

## تحلیل اقتصادی شرط عدم مسئولیت

محمد عابدی<sup>1</sup>

استادیار گروه حقوق دانشگاه فردوسی مشهد

تاریخ دریافت 1393/9/11 تاریخ پذیرش 1394/12/2

### چکیده

تزام آزادی متعاملین در تعیین مفاد و شروط قراردادی با لزوم جبران ضرر نامشروع، و تقابل فایده‌ها و زیان‌های اقتصادی و اجتماعی شرط عدم مسئولیت، نظام‌های حقوقی را در تجویز آن، دچار تردید کرده است و با وجود گرایش به پذیرش اصل اعتبار آن، استثنائات متعددی، با هدف جلوگیری از توافق‌های ناعادلانه، بر این اصل وارد شده است. تحلیل اقتصادی و بررسی معایب و فواید اقتصادی شروط عدم مسئولیت و نقش آن در کارایی، می‌تواند ما را در احراز عدالت قراردادی کمک کند. روش تحقیق، تحلیلی و توصیفی بوده و در موارد ضروری، به روش مقایسه‌ای پرداخته تا رویکرد سایر نظام‌های حقوقی نیز روشن شود. تحلیل اقتصادی شرط عدم مسئولیت نشان می‌دهد که پذیرش اصل اعتبار شرط عدم مسئولیت، کارایی اقتصادی را منجر می‌شود؛ لیکن در صورتی که قرارداد ناقص باشد، مانند وجود انحصار و نابرابری اطلاعاتی، دخالت دادگاه در تعدیل یا ابطال شرط عدم مسئولیت ضروری است، یافته‌ای که اصولاً و نه لزوماً، با تحلیل حقوقی شرط عدم مسئولیت هماهنگ است.

**کلیدواژه‌ها:** حقوق قراردادها، تحلیل اقتصادی قرارداد، کارایی اقتصادی، شرط عدم مسئولیت، شروط ناعادلانه.

### پیش درآمد

اصولاً، در صورت نقض تعهدات قراردادی یا قانونی، عامل زیان، مسئولیت جبران خسارت را

به عهده دارد؛ لیکن ممکن است با توجه به اصل آزادی قراردادی، طبق توافق عامل زیان (متعهد) و زیان‌دیده (طلبکار)، در مورد مسئولیت ناشی از نقض تعهدات قراردادی، به توافق برسند و این مسئولیت محدود شود یا از بین برود. (Terre, 1996: p.486) (Garner, 2004: pp.608-612) این توافق‌ها، که قبل از وقوع خسارت منعقد می‌شود تا نظام قانونی مسئولیت یا شرایط مطالبه آن را تغییر دهد، انواع متفاوتی دارند؛ مانند شروط راجع به تغییر شرایط مسئولیت و شروط راجع به عدم مسئولیت در برابر پاره‌ای از خسارت‌ها مانند عدم النفع و زیان معنوی؛ (Viney, 2002: pp.351,352 Mckendrick, 2008: p.426) یکی از آن‌ها، توافق بر عدم مسئولیت متعهد یا محدود کردن مسئولیت او، در صورت نقض قرارداد است که اصطلاحاً به شروط عدم مسئولیت و محدودکننده موسوم می‌باشد و در زبان فقهی به شرط عدم ضمان تعبیر می‌شود.

امروزه در غالب قراردادهای کوچک و بزرگ، به‌ویژه قراردادهای استاندارد شده و عقود الحاقی و تحمیلی، که یک طرف از امتیاز انحصار یا توان برتر اقتصادی برخوردار است و فرصت مذاکره را از طرف دیگر می‌گیرد، متعهد، اعم از تولیدکننده یا توزیع‌کننده یا فروشنده کالا یا خدمات، شرط عدم مسئولیت به سود خود تحصیل می‌کند. اعتبار حقوقی این شرط همیشه مورد سؤال و تردید بوده و نظام‌های حقوقی معاصر، با وجود پذیرش اصل اعتبار شروط عدم مسئولیت، استثنائات متعددی را به نام نظم عمومی، حمایت از مصرف‌کننده، سوءاستفاده از حق و قاعده لا ضرر، بر این اصل وارد ساخته‌اند.

این پژوهش، ضمن پذیرش این امر که عدالت مفهومی نسبی و متغیر است و عوامل اقتصادی و اجتماعی در آن مؤثر می‌باشد، در صدد تحلیل اقتصادی شرط عدم مسئولیت و نقش آن در تحقق یا عدم تحقق کارایی اقتصادی است تا بتواند در پرتو تحلیل اقتصادی، به نگرشی عادلانه و منصفانه از شرط عدم مسئولیت نائل آید، زیرا، بدون تردید، فواید اجتماعی و اقتصادی توافق‌ها در ارزیابی عدالت قراردادی نقش بسزا دارد.

این پژوهش، در دو مبحث، مبانی و دلایل اقتصادی اعتبار شرط عدم مسئولیت (مبحث نخست)، و دلایل و مبانی اقتصادی عدم اعتبار آن (مبحث دوم) را بررسی می‌کند و در پایان یافته‌های تحقیق را استخراج می‌نماید.

#### پیشینه تحقیق

در نظام‌های حقوقی کامن لا و رومی-ژرمنی، بحث بر سر وضعیت حقوقی شروط عدم

مسئولیت، سابقه‌ای طولانی دارد. در نظام حقوقی رم، اصولاً، این شرط را مجاز تلقی می‌کردند، مگر آن که عامل زیان مرتکب تدلیس و تقصیر عمد شده باشد، بدون این که میان مسئولیت قراردادی و قهری تفکیک شده باشد.

پس از انقلاب صنعتی و گسترش قراردادهای استاندارد شده و تقابل تولیدکننده قوی و مصرف‌کننده ضعیف، در خصوص اعتبار شرط عدم مسئولیت و موارد بطلان آن و اختیار دادرسی در تعدیل یا حذف آن، مطالعات متعددی در نظام‌های حقوقی غرب انجام شده که آثار عملی آن، به‌ویژه در اصول قراردادهای اروپایی و قانون متحدالشکل تجاری آمریکا، مشاهده می‌شود. لیکن، ظهور مکاتب متعدد حقوق اقتصادی در غرب، به‌ویژه آمریکا، و تحلیل اقتصادی قواعد حقوقی، موجب شده که قواعد حقوق قراردادهای از زاویه کارایی اقتصادی مورد ارزیابی قرار گیرد و در کنار عدالت، از فایده اجتماعی به‌عنوان هدف قرارداد یاد شود.

در فقه اسلامی، از دیرباز، شرط عدم ضمان و شرط برائت در مورد مسئولیت پزشک و امین، مطرح بوده که بیشتر از زاویه حقوق خصوصی و منطق حقوق بدان پرداخته‌اند. در کتب حقوقی، نیز، غالباً، به بیان دلایل حقوقی صحت یا بطلان شرط عدم مسئولیت اکتفا نموده‌اند. لیکن، در سال‌های اخیر، به تحلیل اقتصادی حقوق تمایل نشان داده می‌شود و تعدادی مقاله و پایان‌نامه، در خصوص نظریه تحلیل اقتصادی حقوق و پاره‌ای از عناوین مانند مسئولیت مدنی و قراردادهای نگاهشته شده است. مطالعه شرط عدم مسئولیت با رویکرد تحلیل اقتصادی آن، از جمله گام‌های نخستین در تحلیل اقتصادی نهادهای حقوقی است که پژوهش حاضر بدان می‌پردازد.

مبحث نخست: مبانی و دلایل اعتبار شرط عدم مسئولیت

موافقان شروط عدم مسئولیت در توجیه اعتبار آن، به مبانی و دلایلی مانند اصل آزادی قراردادی، کارایی اقتصادی، تقسیم خطرات، تشویق ابتکارات و کاهش هزینه‌ها استناد می‌کنند که به ترتیب مورد تحلیل قرار می‌گیرد.

الف- نگرش اقتصادی به اصل آزادی قراردادی

اصل آزادی قراردادی، که مبتنی بر نظریه اصالت فرد و اصل حاکمیت اراده<sup>1</sup> است، با قیودی کم‌ویش، در

تمام نظام‌های حقوقی پذیرفته شده است. از نتایج این اصل، در مرحله انعقاد قرارداد، آن است که اشخاص در تعیین محتوا و مفاد قرارداد خود آزاد باشند و از نتایج این اصل در مرحله آثار قرارداد، آن است که طرفین باید به تعهدات قراردادی خود ملتزم باشند. مطابق این اصل، آنچه شخص به موجب قرارداد می‌پذیرد عادلانه است و آزادی قراردادی، عدالت اقتصادی و سعادت عمومی را تأمین می‌کند. کانت می‌گوید: «اگر کسی درباره دیگری تصمیم بگیرد ممکن است عدالت رعایت نشود و تجاوزی رخ دهد، ولی وقتی کسی درباره خودش تصمیم بگیرد، دیگر نگرانی از این که عدالت از بین برود، وجود ندارد.» (Cited by: Katouzian, 1997b: p.328)

از دیدگاه حقوقی، همان اراده‌ای که تعهد را ایجاد می‌کند، می‌تواند آزادانه قلمرو آثارش را معلوم کند. (Terre, Simler et Lequette, 1996: p.487)؛ به بیان دیگر، اصل آزادی قراردادی از جهت مثبت اقتضاء می‌کند اگر اشخاص بتوانند با هم قرارداد ببندند، باید بتوانند محدوده حقوق و تعهدات خود را در برابر هم معین کنند، و از جهت منفی، همان گونه که شخص می‌تواند از اصل متعهد نشود، به طریق اولی می‌تواند تا حد معینی ملتزم شود. (Izanloo, 2003: p.122) بنابراین، شرط عدم مسئولیت و یا تحدیدکننده مسئولیت، دقیقاً منطبق با اراده متعاملین است که یا نخواسته‌اند تعهدی را بپذیرند یا آن را محدود کرده‌اند. مسئولیت قراردادی به دلیل تخلف از تعهد ناشی از تراضی است، پس همان‌ها که تراضی کرده‌اند، می‌توانند مسئولیت را از خود سلب کنند. (Katouzian, 1997a: p.325)

اصل آزادی قراردادی در تحلیل اقتصادی حقوق مورد تأیید قرار گرفته است. در این تحلیل، آزادی قراردادی مبنایی است که بر پایه آن، اقتصاد رقابتی را سازماندهی می‌کند تا منابع را به جهتی که بیشترین فایده را دارد سوق دهد. یعنی، آزادی قراردادی مستقیماً به بازاری منتهی

---

1 - البته اصل فلسفی حاکمیت اراده با اصل آزادی قراردادی از این جهت متفاوت است که اولی، منبعث از قانون نیست و قوانین حق ندارند به آثار اراده انسان تجاوز کنند و حکومت اراده انسان استقلال دارد، ولی، دومی، از قانون نشأت گرفته و برخاسته از مصالحی است که قانون‌گذار لازم می‌دانسته و هر زمان آن را مخالف مصالح عمومی بدانند، می‌تواند محدود سازد. (Katouzian, 1997b: p.328)

می‌شود که در آن قیمت‌ها، کمیابی کالاها و خدمات، امکانات تولید و بازده تولید مؤثر را منعکس می‌کنند و همچنین مشوقی است برای اشخاص تا روش‌های افزایش بازدهی را کشف کنند که به وسیله آن ثروت مادی جامعه افزایش یابد. (Schofer, Ott, 2004:p. 274) به بیان دیگر، قراردادهای وسیله مناسب و کارآمد تخصیص منابع هستند و اصل آزادی قراردادی موجب می‌شود کالاها و خدمات در جامعه توزیع و جابجا شود، به گونه‌ای که در اقتصاد مبتنی بر رقابت، منابع کمیاب به دست کسی برسد که بیشترین ارزش را برای آن قائل است و به جهت افزایش دادن همکاری و بهبود بخشیدن به تقسیم کار و تخصص، پیش شرط کارایی اقتصادی و توسعه اجتماعی است.

بر اساس اندیشه حاکم بر حقوقدانان شیکاگو، اصل آزادی قراردادی بر این پایه استوار است که بازار به نتیجه کارآمد می‌رسد و ضرورتی به دخالت دولت در قراردادها نیست. دولت باید به مفاد قراردادهای خصوصی احترام بگذارد، چون مصرف‌کننده عاقل به معامله‌ای رضایت می‌دهد که برای او مفید باشد. (Ansari, 2011:p.249) و مطلوبیت او را به حداکثر برساند و گرنه به انعقاد معامله و شروط تعهدآور رضایت نمی‌داد. پذیرش آثار قرارداد و انعقاد عقد به معنای کارآمدی بازار است. به عبارت دیگر، قرارداد آزادانه و منصفانه بازی بردو باخت نیست که در آن سود یک طرف همیشه با زیان دیگری است (op.cit., p. 274) بلکه، هر دو به رفع نیازها و جستجوی منافع خود می‌اندیشند؛ به زبان حقوقی، معامله و همکاری است نه مغاینه و سودجویی.

در مورد شرط عدم مسئولیت، با فرض کامل بودن بازار و فقدان هزینه‌های معاملاتی مانند انحصار، متعاقدين با لحاظ قیمت و شرایط خارجی و درونی قرارداد، عدم مسئولیت متعهد را به هنگام نقض احتمالی قرارداد پذیرفته‌اند و در مجموع تعادل قراردادی برای طرفین حاصل شده که به آن رضایت داده‌اند. احترام و رعایت شرط عدم مسئولیت، یعنی احترام به حاکمیت اراده و آزادی قراردادی در تعیین مفاد عقد؛ در نتیجه، یعنی تحقق کارایی اقتصادی<sup>1</sup>.

ب - کارایی اقتصادی

1 - قرارداد تا آنجا که به افراد مربوط است، مهم‌ترین ابزار پیش‌نگری است که امنیت حقوقی را به وجود آورد و مسیر مطلوبی برای رسیدن به آزادی و مسئولیت است که برای شکوفا کردن انسان در جامعه ضرورت دارد. (Gustin, 1981, p.44, cited by: Isaii Tafreshi and Abdali, 2012: p.152)

با توجه به کمیابی منابع تولید و فراوانی و تنوع خواسته‌های انسان، ضرورت است تا در هر جامعه‌ای، منابع کمیاب به نحوی تخصیص یابند که تا حد امکان نیازهای بیشتری برآورده شود و اقتصاد، یعنی علم تخصیص اقتصادی منابع کمیاب تولید، در جهت تحقق همین هدف حرکت می‌کند. در نگرش اقتصادی، با توجه به فرض عقلانیت اقتصادی، فرض می‌شود که انسان از نظر منطقی به دنبال به حداکثر رساندن منافع و اهداف خود است و در موقعیت‌های مختلف، گزینه‌های دارای بازده بیشتر را ترجیح دهد.

معیارهای اقتصادی کارایی عبارت است از به حداکثر رساندن ثروت<sup>1</sup>، کارایی پارتو<sup>2</sup> و کارایی کالدور - هیکس<sup>3</sup>

بر خلاف مکتب شکل‌گرایی حقوق، که دانش حقوق را اعمال قواعد کلی ثابت و مشخص بر موارد عینی و خارجی می‌داند و پیوندهای میان حقوق و دیگر علوم اجتماعی را نادیده می‌گیرد و به استقلال حقوق اعتقاد دارد، مکتب واقع‌گرایی حقوق، حقوق را وسیله رسیدن به اهداف اجتماعی می‌داند. از دید این مکتب، حقوق مهندسی اجتماعی است که در صدد به حداکثر رساندن ثروت و بهره‌وری و به حداقل رساندن هزینه‌هاست. پیروان این مکتب، با اعلام این که حقوق ساختنی است نه یافتنی؛ معتقدند که باید تحلیل عوامل سیاسی، اجتماعی و اقتصادی، جایگزین استنباط‌های مجرد و منطقی از مفاهیم و قواعد حقوقی شود. (Babaii, 2007: pp. 22-23)

تحلیل اقتصادی حقوق ریشه در مکتب واقع‌گرای حقوق دارد. در این تحلیل، قواعد حقوقی به‌مثابه قیمت در بازار لحاظ می‌شود و رفتار انسان در برابر قواعد حقوقی، مانند رفتار وی در برابر قیمت کالا و خدمات تحلیل می‌شود. (Meceli, 2004: p. 1) فرض می‌شود افراد به انتخاب معقول

- 1 - پازنر، استاد حقوق و قاضی فدرال آمریکا، با تلقی مفهوم به حداکثر رساندن ثروت به‌عنوان یک اصل اخلاقی، هدف نهایی حقوق را افزایش ثروت و کارایی را رکن سازنده عدالت می‌داند. (Ansari, 2011: p. 21 and 103)
- 2 - به موجب این معیار، عمل اقتصادی وقتی کارآمد است که دست کم، شرایط یک نفر بهتر از قبل شود، بدون این که شرایط شخص دیگری بدتر شود. (انصاری، 1390: ص 122). (Ansari, 2011: p. 122; Meceli, 2004: p. 4)
- 3 - مطابق این معیار، وقتی سود حاصل برای یک فرد، علیرغم ضرر دیگری، به گونه‌ای باشد که منتفع بتواند ضرر زیان‌دیده را جبران کند و وضعیت خود او بهتر از قبل بماند، کارایی اقتصادی محقق شده است. (Meceli, 2004: p. 4; Ansari, 2011: p. 129)

دست می‌زنند، راهی که منتهی به حداکثر بهره‌وری و حداقل هزینه می‌شود. پس افزایش کارایی و حداکثر کردن ثروت، هدف حقوق و مبنای ارزیابی قواعد حقوقی است. (Babaii, 2007: p.40)

بر اساس تحلیل‌های اقتصادی، در بازاری که انحصار نیست و رقابت کامل وجود دارد، چون متعاقدين با فرض انتخاب عقلانی، شرط عدم مسئولیت را مورد توافق قرار داده‌اند و فرض می‌شود که خود متعاملین بهترین قاضی برای تشخیص منافع خود هستند، لذا، عدم مسئولیت توافق شده، شروط کارآمد هستند و تفاوت میان سود و هزینه‌ها فاحش است. در صورتی که قرارداد توأم با شرط عدم مسئولیت اجرا نشود یا قاضی بتواند شرط مذکور را تعدیل یا جایگزین کند، قرارداد فاقد کارایی اقتصادی است و شرایط متعاملین را از پیش بدتر می‌کند

به‌طور کلی، در بازار رقابت کامل، هیچ شرط ناکارآمدی وجود ندارد و ممنوع یا تعدیل کردن شروط قراردادی کارایی را افزایش نمی‌دهد و از لحاظ اقتصادی مطلوب نیست. به بیان دیگر، وقتی قرارداد فاقد هزینه معاملاتی است و کامل می‌باشد، پس کارآمد است؛ زیرا حق به شخصی تخصیص یافته که ارزش بیشتری برای آن می‌شناسد و خطر نیز به شخصی انتقال یافته که با کمترین هزینه می‌تواند آن را مدیریت و تحمل کند. در شرط عدم مسئولیت، خطر عدم اجرای قرارداد به متعهد له انتقال یافته، زیرا، متعهد شرط عدم مسئولیت را به سود خود تحصیل کرده است.

#### ج- تقسیم خطرها

در تحلیل اقتصادی حقوق، که از انسان اقتصادی در شرایط کمیابی سخن گفته می‌شود، شخص پس از ارزیابی گزینه‌های مختلف، گزینه مطلوب (کارایی بیشتر و هزینه کمتر) را انتخاب می‌کند، انتخابی که مبتنی بر عقلانیت اقتصادی است. به علاوه، از این منظر، هدف غالب قواعد حقوق مدنی، کاستن از هزینه‌های تعامل بین انسان‌ها و بهینه‌سازی استفاده از منابع کمیاب است.

جهان کنونی، جهان عدم اطمینان است. از دیدگاه اقتصادی، آینده مبهم است و عدم اطمینان یا خطر، یکی از مبنای تحلیل اقتصادی حقوق است. قرارداد، به‌عنوان ابزار اداره خطرات آینده توسط متعاملین است. به بیان دیگر، قرارداد وسیله سلطه شخص بر واقعیت‌ها و آینده شناخته می‌شود و از این حیث می‌توان قرارداد را جانشین ناقص بیمه تلقی کرد. (Ansari, 2011: p.144)

آینده روابط قراردادی همیشه قابل پیش‌بینی نیست. تورم و افزایش قیمت‌ها، عدم دسترسی به مصالح و قطعات مورد نیاز برای اجرای تعهدات، دشوار شدن ارائه خدمات یا تولید، به‌ویژه در

قراردادهای مستمر، عدم توفیق در اجرای تعهدی که از سنخ تعهد به نتیجه است و بدون اینکه متعهد مرتکب تقصیری شده باشد، صرف نقض عهد مساوی یا اماره بر تقصیر است، همگی مسئولیت قراردادی کامل متعهد را موجب می‌شود. بدهکار می‌تواند با تحصیل شروط عدم مسئولیت که ناظر به انجام پاره‌ای از تعهدات باشد، به تقسیم خطرهای میان خود و طلبکار مبادرت کند و خطر را کنترل و یا محدود کند؛ (Mckendrick, 2008: p.411) امری که در تحلیل اقتصادی حقوق به آن تخصیص قراردادی خطرات می‌گویند و چون مبتنی بر توافق اراده‌ها و فرض عقلانیت اقتصادی است، کارایی اقتصادی با انتقال پاره‌ای از خطرهای به طلبکار ملازمه دارد.

همچنین در غالب نظام‌های حقوقی، که خسارات ناشی از عدم النفع و ضرر اقتصادی قابل جبران شناخته شده است و بر اصل جبران تمام خسارات تأکید می‌شود، مانند حقوق فرانسه، شرط عدم مسئولیت، ابزار ساده بیمه‌ای است که خطرات وقوع زیان‌های غیر قابل پیش‌بینی و غیرمستقیم را می‌پوشاند. (Viney, 2002: p.578)

پاره‌ای از حقوقدانان (Terre, Simler et Lequette, 1996: p.487) با بیان کارکرد بیمه‌ای شروط عدم مسئولیت و تحدیدکننده آن، و بدون اینکه متعهد هزینه بیمه را پرداخت کند، در توجیه اعتبار شروط عدم مسئولیت گفته‌اند وقتی قانون‌گذار خودش بیمه مسئولیت را، جز در مورد تدلیس، مجاز می‌شمرد، پس با وحدت ملاک از آن، شرط عدم مسئولیت نیز باید مجاز شمرده شود، از این لحاظ که اثر بیمه مسئولیت را دارد<sup>1</sup>.

#### د - تشویق ابتکار و خلاقیت

اعمال تولیدی و ارائه خدمات حرفه‌ای همیشه همزادی به نام خطر را به همراه دارند: خطر

1 - البته این استدلال قانع‌کننده به نظر نیامده است، زیرا بین شرط عدم مسئولیت و بیمه مسئولیت دو تفاوت است: یکی این که در بیمه مسئولیت خسارات زیان‌دیده بدون جبران باقی نمی‌ماند. او دو مسئول دارد: عامل زیان و بیمه‌گر وی که زیان‌دیده از حق اقامه دعوی مستقیم علیه بیمه‌گر برخوردار است، درحالی که در شرط عدم مسئولیت، مسئولیت انتظاری به دوش طلبکار است؛ دوم آن که در بیمه مسئولیت، خطر درواقع میان بسیاری از دارایی‌ها تجزیه می‌شود و به بیانی دیگر ضرر توزیع می‌گردد، امری که آن را توزیع عادلانه بخت بد می‌گویند. (Katouzian, 2009: p.198) و دارای آثار مهم اجتماعی و اقتصادی است، لیکن شرط عدم مسئولیت صرفاً به جابجایی خطر زیان احتمالی از دارایی بدهکار به دارایی طلبکار منتهی می‌گردد، بدون اینکه نظم اجتماعی در این جابجایی متأثر شود. (Terre, Simler et Lequette, 1996: p.48)



ورود خسارت به خریدار یا مصرف کنندگان به دلیل نقص فنی و عیب تولید. عیبی که ممکن است منتسب به تقصیر تولیدکننده نباشد یا تقصیر سازمانی باشد که نتوان مسئول معینی را یافت، هر چند به اجمال معلوم باشد. گسترش مسئولیت مطلق، که به حکم قانون و بر پایه مصالح اقتصادی ایجاد شده است و منوط به احراز تقصیر نیست<sup>1</sup>، و نیز تحمیل فرض تقصیر بر

تولیدکننده و عرضه کننده، مسئولیت آنان را مضاعف می کند. آن‌ها باید مسئولیت خویش را بیمه کنند و بار افزایش هزینه‌های تولید و خدمات و هزینه کاهش توان رقابت را متحمل شوند، یا این که راه کم هزینه تری را انتخاب کنند، یعنی شرط عدم مسئولیت را به سود خود به دست آورند. در صورتی که راه اخیر بسته شود و بیمه مسئولیت نیز دشوار یا غیر ممکن باشد یا کارایی و صرفه اقتصادی نداشته باشد، تولیدکننده یا ارائه کننده خدمات حرفه‌ای ترجیح می دهد به ارائه محصول یا خدمتی پردازد که به علت تکرار تولید و ارائه، خطری را متضمن نیست و از تولید و عرضه محصولات جدید یا خدمات نوین، که لازمه پیشرفت بشر و تمدن و موافق طبیعت خلاق انسان است، امتناع کند. (viney, 2002: p. 348) بدیهی است این نتیجه، بر خلاف مصالح و منافع عمومی و تمدن بشری است.

در برابر، شرط عدم مسئولیت یا محدود کننده، از این حیث که مسئولیت احتمالی را از دوش متعهد بر می دارد، ابتکار و نوآوری و اقدامات مفید را بر می انگیزد. (Izanloo, 2003: p. 120) یکی از دلایل توجیه شرط براءت پزشکی، در برابر بیمار، در فقه اسلامی، همین ضرورت ابتکار و نوآوری در طبابت بوده است.<sup>2</sup>

1 - برخی حقوقدانان (Katouzian, 2009: p. 212) معتقدند در تحلیل دقیق تر جوهر تقصیر در مسئولیت مطلق نیز وجود دارد، لیکن به جهت فقدان علم تفصیلی، باید از تقصیر جمعی یا سازمانی سخن گفت و با این که به خاطر عدم انجام هزینه احتیاط بهینه برای جلوگیری از وقوع زیان، مرتکب تقصیر اقتصادی شده است

2 - کاهش تولید هواپیما از 17 هزار فروند در سال 1979 به 1085 فروند در سال 1987 در ایالات متحده، به دلیل تحمیل مسئولیت مطلق به کارخانه‌های تولیدکننده هواپیما (Katouzian, 2008b: p. 329)، نمونه خوبی برای کاهش تولید و ابتکار است. در ایران، هر چند آماری در خصوص تأثیر شرط براءت پزشکی بر پیشرفت علم پزشکی وجود ندارد، لیکن، یکی از جراحان مغز ایرانی مقیم سوئد در صحبت‌های خود با این جانب اعلام می کرد که یکی از دلایل برجستگی جراحان ایرانی در جهان، عدم نگرانی از مسئولیت احتمالی، به دلیل اخذ براءت از بیمار و احتمال ضعیف محکومیت آنان در محاکم قضایی با توجه بر سیر رسیدگی به پرونده‌های جرائم پزشکی و تجربه ناشی از تعدد اعمال جراحی است.

## ه - کاهش هزینه‌ها

در غالب قراردادهای، شرط عدم مسئولیت یا محدودکننده، کارایی اقتصادی را، از طریق کاهش هزینه‌ها، موجب می‌شود. پرداخت حق بیمه مسئولیت مدنی، یکی از هزینه‌های مهم تولید است که برای برخی از تولیدکنندگان کوچک دشوار است و امکان رقابت با تولیدکنندگان بزرگ را از آنان سلب می‌کند. متعهد می‌تواند با تحصیل شرط عدم مسئولیت، در قرارداد فروش کالا و خدمت، همان نتیجه‌ای را به دست آورد که در صورت بیمه کردن مسئولیت خود می‌توانست به دست آورد، با این تفاوت مهم، که او حق بیمه‌ای پرداخت نکرده است و صرفاً خطر را به خریدار منتقل کرده است. در برابر خریدار (طلبکار) نیز، به دلیل کاهش هزینه‌های تولید، کالا یا خدمت را با بهای ارزان‌تری تهیه کرده است. (Izanloo, 2003: p. 119; Viney, 2002: p. 348) به بیان اقتصادی، معیار اقتصادی پارتو تحقق یافته است<sup>1</sup>.

یکی از نتایج انقلاب صنعتی، استاندارد شدن تولید کالاهاست. این امر نیز نیازمند استاندارد شدن قراردادهای مربوط به تولید و توزیع کالا می‌باشد که از لحاظ اقتصادی موجب صرفه‌جویی در زمان و هزینه‌های خدمات حقوقی می‌شود. شرط عدم مسئولیت یکی از شروط اصلی و مغز شروط استاندارد محسوب می‌شود، زیرا با توجه به بازار رقابتی

حاکم میان تولیدکنندگان و فروشندگان و ضرورت کاهش قیمت‌ها، آنان ناگزیرند شروط عدم مسئولیت، به سود خود، تحصیل کنند. (Izanloo, 2003: p. 15)

غالباً، متعهد له خطر عدم انجام تعهد یا اجرای ناقص را نادیده می‌گیرد و با خوش بینی، به آینده روابط قراردادی می‌نگرد، بنابراین، حتی در فرضی که فروشنده دو پیشنهاد، یکی با شرط عدم مسئولیت و قیمت پایین‌تر، و دیگری بدون شرط عدم مسئولیت، ولی با قیمت بالاتر، به خریدار ارائه می‌کند، شخص اخیر پیشنهاد اول را انتخاب می‌کند و منفعت خود را در آن می‌بیند، انتخابی

1 - کارایی پارتو یا بهره‌وری تخصیص، بر سه مقدمه اخلاقی یا داوری ارزشی مبتنی است: «1- هر کس بهتر از دیگران می‌تواند در مورد رفاه خود داوری کند؛ 2- رفاه جامعه مبتنی بر رفاه افرادی است که جامعه را تشکیل می‌دهند؛ 3- هر تغییری که حداقل رفاه یک نفر را افزایش دهد، بدون این که از رفاه دیگران کاسته شود، رفاه جامعه را بهبود می‌بخشد. (Isaï Tafreshi and Veljanovski, 2007: p. 35, cited by: Abdali, 2012: p. 153):

که فرض عقلانیت اقتصادی آن را تأیید می‌کند.<sup>1</sup>

کاهش هزینه‌های تولید و خدمات که کاهش قیمت‌ها را به دنبال دارد، در نهایت به سود جامعه است زیرا رفاه عمومی هدف اصلی اقتصاد رفاه و مطلوب قواعد حقوقی است. و-گسترش مسئولیت بدون تقصیر و تأثیر آن بر امکان رقابت داخلی و بین‌المللی سیر تحول مبانی مسئولیت مدنی در حقوق اروپا و آمریکا نشان می‌دهد که از زمان انقلاب صنعتی تاکنون، انتقادات از مبنای تقصیر بیشتر شده و مسئولیت‌های نوعی گسترش یافته است. توسعه مواردی که شخص بدون ضرورت ارتکاب تقصیر مسئول شناخته می‌شود، از جمله در قلمرو مسئولیت ناشی از فعل غیر و مسئولیت ناشی از مالکیت و حفاظت اشیاء و ایجاد مسئولیت محض به حکم قانون یا به موجب رویه قضایی، همگی حکایت از نفوذ نظریه خطر و تضمین حق در مسئولیت مدنی دارد. در حقوق ایران نیز با استناد به قواعد لا ضرر، اتلاف و ضمان ید از مبنای نفی ضرر به عنوان مبنای مسئولیت مدنی سخن گفته می‌شود و صرف وجود رابطه سببیت بین عامل زیان و ضرر را برای احراز مسئولیت مرتکب عمل زیانبار کافی می‌داند. (Bahrami, 2011:p.71) تا آنجا که استاد حقوق ایران، که به عنوان مدافع نظریه تقصیر شناخته می‌شود، اعلام می‌کند: «مبنای مسئولیت مدنی ما قاعده لا ضرر است و این قاعده بر جبران ضرر زیان‌دیده تکیه می‌کند نه بر مجازات کسی که مقصر است؛ بنابراین، در هر مورد که تردید ایجاد شود گرایش‌ها باید به طرفی باشد که زیانی جبران نشده باقی نماند» (Katouzian, 1997b:p.333) بدین ترتیب، گسترش مسئولیت‌های بدون تقصیر موجب شده تا متعهد به تولید و عرضه کالا، یا اقدام به بیمه مسئولیت و توزیع هزینه آن بین تمام مصرف‌کنندگان کند، امری که افزایش قیمت‌ها را موجب می‌شود؛ یا با تحصیل شرط عدم مسئولیت و به هزینه متعهد له و انتقال خطر به او، از تبعات مسئولیت محض رها شود.

یکی از انتقادات مهم بر نظریه خطر، به عنوان یکی از مبانی مسئولیت مدنی، این است که حذف

1- دولت نیز حق دخالت در قرارداد را ندارد زیرا تعدیل قرارداد شبیه تنظیم بازار است و در هر دو مورد، دولت یک معامله خصوصی را از جایگاه طبیعی خود منحرف می‌کند و تعدیل شرط قراردادی که به وسیله طرفین معقول و با هزینه مبادله صفر انعقاد یافته است، موجب عدم کارایی است. (Cooter and Ulen, 1988:pp.291-292)

تقصیر و تحمیل مسئولیت محض بر تولیدکنندگان، موجب می‌شود که آنان ناگزیر به بیمه کردن مسئولیت خود و احتساب حق بیمه به عنوان هزینه‌های تولید شوند، امری که افزایش قیمت‌ها را به دنبال دارد و از لحاظ اقتصادی مطلوب نیست، زیرا توان رقابت را از تولیدکننده داخلی در برابر تولیدکنندگان خارجی، که از نیروی کار ارزان و فقدان بیمه مسئولیت بهره‌مند هستند، سلب می‌کند و در داخل کشور نیز ممکن است برخی مصرف‌کنندگان با بالا رفتن قیمت‌ها یا از خرید برخی کالاها و خدمات خودداری کنند یا از کالا یا خدمت مشابه استفاده نکنند. (Badini,2006:p.461)

این استدلال در مورد شرط عدم مسئولیت نیز صادق است. تولیدکننده خارجی که، با فرض جواز و تحصیل شرط عدم مسئولیت در نظام حقوقی خود، توانسته است کالای ارزان‌تری را تولید کند، در مقام رقابت با تولیدکنندگان داخلی، که فرض می‌شود به جهت حمایت از مصرف‌کننده یا هر دلیل دیگری، از امتیاز شرط عدم مسئولیت محروم هستند، از موقعیت مناسب‌تری برخوردار می‌باشند. به بیان اقتصادی، بازار نارساست و قدرت رقابت برابر وجود ندارد و نتیجتاً، فاقد کارایی اقتصادی است.

به عنوان مثال، اعلام بطلان شرط عدم مسئولیت در رویه قضایی فرانسه موجب شده بود که در حمل و نقل دریایی، فرانسویان نتوانند با هم‌تایان انگلیسی خود، که شرط عدم مسئولیت را اصولاً معتبر می‌دانند، به رقابت پردازند. در حال حاضر نیز، علیرغم تصویب قانون شروط ناعادلانه قراردادی مصوب 19 در انگلیس، به موجب ماده 26 آن، قراردادهای بین‌المللی از قلمرو این قانون مستثنا شده‌اند و با توجه به حکومت قواعد عام کامن لا معتبر هستند.

(Izanloo,2003:pp.121-122)

مبحث دوم: دلایل و مبانی اقتصادی مخالفت با شرط عدم مسئولیت

مخالفان شرط عدم مسئولیت، اعم از آنان که به نحو مطلق یا آن‌ها که در پاره‌ای از موارد خاص انتقاد می‌کنند، به دلایل و مبانی‌ای مانند لزوم محدود کردن اصل آزادی قراردادی، وجود انحصار و نابرابری اطلاعاتی، نقد عقلانیت فردی و فقدان کارایی اقتصادی استناد می‌کنند که به ترتیب ذیل مطالعه می‌شود.

الف-تحدید اصل آزادی قراردادی

بر خلاف آنچه در ماده قانون مدنی فرانسه آمده و قرارداد را قانون طرفین دانسته است، که

نشانی از نفوذ حاکمیت اراده در قراردادهاست، امروزه، قرارداد در چهارچوب قانون اعتبار دارد و قرارداد، تا حدی که مخالف صریح قانون نباشد، نافذ است و قرارداد مخالف نظم عمومی و اخلاق حسنه و قوانین امری باطل است. اصل آزادی قراردادی از قانون نشأت گرفته و آزادی قراردادی برخاسته از مصالحی است که قانون‌گذار ضرورت می‌داند و هر زمان آن را مخالف با مصالح عمومی بداند، می‌تواند محدود سازد (Katouzian, 1997b: p.328).

امروزه عدالت ماهوی (تعادل در شرایط و محتوای قرارداد و از جمله قیمت) و عدالت شکلی یا ابزاری (برابری در اوضاع و احوال و شرایطی که در آن قرارداد انعقاد یافته است)، (Cooter and Ulen, 1988: p.391, Qanavati, 2010: p.142) است و موانع از اعتبار شروط غیر عادلانه می‌شود<sup>1</sup> و برخی متفکران اسلامی قرآن کریم بر عدالت اجتماعی، «یک قاعده و اصل عام از آن استنباط نشده است»، ابراز ناخرسندی کرده‌اند.

در تحلیل اقتصادی قراردادها، نیز، علیرغم تأکید بر سودمندی معامله برای طرفین، لزوم احترام به توافقی‌ها و کارآمد بودن بازار کالا و خدمات که به واسطه قرارداد مبادله می‌شوند؛ در صورت عدم تناسب میان تعهدات طرفین، در حدی که اساساً غیر منصفانه باشد و شرط گزاف و زننده در قرارداد به سود یک طرف آورده شود، دادگاه می‌تواند قرارداد را باطل یا تعدیل کند. ارزیابی دادگاه از غیر منصفانه بودن شدید، هم مرحله انعقاد قرارداد و هم پیامدهای توافق را لحاظ می‌کند.

---

1- بند 2 ماده 132 ق.م.آلمان: «اگر شخصی از نیاز، بی‌تجربگی، فقدان تصمیم‌گیری جدی ارادی دیگری، برای تحصیل نفعی شدید و ناعادلانه، برای خود استفاده کند که به روشنی متناسب با آنچه خود می‌دهد، نباشد، قرارداد باطل خواهد بود»؛ همچنین، به موجب ماده 302-2 قانون متحدالشکل تجاری آمریکا، به دادگاه اجازه داده شده تا هر شرط و قراردادی که در زمان انعقاد غیر منصفانه و برخلاف وجدان بیابد، باطل یا تعدیل کند. بعلاوه، ماده 109-4 اصول حقوق قراردادهای اروپایی، به زیان‌دیده حق فسخ و تقاضای تعدیل قرارداد را داده است، وقتی که او «در فشار اقتصادی بوده، یا نیازهای ضروری داشته باشد، بی‌احتیاط، ناآگاه، و غیر مجرب بوده یا مهارت معامله نداشته باشد» و طرف دیگر از این وضعیت آگاه بوده یا باید آگاهی می‌داشته است. پیوست دستورالعمل جامعه اروپایی، شرط عدم مسئولیت و محدود کننده آن، به زیان مصرف‌کننده و نسبت به زیان جسمی و جانی را از جمله مصادیق شروط غیر منصفانه بر شمرده است. (Qanavati, 2010: p.141-147)

و ضرورتی به دخالت قضایی نیست؛ اما قراردادهای ممکن است به دلایلی ناقص منعقد می‌شوند و اصطلاحاً بازار نارسا باشد؛ مثلاً، نابرابری اطلاعاتی وجود دارد یا یک طرف از قدرت اقتصادی برتر یا انحصار برخوردار است، در این موارد به دلیل غیر منصفانه و خلاف وجدان بودن قرارداد، دادرسی می‌تواند به بطلان قرارداد یا حذف یا تعدیل شروط غیر منصفانه رأی بدهد. (Ansari, 2011: pp. 336-337) از دیدگاه اقتصادی، وقتی قراردادها کامل باشند، کارآمد نیز هستند و ضرورتی به دخالت قضایی نیست؛ اما قراردادهای ممکن است به دلایلی ناقص منعقد می‌شوند و اصطلاحاً بازار نارسا باشد؛ مثلاً، نابرابری اطلاعاتی وجود دارد یا یک طرف از قدرت اقتصادی برتر یا انحصار برخوردار است، در این موارد به دلیل غیر منصفانه و خلاف وجدان بودن قرارداد، دادرسی می‌تواند به بطلان قرارداد یا حذف یا تعدیل شروط غیر منصفانه رأی بدهد. (Ansari, 2011: pp. 397-402). بطلان شروط عدم مسئولیت یا محدودکننده آن، نیز، در مواردی که غیر منصفانه و تحمیلی باشد، بر مبنای ناکارآمدی و ناقص بودن قرارداد توجیه می‌گردد.

#### ب- نقد عقلانیت فردی

«در جهان هیچ چیزی عادلانه‌تر از عقل توزیع نشده است». این سخنی است که نه تنها دکارت، فیلسوف مشهور، می‌گوید (Katouzian, 2009: p. 198)، بلکه کمتر کسی است که از توزیع عادلانه عقل شکایت کند و ادعا کند که در «دایره قسمت»<sup>1</sup>، سهم کمتری دریافت کرده است. در نگرش سنتی به اقتصاد و حقوق، در تحلیل بازار اقتصادی و یا قواعد حقوقی، فرض عقلانیت فردی را پذیرفته‌اند و با این استدلال که معامله‌کننده عاقل است و بهتر از هر شخص دیگری منافع خود را تشخیص می‌دهد و با اتخاذ تصمیم در مطلوبیت قرار می‌گیرد، اعتبار و کارایی شروط عدم مسئولیت توجیه می‌شود؛ لیکن مطالعه اقتصاد رفتاری انسان نشان می‌دهد که منابع شناخت فردی محدود است و او ممکن است مرتکب پاره‌ای از اشتباهات در تصمیم‌گیری شود و گاه تحت تأثیر احساسات و انگیزش‌ها قرار گیرد. روانشناسان و اقتصاددانان، بر اساس مطالعات تجربی، دریافته‌اند که مردم غالباً پاره‌ای از اطلاعات را نادیده می‌انگارند یا در زمان ارزیابی آن‌ها، به نحو جانبدارانه‌ای برخورد می‌کنند و نتیجه این که باید عقل محدود را به جای عقل نامحدود پذیرفت. (Ansari, 2011: p. 293)

امروزه پذیرفته شده است که پاره‌ای از تصمیمات با معیار به حداکثر رساندن ثروت و سود متناسب نیست و به دلیل عدم اتخاذ تصمیم عقلانی در مرحله انعقاد قرارداد، توافق ناقص است و دخالت دادرسی برای تنظیم و اصلاح قرارداد ضرورت دارد. (Cooter and Olen, 1988: p. 292)

1- برگرفته از شعر حافظ: «جام می و خون دل، هر یک به کسی دادند در «دایره قسمت»، اوضاع چنین باشد»

اعتبار شرط عدم مسئولیت نیز همیشه نمی‌تواند بر مبنای عقلانیت فردی و این سخن که تصمیم فرد عاقل به سود اوست و آنچه را فرد برای خود بپسندد، عادلانه است، توجیه شود. محدودیت عقلانی و گرفتن تصمیم‌های اشتباه، که لازمه طبیعت بشری است، اطلاق اصل آزادی قراردادی را، برای تجویز شرط عدم مسئولیت، محدود می‌کند.

### ج- نابرابری اطلاعاتی

از جنبه اقتصادی، اطلاعات دارای ارزش می‌باشند و تبادل اطلاعات بین طرفین قرارداد نقش مهمی در ترویج التزام و همکاری بین آنان دارد. هدف حقوق قراردادی، تشویق به ارائه کارآمد اطلاعات در روابط قراردادی است. وجود اطلاعات نامتقارن می‌تواند مانع از دادوستدهای متقابل و پرمفعت گردد و شرایط برای رقابت سالم و منصفانه فراهم نیست و تعادل قراردادی در مرحله انعقاد عقد وجود ندارد. (Cooter and Olen, 1988: p.296)

متعاملین به ارائه اطلاعات لازم در مورد موضوع قرارداد در زمان انعقاد، و نحوه استفاده از آن در مرحله اجرای قرارداد، متعهد می‌باشند و خودداری از ارائه اطلاعات لازم، مانند اعلام عیوبی که می‌داند یا باید بداند و ارائه اطلاعات غلط، اعم از این که عالمانه یا غیر عمد باشد، از صورت‌های نقض تکلیف به دادن اطلاعات است و حتی سکوت فروشنده راجع به عیب یا خطری که او آگاه است و با سکوت خود می‌خواهد وانمود کند که آن عیب یا خطر وجود ندارد، نوعی ارائه اطلاعات غلط است. (Joneidi, 2002: pp.12-14) در فقه و حقوق، هم سکوت عمدی نسبت به عیب پنهانی یا عیبی که عادتاً قابل مسامحه نیست، را مصداق تدلیس بر شمرده‌اند.<sup>1</sup> (Katouzian, 1997b: pp.329-333, Gorji and Partner, 2005: p.315) تعهد به ارائه اطلاعات، خواه مبنای قراردادی داشته باشد و از توابع تعهد به تسلیم کالا باشد و یا تعهد ناشی از قانون باشد، لازمه حسن نیت و رعایت انصاف در معامله، از حیث حقوقی، و لازمه تحقق معامله کامل، از دید اقتصادی است. از زاویه اقتصادی، متعاملین باید بتوانند، به‌درستی، به اطلاعات ارائه شده در مذاکرات قرارداد تکیه کنند و این مسئله موجب صرفه‌جویی در هزینه تأیید اظهارات می‌شود و

1- نهی از تلقی رکنان در روایات اسلامی، ریشه در نابرابری اطلاعاتی دارد، همچنان که مشروط شدن حق فسخ زیان‌دیده در پاره‌ای از خیارات مانند عیب و غبن به جهل وی، برای تضمین عدالت معاوضی و برابری اطلاعات است. (Ansari, 2011: p.280)

هزینه توافق مبتنی بر همکاری را پایین می آورد (Cooter and Olen, 1988: pp. 382-383). نابرابری اطلاعاتی طرفین ناشی از بی نظمی و نارسا بودن بازار است و موجب پیچیدگی قرارداد می شود و عملاً به نابرابری قدرت معاملاتی طرفین منجر می گردد. در چنین وضعیتی که قرارداد ناقص است و کارآمدی وجود ندارد، استناد به اصل آزادی قراردادی موجه نیست و دادگاهها باید، برای جلوگیری از سوءاستفاده از این اصل و تحقق کارایی، دخالت کنند. پذیرش شرط عدم مسئولیتی که ناشی از فرصت طلبی و نابرابری اطلاعات به زیان طلبکار باشد، نمی تواند کارآمد تلقی شود؛ زیرا خریدار نتوانسته میزان احتمالی هزینه شرط را به نحو صحیح ارزیابی کند و همین امر، دخالت دادرس را برای حذف شرط ناشی از نابرابری قدرت معامله ای و اطلاعات در قراردادهای خصوصی، و با هدف تحقق کارایی اقتصادی، موجه می سازد.

#### د - انحصار

گاه به دلایل فنی و اقتصادی، مانند قدرت مالی و علمی برتر یک بنگاه اقتصادی، و گاه به دلایل حقوقی، مانند اعطای مجوز دولتی به شرکت معین که محصول خاصی را تولید و توزیع می کند، انحصار ایجاد می شود. نظم عمومی اقتضاء می کند وقتی تأمین نیازهای عمومی در عمل یا به حکم قانون در انحصار موسسه ای قرار گیرد، آن کار خدمت عمومی به شمار آید و در جهت منافع همگانی اجرا شود. (Katouzian, 1997b: p. 330) انحصارگر می تواند قیمت و سایر شرایط قرارداد را بر تعداد زیادی از خریداران و مصرف کنندگان تحمیل کند. از دید اقتصادی، وقتی قیمت و

سایر شرایط، از قیمت نهایی تولید کالا بالاتر باشد، به اقتصاد لطمه می زند. بعلاوه، انحصار، حرکت و پویایی کارآفرینان اقتصادی را کاهش می دهد، زیرا، آنان انگیزه ای برای ارتقاء کیفیت تولید و یا ارائه خدمات بهتر ندارند و انحصار در برابر قطب مخالف خود، یعنی رقابت کامل، قرار دارد که در آن فروشندگان و خریداران بسیاری جانشین یکدیگر هستند. نتیجتاً اقتصاددانان انحصار را به ناکارآمدی و حقوقدانان آن را به ناعادلانه بودن محکوم می کنند.

در شرایط انحصار، انحصارگر با سوءاستفاده از اصل آزادی قراردادی، از قراردادهای استاندارد برای قانون گذاری به شیوه استبدادی مطلق استفاده می کند که اصطلاحاً به این قدرت بازاری نظریه بهره برداری می گویند. (Ansari, 2011: p. 286) در این موارد، انحصارگر با انعقاد قراردادهای الحاقی و تحمیلی، که صرفاً خریدار اختیار انعقاد یا عدم انعقاد معامله را دارد و امکان



مذاکره و تعیین مفاد قرارداد و تعدیل شروط قراردادی وجود ندارد، از خریداران و مصرف کنندگان سوء استفاده می کند. در این اوضاع و احوال، برای اجرای عدالت کافی نیست که دولت بگوید چون طرفین تراضی کرده اند دیگر نگران عدالت نیستیم، باید نگران عدالت بود، چون طرف توانا با نیروی اقتصادی برتر، اراده خود را بر دیگری تحمیل می کند) (Katouzian, 1997b: p. 333)

برای بطلان یا تعدیل شروط تحمیلی، به نهادهای حقوقی مانند عدم اعتبار رضایت، اشتباه، تدلیس، غبن، استیفای ناروا، عدالت و انصاف قراردادی و تئوری نظم عمومی استناد کرده اند، لیکن، از دید حقوقی، نظریه سوء استفاده از حق در فرانسه و قاعده لاضرر در حقوق ایران، با اقبال بیشتری مواجه شده است. (Karimi, 2002: pp. 78-82) و از زاویه تحلیل اقتصادی، در قراردادهای الحاقی و تحمیلی، که طرف قوی با استفاده از قدرت انحصاری یا برتر اقتصادی خویش، شرط عدم مسئولیت یا محدود کننده را به سود خود تحصیل می کند، چنین قراردادی ناقص و ناشی از نارسایی بازار است و دخالت دولت در جهت تکمیل قرارداد و تحقق کارایی اقتصادی ضروری است.

#### ه- فقدان کارایی اقتصادی

طرفداران کارایی اقتصادی شرط عدم مسئولیت، بر فرض عقلانیت متعاملین و مطلوب بودن شرط برای هر دو و کاهش قیمت کالا و هزینه تولید تکیه دارند؛ لیکن، با لحاظ این امر که شرط عدم مسئولیت موجب می شود متعهد انگیزه ای برای احتیاط نداشته باشد و برای اقدامات احتیاطی هزینه ای نکند، تحلیل دقیق تر موضوع ثابت می کند که عدم مسئولیت متعهد (ذینفع شرط عدم مسئولیت) از لحاظ اقتصادی و اجتماعی فاقد کارایی است. با ارائه و دقت در جدول ذیل:

میزان احتیاط	هزینه احتیاط	احتمال حادثه	هزینه انتظاری حادثه	هزینه اجتماعی کل
هیچ	صفر	15 درصد	15	15
متوسط	3	10 درصد	10	13
زیاد	6	8 درصد	8	14

عدم کارایی اقتصادی شرط عدم مسئولیت را می توان از زاویه دیگر مورد بررسی قرار داد: فرض شود که در یک رابطه قراردادی، اگر متعهد با تحصیل شرط عدم مسئولیت، مسئول جبران خسارت نباشد (فرض اول) یا این که در صورت تقصیر مسئول تلقی گردد (فرض دوم) و یا این

که بدون ارتکاب تقصیر نیز مسئول باشد، یعنی مسئولیت محض (فرض سوم)، در کدام یک از سه فرض فوق، کارایی اقتصادی بیشتری وجود دارد:

فرض اول: عدم مسئولیت - چون احتیاط متعهد برای جلوگیری از ورود ضرر به متعهدله مستلزم برخی از هزینه‌هاست و وقوع حادثه نیز متضمن هزینه است (هزینه ضرر)، البته، چون وقوع ضرر احتمالی است، به آن ضرر انتظاری گفته می‌شود که از حاصل ضرب احتمال وقوع حادثه در میزان ضرر به دست می‌آید. به مجموع هزینه احتیاط و ضرر، هزینه اجتماعی کل گفته می‌شود. در صورت عدم مسئولیت متعهد نسبت به زیان، هزینه احتیاط او صفر است، چون هزینه انتظاری ضرر بر او تحمیل می‌شود و در صورت وقوع زیان، متعهدله نمی‌تواند به او رجوع کند؛ پس متعهد انگیزه‌ای برای در پیش گرفتن اقدامات احتیاطی ندارد و در نتیجه، ضرر انتظاری بالاست. (15 واحد)

فرض دوم: تقصیر - در این فرض متعهد می‌تواند با رعایت احتیاط، هزینه مسئولیت انتظاری را به صفر برساند. در این صورت، تنها هزینه‌ای که متحمل می‌شود هزینه احتیاط است که اگر به میزان بهینه باشد (3 واحد)، او احتیاط می‌کند تا مقصر تلقی نشود، ولی احتیاط بیشتر به صرفه نیست و برای عدم احتیاط بیشتر نیز مقصر تلقی نمی‌شود. در این فرض مجموع هزینه احتیاط متعهد و ضرر انتظاری متعهدله 13 واحد است. لذا، جامعه نیز از رعایت احتیاط بهینه سود می‌برد.

فرض سوم: مسئولیت محض - چون متعهد، ولو تقصیر نکرده باشد، مسئول جبران خسارت می‌باشد؛ پس او خواه برای جلوگیری از وقوع حادثه هزینه کند یا خیر، در صورت وقوع حادثه باید زیان متعهدله را جبران کند و در هر حال هزینه‌ای که متعهد متحمل می‌شود، با هزینه‌ای که بر جامعه تحمیل می‌شود (هزینه اجتماعی کل) برابر است. در این صورت، متعهد ترجیح می‌دهد تا حدی که به سودش باشد، با رعایت احتیاط، زیان و مسئولیت انتظاری را کاهش دهد. این نتیجه، نه با رعایت احتیاط زیاد، بلکه با رعایت احتیاط به میزان متوسط، برآورده می‌شود.

نتیجه: با مقایسه سه فرض عدم مسئولیت، مسئولیت مبتنی بر تقصیر و مسئولیت محض معلوم می‌شود که در فرض نخست که متعهد شرط عدم مسئولیت را تحصیل کرده است و در فرض سوم، که متعهد در هر صورت مسئول شناخته می‌شود، رعایت احتیاط و پرداخت هزینه آن (فرض اول) و یا رعایت احتیاط شدید (فرض سوم) فاقد کارایی اقتصادی است؛ لیکن در فرض دوم، یعنی مسئولیت مبتنی بر تقصیر، رعایت احتیاط متوسط از حیث اقتصادی کارا تلقی می‌شود. (برای اعمال

مشابه این فرض در مسئولیت مدنی ر.ک؛ (Tahmasbi and Alipoor,2011:pp.133-140)

#### یافته‌های تحقیق

تحلیل حقوقی شرط عدم مسئولیت و محدودکننده، نشان می‌دهد که هر چند در غالب نظام‌های حقوقی، اصل اعتبار شرط عدم مسئولیت را پذیرفته‌اند و در توجیه آن به اصل آزادی قراردادی و تکمیلی بودن قواعد مسئولیت قراردادی و گاه قهری استناد کرده‌اند، لیکن، چون اصل مذکور در کنار اصل لزوم جبران ضرر نامشروع و در چهارچوب قانون اعتبار دارد و نظم عمومی اخلاقی و اقتصادی و حمایتی مانع نفوذ قرارداد خصوصی است، در مواردی مانند تقصیر عمد و سنگین، لطمه به تمامیت جسمانی و شخصیت و نیز نقض تعهد اساسی، بطلان شرط ترجیح دارد و در قراردادهای الحاقی و تحمیلی، شروط عدم مسئولیت را از باب غیر منصفانه بودن و خلاف وجدان بودن یا سوءاستفاده از حق، باید باطل اعلام کرد.

از حیث تحلیل اقتصادی، با بیان فواید اقتصادی اصل آزادی قراردادی و کارایی اقتصادی آن، به جهت فرض عقلانیت و کاهش هزینه‌های تولید، اصل بر اعتبار شروط عدم مسئولیت است. لیکن، در مواردی که نابرابری اطلاعات و انحصار وجود دارد یا شرط عدم مسئولیت، کارایی به دنبال ندارد، بر مبنای طرح ایده قرارداد ناقص، دادرس در تعدیل یا بطلان شروط عدم مسئولیت مجاز می‌باشد.

تحلیل اقتصادی نهادهای حقوقی، از جمله شرط عدم مسئولیت، و ملاحظه نقش کارایی اقتصادی در آن، برای درک بهتر مفاهیم حقوقی و احراز عدالت، که خود مفهومی متغیر و نسبی است، ضرورت انکارناپذیر است و البته چه‌بسا که عدالت و کارایی اقتصادی با هم انطباق داشته باشند؛ اما تأکید بر کارایی اقتصادی و عدم توجه به عدالت و انصاف و نظم عمومی در تحلیل‌های حقوقی، به‌ویژه در مورد زیان‌های وارد به جسم و شخصیت، با هدف اصلی حقوق، یعنی عدالت، انطباق ندارد و بهتر آن است که نگاه توأمان به عدالت و فایده اجتماعی در قرارداد داشته باشیم و در همین چهارچوب شروط قراردادی و از جمله شرط عدم مسئولیت را محدود کنیم.

#### References

- [1] Ansari, Mahdi (2011), Economic analysis of contract law, first edition, Tehran, Javedaneh Jangal Publication. (in persian)
- [2] Arasta, Mohammad Javad (2009), Agreement on limiting or lack of

- responsibility from the perspective of comparative law, Journal of toloo, No. 30, 3-22. (in persian)
- [3] Babaii, Iraj (2007), Theoretical Foundations of Economic Analysis of Law ", Journal of Law and Policy Research, No. 23, 13-60.
- [4] Badini, Hasan (2005), " The philosophy of civil responsibility", the first print, Tehran, Enteshar Publications. (in persian)
- [5] Badini, Hasan (2006), "Have law is an independent knowledge?", Journal of Law and Political Sciences of Tehran University, No. 74, 1-45. (in persian)
- [6] Bahrami Ahmadi, Hamid (2011), Global development on the basis of the LA ZARAR", Journal of Law and Political Science Faculty of Tehran University, No. 2, pp. 59-73. (in persian)
- [7] code civil, (2008), 107 Edition, Paris, Dalloz.
- [8] Cooter, Robert, Ulen, Thomas, (1988), "Law and Economic., USA, Harper Collins publishers.
- [9] Cooter, Robert and Ulen, Thomas (2009), Law and Economics, Translated by Yadollah Dadgar and Hamedeh Akhavan, first edition, Tehran, Tarbiat Modares University Press. (in persian).
- [10] Garner, Bryan A. (2004), "Black, s Law Dictionary", Eighth Edition, Thomson West.
- [11] Gorji, Abolghasem and Partners (2005), "Comparative Study of Family Law ", first edition, Tehran, Tehran University Press. (in persian).
- [12] Isaii Tafreshi, Mohammad and Abdali, Mehrzad (2012), " Approaches to supporting the contract in the economic analysis of law (a comparative study of Iranian and French ), Journal of Comparative Law research, No. 2, pp. 151-173. (in persian)
- [13] Izanloo, Mohsen (2003), Causes Limiting or Excluding Liability in Contracts, first edition, Tehran, Enteshar Publication. (in persian)
- [14] Jaafari Langroodi, Mohammad Jaafar (2007) " Alfarq ", Volume I, first edition, Tehran, publications of Ganj Danesh. (in persian)
- [15] Joneidi, Laaya (2002) "Comparative Study of the obligation to provide information with an emphasis on common law systems ", Faculty of Law and Political Science, Number 56, pp. 11-47. (in persian)
- [16] Karimi, Abbas (2002) " The terms imposed in view of the general theory of contracts, Journal of Law Researchs, N., pp. 75-82. (in persian).
- [17] Katouzian, Naser (1997a) " The general theory of contracts ", Volume 4, second edition, Tehran, Enteshar Publications, (in persian).
- [18] Katouzian, Naser (1997b) " The general theory of contracts ", Volume 5, second edition, Tehran, Enteshar Publications, (in persian).
- [19] Katouzian, Naser (2008a), Tort liability, " the first volume, eighth edition, Tehran, Tehran University Press, (in persian).
- [20] Katouzian, Naser (2008b) " The limitations of freedom of contracts on the basis of consumer protection ", Tehran University Law Quarterly, No. 3, pp. 342-327. (in persian).
- [21] Katouzian, Naser (2009), The transformation of the concept of fault in civil

- liability, Tehran University Law Quarterly, number one, pp.189-214. (in persian).
- [22] Mckendrick, Evan, (2008),"Contract Law", Third Edition, Oxford,Oxford University Press.
- [23] Micelli, Thomas J., (2004),"The Economic Approach to Law", California,Stanford.
- [24] Qanavati,Jalil(2010)" The principle of freedom of contract: unfair contract terms ", Journal of Islamic Studies: jurisprudence, No. 85/1, pp. 135 -157. (in persian)
- [25] Schofers,Hans-Bernd,Ott, Claus(2004),"The Economic Analysis of Civil Law",Translated from the German by:Braham,Matthew, Edition,Edward Elgar Publishing Limited.
- [26] Tahmasbi,Ali and Alipoor, Koroush (2011),"The Effect of fault and strict responsibility for Encouraging operating losses and the injured to the precautions " Justice Legal Journal, No. 74, pp. 159-129. (in persian)
- [27] Terre,F. et Simler P.et Lequette,Y. (1996),"Droit Civil.Obligations",6 Edition,Paris,Dalloz.
- [28] Tunc,Andre, (1986),"International Encyclopedia of Comparative Law", Volume xi, Torts,Part 1,USA, J.C.M.,Mohr.
- [29] Viney,G. et Jourdain,P. (2002),"Traite de Droi Civil,les Effets de la Responsabilite",2 Edition,Paris,Delta.