

ماهیت شرط عدم مسئولیت در حقوق ایران و انگلیس

محمد نکویی*

چکیده

در مورد ماهیت شرط عدم مسئولیت در حقوق انگلیس دو نظر وجود دارد. طبق یک نظر ماهیت و کارکرد شرط عدم مسئولیت ناظر بر تعهدات طرفین و صرفاً توصیف کننده و تعیین کننده حدود تعهدات طرفین و مبانی آن است. به موجب نظر دیگر، ماهیت و کارکرد شرط عدم مسئولیت این است که برای نقض کننده قرارداد، در برابر دعوی نقض، به عنوان یک وسیله دفاع تلقی می شود و شرط عدم مسئولیت ارتباطی به نحوه ایجاد تعهد یا اصل تعهد یا عدم ایجاد آن ندارد.

در فقه امامیه و حقوق ایران، ماهیت شرط عدم مسئولیت به عنوان شرط ضمن عقد همانند دیگر شروط ضمن عقد قابل بحث است. شرط عدم مسئولیت ماهیتاً شرطی است که در ضمن عقدی قرار داده می شود و در اثر اندراج آن در عقد، رابطه ای بین شرط و عقد به وجود می آید و این رابطه بین عقد و شرط، رابطه اصل و فرع است.

نظرات فوق و آثار و تبعات آنها در حقوق ایران و انگلیس در این نوشته مورد تجزیه و تحلیل قرار می گیرد.

واژگان کلیدی

شرط، شرط عدم مسئولیت، ماهیت شرط عدم مسئولیت، شرط ضمن عقد، ماهیت توصیفی، ماهیت دفاعی.

* دانش آموخته دکتری حقوق خصوصی.

مقدمه

در هر قراردادی معمولاً هر کدام از طرفین سعی می‌کنند تا میزان مسئولیت خود را به حداقل رسانده یا کلاً در قبال آن از خود رفع مسئولیت کنند و خود را از آثار و تبعات ناشی از عدم اجرای قرارداد برهانند و این خواسته اصولاً با درج شرط در قرارداد تأمین می‌شود.

طرفین قرارداد می‌توانند شروط مورد نظر خود را در قرارداد گنجانده و تکالیف و مسئولیت‌های ناشی از عدم اجرای قرارداد را آن گونه که خود تمایل دارند، پیش‌بینی نمایند، مگر در موارد خاصی که آزادی قراردادی آن‌ها با محدودیت یا ممنوعیت مواجه شده باشد.

یکی از شروط قراردادی که امروزه نقش مهمی در قرارداد ایفاء می‌کند، شرط عدم مسئولیت است. و این موضوع بخشی از مباحث مربوط به شروط قراردادی را به خود اختصاص داده است و هم در حوزه قانون‌گذاری و هم در حوزه قضایی در کانون توجه قرار گرفته است.

ماهیت شرط عدم مسئولیت به عنوان یک شرط ضمن عقد، مورد بحث و اختلاف است و نظرات ابرازشده در این باره آثار و تبعات خاص خود را در تعهدات و مسئولیت‌های طرفین و مبانی آن و نیز نحوه ایجاد یا عدم ایجاد تعهد و مسئولیت دارد که در این مقاله این موضوع در حقوق ایران و انگلیس مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد.

قسمت نخست: ماهیت شرط عدم مسئولیت در فقه امامیه و حقوق ایران

با توجه به اینکه ارائه تعریفی از شرط عدم مسئولیت در روشن شدن ماهیت موضوع مؤثر است قبل از ورود به بحث اصلی، تعریف شرط عدم مسئولیت در فقه و حقوق ایران مورد اشاره قرار می‌گیرد.

الف: تعریف شرط عدم مسئولیت

در منابع فقهی، شرط عدم مسئولیت تحت عنوان «شرط عدم ضمان یا اشتراط عدم ضمان»^۱، «شرط سقوط ضمان یا اشتراط اسقاط ضمان»^۲ و «شرط تبری از ضمان یا شرط برائت از ضمان»^۳ به کار رفته است. بدون این که تعریفی از آن ارائه شود.

با ملاحظه عبارات به کار رفته در فقه، می‌توان گفت شرط عدم مسئولیت، شرطی است ضمن عقد که به موجب آن مسئولیت و ضمان ناشی از عقد اسقاط و سلب می‌شود و طرفی که مسئولیت و ضمان ناشی از عقد بر عهده او است، با درج شرط در ضمن عقد از آن مبری و معاف می‌شود. مانند شرط سقوط ضمان در عاریه مضمونه طلا و نقره که در عاریه طلا و نقره، مستعیر در هر حال ضامن و مسئول است هر چند شرط ضمان نشده و تعدی یا تفریط هم نکرده باشد. شرط عدم مسئولیت و سقوط ضمان مستعیر، به این معنی است که مستعیر مسئول تلف و نقصان طلا و نقره مورد عاریه نخواهد بود. علاوه بر آن، در عاریه غیر مضمونه، مستعیر در صورت تعدی یا تفریط مسئول مال مورد عاریه خواهد بود، ولی ممکن است شرط شود که در صورت تعدی یا تفریط مسئول تلف یا نقصان مال مورد

۱. مقدس اردبیلی، احمد، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان ج ۱، ۱۰، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۲ هـ. ق، ص ۳۷۴، اصفهانی، شیخ محمد حسین، حاشیه، مکاسب ج ۵، چاپ اول، ۱۴۱۹، هـ. ق، ص ۳۱۸، خمینی، سید مصطفی، خیارات، ج ۱، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ۱۳۷۶ هـ. ش، ص ۱۷۴، خمینی، روح الله، کتاب البیع ج ۱، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ۱۳۷۹، هـ. ش، ص ص ۷-۴۳۶.

۲. علامه حلی، حسن بن یوسف، تحریر الاحکام ج ۵، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ اول، ۱۴۲۲ هـ. ق، ص ۴۳، تذکره الفقهاء ج ۱، قم، مؤسسه آل البیت، چاپ اول، ۱۴۱۴ هـ. ق، ص ۲۱۴، عاملی، شمس الدین محمد، (شهید اول) لمعه الدمشقیه، قم، دارالفکر چاپ اول ۱۴۱۱ هـ. ق، ص ۱۳۴.

۳. طباطبائی یزدی، محمد کاظم، حاشیه مکاسب، ج ۲، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۷۸ هـ. ق، ص ۸۷، حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، ج ۱۹، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ص ۱۹۵.

عاریه نباشد. در این صورت نیز مستعیر به استناد شرط عدم مسئولیت حتی با وجود تعدی یا تفریط مسئول شناخته نمی‌شود.

در عقد ودیعه نیز مستودع، ضامن و مسئول تلف یا نقصان مال مورد امانت نمی‌باشد، مگر در صورت تعدی یا تفریط که در صورت تعدی یا تفریط مستودع مسئول شناخته می‌شود. با این حال می‌توان با درج شرط عدم مسئولیت در عقد و دیعه، مستودع را با وجود تعدی یا تفریط او، از مسئولیت مبری ساخت که در آن صورت، مستودع با شرط عدم مسئولیت در عقد، خود را از مسئولیت و ضمان ناشی از تلف یا نقصان مال مورد امانت، حتی در صورت تعدی یا تفریط مبری و معاف می‌سازد و مسئول خسارات وارده شناخته نمی‌شود.

در حقوق ایران، شرط عدم مسئولیت به توافق بین مسئول و زیان‌دیده احتمالی آینده تعبیر شده است که به موجب آن مسئول از پرداخت خسارت معاف می‌شود. در این توافق یکی از طرفین قرارداد، قبول می‌کند که طرف دیگر مسئول خسارتی که احتمالاً به او وارد خواهد کرد، نمی‌باشد و زیان‌بیننده احتمالی قبل از ایجاد خسارت، حق مطالبه جبران آن را از خود سلب می‌کند.^۴

به عبارت دیگر، به موجب این شرط، تمام مسئولیت ناشی از عدم اجرای قرارداد او یا تأخیر قرارداد یا سوء اجرای قرارداد، پیش از آن که تخلف از قرارداد رخ دهد و خسارت پیدا شود اسقاط و سلب می‌شود. به این ترتیب با درج شرط در قرارداد، متعهدله و

۴. کاتوزیان، ناصر، الزام‌های خارج از قرارداد، ضمان قهری، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ سوم، ۱۳۸۲، ص ۷۱۸.

۵. افشار، حسن، کلیات حقوق تطبیقی، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ چهارم، ۱۳۵۵، ص ۲۱۹.

۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دوره حقوق مدنی، حقوق تعهدات، ج ۱، چاپ اول، ۱۳۵۴، ص ۳۱۸.

زیان‌بیننده احتمالی در آینده، قبول می‌کند که متعهد و واردکننده زیان، مسئول خساراتی که در آینده ممکن است به او وارد شود، نباشد و متعهد نیز با این شرط از خود رفع مسئولیت می‌کند و مسئولیت او که ممکن است، در اثر عدم اجرای قرارداد ایجاد شود، از بین می‌رود.

ب: ماهیت شرط عدم مسئولیت

همان گونه که در تعریف شرط عدم مسئولیت اشاره شد، شرط عدم مسئولیت، شرطی است ضمن عقد که به موجب آن و با توافق طرفین عقد، زیان‌بیننده احتمالی، مسئول خسارت را از پرداخت آن معاف می‌کند، بنابراین برای روشن شدن ماهیت شرط عدم مسئولیت، لازم است در ابتدای امر، ماهیت شرط ضمن عقد مورد بحث قرار گرفته و سپس به بیان ماهیت شرط عدم مسئولیت، به عنوان شرط ضمن عقد، پرداخته شود. برای شرط، در منابع فقهی و حقوقی، معانی مختلفی ذکر شده است^۷ که پرداختن به همه آن‌ها از موضوع بحث این نوشته خارج است. اما آن چه که در این نوشته، به لحاظ ارتباط با موضوع قابل بحث است، شرط به معنی تعهد فرعی است که در ضمن عقد دیگری قرار می‌گیرد و به شرط ضمن عقد معروف است. در این معنی، شرط به معنی الزام و التزام در ضمن عقد بیع و امثال آن است. استعمال لفظ شرط، در شرط ضمن عقد از این

۷. برای آشنایی بیشتر با معانی مختلف شرط مراجعه شود به:

انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، ج ۶، چاپ اول، ۱۴۲۰ ص ۱۱، خمینی، مصطفی، خیارات ج ۲ ص ۴، خویی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، ج ۵، چاپ اول، ۲۶۵، محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، بخش مدنی ۲، انتشارات سمت، چاپ پنجم، ۱۳۸۱، ص ۳۵، کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، انتشار، چاپ سوم، ۱۳۸۰، ص ۲۱، امامی، حسن، حقوق مدنی، ج ۱، چاپ چهارم، ۱۳۶۳، ص ۲۶۸. ۸. قاموس المحيط، ج ۲، ص ۳۶۸.

جهت است که در ضمن عقد شرط می‌شود و موجب التزام طرفین عقد^۹ یا یکی از آنها در ضمن عقد می‌شود و چیزی است که نسبت به آن التزام به وجود می‌آید. در اثر آن، شرط، جنبه تبعی پیدا می‌کند و التزامی است که ضمیمه تعهدهای اصلی^{۱۰} عقد دیگر قرار گرفته، حدود و شرایط آن تعهدها را کامل ساخته یا دگرگون کرده است.

به موجب یک نظر بر اثر درج شرط در ضمن عقد، نوعی ارتباط بین شرط و عقد به وجود می‌آید و فساد یکی از آن دو و تأثیر متقابل این امر در اعتبار دیگری، بخشی از مباحث حقوقی را به خود اختصاص داده است. در این معنی، شرط به ارتباط التزام عقدی به التزام شرطی تعبیر شده است، بدون این که اصل التزام عقدی به التزام شرطی منوط شده باشد. در حالی که التزام شرطی منوط به التزام عقدی و بقاء آن است. لذا هرگاه التزام عقدی باطل باشد، بطلان آن به التزام شرطی نیز تسری می‌یابد و شرط نیز به تبع آن باطل می‌شود. بر عکس بطلان التزام شرطی در التزام عقدی یا تعهد اصلی مؤثر نمی‌باشد مگر در صورتی که وجود شرط موجب اخلال یکی^{۱۱} از شرایط اساسی صحت عقد گردد. زیرا، تعهد اصلی، موجود حقوقی مستقلی است. مانند شرط خلاف مقتضای عقد یا شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود.

به موجب نظریه شرط به معنای ربط بین دو چیز، شرط نه موجب تعلیق خود عقد است نه موجب تعلیق دوام و استمرار آن و نه موجب تعلیق لزوم آن، بلکه شرط ضمن عقد، التزام دیگری است که مرتبط با عقد است و تعلیقی ایجاد نمی‌شود و در صورت تخلف از^{۱۲} شرط، خدشه‌ای بر صحت عقد وارد نمی‌آید بلکه مشروط له فقط خیار فسخ پیدا می‌کند.

۹. نراقی، احمد، عواید الایام، چاپ اول، ۱۴۱۷، ق ص ۱۲۹.

۱۰. کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، ص ۱۲۴.

۱۱. خویی، مصباح الفقاهه، ج ۴، ص ص ۱۴۳ و ۱۴۲.

۱۲. امامی، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۲۶۹.

۱۳. مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ قانون مدنی.

۱۴. امام خمینی، کتاب البیع، ج ۱، ص ۱۳۶.

به موجب نظر دیگر، شرط به معنای تقييد و اناطه و چیزی است که عقد بر آن معلق می‌شود و شرط قیدی بر اصل عقد می‌گردد به گونه‌ای که انشاء یا منشاء معلق به حصول شرط می‌شود و نفس و اصل التزام معلق بر شرط می‌شود همانند بیع معلق. در این صورت در اثر درج شرط عدم مسئولیت در قرارداد، اصل تعهد مقید و منوط به شرط عدم مسئولیت یا حذف و اصلاح آن می‌شود و مبان و ارکان و شرایط اساسی عقد تغییر می‌کند به نظر می‌رسد دیدگاه اول منطقی باشد و اگر شرط را به معنی ربط بین دو چیز نه تقييد و اناطه بدانیم، تمام موارد استعمال این واژه را در لغت و اصطلاح دربر خواهد گرفت.^{۱۵}

از نظر قانونی مدنی نیز این دیدگاه پذیرفته است، زیرا قانون مدنی در ماده ۲۳۲ ربط بین شرط و عقد را مدنظر قرار داده است نه تقييد و اناطه را. زیرا، در غیر این صورت، بحث از شروط باطل و غیر مبطل عقد مفهومی ندارد. در مورد شرط باطل و مبطل عقد موضوع ماده ۲۳۳ نیز وضعیت این گونه است. زیرا، بطلان شرط خلاف مقتضای عقد و شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین می‌شود و به تبع آن عقد و تعهد اصلی نیز باطل می‌شود به دلیل تقييد و اناطه التزام عقدی به التزام شرطی و تعلیق نفس التزام

۱۵. قناتی و دیگران، حقوق قراردادها در فقه امامیه، ص ۵۷، استاد کاتوزیان در بحث پیرامون مفهوم ماهیت شرط، عبارت شرط تعلیقی را به کار برده است. شرطی است که آثار عقد را مقید می‌سازد و اجرای آن با به تأخیر می‌اندازد. شرط تعلیقی شرطی است که آثار عقد را منوط و معلق به وقوع حادثه خارجی می‌سازد و شرط اخیر از مباحث مربوط به انعقاد قرارداد و شرط تقيیدی از مباحث ویژه آثار قرارداد و جزیی از مفاد عقد است. توضیحات و اشارات بعدی حکایت از این داد که به نظر استاد رابطه عقد و شرط همانند اصل و فرع است و هدف اساسی از نهاد حقوقی شرط نیز همین وابستگی به تعهدهای اصلی است تا به این وسیله دو طرف بتوانند حدود و قلمرو التزام خود را به شیوه دلخواه معین کنند و تغییرهای لازم را در آثار عقد بدهند (قواعد عمومی قراردادها ج ۳ ص ۱۲۴ و ۱۳۷)، این همان تعبیری است که از شرط در فقه وجود دارد و به موجب آن شرط به معنی ربط بین دو چیز است، (شرط و عقد)، نه تعلیق و اناطه و تقييد.

عقدی بر شرط نبوده بلکه به دلیل آن است که وجود دو شرط مورد اشاره در ضمن عقد، موجب اخلاف در یکی از ارکان و شرایط اساسی صحت عقد می‌گردد. شرط خلاف مقتضای ذات عقد (مقصود اصلی طرفین عقد) به این علت باطل است که مقصود اصلی و اساسی طرفین را نفی می‌کند و شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین می‌شود نیز به این علت باطل است که جهل به آن، موجب تسری جهل به عوضین و ابهام در مورد معامله می‌شود، در حالی که طبق ماده ۲۱۶ قانون مدنی مورد معامله باید معلوم باشد و در صورت معلوم نبودن مورد معامله، یکی از شرایط و ارکان اساسی صحت عقد موجود نبوده و عقد باطل است.

از آن‌چه که در مورد ماهیت شرط ضمن عقد گفته شد، می‌توان ماهیت شرط عدم مسئولیت را به عنوان یک شرط ضمن عقد استنباط کرد. بنابراین شرط عدم مسئولیت، ماهیتاً شرطی است که در ضمن عقدی قرار داده می‌شود و به موجب آن مسئول از پرداخت خسارت معاف می‌شود، به گونه‌ای که نفس التزام عقدی منوط و موقوف به آن نمی‌گردد، بلکه در اثر اندراج شرط عدم مسئولیت در عقد، رابطه‌ای بین شرط و عقد به وجود می‌آید و این رابطه بین عقد و شرط، رابطه اصل و فرع است. در صورت بطلان تعهد اصلی شرط نیز باطل است بر عکس بطلان شرط عدم مسئولیت، به بطلان تعهد اصلی منجر نمی‌شود، مگر این که شرط عدم مسئولیت خلاف مقتضای عقد بوده یا شرطی باشد که جهل به آن موجب جهل به عوضین گردد که در این صورت هم بطلان شرط و در نتیجه عقد اصلی، به دلیل اخلاف در ارکان و شرایط اساسی صحت عقد است نه تعلیق و اناطه عقد اصلی بر شرط عدم مسئولیت. بنابراین، شرط عدم مسئولیت، به عنوان یکی از انواع شرط ضمن عقد، تابع احکامی است که فصل چهارم (مواد ۲۳۲ الی ۲۴۶) قانون مدنی در باب شروط ضمن عقد، مقرر کرده است و آن عبارت است از ربط بین شرط و عقد، نه تعلیق و اناطه عقد بر شرط، به شرحی گذشت. در این صورت می‌توان گفت که در اثر شرط عدم مسئولیت، مندرج در قرارداد، اصل تعهد مقید و منوط به شرط عدم مسئولیت یا حذف و اصلاح نمی-

شود و مبانی و ارکان و شرایط اساسی عقد تغییر نمی‌کند، بلکه تعهد ایجاد شده و مبانی و ارکان خود را دارد و با شرط عدم مسئولیت، اصل تعهد به قوت و اعتبار خود باقی است و صرفاً مسئولیت ناشی از نقض تعهد از بین رفته و مسئول، از پرداخت خسارت معاف می‌شود.^{۱۶}

قسمت دوم: ماهیت شرط عدم مسئولیت در حقوق انگلیس

در حقوق انگلیس، طبق اصل آزادی قرارداد،^{۱۷} طرفین در انعقاد قرارداد و تعیین مفاد آن آزادند و به استناد همین اصل، می‌توانند شروط مورد نظر خود، از جمله شرط عدم مسئولیت را در قرارداد پیش‌بینی نمایند.

شرط عدم مسئولیت در حقوق این کشور^{۱۸}، شرطی است در قرارداد یا در اختاریه و ابلاغیه که مسئولیت یا وظیفه قانونی را از بین برده یا محدود می‌سازد و در صورت عدم وجود چنین شرطی در قرارداد یا در اختاریه و ابلاغیه، مسئولیت یا وظیفه قانونی به وجود می‌آید.^{۱۹}

۱۶. بنابراین، قراردادهایی که به منظور تغییر شرایط ایجاد مسئولیت و مبانی آن بسته می‌شود و از تعهدهای متعارف یا قانونی دو طرف می‌کاهد و اصطلاحاً به شرط عدم تعهد مانند زمان تسلیم مبیع در برابر، شروط عدم مسئولیت، معروفند از موضوع بحث ما خارج است، مراجعه شود به کاتوزیان، الزام‌های خارج از قرارداد، ج اول، ص ۷۱۷.

17. Contract Freedom.

۱۸. شرط عدم مسئولیت در حقوق انگلستان تحت عنوان Exclusion Clause در حقوق فرانسه تحت عنوان Clause De Non-Responsabilite Ou D'irresponsabilite مطرح است.

19. Yates, David, Exclusion Clauses in Contracts, Sweet and Maxwell, 2 Th ed, 1982, p.1.

چنین شرطی، یکی از طرفین قرارداد را قادر می‌سازد تا خود را از مسئولیت مبری کند و او با درج شرط عدم مسئولیت در قرارداد، به دنبال آن است که خود را از تمام یا قسمتی از مسئولیت ناشی از قرارداد یا مسئولیت غیرقراردادی معاف کند. به عنوان مثال در قرارداد فروش کالا، فروشنده‌ای، خریدار را وادار به پذیرش شرطی می‌کند که به موجب آن، شرایط و تضمینات مربوط به بی‌عیب و نقص بودن کالای مورد معامله مستثنی شود.^{۲۰} در مورد ماهیت شرط عدم مسئولیت یک بحث جدی وجود دارد و آن این است که آیا کارکرد و ماهیت شرط عدم مسئولیت توصیفی است و صرفاً به عنوان توصیف‌کننده تعهدات^{۲۱} طرفین مطرح است یا این که کارکرد و ماهیت دفاعی^{۲۲} داشته و به عنوان یک دفاع در برابر دعوی نقض قرارداد او محسوب می‌شود؟ بر اساس یک نظریه، کارکرد و ماهیت شرط عدم مسئولیت، توصیفی است و حدود تعهدات طرفین و مبانی آن را تعیین و تبیین می‌کند. به موجب نظریه دیگر، شرط عدم مسئولیت، کارکرد و ماهیت دفاعی دارد و ارتباطی به نحوه ایجاد تعهد یا اصل تعهد یا عدم ایجاد آن ندارد. ذیلاً این دو نظریه مورد بررسی قرار می‌گیرد.

الف) نظریه توصیفی بودن شرط عدم مسئولیت

در حقوق انگلیس، این نظریه ابتدائاً به وسیله کوت^{۲۳} در سال ۱۹۶۴ مطرح و در سال ۱۹۸۲ مورد حمایت یاتس^{۲۴} قرار گرفت. به موجب این نظریه شرط عدم مسئولیت تنها

20. Chitty, Joseph, Chitty On Contracts, 26 Th ed, Vol 1, London, Sweet and Maxwell, 1989, p 569.

21. Obligation Defining.

22. Defensive.

23. Coote Brian, Exemption Clauses, 1964, pp 9-11 and 17-18 Cited by Taylor and Taylor, Contract Law Directions, Oxford University Press, 2007, p 146.

تعهدات مورد قبول طرفین قرارداد را توصیف می‌کند و توصیفی بودن شرط عدم مسئولیت، این نتیجه را به دنبال دارد که تعهدی ایجاد نشود و به دلیل عدم ایجاد تعهد، نقض تعهد و قرارداد و در نتیجه رفع مسئولیت ناشی از نقض مفهومی ندارد. به عنوان مثال فردی می‌خواهد اثاثیه منزل خود را از شهری به شهر دیگر منتقل کند و به این منظور قراردادی را با دیگری منعقد می‌کند، طرف قرارداد او که دارای شغل آزاد و غیرحرفه‌ای است، قیمتی را پیشنهاد می‌کند که نسبت به قیمت پیشنهادی سایرین اساساً کمتر است. علت پایین بودن قیمت هم آن است که طرف قرارداد او هیچ گونه پوشش بیمه‌ای برای کالای در حال حمل پیشنهاد و ارائه نمی‌کند و آن را بر عهده مالک قرار می‌دهد. طرف قرارداد، شرطی را با این مضمون که هیچ گونه مسئولیتی را در برابر خسارت وارده به کالای در جریان حمل به هر نحوی که باشد، نمی‌پذیرد، در قرارداد می‌گنجاند.

بر اساس نظریه توصیفی بودن، شرط عدم مسئولیت در این مثال صرفاً تعهدات مورد قبول طرفین را توصیف می‌کند. طرف قرارداد، در ارتباط با حمل کالا تعهد محدودی را پذیرفته است و مسئولیتی در مورد خسارات وارده به کالا، در جریان حمل بر عهده نگرفته است. به موجب این نظریه، در این صورت ماهیت و کارکرد شرط عدم مسئولیت، کمک^{۲۵} در تعریف و توصیف تعهدات طرفین است.

به نظر «کوت» در واقع همه انواع شروط عدم مسئولیت، شروط توصیف‌کننده وظیفه^{۲۶} و تعهد طرفین هستند و این که گفته می‌شود تعهدی وجود دارد و مسئولیت ناشی از نقض

24. Yates, exclusion clauses in contracts, pp 124-132.

25. Mckenrick, Ewan, Contract Law, 5th ed, Palgrave McMillan, 2003, p 228.

26. Duty.

آن مستثنی می‌شود، بی‌معنی است. به بیان دیگر می‌توان چهار مرحله برای شرط عدم مسئولیت تصور کرد:

۱. ایجاد تعهدات.

۲. نقض تعهدات.

۳. مسئولیت (تعهد ثانویه^{۲۷} برای پرداخت خسارت ناشی از نقض).

۴. رفع مسئولیت به موجب شرط عدم مسئولیت.

طبق نظر «کوت» مراحل ۲-۳-۴ در دیدگاه توصیفی مفهومی ندارد. زیرا، چنانچه به نحو مؤثری مسئولیت ساقط و مستثنی شده باشد، نقض تعهد و وظیفه موضوعیت نخواهد داشت و شرط عدم مسئولیت تعهدات طرفین را اصلاح و در قرارداد تعهداتی را که برای آن‌ها هیچ گونه مسئولیتی نمی‌تواند وجود داشته باشد، ابطال می‌کند. به همین جهت چیزی به عنوان شرط قراردادی وجود ندارد که مسئولیت را به محض ایجاد از بین ببرد. زیرا، شرط عدم مسئولیت مؤثر، در همان ابتدای امر از ایجاد مسئولیت جلوگیری می‌کند و منجر به این می‌شود که مسئولیت هرگز ایجاد نشود و چون مسئولیت ایجاد نمی‌شود، شرط عدم مسئولیت نیز منتفی است. بنابراین کارکرد شرط عدم مسئولیت این گونه است که با توصیف تعهد و وظیفه طرفین، مانع از ایجاد مسئولیت می‌شود.^{۲۸}

نظریه توصیفی‌بودن شرط عدم مسئولیت، مورد انتقاد نویسندگان دیگر در حقوق انگلیس قرار گرفته است. در مثال حمل اثاثیه منزل توسط یک فرد دارای شغل آزاد و غیر حرفه‌ای که قبلاً به آن اشاره شد، بررسی دقیق این نظریه سستی از وجود یک مشکل جدی

27. Secondary Obligation.

28. T aylor, Richard and T aylor, Damayn, Contract law Directions, Oxford University press, 2007, p 147.

حکایت می‌کند و آن این است که طرف قرارداد حمل، یک تعهد مطلق مبنی بر تحویل کالا را نپذیرفته است و تعهد مطلق فقط از طریق نفی شرط عدم مسئولیت آن هم در حالتی که بیان‌کننده تعهدات طرف قرارداد باشد، قابل حصول است. اما چرا باید شرط عدم مسئولیت در تبیین حدود تعهدات طرف قرارداد حمل نادیده گرفته شود؟ آن هم زمانی که او به وسیله شرط عدم مسئولیت در صدد بیان و توصیف حدود تعهدات خویش بوده و تنها از این طریق است که می‌تواند پیشنهاد ارائه سرویس با قیمت نازل‌تر از رقبای خود را بدهد و نادیده گرفتن شرط عدم مسئولیت از این طریق هیچ توجیهی ندارد و منجر به این خواهد شد که شرط عدم مسئولیت از سایر شروط قراردادی مورد قبول که به توصیف تعهدات طرفین کمک می‌کنند، قابل تشخیص نباشد.^{۲۹}

هم چنین استدلال شده است که توصیفی تلقی کردن شرط عدم مسئولیت، فوق‌العاده تشریفاتی و ظاهری است و تحولات تاریخی مسئله و واقعیات امر را نادیده می‌گیرد. تحول تاریخی بیان‌گر رشد روز افزون استفاده از قراردادهای چاپی و دارای فرم استاندارد، همراه با رشد روز افزون استفاده از شرط عدم مسئولیت در آن‌ها است و واقعیات امر نیز این است قراردادهای چاپی و دارای فرم استاندارد و عمدتاً متضمن شروط عدم مسئولیت، برطرف ضعیف معامله تحمیل می‌شود و او چاره‌ای جز قبول آن ندارد چنین شروطی حقوق طرف ضعیف قرارداد را نادیده می‌گیرد و انتظارات او را بیهوده می‌گرداند تا این که بیان‌کننده و توصیف‌کننده تعهدات طرفین باشد.^{۳۰}

29. Mckenrick, Contract law, p 229.

30. Adams, John, and Brownsword, Roger, The Unfair Contract terms Act; A Decade Of Discretion, 1988, Cited By, Mckendrick, Evan, Contract law, text, cases and materials 2th edition Oxford University Press, 2005, p 501.

نتیجه عملی این نظر در این خواهد بود که قرارداد معوض، تبدیل به یک قرارداد بلاعوض شده و عمدتاً به دلیل فقدان عوض^{۳۱} قرارداد باطل است^{۳۲} بر خلاف نظر دفاعی بودن که بطلان شرط به بطلان قرارداد منجر نمی‌شود.

ب) نظریه دفاعی بودن شرط عدم مسئولیت

طبق این نظریه، کوتاهی در اجرای قرارداد، نقض قرارداد محسوب می‌شود و نقش شرط عدم مسئولیت این است که برای نقض‌کننده قرارداد در برابر دعوی نقض توسط طرف دیگر قرارداد، وسیله دفاع تلقی می‌شود. چنین شرطی، مسئولیتی را که قبلاً ایجاد شده است محدود یا برطرف می‌کند و در این حالت مراحل چهارگانه تشکیل قرارداد (ایجاد تعهد)، نقض قرارداد و تعهد، ایجاد تعهد ثانویه برای پرداخت خسارت (مسئولیت) و محدود و یا برطرف کردن مسئولیت اخیر از طریق شرط عدم مسئولیت وجود دارد. و برخلاف جنبه توصیفی که به موجب آن شرط توصیف‌کننده تعهدات طرفین بوده و با توصیف تعهدات طرفین، عملاً مسئولیتی ایجاد نمی‌شود. در این نظریه، شرط عدم مسئولیت در انتظار ایجاد مسئولیت می‌ماند و در صورت ایجاد مسئولیت، نقش آن برطرف کردن و از بین بردن مسئولیت ایجاد شده خواهد بود. تایلر برای مقایسه موضوع مثالی را به عنوان نمونه بیان می‌کند:

من دوچرخه سالمی را به شما می‌فروشم و شما در یک جاده فرعی سوار دوچرخه می‌شوید و شاسی آن شکسته و دو نیمه می‌شود. شما به دلیل نقض قرار داد و با ادعای

31. Consideration.

32. Yates, exclusion clauses in contracts, p 132.

این که دوچرخه معیوب بوده است، مرا تحت تعقیب قرار می‌دهید من به شرط عدم مسئولیتی در قرارداد استناد و اشاره می‌کنم که مسئولیت در برابر خسارت ناشی از بردن دوچرخه به جاده فرعی را نفی می‌کند. می‌توانیم بگوییم که من در اصل مسئول هستم اما این مسئولیت به محض ایجاد از بین می‌رود.

این حالت را با حالتی مقایسه کنید که من دوچرخه‌ای را به شما می‌فروشم و سالم بودن آن برای جاده فرعی، مستثنی شده و تعهدی در این باره ندارم، در این صورت، من تعهدی درباره تدارک دوچرخه مناسب برای سوار شدن در جاده فرعی ندارم و در صورتی که شما در جاده فرعی سوار دوچرخه شوید و شاسی آن بشکند، هیچ گونه مسئولیتی متصور نیست در این حالت شرط عدم مسئولیتی وجود ندارد، هر چند نتیجه یکسان است.^{۳۳}

در این نظریه، دادگاه در رسیدگی به موضوع و تفسیر شرط، قرارداد متضمن شرط عدم مسئولیت را بدون در نظر گرفتن شرط عدم مسئولیت مورد ارزیابی قرار می‌دهد و تعهدات طرفین را تعیین می‌کند. چنانچه پس از ارزیابی دادگاه، شرط عدم مسئولیت مؤثر و نافذ باشد، به عنوان دفاعی در برابر نقض تعهدات در قرارداد به کار گرفته می‌شود.^{۳۴}

در حال حاضر بحث مربوط به توصیفی بودن یا دفاعی شرط عدم مسئولیت، در حقوق انگلستان از فائد عملی اندکی برخوردار است و علت آن نیز گرایش دادگاه‌ها و قانون‌گذار در این کشور، به سوی نظریه دفاعی بودن شرط عدم مسئولیت است^{۳۵} که ذیلاً به آن اشاره می‌شود.

33. Taylor and Taylor, Contract law directions, p. 147.

34. Coote, exemption clauses, p. 1.

۳۵. مراجعه شود به سایت اینترنتی:

File:// H; K- Zone-Unfair Contraet Terms; What A mess.

دادگاه‌ها به طور سنتی شروط عدم مسئولیت را به عنوان ایفاء‌کننده نقش دفاعی تلقی کرده‌اند و معتقدند که شرط عدم مسئولیت به عنوان دفاعی در برابر دعوی نقض قرارداد که علیه منتفع از شرط اقامه می‌شود، به کار گرفته می‌شود. مستند این نظریه، رأی دادگاه استیناف است. دادگاه استیناف در پرونده مشهور به فیلیس و پرونده مشابه آن نظریه دفاعی بودن شرط عدم مسئولیت را مورد تأیید قرار داد. در پرونده فیلیس، خواهان یک دستگاه ماشین حفاری از خواننده اجاره کرد. در قرارداد چابی و استاندارد اجاره، شرطی وجود داشت که پیش‌بینی کرده بود، راننده به عنوان مستخدم خواهان محسوب می‌گردد و خواهان در قبال هر گونه خسارت ناشی از استفاده از ماشین حفاری مسئول شناخته می‌شود. نکته قابل توجه در این قرارداد این است که در شرایط معمولی مالک ماشین حفاری تحت عنوان مسئولیت ناشی از فعل غیر، مسئول اعمال راننده شناخته می‌شود اما شرط مندرج در قرارداد متضمن این معنی است که اجاره‌کننده ماشین حفاری در قبال کلیه دعاوی ناشی از عملکرد راننده یا خدمه ماشین مسئول شناخته می‌شود.

راننده در حین کار و در اثر تقصیر، به اموال مستأجر ماشین خسارت وارد کرد و زیان‌دیده از مالک و راننده ماشین شکایت و مطالبه خسارت کرد. دادگاه بدوی رأی به نفع خواهان داد و خواندگان را محکوم به پرداخت خسارت نمود. خواندگان از رأی بدوی تجدیدنظر خواهی و به شرط مندرج در قرارداد استناد نمودند. دادگاه استیناف درخواست تجدیدنظر را مردود اعلام و خواندگان را مسئول خسارت وارده به خواهان شناخت لکن در این پرونده دادگاه استیناف، استدلال دادگاه بدوی را مبنی بر این که شرط عدم مسئولیت تعهدات طرفین را توصیف می‌کند، نپذیرفت و با رد استدلال دادگاه بدوی در این قسمت، تحت عنوان این که شرط مندرج در قرارداد غیر معقول بوده است، خواندگان محکوم ساخت.

در این پرونده دو نکته مطرح و مرتبط با موضوع ما است:

36. Phillips Products Ltd V. Hy Land, 1987, 1 WLR, 659. Court Of Appeal.

37. Thompson V. Lohan Ltd, 1987.

اول - خوانندگان مدعی عدم تقصیر بودند.

دوم - خوانندگان منکر این نکته بودند که شرط مندرج در قرارداد، جنبه دفاعی دارد، بلکه مدعی بودند که شرط مذکور، مشخصاً توصیف‌کننده تعهدات طرفین بوده و به عنوان دفاع در برابر دعوی نقض تعهد محسوب نمی‌شود لذا از شمول بند ۲ ماده ۲ قانون شروط ناعادلانه قراردادی، خارج است. زیرا، بند ۲ ماده ۲ قانون مذکور صرفاً در مورد عدم مسئولیت یا محدودیت مسئولیت مجری است. دادگاه استیناف، این استدلال را که شرط مندرج در قرارداد از شمول بند ۲ ماده ۲ قانون شروط ناعادلانه قراردادی خارج بوده و شرط صرفاً تعهدات طرفین را توصیف می‌کند، مردود اعلام و شرط را مشمول بند ۲ ماده ۲ قانون فوق دانست، لکن به دلیل غیرمعقول بودن، شرط را باطل تلقی کرد.

در این پرونده قاضی دادگاه تأکید کرد که در ارزیابی تقصیر مربوط به نقض وظیفه به کارگیری دقت و مراقبت معقول در اجرای قرارداد موضوع بند A ماده ۱ قانون شروط ناعادلانه قراردادی، دادگاه باید در وهله اول شرط مورد استناد خوانندگان را در آن دخالت ندهد. بر این اساس دادگاه استیناف بارد استدلال خوانندگان مبنی بر توصیفی

۳۸. قانون شروط ناعادلانه قراردادی انگلیس، Unfair Contract Terms Act، در سال ۱۹۷۷ تصویب شده است. این قانون از طریق کنترل و نظارت بر قراردادها، اعتبار و نفوذ برخی شروط قراردادی از جمله شرط عدم مسئولیت را محدود می‌سازد. به موجب بند ۲ ماده ۲ قانون مزبور، در مورد خسارات (غیر از خسارات و صدمات بدنی و فوت) هیچ کس نمی‌تواند مسئولیت ناشی از تقصیر خود را محدود یا بر طرف کند مگر در صورتی که شرط یا اخطاریه و ابلاغیه با لزوم معقول بودن مطابقت داشته باشد.

39. Piggot, Mike Semple, Exclusion Clauses, <http://www.Spr-Consilio.Com>, 2007.

40. Unreasonable.

41. Slade. Lj.

42. S1, (1.A), For The Purposes Of This Part Of This Act negligence, Means The Breach: 1-Of any Obligation, Arising From The Express Or Implied Terms Of a Contract, To Take Reasonable Care Or Exercise Reasonable Skill In The Performance Of The Contract... .

بودن شرط عدم مسئولیت، تجدیدنظر خواهی آنان را مردود اعلام کرد و از این حیث رأی دادگاه بدوی مبنی بر محکومیت خواندگان به پرداخت خسارت را با استدلالی متفاوت از استدلال دادگاه بدوی تأیید کرد.

دادگاه استیناف غیر معقول بودن شرط عدم مسئولیت، به استناد بند ۲ ماده ۲ ماده قانون مشروط ناعادلانه قراردادی^{۴۳} را مستند محکومیت خواندگان قرارداد با این استدلال که:

اولاً، خواهان معمولاً ماشینی از این قبیل را اجاره نمی‌کرده است در حالی که خواندگان در حرفه اجاره دادن تجهیزات بوده‌اند. ثانیاً، شرط نتیجه مذاکرات طرفین نبوده است، بلکه صرفاً یک شرط در میان سایر شروط خواندگان بوده است.

ثالثاً، فرصت خیلی اندک بوده و خواهان فرصتی برای بیمه کردن نداشته است.

رابعاً، خواهان هیچ نقشی در انتخاب راننده و نظارت بر کار او نداشته است.

هر چند نتیجه هر دو رأی محکومیت خواندگان است، لکن تفاوت و اختلاف نظر دو دادگاه در نوع استدلال است. دادگاه استیناف، شرط عدم مسئولیت مندرج در قرارداد چایی و دارای فرم استاندارد را به عنوان یک دفاع تلقی کرده، لکن آن را به دلیل غیر معقول بودن باطل شناخته است در حالی که دادگاه بدوی، شرط عدم مسئولیت را توصیفی دانسته و آن را مشمول بند ۱ ماده ۱۳ قانون مشروط ناعادلانه قراردادی^{۴۴} قرار داده است و

43. S2,(2); In The Case Of Other Loss Or Damage, a Person Cannot So Exelude Or Restrict his Liability For Negligence Except In So far as The Term Or Notice Satisfies The Requirement Of Reasonableness.

44. S13,(1), To The Extentent That This act Prevents The Exclusion Or Restriction Of any Liability It also Prevent -... Excluding Or Restricting Liability By Reference To Terms and Notices which Exclude Or Restrict The Re levant obligation or Duty.

شرط مذکور را از آن جهت که تعهد یا وظیفه مربوط را محدود یا مستثنی کرده است، فاقد اعتبار شناخته است و بر این اساس بر محکومیت خواندگان، به دلیل بطلان شرط، به استناد بند ۱ ماده ۱۳ قانون مذکور رأی داده است.

همان گونه که ملاحظه می‌شود، منشأ اختلاف در مورد ماهیت شرط عدم مسئولیت و توصیفی یا دفاعی بودن آن به استنباط و تفسیر شرط عدم مسئولیت، در انطباق یا عدم انطباق آن با مواد ۲-۳-۶ و (۱) ۱۳ قانون شروط ناعادلانه قراردادی مربوط می‌شود. در موارد ۲-۳-۶ قانون موصوف عبارت محدود کردن یا معاف کردن و ساقط کردن مسئولیت به کار رفته است ولی در بند ۱ ماده ۱۳ عبارت محدود کردن یا معاف کردن و ساقط کردن تعهد یا وظیفه مورد استفاده قرار گرفته است و نظریه توصیفی بودن شرط عدم مسئولیت با بند ۱ ماده ۱۳ و نظریه دفاعی بودن با مواد ۲-۳-۶ قانون مشروط ناعادلانه قراردادی توجیه شده است.

علاوه بر رویه قضایی، در گرایش به نظریه دفاعی بودن شرط عدم مسئولیت، قانون‌گذاری نیز به نظریه مذکور گرایش پیدا کرده است. دلیل این امر علاوه بر مواد ۲-۳-۶ قانون شروط ناعادلانه قراردادی که در بالا مورد اشاره قرار گرفت، تلاشی است که اخیراً در جهت گسترش دامنه نظریه دفاعی بودن شرط عدم مسئولیت در امر قانون‌گذاری مشاهده می‌شود و این دیدگاه طبیعی را منعکس می‌کند که یک شرط عدم مسئولیت، ناظر به مسئولیتی است که قبلاً ایجاد شده است و به عنوان دفاعی در برابر دعوی نقض قرارداد و تعهد تلقی می‌شود. به همین منظور پیشنهاد شده است در قوانین آتی این امر مورد ملاحظه قرار گیرد.

45. Taylor and Taylor, contract law directions p 147.

46. Exclusion or Restriction of Liabi Lity.

47. Exclusion Or Restriction Of The Relevant Obligation or duty.

48. Mckenrick, Contract Law, p 230.

هم چنین از مقررات کنوانسیون‌های بین‌المللی مختلف در زمینه حمل و نقل جنبه دفاعی بودن شرط عدم مسئولیت استنباط می‌شود علت این امر آن است که در نظریه توصیفی همان گونه که قبلاً اشاره شد، شرط عدم مسئولیت، قرارداد را از یک قرارداد معوض به یک قرارداد بلا عوض و مجانی تبدیل می‌کند و نتیجه آن عمدتاً بطلان قرارداد به دلیل فقدان عوض خواهد بود. در حالی که در دیدگاه دفاعی، شرط عدم مسئولیت مندرج در قرارداد، تابع اصل قرارداد است. و در صورت بطلان قرارداد، شرط ضمن آن نیز باطل خواهد بود و بطلان قرارداد، به شرط عدم مسئولیت نیز تسری می‌یابد ولی بطلان شرط، منجر به بطلان قرارداد نخواهد شد و این امر با نظریه دفاعی بودن هماهنگی و قرابت دارد.

برای این منظور می‌توان به ماده ۱۳ کنوانسیون سازمان ملل متحد در مورد مسئولیت متصدیان ترمینال‌های حمل و نقل در تجارت بین‌الملل مصوب ۱۹۹۴^{۴۹} اشاره کرد که به موجب آن بطلان شروط قراردادی مغایر با کنوانسیون تأثیری در اعتبار دیگر مقررات قرارداد یا سند مربوط به آن نخواهد داشت.

هم چنین، می‌توان به قانون حمل و نقل دریایی انگلستان اشاره کرد که جایگزین قانون سال ۱۹۲۴ شده و از سال ۱۹۷۷ اجرایی شده است. طبق ماده یک قانون مذکور، مقررات لاهه و اصلاحات بعدی آن، در مورد حمل و نقل دریایی در انگلستان لازم‌الاجرا گردیده است. بند ۱ ماده ۲۳ مقررات لاهه و اصلاحات بعدی آن، مصوب ۱۹۷۸ مقرر می‌دارد که بطلان شروط قراردادی، تأثیری در اصل قرارداد نخواهد داشت.

49. United Nations Convention On The Liability Of Operators Of Transport Terminals In International Trade, 1994.

در حقوق فرانسه، به عنوان یک اصل پذیرفته شده است که شروط عدم مسئولیت، می-تواند هرگونه مسئولیت ناشی از قرارداد را اصلاح یا آن را ساقط نماید ولی در مورد مسئولیت غیرقراردادی مبتنی بر تقصیر، به دلیل مخالفت با نظم عمومی، چنین اثری را ندارد.^{۵۰} در حقوق فرانسه نیز به موضوع اصلاح یا اسقاط مسئولیت ناشی از قرارداد توجه و استناد شده است نه به اصلاح یا اسقاط اصل تعهد و مبانی آن که در این صورت ممکن است شرط به دلیل مغایرت با مقتضای عقد و در نتیجه خود قرارداد هم باطل شود. ولی در رویه قضایی فرانسه بطلان شرط عدم مسئولیت موجب بطلان عقد نخواهد بود.^{۵۱} و این استدلال با نظریه دفاعی بودن هماهنگی و مطابقت دارد.

50. Bell, John, Boyron, Sophie, Whittaker, Simon, Principles Of French Law, Oxford University Press, 1998, 4 Th ed, p 351, Nicholas, French law of contact, p 227.

۵۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، تهران، انتشار، چاپ سوم، ۱۳۸۰، ص ۳۲۰، زیرنویس شماره ۱.

نتیجه‌گیری

به موجب نظریه توصیفی بودن شرط عدم مسئولیت در حقوق انگلیس، کارکرد و ماهیت شرط عدم مسئولیت، توصیف تعهد و وظیفه طرفین است. پذیرش این نوع طرز تلقی منجر به این می‌شود که از همان ابتدای امر از ایجاد مسئولیت جلوگیری کند و نتیجه عملی آن تبدیل قرارداد معوض به قرارداد بلاعوض خواهد بود که در این صورت قرارداد به دلیل فقدان عوض باطل است. این نوع کارکرد و ماهیت شرط عدم مسئولیت، در حقوق انگلیس مورد انتقاد قرار گرفته و استدلال شده است که این نوع نگرش فوق‌العاده تشریفاتی و ظاهری بوده و واقعیات امر و تحولات تاریخی شرط عدم مسئولیت را نادیده می‌گیرد. علاوه بر آن قرارداد معوض را تبدیل به قرارداد بلاعوض و در نتیجه موجب بطلان آن می‌شود.

این طرز تلقی مشابه نظریه تقیید و اناطه عقد بر شرط در حقوق ایران و فقه امامیه است که به موجب آن در اثر درج شرط عدم مسئولیت در قرارداد، اصل تعهد مقید و منوط به شرط یا خذف و اصلاح آن می‌شود. در آن صورت مبانی و ارکان و شرایط اساسی عقد تغییر می‌کند که این نظریه به دلیل تفکیک شروط به شروط باطل و غیر مبطل عقد در حقوق ایران و فقه امامیه قابل قبول به نظر نمی‌رسد.

براساس نظریه دفاعی بودن شرط عدم مسئولیت، قرارداد متضمن شرط عدم مسئولیت بدون در نظر گرفتن شرط مورد ارزیابی قرار می‌گیرد و پس از ارزیابی قرارداد، چنانچه شرط عدم مسئولیت مؤثر و نافذ باشد، به عنوان دفاعی در برابر نقض تعهدات مورد استناد قرار می‌گیرد. در حال حاضر دادگاه‌ها براساس رویه قضایی و به استناد رأی دادگاه استیناف در برخی پرونده‌ها، به نظریه دفاعی بودن گرایش پیدا کرده‌اند. به علاوه قانون‌گذار نیز در قانون شروط ناعادلانه قراردادی به این نظریه گرایش پیدا کرده است.

نظریه دفاعی بودن شرط عدم مسئولیت در حقوق انگلیس، با نظریه ربط بین شرط و عقد در فقه امامیه و حقوق ایران مطابقت دارد که به موجب آن در اثر درج شرط عدم مسئولیت در ضمن عقد، بین شرط و عقد رابطه‌ای به وجود می‌آید. براین اساس، با درج شرط عدم مسئولیت در عقد، اصل تعهد حذف و اصلاح نمی‌شود و مبانی و ارکان آن تغییر نمی‌یابد بلکه مسئولیت ناشی از تعهد ایجاد شده در حدود شرط عدم مسئولیت از بین می‌رود. از این نظر ماهیت شرط عدم مسئولیت با نظریه دفاعی بودن آن در حقوق انگلیس مشابهت دارد.

فهرست منابع

فارسی

۱. افشار، حسن، کلیات حقوق تطبیقی، انتشارات دانشگاه تهران چاپ ۱۳۵۵
۲. امامی، حسن، حقوق مدنی، ج ۱، انتشارات اسلامی، چاپ چهارم، ۱۳۶۳.
۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش، چاپ هشتم، ۱۳۷۶.
۴. قنواتی، جلیل و دیگران، حقوق قراردادها در فقه امامیه، زیر نظر دکتر سید مصطفی محقق داماد، ج ۱، انتشارات سمت، چاپ اول، ۱۳۷۹.
۵. کاتوزیان، ناصر، الزام‌های خارج از قرارداد، ضمان قهری، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ سوم، ۱۳۸۲.
۶. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج چهارم، شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم، ۱۳۸۰.
۷. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج سوم شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم، ۱۳۸۰.
۸. کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، نشر میزان، چاپ ششم، ۱۳۸۱.
۹. محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، بخش مدنی ۱، مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ یازدهم، ۱۳۸۲.
۱۰. محقق داماد، سید مصطفی، قواعد فقه، بخش مدنی ۲، انتشارات سمت، چاپ پنجم، ۱۳۸۱.
۱۱. محقق داماد، سید مصطفی، تقریرات درس قواعد فقه، دوره دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه شهید بهشتی، نیمسال دوم سال تحصیلی ۱۳۸۳-۴.

عربی

۱۲. اصفهانی، شیخ محمد حسین، حاشیه مکاسب، ج ۵، چاپ اول، ۱۴۱۹ هـ. ق.
۱۳. انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب، ج ۶ و ۵، چاپ اول، ۱۴۲۰ هـ. ق.
۱۴. حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، ج ۲۹، ۱۹، ۱۵، ۱۳، ۱۲، بیروت، داراحیاء التراث العربی.
۱۵. حلی، علامه حسن بن یوسف، ارشاد الاذهان، ج ۱، مؤسسه اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۰ هـ. ق.
۱۶. حلی، علامه حسن بن یوسف، تحریر الاحکام، ج ۵، قم مؤسسه امام صادق (ع)، چاپ اول، ۱۴۲۲ هـ. ق.
۱۷. حلی، علامه حسن بن یوسف، تذکره الفقهاء، ج ۱۴ و ۲ و ۱، قم، مؤسسه آل البيت، چاپ اول، ۱۴۱۴ هـ. ق.
۱۸. خمینی، امام روح الله، کتاب البیع ج ۵ و ۴، ۱ مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ۱۳۷۹ هـ. ش.
۱۹. خمینی، سید مصطفی، خیرات، ج ۲ و ۱، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپ اول، ۱۳۷۶ هـ. ش.
۲۰. خویی، سید ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، ج ۵، قم، انتشارات داوری، چاپ اول، ۱۳۷۷.
۲۱. طباطبایی یزدی، محمد کاظم، حاشیه مکاسب، ج ۲، قم مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۷۸ هـ. ق.
۲۲. عاملی، محمد شمس الدین (شهید اول) لعمه الدمشقیه، قم، دارالفکر، چاپ اول ۱۴۱۱ هـ. ق.
۲۳. مقدس اردبیلی، احمد، مجمع الفائده و البرهان فی شرح ارشاد الاذهان، ج ۱۳- ۱۰، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۲ هـ. ق.

۲۴. نراقی، احمد، عواید الایام، چاپ اول، ۱۴۱۷.

انگلیسی

25. Adams, John, Brownsword, Roger, The Unfair Contract Terme ACT, ADecade of Discretion, 1988.
26. Bell, John, Boyron, Sophie, Whittaker, Simon. Principles of French Law, Oxford University Press, 4th ed, 1998.
27. Coote Brian, Exemption Clauses, 1964.
28. Mckenrick, Ewan, Contract Law, 5th ed, Palgrave, Macmillan, 2003.
29. Nicholas, Barry, French Law of Contract, London, Butterworths, 1982.
30. Taylor, Richard and Taylor, Damian, Contract Law Directions, Oxford University Press, 2007.
31. Yates, David, Exclusion Clauses in Contracts, Sweet and Maxwell, 2thed, 1982.
32. Pigot, Mike Semple, Exclusion clauses. www.Spr-Consilio.Com.2007.
33. Lex Mercatoria.
34. www.K-Z0ne-Unfair-Contract-Terms: What a Mess.