۴. "Respondeat Superior" به موجب این قاعده هر گاه وکیل یا نماینده در حدود اختیارات محوله عمل کرده باشد و از عمل او زیانی حاصل یا حقی ضایع شود، اصیل یا موکل مسئول است.

5. Contractual indemnity
6. Contract of Indemnity against Liability
7. Contract of Indemnity against Loss

شرط تضمین جبران خسارت، متعهد را به پرداخت مبلغ خسارت واقعی ملزم می‌کند. در این حالت غرامت‌پرداز زمانی متعهد به پرداخت خسارت است که غرامت‌گیر عملاً خسارتی را به شخص ثالث پرداخته باشد و غرامت‌پرداز باید آن را بازپرداخت کند (Sartain et al., 2013:3)؛ در شرط تضمین مسئولیت، حق اقامه دعوی متعهدله شرط علیه متعهد تأمین با تحقق مسئولیت برای وی (متعهدله) و عدم معافیت از آن به وجود می‌آید. شرط جبران خسارت، تعهدی است به بازپرداخت یا جبران زبانی که غرامت‌گیر واقعاً متحمل شده است. در این حالت منتفع شرط تا زمانی که مبلغی به زیان‌دیده ثالث پرداخت نکرده، به صرف تعهد پرداخت نمی‌تواند به متعهد شرط رجوع کند (Thomas, 1936:193)؛ بنابراین، هنگامی که شرط تأمین تاوان برای پذیرش مسئولیت باشد، صرف تحقق مسئولیت برای متعهدله شرط، کافی است که وی بتواند از متعهد، مبلغ مورد تعهد شرط تضمین خسارت را مطالبه کند؛ درحالی که اگر تأمین تاوان به منظور جبران زیان وارده به مشروطله، مورد توافق قرار گیرد تا زمانی که وی عملاً، زیان و خسارتی را متحمل نشده، نمی‌تواند برای مطالبه آن به مشروط علیه رجوع کند (Bennett, 2016:9). به بیان دیگر، در شرط تضمین مسئولیت، تعهد غرامت‌پرداز ناظر به جلوگیری از وقوع یک رویداد (ورود خسارت به مشروطله) است؛ درحالی که در شرط تضمین جبران خسارت، تعهد وی، تحمل آثار وقوع چنین رویدادی است.^۱ اینکه شرط تضمین، ناظر بر مسئولیت مشروطله یا زیان وارد بر اوست، به مفاد شرط و توافق طرفین بستگی دارد و به عنوان قاعده، جز در صورت تصریح خلاف، اصل بر آن است که شرط تضمین، ناظر بر جبران خسارت است (Thomas, 1936:193).

تفکیک بین قرارداد تضمین مسئولیت و قرارداد جبران خسارت، سبب مناقشات زیادی شده است. برخی معتقدند با توجه به مبانی و اهداف درج شرط تضمین پرداخت خسارت، هسته اصلی این نوع تعهد، ورود خسارت به ذی‌نفع شرط است. ادعا یا تعقیب دعوا توسط ثالث علیه متعهدله یا ایجاد سبب دعوا از جانب متعهدله شرط مذکور علیه دیگری، فی‌نفسه به معنای ورود خسارت یا زیان به متعهدله نیست؛ بلکه، زیان مورد نظر هنگامی واقعاً تحقق می‌یابد که مقصود ادعا یا تعقیب صورت گرفته، به نتیجه رسیده، یا هزینه‌ها و مخارجی صرف طرح دعاوی و دفاع از ادعاها شده باشد. قواعد کلی نشان می‌دهد که ادعای شخص ثالث علیه ذی‌نفع شرط تأمین یا مسئولیتی که ذی‌نفع در قبال ثالث پیدا می‌کند، زیان واقعی محسوب نمی‌شود؛ بلکه غرامت‌گیر زمانی عملاً متحمل زیان شده است که به سبب ادعای ثالث یا مسئولیت در قبال وی، محکوم به پرداخت مالی شده باشد (Courtney, 2011). همچنین نظریه‌ای

1. Gribaldo, Jacobs, Jones v. Agrippina Versicherungen, 476 P. 2d 406 - Cal: Supreme Court (1970).

که به غرامت‌گیر مجوز دریافت جبران کامل خسارت را می‌دهد، درحالی‌که عملاً زیانی بر او وارد نشده، از دو لحاظ دیگر نیز مورد انتقاد قرار گرفته است؛ اولاً، این نظریه با این قاعده اساسی و مهم که جبران واقعی خسارت، به صرف احتمال ضرر صورت نمی‌گیرد، در تعارض است؛ ثانیاً، تعیین میزان خسارات قابل پرداخت به غرامت‌گیر پیش از تحقق ضرر، دشوار است؛ زیرا ممکن است، خسارتی که در دعوی تضمین جبران خسارت علیه غرامت‌پرداز به وسیله دادگاه تعیین می‌شود، از خسارتی که فی‌الواقع غرامت‌گیر محکوم به پرداخت به شخص ثالث می‌شود، کمتر یا بیشتر شود (Thomas, 1936: 194). در پاسخ به این ایرادات، گفته شده است که نفس مسئولیت نیز خود نوعی خسارت محسوب می‌شود، زیرا ضرر یا خسارت از جمله عبارت است از افزایش دارایی منفی شخص (کاتوزیان و ایزانلو، ۱۳۸۷: ۳)؛ از این رو هنگامی که مسئولیت شخص مشروطه شرط تضمین مسئولیت، در قبال زیان‌دیده محقق می‌گردد و وی را مدیون او می‌سازد، در واقع در همان لحظه است که جنبه منفی دارایی او که همان دیون اوست، افزایش یافته و وی متحمل خسارت شده است. همچنین غرامت‌پرداز با اختیار و اراده خویش، خود را در چنین موقعیتی قرار داده و تحمل این خسارت ناشی از اقدامی است که آگاهانه پذیرفته است (قاعده اقدام)؛ از این رو نمی‌توان غرامت‌گیر را از منفعت قراردادی که منعقد کرده، محروم کرد (Thomas, 1936: 194).

۲.۴. انواع شرط تضمین پرداخت خسارت از لحاظ محدوده خسارات

شرط تضمین پرداخت خسارت را از نظر قلمرو خسارت تحت پوشش به سه دسته تقسیم می‌کنند: شروط موسع^۱، شروط میانه^۲ و شروط محدود^۳. شروط موسع آن است که متعهد شرط، تمام مسئولیت‌ها را بدون توجه به مسبب زیان می‌پذیرد؛ حتی اگر زیان، ناشی از غفلت محض متعهدله باشد. معمولاً این‌گونه شروط توسط طرفی که دارای موقعیت برتر اقتصادی یا نفوذ بیشتری در قرارداد است، بر طرف دیگر تحمیل می‌شود (Di Lallo, 2013, 1). بسیاری از ایالت‌های آمریکا این نوع شرط را به دلیل ماهیت معافیت مطلق نسبت به ذی‌نفع و پیامدهای گزاف و دشوار نسبت به متعهد، ممنوع می‌دانند. سایر ایالاتی که این شروط موسع را نافذ می‌دانند، دلالت صریح و غیرمبهم قصد طرفین بر استفاده از این حد از شروط را لازم دانسته و به‌ویژه پرداخت خسارت ناشی از تقصیر مشروطه را منوط به سه شرط کرده‌اند: اول اینکه، طرفین صریحاً قصد خود را از برائت مشروطه از مسئولیت بیان کنند؛ دوم، این توافق باید از یک معامله مستقل بین دو طرف با قدرت معاملاتی برابر ناشی شده باشد؛ و سوم اینکه،

1. Broad Form Indemnity.
2. Intermediate Form Indemnity.
3. Limited Form Indemnity.

معافیت طرف ذی‌نفع از مسئولیت نباید مخالف نظم عمومی باشد (Katz, 2001:11)؛ برای مثال در ایالت تکزاس از سال ۲۰۱۲ استفاده از شرط تأمین در معنای وسیع در قراردادهای تجاری مربوط به امور ساختمانی ممنوع شد. شروط میانه، شروطی است که مطابق آن یک طرف قرارداد همه مسئولیت‌های طرف مقابل را در رابطه با موضوع قرارداد متقبل می‌شود؛ به جز خسارات ناشی از تقصیر یا غفلت محض طرف دیگر (Beaver, 2014:540). در برخی موارد از شروط میانه، متعهد علاوه بر زیان‌های ناشی از تقصیر خود، مسئولیت زیان‌های منتج از غفلت اشخاص ثالث را هم می‌پذیرد (Kleinberger, 1987:787). دسته آخر شروط محدود (مضیق) هستند که به موجب آن، مشروط‌علیه، صرفاً مسئولیت ناشی از تقصیر و غفلت خود را می‌پذیرد و هر نوع مسامحه از جانب ذی‌نفع، مانع اعمال شرط تأمین می‌شود (Drewry 2009:32, Ciliberto, &). این دسته از شروط تأمین خسارت، به‌نوعی بازگویی اصول مربوط به قواعد حقوقی کامن‌لاست که براساس آن، شخص، تنها در قبال شرایطی که توسط وی قابل کنترل باشند، مسئول است.

۵. موارد تحت پوشش شرط تضمین پرداخت خسارت

موارد تحت شمول شرط تضمین پرداخت خسارت شامل تمام ادعاها، خسارات، مسئولیت‌ها، ضرر و زیان‌ها، تقاضاها، حقوق رهنی، غرامات، اسباب دعوا، تعهدات، رسیدگی‌ها، هزینه‌ها و احکام^۱ و ... می‌شود (Macatram, 2015:18). برخی معتقدند از لحاظ تکنیکی، شرط تضمین خسارت باید مربوط به عمل شخص ثالث باشد نه طرف دیگر قرارداد، زیرا اصولاً مسئولیت هر فرد به موجب قانون و قرارداد معین می‌شود و لذا این عمل لغوی است که یک طرف قرارداد، طرف دیگر را از مسئولیتی که اصولاً به موجب قانون و قرارداد بر عهده وی قرار می‌گیرد، حفظ کند (Shull et al., 2007:26-22). به‌طور سنتی نیز غرامت‌پرداز پاسخگوی ادعاهای شخص ثالث علیه غرامت‌گیر بوده است. امروزه قرارداد تضمین پرداخت خسارت شامل زیان‌های مستقیم وارد بر غرامت‌گیر از جمله هزینه‌های دادرسی نیز می‌شود (Greenfield & Todesco, 2004:95).

اسباب و زمینه‌های مسئولیت شخص غرامت‌گیر متعدد است؛ به‌طور نوعی، مسامحه، غفلت فاحش، رفتار غیرقانونی عمدی و نقض وظایف قانونی از جانب غرامت‌گیر یا غرامت‌پرداز سبب تحمیل مسئولیت بر غرامت‌گیر می‌شوند که در توافق تأمین‌تاوان، خسارت

1. All claims, damages, liabilities, losses, demands, liens, encumbrances, causes of action of any kind, obligations, costs, judgments, interest and awards (including legal counsel fees and costs of litigation).

ناشی از غفلت فاحش و رفتار غیرقانونی اغلب به دلیل برخورد با نظم عمومی از دامنه این شروط حذف می‌شوند (Makarov, 2015:3).

۶. محدودیت‌های قانونی و نحوه تفسیر شرط تضمین پرداخت خسارت

۶.۱. محدودیت مربوط به نظم عمومی

از آنجا که استفاده تبعیض‌آمیز از شروط تأمین تاوان که ناشی از نابرابری قدرت معاملاتی طرفین مذاکره‌کننده در قرارداد است، سبب سوء استفاده‌های زیادی از عواقب قانونی این شروط می‌شود، این امر موجب برانگیختن ملاحظات مربوط به نظم عمومی در اعمال این‌گونه شروط شده است. ناهمسانی قدرت معاملاتی متعاملین و برخی عناصر دیگر در قرارداد که به درج شروط غیرمنصفانه و گزاف تضمین پرداخت خسارت در قراردادها منجر شده است، سبب می‌شود که قواعد حقوقی تمایل به جرح و تعدیل آن دسته از شروط قراردادی داشته باشند که انحراف بسیاری از اصول قانونی شرط تأمین دارند (Macatram, 2015:6)؛ بنابراین هرچند، زمانی که خسارتی به‌عنوان indemnity مورد مطالبه قرار می‌گیرد، دادگاه‌ها اصولاً آن را تحت قواعد عمومی جبران خسارت قرار نمی‌دهند، لکن این سخن بدان معنا نیست که در صورت مطالبه وجهی بابت تضمین خسارت، دادگاه‌ها قواعد در خصوص تخفیف یا کاهش خسارت یا رابطه سببیت را به‌کلی نادیده می‌گیرند (Courtney & Carter, 2011). البته در این زمینه نظریات مخالفی نیز ارائه شده است. با این حال می‌توان قائل بر این نظر بود که در نهایت هر نوع سازشی که در پوشش توافق تضمین خسارت صورت می‌گیرد، باید معقول و منطقی باشد.

قاعده کلی آن است که شروط تأمینی که مبتنی بر تقصیر متعهد شرط نیست، باید در قرارداد به‌طور صریح و شفاف درج شود تا پاسخگوی نگرانی‌های ناشی از رعایت نظم عمومی باشد (Macatram, 2015:10). هدف گفت‌وگو درباره رژیم تخصیص ریسک در قرارداد نباید استفاده از برتری قدرت معاملاتی و تحمیل بیش از حد مسئولیت بر یک طرف و مبرا دانستن طرف دیگر از هر گونه مسئولیتی باشد؛ بلکه هدف، رسیدن به توافق دوجانبه در مورد ریسک و رژیم توزیع مسئولیت با در نظر گرفتن مفاهیمی چون انصاف، استانداردهای صنعتی، قابلیت اجرا، قابلیت بیمه و دیگر معیارهای کاهش ریسک و کارایی معامله است (Kangles et al., 2011:341). اگر مسئولیت به طرفی تخصیص یابد که توانایی کافی برای جبران زیان نداشته باشد یا زمانی که تخصیص خطر، نتیجه نامعقول قدرت نابرابر مذاکراتی طرفین قرارداد باشد، ممکن است ریسک به جامعه تحمیل شود. به هر حال پتانسیل شروط تضمین مسئولیت برای ایجاد انگیزه رفتار به شیوه‌ای غیرمحتاطانه و خطرزا یا متناوباً، از بین بردن انگیزه افراد جهت

انجام اقدامات لازم برای کاهش زمینه ایجاد خسارات مالی و بدنی، هر دو، به عنوان دلایل نظم عمومی برای کاهش محدوده شروط تأمین تاوان ذکر شده است، زیرا اصولاً وزن ملاحظات مربوط به نظم عمومی نسبت به منافع طرفین از شروط تأمین تاوان در قرارداد، بیشتر است (Kangles, et al., 2011:341).

با توجه به عواقب سنگین مسئولیت ناشی از شرط تضمین پرداخت خسارت، بیشتر نظام‌های حقوقی، محدودیت‌هایی در اعمال این شروط قائل شده‌اند (Sartain, et al., 2013:3). قانون "ضد ناکارایی"^۱ در آمریکا از این نمونه است (Dover & McGovern, 2007)؛ علاوه بر این، حدود ۳۱ ایالت در آمریکا با تصویب قانون یا به وسیله تصمیم قضایی، دامنه مجاز قراردادهای تضمین جبران خسارت را محدود کرده که در این بین، ایالت مینه‌سوتا بیشترین محدودیت را اعمال کرده است. در کل، اساسی‌ترین محدودیت‌های وارد بر توافقات تأمین تاوان در سه گروه قابل طبقه‌بندی است: ۱. منع تضمین خسارتی که صرفاً از تقصیر متعهدله شرط ناشی شده و سبب منحصر آن تقصیر متعهدله است؛ ۲. منع تأمین خسارت‌هایی که از تقصیر و غفلت متعهدله ایجاد شده است؛ ۳. منع قراردادهای تأمین تاوانی که بدان وسیله، متعهد بیش از توان خود به متعهدله تضمین می‌دهد (Kleinberger, 1987:811).

به‌طور کلی در کانادا و آمریکا، شرط تضمین خسارت ناشی از غفلت فاحش و رفتار غیرقانونی عمدی نافذ نیست و در موارد دیگری که زیان در نتیجه تقصیر متعهدله شرط ایجاد شده باشد، در صورتی نافذ است که با عباراتی شفاف و غیرمبهم به‌طور صریح مورد توافق قرار گرفته باشد. یکی از مصادیق دخالت‌های قانونی در قراردادهای تضمین جبران خسارت، قانون "ممنوعیت شرط جبران خسارت و پذیرش مسئولیت در قراردادهای بالادستی نفت تکراس"^۲ است که در راستای حمایت در قبال نابرابری‌هایی که اصولاً بین پیمانکاران و شرکت‌های عظیم نفتی وجود داشت، تصویب و موجب تسهیل تخصیص منصفانه خطر بین طرفین چنین قراردادهایی شد (Kangles et al., 2011:342). برخی مخالفان قراردادهای تأمین تاوان چهار دلیل اصلی برای محدودیت یا بطلان این قراردادها ذکر کرده‌اند. این استدلال‌ها بیان می‌دارد که تضمین خسارت ناشی از تقصیر متعهدله، اولاً سبب تشویق و ترویج بی‌احتیاطی می‌شود؛ ثانیاً نابرابری قدرت معاملاتی را منعکس می‌کند و به‌طور اجتناب‌ناپذیری حداقل این گرایش را به‌وجود می‌آورد که برخی افراد و گروه‌های مشخص در جامعه بر بعضی دیگر ترجیح داده شوند؛ ثالثاً مانع افراد زیان‌دیده از دریافت جبران خسارت می‌شود؛ و رابعاً سبب به‌وجود آمدن قراردادهای غیرقانونی موازی بیمه می‌شود (Kleinberger, 1987:823).

1. Anti- Deficiency Act.
2. Texas Oilfield. Anti-indemnity Statute

۲.۶. محدودیت ناشی از تفسیر شروط تضمین پرداخت خسارت

یکی از نکات حائز اهمیت در زمینه شرط تضمین جبران خسارت در قرارداد، اعمال قواعد تفسیر در مورد قراردادهای مبهم است. در این موارد استناد به قاعده "تفسیر به زیان تنظیم‌کننده"، رایج‌ترین راه‌حل پذیرفته‌شده در حقوق کامن‌لا محسوب می‌شود. قاعده تفسیر به زیان متعهدله یا تنظیم‌کننده قرارداد که از یک قاعده قدیمی رومی نشأت گرفته است، بدین معناست که هر گاه یکی از طرفین قرارداد، شروطی از آن یا کل قرارداد را طرح‌ریزی، تهیه و مرقوم کرده باشد، اگر ابهامی در مفهوم شروط یا کل قرارداد پیش آید، تفسیری که به زیان طراح و تنظیم‌کننده شرط یا قرارداد است، مقدم می‌باشد. تعاریف و نتایج دیگری از این قاعده به عمل آمده است؛ از جمله اینکه در صورت ابهام در قرارداد، موضوع مورد ابهام بایستی به سود متعهد و به ضرر متعهدله تفسیر شود (شریفی، ۱۳۸۷: ۷۸). متعاقباً در مورد شرط تضمین پرداخت خسارت، قاعده تفسیر به زیان تنظیم‌کننده به گونه‌ای اعمال می‌شود که شرط، به زیان منتفع شرط یا غرامت‌گیر که در این مورد "proferens" نامیده می‌شود و به سود متعهد شرط (غرامت‌پرداز) تعبیر شود (Wayne, 2010: 4). این قاعده در اکثر قریب به اتفاق ایالت‌های آمریکا مانند تکزاس قابل اعمال است. قاعده مهم دیگر آنکه، شرط تضمین خسارت ناشی از غفلت و سهل‌انگاری غرامت‌گیر، با استقبال مواجه نشده است. برای نمونه در ایالت می‌سی‌سی‌پی، این شروط هنگامی توسط دادگاه قابل اجراست که اولاً: در شرایط معاملاتی برابر و عدم برتری قدرت معاملاتی بین طرفین قرارداد مقرر شده باشند و ثانیاً: قصد متعاملین در مورد شمول شرط تضمین بر خسارت ناشی از غفلت ذی‌نفع شرط، با عبارات صریح و غیرمبهم در قرارداد درج شده باشد (Rowley, 1999: 168).

در یکی از دعاوی جنجالی مطرح‌شده در خصوص کاربرد قاعده تفسیر به زیان مشروطه شرط تأمین^۱، قاضی لرد مورتون، یک معیار سه‌بخشی برای نحوه برخورد دادگاه‌ها با شروط تأمین تاوان (در موارد شمول شرط بر خسارات ناشی از سهل‌انگاری منتفع شرط) تعیین کرد. مطابق این معیار، الف) اگر شرط تضمین جبران خسارت، با عبارات صریح و واضح، فرد غرامت‌گیر را از نتایج و پیامدهای غفلت و سهل‌انگاری خود (اشخاص زیرمجموعه) مبرا کند، آن شرط معتبر است؛ به عبارت دیگر اگر شرط تأمین تاوان صریحاً شامل جبران زیان‌های ناشی از غفلت مشروطه باشد، غرامت‌پرداز باید آن زیان‌ها را جبران کند؛ ب) اگر مطابق شرط تأمین تاوان، جبران زیان ناشی از غفلت (تقصیر) غرامت‌گیر، صریحاً بیان نشده باشد، دادگاه باید بررسی کند که آیا دیگر عبارات قرارداد در معانی مصطلح خود دلالت کافی بر شمول

1. Contra proferentem.
2. Canada Steamship Lines Ltd v R.

شرط به زیان ناشی از غفلت ذی نفع، دارند یا خیر. اگر در این مورد تردید وجود داشته باشد، شرط علیه شرط کننده (گرامت گیر) تعبیر می شود؛^۱ ج) اگر مفهوم عبارات درج شده چنان وسیع باشد که شامل غفلت مشروطه نیز شود، دادگاه باید به غیر از قواعد تقصیر، به دیگر منابع موجود در زمینه مسئولیت و جبرانها رجوع کند؛ به عبارت دیگر، دادگاه باید بررسی کند که آیا عنوان جبران خسارت بر دیگر اسباب حقوقی مانند غفلت فاحش یا نقض وظیفه قانونی مبتنی است یا خیر و در صورت مثبت بودن پاسخ، منتفع شرط نمی تواند از شرط تضمین خسارت به نفع خود بهره برد؛ منتها این منابع مسئولیت باید مربوط به موضوع زیان باشند؛ یعنی رابطه علیت و بلاواسطه بودن زیان بین آنها وجود داشته باشد (Makarov, 2015: 10). به طور کلی آنچه در تعبیر شروط تأمین تاوان حائز اهمیت است، عبارت است از آنکه اگر شخصی بخواهد از شرط تأمین تاوان نسبت به اعمالی به نفع خود بهره برد، این شرط شامل پیامدهای ناشی از غفلت و بی احتیاطی آن شخص نمی شود، مگر اینکه شرط مزبور به طور صریح یا به دلالت ضمنی التزامی شامل این پیامدها نیز شود. منظور از دلالت التزامی آن است که موضوع دیگری که بر مبنای آن بتوان شرط تأمین را عملی کرد، در قرارداد مقرر نشده باشد. این مورد نیز مانند سایر قواعد تفسیر، منوط به قصد مفروض طرفین در قرارداد است (Macatram, 2015: 10)؛ البته پرونده های اخیر در تکزاس و سایر ایالات متحده آمریکا نشان دهنده تمایل رویه قضایی به گریز از اعمال قاعده "تفسیر محض" به ویژه در مورد متعاملین حرفه ای است (Parker, Slavich, 1991: 1352).

۷. موارد قابل تطبیق با شرط تضمین پرداخت خسارت در فقه امامیه و حقوق

ایران

۷.۱. شرط تضمین پرداخت خسارت و ضمان جریره

در فقه امامیه مبحثی با عنوان " ضمان جریره " بیان شده که از برخی لحاظ می توان آن را با مفهوم شرط تضمین پرداخت خسارت مشابه دانست. جریره از حیث لغوی به معنای گناه، بزه و جنایت آمده و منظور از آن در عبارات فقها، جنایت خطایی است که موجب ثبوت دیه بر عاقله می شود. ضمان جریره یا عقد موالات قراردادی است که به موجب آن یکی از طرفین که او را «ضامن» یا «ولی» می نامند، متعهد می شود که هر گاه طرف دیگر (مضمون) به سبب خطا یا جرم غیر عمدی خویش، ضرر و زیانی به جان و مال اشخاص دیگر وارد کند، همه خسارات حاصله را جبران نماید و در عوض پس از وفات مضمون، وارث وی به حساب آمده و از او ارث ببرد (عرفانی، ۱۳۸۶: ۲۱۶). پیمان ضمان جریره در دوره جاهلیت مرسوم بوده است و افراد

۱. ماده ۱۰۱۹ قانون مدنی Lower Canada

براساس این پیمان از یکدیگر ارث می‌بردند. شایان ذکر است مسئولیت ضامن جریره و مضمون، فقط از یک طرف است و شخص مضمون، نسبت به جنایات خطایی ضامن هیچ‌گونه مسئولیتی نخواهد داشت (صادق، ۱۳۷۶: ۲۶۷). به عقیده برخی فقها و حقوقدانان، ضامن جریره نوعی بیمه مسئولیت است (گرچی، ۱۳۷۲: ۲۶۷). پاره‌ای از محققان بنا به مستفاد از دلایل ضامن جریره، بیمه مسئولیت را مشابه قرارداد پذیرش مسئولیت می‌دانند (قاسم‌زاده، ۱۳۸۴: ۱۴۸). در مقابل، مخالفان معتقدند عقد موالات مبتنی بر تعاون و همکاری است، ولی هدف بیمه سودجویی است و این دو قابل مقایسه نیستند و اگر در موالات جنبه مادی هم وجود داشته باشد به لحاظ اینکه به منظور ایجاد برادری در بین مسلمین و تعاون و کمک به دیگران در ایام تنگدستی و وقوع حادثه بوده است، قابل مقایسه با اقدامات صرفاً مادی و سودجویانه بیمه‌گران نیست (سرخیل، ۱۳۹۲: ۹۱). عقد ضامن جریره از موارد تأمین جبران خسارت توسط فعل دیگران و استثنایی است بر این اصل که هر کسی باید مسئول جبران رفتار و اعمال خود باشد و رابطه‌ای است که بین شخصی با دیگری در اثر عقد مخصوص به وجود می‌آید و در نتیجه آن دو از همدیگر ارث می‌برند و در مقابل دیه جنایت خطایی یکدیگر را می‌پردازند. فقهای شیعه این نوع عقد را در صورت نبود وارث نسبی و مولی معتقد در جنایاتی که از روی خطا واقع شود صحیح می‌دانند؛ یکی از مهم‌ترین وجوه تشابه قرارداد تأمین تاوان و ضامن جریره را می‌توان در این نکته دانست که هر دو نهاد، توافقاتی هستند که به موجب آن، مشروط علیه (ضامن)، مسئولیت (ضامن) شخص دیگر، یعنی مشروط‌له (مضمون‌له) را بر عهده می‌گیرد. همان‌گونه که از عنوان شرط تضمین مسئولیت نیز مشخص است، موضوع این شرط نیز مانند ضامن جریره، تضمین مسئولیتی است که تحقق آن احتمالی است. بنابراین ضامن جریره نیز از موارد تعهدات قراردادی است که فردی متعهد به جبران خسارت فرد طرف قرارداد خود است و از این حیث که طرف دیگر قرارداد مسئولیت طرف مقابل را پذیرا و متعهد می‌شود که خسارات ناشی از اعمال وی را جبران کند، با شرط پذیرش مسئولیت و جبران خسارت مشابهت پیدا می‌کند؛ از این رو می‌توان گفت که چنین مبنایی در فقه امامیه در خصوص ماهیت چنین شرطی وجود داشته و مورد تأیید شرع قرار گرفته است (پوراسنجان و همکاران، ۱۳۹۵: ۲۱).

۲.۷. شرط تضمین پرداخت خسارت و تبری از عیوب مبیع

یکی دیگر از موضوعاتی که به نوعی می‌توان از حیث آثار در راستای شرط تأمین تاوان دانست، مسئله "تبری از عیوب" در خیار عیب است. قانون مدنی در ماده ۴۳۶ تبری از عیوب مبیع را جایز دانسته است. مقرر می‌دارد: "اگر بایع از عیوب مبیع تبری کرده باشد به اینکه عهده عیوب را از خود سلب کرده و یا با تمام عیوب بفروشد مشتری در صورت ظهور عیب، حق رجوع به

بایع نخواهد داشت و اگر بایع از عیب خاصی تبری کرده باشد، فقط نسبت به همان عیب حق مراجعه ندارد". تبری از عیب به معنی سقوط اختیار عیب یا عدم ثبوت آن از ابتدای معامله است و در اثر آن حق فسخ معامله یا اخذ ارزش هر دو ساقط می‌شود و سقوط اختیار عیب یا عدم ثبوت آن برای خریدار یا تبری بایع از عیب یک امر عقلایی است (نکوی، ۱۳۹۰: ۱۰۱). به نظر برخی حقوقدانان، تبری از عیوب، از اقسام شرط عدم مسئولیت است و در صورت علم فروشنده نسبت به ضررهای ناشی از عیب اثر ندارد و تنها ممکن است در سقوط اختیار، مؤثر باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۲۹۵). صرف نظر از اینکه مبادی و شرایط اجرای هر یک از دو نهاد اختیار عیب و تضمین پرداخت خسارت در موارد متعدد دارای اختلاف و تمایز است که باید براساس اصول حاکم بر رژیم حقوقی قراردادهای آن نظام، مورد مذاقه و بررسی قرار گیرد، این دو موضوع از نظر توافق طرفین بر عدم مسئولیت یکی از طرفین یا هر دو آنها در برابر یکدیگر واجد قرابت از حیث آثار حقوقی‌اند؛ بدین توضیح که در تبری از عیوب (بر فرض اینکه منظور از آن سلب عهده از عیوب به نحوه مطلق باشد) فروشنده مسئولیت را با توافق خریدار از خود سلب کرده، به وی منتقل می‌کند که با این توافق، خریدار نسبت به عیب و آثار و ضررهای نشأت‌گرفته از آن، مسئولیت می‌پذیرد؛ درحالی‌که این مسئولیت اولاً و بالذات، متوجه فروشنده بوده که با این شرط منتقل به خریدار شده است. در شرط پذیرش مسئولیت و جبران خسارت نیز مشابه همین حالت وجود دارد؛ بدین ترتیب که یکی از طرفین قرارداد یا هر دو آنها در برابر یکدیگر این‌گونه شرط می‌کنند که اگر در اثر اعمال منتسب به یکی از آنها (صرف نظر از تقصیر)، به افراد یا اموال طرف دیگر، ضرر یا آسیبی وارد شود، طرف آسیب‌زننده مسئول نباشد و طرف دیگر مسئولیت جبران آنها را بر عهده بگیرد (پوراسنجان و همکاران، ۱۳۹۵: ۲۱).

۳.۷. شرط تضمین پرداخت خسارت و شرط عدم مسئولیت

شرط تأمین تاوان، در حقوق ایران در قالب شرط عدم یا تحدید مسئولیت قابل تحلیل است. هر دو شرط عدم مسئولیت و محدودکننده مسئولیت، از نظر ماهیت یکسان‌اند و هر دو از مسئولیت می‌کاهند؛ با این تفاوت که شرط عدم مسئولیت تمام ضمان را از بین می‌برد، ولی شرط محدودکننده مسئولیت بخشی از آن را از بین می‌برد و در بخش دیگر مسئولیت باقی می‌ماند (نکوی، ۱۳۹۰: ۱۲۲). در مقایسه شرط عدم مسئولیت و تضمین پرداخت خسارت باید گفت، مفاد شرط تضمین پرداخت خسارت به‌نحو ایجابی است، درحالی‌که شرط عدم مسئولیت امری سلبی است؛ به‌علاوه، در مورد شرط تضمین پرداخت خسارت، تعهد به شرط عدم مسئولیت، به‌منزله توسعه مسئولیت طرف مقابل قلمداد می‌شود. در فرض عدم مسئولیت، زیان‌دیده از حق

جبران خسارت محروم می‌شود، لکن در خصوص شرط پذیرش مسئولیت و جبران خسارت، در فرضی که زیان‌دیده شخص ثالث باشد، متعهدله ابتدا جبران خسارت کرده سپس از متعهد شرط مطالبه می‌کند؛ با این حال در برخی شقوق، ثمره عملی این دو نهاد مشابه است و کارکرد یکسانی دارند؛ شرط عدم مسئولیت در صورت تقصیر سنگین و عمدی نافذ نیست (نکری، ۱۳۹۰: ۲۱۳). قراردادهای تأمین تاوان نیز در مورد تقصیر عمدی و سنگین شخص مسئول، نافذ نیستند. همچنین هر دو نهاد با هدف تقسیم ریسک و معافیت واردکننده زیان از تحمل بار مسئولیت، سبب تغییر نظام قانونی حاکم بر مسئولیت می‌شوند. بنابراین شرط پذیرش مسئولیت و جبران خسارت در صورتی که در رابطه طرفین اصلی قرارداد برقرار باشد، عملاً با شرط عدم مسئولیت منطبق بوده، تفاوتی در این خصوص وجود ندارد، زیرا میان دو عبارت "من در برابر شما مسئول نیستم" و "اگر من به شما زبانی رساندم شما موظف به جبران آن هستید"، تفاوتی وجود ندارد (ایرانلو، ۱۳۹۳: ۸۶)، لکن در موردی که شرط شود "اگر تو به شخص ثالثی زیان رساندی من جبران می‌کنم"، شرط تأمین تاوان قابل تطبیق با شرط عدم مسئولیت نیست، زیرا شخص ثالث ابتدا به عامل زیان رجوع می‌کند و وی موظف به جبران است و پس از آن، مشروطه بر مبنای شرط می‌تواند به متعهد شرط رجوع کند، لکن باید توجه کرد که هر دو نهاد در نهایت به نتیجه واحدی منجر می‌شود، اما در شرط عدم مسئولیت و شرط تضمین جبران خسارت، در رابطه طرفین قرارداد این امر به نحو مستقیم است و در شرط پذیرش مسئولیت در ارتباط با اشخاص ثالث به نحو غیرمستقیم (پوراسنجان و همکاران، ۱۳۹۵: ۲۱).

۴.۷. شرط تضمین پرداخت خسارت و بیمه مسئولیت

مفهوم بیمه مسئولیت از میان سایر مفاهیم مشابه، از بیشترین میزان تجانس با مفهوم قرارداد تضمین مسئولیت برخوردار است و به همین دلیل نیز گاه از قرارداد تضمین مسئولیت به "پیمان‌های شبه بیمه" تعبیر شده است (ایرانلو، ۱۳۹۳: ۸۳). قرارداد بیمه مسئولیت، قراردادی است که به موجب آن، بیمه‌گر در برابر حق بیمه تعهد می‌کند، در صورت تحقق مسئولیت بیمه‌گذار، خسارت وارد از سوی او یا خسارت وارد بر او را جبران سازد (کاتوزیان و ایرانلو، ۱۳۸۷: ۳). نهاد بیمه مسئولیت و تأمین تاوان از لحاظ مکانیزم و عملکرد، مشابه یکدیگرند. هر دو قراردادهای احتمالی‌اند که با تضمین مسئولیت شخص متعهدله سبب انتقال بار (نهایی) مسئولیت از دوش یک طرف قرارداد بر دوش طرف دیگر می‌شوند و اغلب در فرض خسارت ناشی از تقصیر و غفلت فاحش یا رفتار عمدی، به دلیل برخورد با نظم عمومی نافذ نیستند. با این حال، قراردادهای تأمین تاوان دو تفاوت عمده با بیمه دارند؛ درحالی‌که در بیمه مسئولیت، زیان‌دیده می‌تواند به منظور بهره‌مندی از دعوای مستقیم، علیه بیمه‌گر نیز اقامه دعوا کند، در شرط تأمین

تاوان، شخص ثالث زیان دیده صرفاً می‌تواند علیه مشروط‌علیه اقامه دعوا کند. تفاوت دیگر در آن است که در فرض بیمه مسئولیت، خسارت‌ها میان دسته زیادی از اشخاص (بیمه‌گذاران) سرشکن می‌شود؛ درحالی‌که در فرض قرارداد تأمین تاوان، مسئولیت تمام خطر از دارایی مسئول اصلی به دارایی شخص دیگری منتقل می‌شود (ایزائلو، ۱۳۹۳: ۸۴).

۸. نتیجه

یکی از سیاست‌های مهمی که بر حقوق قراردادهای سایه افکنده، تأمین آزادی متعاملین در انتقال و تخصیص ریسک است. Indemnity به‌عنوان یکی از مکانیزم‌های اصلی تخصیص ریسک، مفهومی پیچیده و مؤثر در حقوق کاملاً محسوب می‌شود. شرط تضمین پرداخت خسارت، با فراهم ساختن امکان تخطی از قواعد رایج و رسمی حقوق در زمینه تخصیص ریسک، در بسیاری از قراردادها و به‌ویژه فعالیت‌های مخاطره‌آمیز مانند قراردادهای ساخت، به‌طور چشمگیری توسعه یافته است. شرط تضمین پرداخت خسارت اغلب، اشاره به شرطی در قراردادهای تجاری دارد که درصدد انتقال مسئولیت و زیان ناشی از فعل یا وضعیت خاص، از یک طرف قرارداد به طرف دیگر است؛ منتها به‌منظور جلوگیری از سوءاستفاده طرف دارای قدرت معاملاتی برتر از موقعیت خود و نیز برای همسویی قرارداد با ملاحظات مربوط به انصاف و نظم عمومی، باید اولاً، در مواردی که خسارت وارده، ناشی از غفلت فاحش یا عمد ذی‌نفع شرط است، فاقد اثر قانونی اعلام شود، ثانیاً، باید این شروط به‌طور شفاف و غیرمبهم در قرارداد بیان شود، به‌نوعی که متعهد شرط به میزان و محدوده تعهد خود در این زمینه آگاهی و اشراف کامل داشته باشد. از مصادیق قابل تطبیق شرط تأمین تاوان در فقه امامیه و حقوق ایران، بحث ضمان جریره و موضوع تبری از عیوب در خیار عیب و نیز شرط عدم مسئولیت و نهاد بیمه مسئولیت است. از آنجا که زمینه پذیرش این‌گونه شروط در مبانی فقهی و قواعد حقوقی ایران فراهم است، می‌توان ضمن رعایت قوانین امری حقوق قراردادهای، زمینه استفاده مؤثر از آن را به‌ویژه در قراردادهای پرخطر فراهم و تضمینی محکم برای رویارویی با ریسک‌های آتی ایجاد کرد.

منابع

الف) فارسی و عربی

۱. ابراهیم پوراستنجان، عادل؛ ابراهیمی، سید نصرالله؛ باقری، محمود (۱۳۹۵). «تحلیلی بر شرط پذیرش مسئولیت و جبران خسارت (موردکای قراردادهای نفت و گاز)»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۲۰، ش ۳.
۲. ایزائلو، محسن (۱۳۹۳). شروط محدودکننده و ساقط‌کننده مسئولیت در قراردادهای، چ چهارم، تهران: شرکت سهامی انتشار.

۳. سرخیل، مرضیه، (۱۳۹۲). بررسی تطبیقی ضمان جریره با بیمه مسئولیت، پایان‌نامه کارشناسی ارشد فقه و مبانی حقوق اسلامی، قم: دانشگاه پیام‌نور.
۴. شریفی، سید الهام‌الدین؛ حاتمی، حسن (۱۳۸۷). «قاعده تقدم تفسیر قرارداد به زبان متعدهله و یا تنظیم‌کننده»، نامه مفید، ش ۷۰.
۵. صادقی، محمدهادی (۱۳۷۹). جرایم علیه اشخاص، ج سوم، تهران: میزان.
۶. طباطبائی یزدی، سید محمدکاظم (۱۴۱۰ق). عروه‌الوترقی فیما تعلم به البوی، ج دوم، ج ۲، بیروت: مؤسسه الأعلمی للمطبوعات.
۷. عرفانی، توفیق (۱۳۸۶). «تفسیر قراردادها»، مجله کانون، ش ۷۱.
۸. قاسم‌زاده، سید مرتضی (۱۳۸۴). «بیمه جهیز»، مجله حقوقی عدالت آرا، ش ۲ و ۳.
۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۸)، حقوق مدنی، عقود معین (عقود اذنی - وثیقه‌های دین)، ج سوم، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
۱۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰). قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، ج سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا.
۱۱. کاتوزیان، ناصر؛ ایزانلو، محسن (۱۳۸۷). مسئولیت مدنی - بیمه مسئولیت مدنی، ج ۳، تهران: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران.
۱۲. گرجی، ابوالقاسم (۱۳۷۲). مقالات حقوقی، ج ۱ و ۲، ج دوم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۱۳. نکویی، محمد (۱۳۹۰). شرط عدم مسئولیت (مطالعه تطبیقی)، ج اول، تهران: میزان.

(ب) خارجی

14. Beaver Taylor R., (2014). "The Texas Anti- Indemnification Act", *St. Mary's Law Journal*, Vol. 45, No.3.
15. Bennett Michael (2016). *Drafting Effective Indemnity Clauses*, College of Law CLE.
16. Bua Nicholas J., (1976). "Third Party Practice in Illinois: Express and Implied Indemnity", *DePaul Law Review*, Vol. 25, No.4, Issue. 2.
17. Courtney Wayne (2010). *Construction of Contractual Indemnities – Out with the Old, In with the New*, Sydney Law School, Legal Studies Research Paper, No. 10/133.
18. Courtney Wayne, J.W., Carter, (2011). "Indemnities against Breach and Settlement Of Third party Claims", *Journal Of contract Law*, Vol.27.
19. Di Lallo Tom, (2013). *The interplay between indemnity clauses, releases and insurance*, Available @ www.listgbarristers.com.au/.../dilallo_t_-_indemnities_insurance_rele.
20. Downie David (2012). *Indemnity And Exclusion Clauses*, San Bernardino: Inter Alia Publishing.
21. Drewry Daniel M., Carrie L. Ciliberto, (2009). "Drafting and Negotiating the "New" Key Contract Clauses" Pennsylvania, Philadelphia, American Bar Association Forum on the Construction Industry.
22. Garner Bryan A., (2004). *Black's Law Dictionary*, Eight Edition, Thomson west.
23. Gerald I. Katz, (2001). *Contract Risk Allocation*, Contract risk transfer seminar.
24. Gray Jeremy J. F., (1989). "Implied Contractual Indemnity: An Infirm Doctrine Whose Time Has Passed", *Loyola of Los Angeles Law Review*, Vol.22, Issue. 4.
25. Greenfield Don, Jay Todesco (2004). "Fundamental Aspects of Oil and Gas Law Revisited", *Alberta Law Review*, Petroleum Law Edition, Vol.42.
26. Kangles Nick, R Ben Rogers, Zahra Allidina, Chris Harris, (2011). "Risk Allocation Provisions In Energy Industry Agreements: Are we Getting It right?", *Alberta Law Review Journal*, Vol. 49, Issue 2.
27. Kleinberger Daniel S., (1987). "No Risk Allocation Need Apply: The Twisted Minnesota Law of Indemnification", *William Mitchell Law Review*, Vol.13, No.4.
28. Macatram Genevieve (2015). "How can The Indemnity Clause Expand or Limit The Responsibility for Liability of The Parties in International Oil And Gas Contracts?", *CEPMLP Annual Review*, Vol.10.

29. Makarov Timur, (2015). "Indemnity In The International Oil And Gas Contracts: Key Features, Drafting and Interpretation", *Centre for Energy, Petroleum and Mineral Law and Policy Gateway homepage, CEPMLP Annual Review, Vol. 12.*
30. Parker Penny L., John Slavich, (1991). "Contractual Efforts to Allocate the Risk of Environmental Liability: Is there a Way to Make Indemnities Worth More Than the Paper They Are Written On?", *Southwestern Law Journal, vol.44:No.4.*
31. Potamkin Lawrence, Norman L., Plotka, (1944), "Indemnification against tort liability – The hold harmless clause – Its' interpretation and effect upon insurance", *University of Pennsylvania, law review, Vol. 92.*
32. Rowley, Keith A. (1999). "Contract Construction and Interpretation: From the "Four Corners" to Parole Evidence (and Everything in Between)", Las Vegas, University of Nevada, School of Law, Scholarly Works. Paper 554.
33. Sartain Charles W., J., Wayne Ballew, Robert Slater, (2013). "Your Fault, My Fault, Our Fault ... Does It Even Matter? Indemnification And Exculpatory Agreements In the Oil Patch ", Dallas, Southwest Land Institute.
34. Shull C. Michael, Douglas A. Karet, Buck S. Beltzer, Robert E. Benson, (2014). *Contract Clauses Managing Allocating And Transferring Construction Project Risks*, Available @ <http://docplayer.net/8250395-Contract-clauses-managing-allocating-and-transferring-construction-project-risks.html>.
35. Thomas, Howard B., (1939). "Contracts of Indemnity against Liability and against Loss", *California Law Review, Vol. 24, No. 2.*