

مبانی مسئولیت ناشی از نقض تعهد عام کارفرما به فراهم- سازی شرایط اجرای قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی؛ مطالعه تطبیقی در حقوق کانادا و ایران

حسن اسکندری^۱، محمدعیسائی تفرشی^{۲*}

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران

۲. استاد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران

پذیرش: ۱۴۰۱/۰۵/۱۸

دریافت: ۱۴۰۰/۰۷/۱۶

چکیده

در عرصه تجارت جهانی، اجرای قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی با چالش‌ها و مسائلی روبه‌رو است. یکی از این مسائل، تعهد عام کارفرما به فراهم‌سازی شرایط اجرای این قراردادها و مسئولیت ناشی از نقض آن است. نکته اصلی و گره‌گشا در این خصوص، تعیین مبنای مسئولیت ناشی از نقض تعهد عام کارفرما به فراهم‌سازی شرایط اجرای قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی خواهد بود که موجب قابل دفاع بودن چرایی تکلیف و به عبارتی تعهد عام کارفرما در این زمینه می‌شود. در این مقاله، بر آن هستیم موضوع را با مطالعه تطبیقی در حقوق کانادا و ایران موردبررسی قرار دهیم. روش تحقیق، توصیفی-تطبیقی با رویکرد «زمینه‌ای» است؛ با این توضیح که محور پژوهش ما در یک زمینه خاص و آن «قرارداد پیمانکاری بین‌المللی» است. روش گردآوری منابع پژوهش نیز، کتابخانه‌ای است که با بهره‌گیری از منابع مکتوب، اسناد و مدارک و در صورت لزوم، اطلاعات اینترنتی انجام می‌پذیرد. یافته حاکی از آن است که در حقوق کانادا و ایران، مبنای اصلی مسئولیت ناشی از نقض تعهد عام کارفرما «نظریه مدیریت خطر» دانسته شده است؛ با این توضیح که با توجه به این‌که خطرات غالبی که در حوزه قرارداد پیمانکاری بین‌المللی به وقوع می‌پیوندد، غالباً با منافع کارفرما از اجرای قرارداد در تعارض است، وی باید برای جلوگیری از بروز این خطرات و خسارات ناشی از آن، آن‌ها را مدیریت و کنترل کند.



واژگان کلیدی: اجرای قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی، تعهد عام کارفرما، فراهم‌سازی، مسئولیت، مبانی.

۱. مقدمه

اگرچه قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی از قراردادهای پرکاربرد در عرصه تجارت جهانی محسوب می‌شوند، لیکن برخی ابعاد آن در ادبیات حقوقی ایران مورد واکاوی قرار نگرفته است. یکی از موضوعاتی که در این خصوص مسکوت مانده، بررسی و تحلیل مبانی مسئولیت ناشی از نقض تعهد عام کارفرما به فراهم‌سازی شرایط اجرای قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی است.

بدین منظور، باید تعهدات هر یک از طرفین قرارداد برای تأمین منافع طرف دیگر، به‌دقت معین و مسئولیت ناشی از نقض هر یک از آن‌ها در قرارداد مقرر و شفاف‌سازی شود؛ زیرا تعهد یکی از طرفین، ناشی از تعهد طرف دیگر است؛ به عبارت دیگر، اجرای تعهد توسط یکی از طرفین قرارداد، دلیل تعهد طرف دیگر تلقی می‌شود. در همین زمینه، پیمانکار متعهد است مطابق طرح خویش و یا طرحی که کارفرما تهیه و ابلاغ کرده است، عمل کند و کارفرما نیز متعهد است به تعهد خویش در خصوص فراهم کردن شرایط اجرای قرارداد عمل کند.

در یک تقسیم‌بندی کلی، تعهدات کارفرما در ارتباط با اجرای قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی را می‌توان به تعهد عام و خاص تقسیم کرد. تعهد خاص کارفرما در این خصوص، پرداخت هزینه‌های مربوط به اجرای قرارداد به پیمانکار است که از موضوع بحث این مقاله خارج است.

لیکن تعهد عام وی به تعهد در زمینه اخذ مجوزها، تهیه تجهیزات، تهیه نقشه‌ها، تحویل کارگاه، همگام‌سازی قوانین و مقررات کشور میزبان با روند اجرایی قرارداد پیمانکاری بین‌المللی و رفع موانع احتمالی اجرای پیمان (مانند تعارض حقوق اشخاص ثالث در محل اجرای قرارداد با روند اجرایی آن) باز می‌گردد که در قالب تمهیدات موردنیاز قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی ظهور می‌یابد.

موضوع مقاله حاضر که کاربری نیز به نظر می‌رسد، بررسی مبانی و به عبارتی «چرا» بی مسئولیت ناشی از نقض تعهد عام کارفرما به فراهم‌سازی اجرای قراردادهای



پیمانکاری بین‌المللی در حقوق کانادا و ایران خواهد بود. از این رو، در بخش نخست به بررسی مبانی مسئولیت کارفرما در حقوق کانادا خواهیم پرداخت و بخش دوم از مقاله را به بررسی موضوع در حقوق ایران اختصاص می‌دهیم.

۲. مبانی مسئولیت کارفرما در حقوق کانادا

تعهد عام کارفرما به فراهم‌سازی شرایط اجرای قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی و مسئولیت ناشی از نقض آن، مانند هر نهاد حقوقی دیگر از مبنا و یا مبانی تبعیت می‌نماید. بر این اساس، در ذیل مبانی مسئولیت کارفرما به فراهم‌سازی شرایط اجرای قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی در حقوق کانادا و ایران تشریح خواهد شد؛ شایان‌ذکر است که مبانی مسئولیت کارفرما در حقوق ایران به مبانی حقوقی و فقهی قابل‌تقسیم است، در حالی که در حقوق کانادا این موضوع به صورت کلی مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد.

مهم‌ترین مبانی که در حقوق کانادا در خصوص مسئولیت کارفرما در فرض یادشده ارائه شده است به شرح ذیل تبیین می‌گردند.

۲-۱. نظریه خطر و مدیریت آن

در این بخش، به ترتیب نظریه خطر و مدیریت آن در حقوق کانادا مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۲-۱-۱. نظریه خطر^۱

در ابتدا لازم به ذکر است که خطرات مرتبط با قرارداد پیمانکاری بین‌المللی متعدد بوده و همین امر، تمامی اهداف طرح نظیر قلمرو، زمان، هزینه و کیفیت را در معرض خطر قرار داده و از این رو، تأثیرات آن‌ها باید در طول طرح در نظر گرفته شوند (کلایوام، ۱۳۹۱، ص ۴۸).

در حقوق کانادا، «خطر» را احتمال از دست دادن یا آسیب‌دیدگی تعریف می‌کنند. باربر^۱، خطر را تهدیدی برای موفقیت طرح می‌داند، جایی که تأثیر نهایی بر موفقیت آن قطعی نیست. انجمن ملی تولیدکنندگان اوراق قرضه در کشور کانادا، خطر ساخت‌وساز را هرگونه مواجهه با ضرر احتمالی تعریف می‌کند (Surahyo, 2018, p. 97). خطر اساساً محصول شدت خطر و احتمال وقوع آن است. از آنجاکه هر طرح ساختمانی بی‌نظیر است، هر یک از آن‌ها خطرات مختلفی را ارائه می‌دهند. برای اطمینان از موفقیت یک طرح، ذی‌نفع اصلی باید بتواند این خطرات را تشخیص، ارزیابی و مدیریت کند (Ibid).

در کانادا، طرح‌های پیمانکاری طرح‌های غیرقابل‌پیش‌بینی تلقی می‌شوند که به محض تصمیم‌گیری برای شروع، خطرات آن ظاهر شده و با پیشرفت طرح، این روند همچنان افزایش می‌یابد؛ بنابراین خطرات فوق‌اجتناب‌ناپذیر بوده و نمی‌توان آن‌ها را به‌طور کامل از بین برد. با این حال، آن‌ها می‌توانند با پیش‌برنامه‌ریزی بهتر، کاهش یا توزیع شوند.

قراردادهای پیمانکاری اساساً خطرات را برای کارفرما و پیمانکار به همراه دارد. متأسفانه، برخی از صاحبان طرح (کارفرمایان) سعی دارند اکثر خطرات را برای تأمین نیازهای خود به پیمانکار تحمیل کنند، درحالی‌که پیمانکاران گمان می‌کنند که با تکمیل زودهنگام طرح می‌توانند خطر را به حداقل برسانند تا سود به حداکثر برسد (Ibid, p. 98).

با توجه به تفسیر بالا، می‌توان این ادعا را مطرح کرد که کارفرما به‌عنوان ذی‌نفع اصلی قرارداد، باید مخاطرات برخاسته از آن را نیز بر عهده بگیرد و در صورت بروز خسارت، آن‌ها را جبران کند.

۲-۱-۲. مدیریت خطر^۲

۱. Barber

۲. Risk Management



به منظور دستیابی به اهداف طرح، «مدیریت خطر»^۱ در طرح‌های عمرانی همچون قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی به عنوان یک فرآیند بسیار مهم شناخته شده است. مدیریت خطر مربوط به برنامه‌ریزی، شناسایی خطرات، ارزیابی احتمال وقوع آن‌ها و تصمیم‌گیری در مورد چگونگی مدیریت بهتر طرح با توجه به این اطلاعات است. روش مؤثر مدیریت خطر می‌تواند به درستی در شناسایی خطرهای چگونگی مدیریت آن‌ها در مراحل مختلف طرح یاری رساند (Matthew et al, 2017, p. 55).

رویه مناسب مدیریت خطر به دنبال این است که توزیع خطرات طرح بین طرفین به روشنی، معقول و عادلانه صورت گیرد. از این رو، مهم است که از طریق مدیریت خوب و دوراندیشی برای وقوع خطر آماده شده و به موقع با آن‌ها مقابله کرد.

در زمینه «مدیریت خطر» در کشور کانادا تمهیداتی همچون ارائه فرم استاندارد ملی و انتشار و همچنین پیش‌بینی بسته‌های آموزشی برای تنظیم قراردادهای پیمانکاری قرارداد صورت گرفته است. این بسته‌ها شامل قیمت تعیین شده، هزینه‌های اضافی، مدیریت ساخت و ساز، مدیریت امکانات، طراحی و مشاوره در زمینه تحویل طرح و مذاکره قرارداد است.^۲

در این خصوص استفاده صحیح از اشکال مختلف تضمین قرارداد از جمله اوراق اعتبار و اوراق تضمین مانند اوراق بهادار عملکرد، اوراق پرداخت کار و مواد، اوراق بهادار با امنیت مالی و انتشار اوراق بهادار نیز آموزش داده شده است. از این رو، در کشور کانادا مؤسسات حقوقی-تجاری مشاوره‌هایی را در خصوص ترتیب تأمین مالی از جمله ساختار معاملات وام، الزامات وام و امنیت، ترتیبات بین اعتباردهنده، موضوعات اولویت‌دار، رعایت مقررات، نگرانی‌های زیست‌محیطی و تهیه موافقت‌نامه‌های وام و مستندات امنیتی مورد نیاز ارائه می‌کنند.

مدیریت مؤثر خطر، احتمال موفقیت طرح را افزایش داده و انتظارات طرفین را به بهترین شکل برآورده می‌کند و برای این امر، باید در مراحل اولیه طرح کلیه خطرات شناسایی شود. مهم‌ترین عامل موفقیت در هر طرح ساختمانی، داشتن یک مدیر مناسب

۱. Risk Management

۲. Required by; <https://www.torkinmanes.com/expertise/service/construction-law>

با داشتن مدل مدیریتی، تیم و منابع پشتیبانی مناسب است. یک مدیر طرح باید بتواند علت اصلی خطرات را شناسایی کرده و آن‌ها را به‌خوبی کاهش دهد. فرآیند مدیریت خطر در قرارداد پیمانکاری بین‌المللی در پنج مرحله اصلی قرار می‌گیرد که به شرح ذیل تبیین می‌گردند.

۱-۲-۱-۲. برنامه‌ریزی مدیریت خطر^۱

این مرحله، روندی است که در آن نحوه دستیابی و انجام فعالیت‌های مربوط به مدیریت خطر برای یک طرح مورد تصمیم‌گیری قرار می‌گیرد. برنامه‌ریزی مدیریت خطر باید در مراحل اولیه طرح انجام شود و می‌تواند منجر به شناسایی زودهنگام خطرهای محدود کردن تغییرات نامناسب، کاهش هزینه‌ها و غیره گردد. (Surahyo, *op.cit*, p. 98).

به این منظور، برای تهیه برنامه مدیریت خطر، افراد درگیر در طرح باید برنامه‌های لازم که می‌تواند هر یک از موارد زیر باشد را ترتیب دهند؛

(الف) روش‌ها و ابزارهایی که برای انجام مدیریت خطر در طرح استفاده می‌شود.

(ب) اعلام نقش‌ها و مسئولیت‌ها به‌صورت کامل (بابیان این جزئیات که چه شخصی چه‌کاری را انجام دهد)

(ج) بودجه و زمان مقابله با خطرات احتمالی

(د) شناسایی فرآیندها برای مدیریت خطر (*Ibid*).

۲-۲-۱-۲. شناسایی و طبقه‌بندی خطر^۲

دومین مرحله برای مقابله با خطرات ساخت‌وساز که می‌تواند به کارفرما در این زمینه یاری رساند، شناسایی و طبقه‌بندی خطرات مربوط به یک طرح پیمانکاری است. هر طرح ساختمانی انواع مختلفی از خطرات را به همراه دارد. با این حال، برخی از خطرات در بیشتر طرح‌ها مشترک است؛ از جمله شرایط متفاوت سایت، هوای نامناسب، قابل‌اعتماد بودن یا نبودن پیمانکار و خطر حفظ بودجه کافی (*Ibid*, p. 90).

۱. Risk Management Planning

۲. Risk Identification and Classification



یک روش معمول برای شناسایی و طبقه‌بندی خطر، تهیه یک لیست از خطرهای است. برای تهیه لیست مذکور، تجاربی که از مدیریت خطر برای طرح‌های تکمیل‌شده موجود می‌باشد مورد بررسی قرار می‌گیرند. این روش این امکان را می‌دهد که خطرات مشترک طرح‌ها مشخص و سپس خطراتی را که بر اساس ماهیت طرح، مختص آن است را نیز شناسایی کنند (Ibid).

روش‌های مختلفی برای سازمان‌دهی لیست خطر در قالب مناسب آن وجود دارد. یک رویکرد این است که خطرات باید بر اساس ماهیت خود آن‌ها، همچون خطرات شناخته‌شده و خطرات ناشناخته ساماندهی شوند. رویکرد دوم گویا آن است که خطرات را باید بر اساس تأثیر آن‌ها در طرح مانند خطر هزینه^۱ و خطر کیفیت^۲ طبقه‌بندی کرد. (Proverbs, 1999, p. 43)

به این ترتیب، خطر با توجه به رویداد، احتمال وقوع، هزینه و زمان آن تعریف می‌گردد. یک روش مناسب برای سازمان‌دهی خطرات قابل وقوع در طرح ساخت‌وساز، تقسیم آن‌ها به دو گروه گسترده است؛ ۱- خطرات مالی و ۲- خطرات طرح و پیمانکاری.

خطرات مالی بیشتر بر روی مراحل اولیه برنامه‌ریزی و امکان‌سنجی طرح تأثیر می‌گذارد، درحالی‌که خطرات طراحی و ساخت‌وساز در طول چرخه حیات یک طرح و به‌ویژه در دوره ساخت‌وساز بروز پیدا می‌کند (Surahyo, op. cit. p. 99).

۲-۱-۲. تجزیه و تحلیل خطر^۳

سومین مرحله در مدیریت خطر، تجزیه و تحلیل آن است؛ تجزیه و تحلیل خطر به معنای ارزیابی احتمال وقوع هر خطر و شدت یا تأثیرگذاری بر اهداف اصلی طرح یعنی هزینه، زمان و کیفیت است که کارفرما باید به این مهم توجه کند. روش‌های ارزیابی خطر فرآیندهای رسمی برای به‌کارگیری عقل سلیم و تفکر جانبی خلاق برای تجسم مشکلات

۱. Cost risk

۲. Risk of Quality

۳. Risk Analysis

و روش‌های تمرین برای کاهش یا جلوگیری از احتمال بروز آن‌هاست Ramsey, 2007, (p. 66).

این روش‌ها به ارتباطات خوب، ایده‌ها، گفتگوها و توافق در مورد نحوه انجام کل فرآیند بستگی دارند. ارزیابی خطر در مراحل اولیه باید آغاز شود و با پیشرفت طرح و جزئیات آن به‌طور مداوم تغییر کند و به‌روز شود. ارزیابی خطر یک امر مهم بوده که باید با استفاده از روش‌های معقول اندازه‌گیری انجام شود (Ibid, p. 70).

در این زمینه، ارزیابی خطر باید همراه با موارد خطر شناسایی شده که قبلاً توضیح داده شد، آغاز شود. با استفاده از لیست تعیین‌شده خطر، امکان تقسیم موارد خطرناک بر اساس دسته‌بندی‌ها فراهم می‌شود که به درک بهتر نحوه عملکرد این عدم قطعیت‌ها و تأثیرگذاری بر اجرای طرح کمک می‌کند. فرایند ارزیابی خطر شامل قرار دادن خطرات در رتبه‌بندی است که بر اساس اهمیت آن‌ها طبقه‌بندی می‌گردند (Ibid).

برای انجام این امر، لیست خطر باید به تقسیم‌بندی خطرات بالا، متوسط یا پایین اختصاص داده شود. به‌عنوان مثال، اگر یک طرح شامل ساخت‌وسازهای زیرزمینی اصلی باشد، خطرات مرتبط با این فعالیت بسیار مهم خواهند شد و به توجه بیشتری نیاز دارند. لیست خطرات، ویژگی‌های خاص هر طرح را منعکس می‌کند که به این روش، آنالیز کیفی خطر^۱ گفته می‌شود (Surahyo, op. cit).

دومین روش تحلیل خطر، تحلیل کمی^۲ است که به معنی تحلیل عددی احتمال و تأثیر خطرهای طرح است. این روش برای بیشترین خطرات ناشی از تجزیه و تحلیل خطر (ریسک) کیفی مناسب بوده و برای خطرهای دارای اولویت پایین توصیه نمی‌شود. (Ibid, p. 99 & 100)

به‌موجب تحلیل کمی، معمول‌ترین روش ارزیابی خطر، تهیه مجموعه‌ای از خطرات احتمالی است. اگر خطرات قابل قبول باشند، خطر با استفاده از مفهوم محاسبه می‌گردد. با این وصف: خطر = تأثیر خطر X احتمال وقوع آن.

۱. Qualitative Risk Analysis

۲. Quantitative Analysis



اثر بخشی این روش به توانایی افراد درگیر در شناسایی همه رویدادهای ممکن بستگی دارد. شایان ذکر است که «خطرات با احتمال بسیار زیاد و تأثیرات بسیار کم» یا «برعکس»، معمولاً در طرح‌های عمرانی، مهم تلقی نمی‌شوند. در حقیقت، این ترکیب از احتمال و تأثیر است که اهمیت دارد. سایر روش‌های تحلیل کمی خطر، شامل شبیه‌سازی مونت کارلو^۱، آنالیز هزینه و خطر، تحلیل ارزش پولی مورد انتظار و غیره است. (Ibid)

۲-۱-۲-۴. آمادگی برای کنترل خطر^۲

مرحله چهارم از فرآیند مدیریت خطر، آمادگی برای کنترل خطر است. پاسخ به خطر، شامل روش‌هایی است که می‌تواند خطر را قبل از وقوع آن با استفاده از روش پیشگیرانه از بین ببرد یا احتمال و تأثیر آن را تا حد ممکن کاهش دهد. (Richard, 2010, p. 125)

برخی از خطرات ممکن است بیمه شوند؛ غالباً خطر در درجه اول از طریق غرامت و مقررات مورد نیاز بیمه بین طرفین تخصیص می‌یابد. البته از آنجاکه منابع مالی طرح توسط کارفرما تأمین می‌شود، می‌تواند مسئولیت بر عهده گرفتن خطر را واگذار کند. کارفرما این فرصت را دارد که از طریق تخصیص مؤثر خطرات مرتبط با ساخت و ساز، هزینه طرح را کاهش دهد (Ibid).

با این حال، همان‌طور که قبلاً نیز اشاره شد، توزیع خطرها بین طرفین باید به‌طور معقول و عادلانه انجام شود؛ زیرا جابه‌جایی خطر مقرون به صرفه نیست. از طرفی، باید از تحمیل سهم ناعادلانه خطر به پیمانکار باید جلوگیری کرد؛ زیرا باعث ایجاد روابط کاری منفی و افزایش اختلافات می‌شود.

۲-۱-۲-۵. تخصیص خطر^۳

۱. Monte-carlo

۲. Prepare for Risk Control

۳. Risk Allocation

تخصیص خطر^۱ به معنای اختصاص خطر به افراد مرتبط با آن است. تخصیص مناسب و معقول خطر باعث افزایش کارایی، کاهش هزینه‌ها و اختلافات و همچنین ترویج اهداف طرح می‌شود. با تخصیص خطر منصفانه، کارفرما می‌تواند انتظار داشته باشد که طرح وی هزینه‌های کمتری داشته باشد و به موقع تکمیل شود. معمول‌ترین روش‌های تخصیص خطر عبارت‌اند از: پذیرش خطر، تقسیم خطر، جلوگیری از خطر، کاهش خطر و انتقال خطر (Surahyo, *op. cit.* p. 102) که در ذیل به تفصیل تشریح می‌گردند:

۲-۱-۲-۵-۱. پذیرش خطر^۲

مناسب‌ترین روش برای تخصیص خطر این است که طرفی که کنترل‌کننده خطر بوده، خطر را بپذیرفته یا حفظ کند. به عنوان مثال، پیمانکار که مسئول ساخت و ساز است، باید خطرات ناشی از عملیات خویش را به عهده گیرد. همچنین، با توجه به این که طراح، کنترل‌کننده قسمت طراحی است، باید خطرات مربوط به این بخش را به عهده گیرد. همچنین از آنجاکه انتخاب سایت بر عهده کارفرما است، از این رو خطرات مربوط به سایت مانند دسترسی، مجوزها و کسب باید بر وی تحمیل شود (Ibid).

بر اساس فرم‌های استاندارد قراردادها، کارفرما خطرات خارج از کنترل پیمانکار مانند حوادث سماوی، جنگ، فعالیت‌های هسته‌ای، اعتصاب و غیره را نیز باید کنترل و مدیریت کند. پذیرش خطر ممکن است به صورت محتمل واقع شود و بدین ترتیب اختصاص یک مبلغ تخمینی جهت رفع خطرات فوق منطقی خواهد بود.

بهترین راه برای شناسایی خطری ایجاد یک ماتریکس خطر^۳ است. هر یک از طرفین قرارداد باید به ماتریکس مراجعه و میزان خطری را که به وی مربوط می‌شود را ارزیابی کند. از سوی دیگر، کارفرما و پیمانکار باید مشخص کنند که چه کسی مسئولیت خطرات دیگری که در ماتریکس درج نشده است را بر عهده می‌گیرد (Ibid).

p. 103)

۱. Allocating Risk

۲. Risk Acceptance

۳. Risk matrix



۲-۱-۲-۵-۲. تقسیم خطر^۱

بعضی اوقات برای یک طرف قرارداد امکان کنترل یک خطر خاص وجود ندارد. در چنین مواردی رویکرد مناسب این است که با تقسیم آن بین دو یا چند شخص، این خطر خاص مدیریت یا کنترل شود. یک نمونه بارز از روش‌های تقسیم خطر، ایجاد یک سرمایه‌گذاری مشترک توسط پیمانکاران است. سرمایه‌گذاری مشترک حاصل اتحاد دو یا چند شرکت پیمانکاری برای ساخت یک طرح واحد است. از این رو، همه شرکا در خطرات ساخت‌وساز به همان شکلی که در سود و زیان طرح سهیم هستند، در مدیریت و کنترل خطرات آن نیز سهیم خواهند بود (Ibid).

یکی دیگر از روش‌های تقسیم خطر را می‌توان در قراردادهایی یافت که از لحاظ قیمتی در بالاترین حد خود تضمین شده‌اند. در این نوع قرارداد، کارفرما و پیمانکار با طرحی که در آن هزینه در بالاترین حد خویش توسط پیمانکار تضمین شده است، موافقت می‌نمایند. در یک قرارداد حداکثر قیمت تضمینی^۲، مبالغ حداکثری به‌طور معمول بین کارفرما و پیمانکار تقسیم می‌شود، درحالی‌که پیمانکار مسئولیت هزینه‌های بالاتر از حداکثر را بر عهده دارد (Ibid, p. 104).

برخی از خطرات نیز بر اساس فرم‌های استاندارد قرارداد بین کارفرما و پیمانکار مشترک است. به عنوان مثال خطر ناشی از مقررات مربوط به «تعدیل تغییرات در قانون» به موجب شرایط قراردادی «فیدیک»، بین کارفرما و پیمانکار مشترک می‌باشد. بند ۱۳٫۷ فیدیک به افزایش یا کاهش هزینه به دلیل تغییر در قانون اشاره دارد. بر این اساس، اگر پیمانکار به موجب تأخیر در اجرای کامل قرارداد، متحمل هزینه‌های اضافی شود، کارفرما باید مسئولیت آن را به عهده گیرد، اما اگر هزینه‌های طرح از مقدار پیش‌بینی شده کمتر شده باشد، کارفرما می‌تواند استرداد مبالغ اضافی را درخواست کند. (Knuston, 2005, p. 153)

۲-۱-۲-۵-۳. جلوگیری از خطر^۳

۱. Risk Sharing

۲. Guaranteed Maximum Price Contract

۳. Avoid Risk

اجتناب از خطر احتمالی، ممکن است احتمال خطر را به صفر برساند. پس از شناسایی و تحلیل خطرها، ممکن است برخی از خطرات، به‌عنوان مثال کمبود بودجه قابل‌قبول نباشند. علاوه بر خطرات تحمیل‌شده بر پیمانکار و کارفرما، مشاوران نیز در معرض خطر هستند. مشاوران می‌توانند با اطمینان از شفاف بودن و واضح بودن مسئولیت‌های حرفه‌ای از خطرات جلوگیری کنند (Ibid).

۲-۱-۲-۴. کاهش خطر^۱

کاهش خطر به معنای کاهش احتمال بروز خطر به یک حد قابل‌قبول است. اقدامات، قبل از شروع خطر انجام می‌شود تا احتمال وقوع و تأثیر آن به حداقل برسد. انجام اقدامات اولیه برای کاهش احتمال یا تأثیر خطر طرح معمولاً مؤثرتر از تلاش برای اصلاح آسیب پس از بروز آن است. مهم‌ترین اقدامات برای کاهش خطر عبارت انداز: کنترل قوی طرح، انجام بررسی‌های ساختاری، جلوگیری از انتشار نقشه‌ها با تأخیر، استفاده از موارد استاندارد، استفاده از طرح و مشخصات جایگزین و غیره (Ibid).

۲-۱-۲-۵. انتقال خطر^۲

انتقال خطر به معنای تغییر تأثیر منفی تهدید خطر به شخص ثالث است. هنگامی که خطرات به‌طرف دیگر منتقل می‌شود، به شخص ثالث بیمه پرداخت می‌گردد تا تبعات منفی وارده بر وی را تا حدی جبران کند. شایان‌ذکر است که انتقال خطر، خطر متوجه طرح را از بین نمی‌برد. البته انتقال خطر می‌تواند موجب ایمن ماندن طرح از بروز خطر شود (Ibid).

همه طرفین درگیر در یک طرح ساختمانی می‌توانند از طریق بیمه کردن منافع خود، از آن‌ها محافظت کنند، اما باید بپذیرند که همه خطرها، مطابق آنچه در ابتدا توضیح داده شد، قابل بیمه کردن نخواهند بود. بسیاری از فرم‌های استاندارد قرارداد ساختمانی بر انواع خاصی از بیمه تأکید دارند. خطرهای قابل بیمه معمولاً از طریق قرارداد به طرفی

۱. Risk Mitigation

۲. Risk Transfer



که قادر به کنترل، مدیریت و بیمه نمودن آنها است اختصاص می‌یابد (Fenn, 1992, p. 101).

خطرات قابل بیمه استاندارد معمولاً مربوط به مواد، تجهیزات پیمانکار، خسارت به دارایی شخص ثالث و غیره است. مشاوران معمولاً «بیمه غرامت حرفه‌ای» را بکار می‌گیرند تا بتوانند خود و مشتریان خویش را از در معرض قرار گرفتن خطر ایمن نگه‌دارند (Ibid).

صنایع بیمه و تضمین برای اشخاصی که تعهدات قانونی مربوط به این عرصه را می‌پذیرند، امنیت مالی تأمین می‌کنند. بر این اساس، انواع تضمین مالی و ضمانت برای انتقال نوع خاصی از خطر وجود دارد. به عنوان مثال خطر عدم تحقق قرارداد می‌تواند با ضمانت مالی برطرف شود. پس از اتمام ارزیابی خطر و اقدامات پاسخ گونه به آن، ماتریکس پاسخ به خطر می‌تواند برای ثبت مناسب و بررسی بیشتر در طول فرآیند نظارت و کنترل خطر آماده شود.

بنابراین می‌توان از نکات فوق نتیجه گرفت که در حقوق کانادا همانند رویه و اصول حقوقی حاکم در خصوص نظریه خطر، آن خطراتی که با منافع کارفرما در ارتباط بوده و از این رو، برای وی نسبت به کنترل و مدیریت آنها تعهد ایجاد می‌کند، در فرض بروز نیز، هرگونه مسئولیت جبران به کارفرما تحمیل می‌شود؛ به عبارت دیگر، شخصی که از وجود منفعت اجرای طرح بهره‌مند می‌گردد، خطرات ناشی از آن را نیز باید کنترل و مدیریت کند.

۲-۲. نظریه تقصیر^۱

پیشرفت فناوری و به تبع آن، افزایش خسارت ناشی از زندگی جدید، موجب افزایش اهمیت موضوع مسئولیت مدنی در میان موضوعات مختلف حقوقی شده که این خود منجر به پیدایش نظریه‌های مختلف از جمله «نظریه تقصیر» در این زمینه شده است. در حقوق کانادا، «تقصیر» دربرگیرنده تخلف از تعهد و التزام قانونی یا قراردادی و یا تجاوز یک شخص به حقوق شخص دیگر برخلاف متعارف است. بر این اساس،

۱. Fault Theory

می‌توان گفت که تقصیر عبارت است از اعمال خلاف حق که یک شخص نسبت به شخص دیگری انجام می‌دهد (Matthew et al. op. cit, p. 70). با توجه به مقدمه فوق، هرگاه کارفرما در انجام تعهدات خویش، احتیاط و رفتار متعارف را رعایت نکند یا از مقررات مربوط به تعهدات خویش تخلف نماید و بدین‌وسیله موجب ضرر دیگری و به‌ویژه شخص متعهد له شود، مقصر بوده و مسئول جبران خسارات وارده خواهد بود (Ramsey, op. cit. p. 78).

۳. مبانی مسئولیت کارفرما در حقوق ایران

در این قسمت به مهم‌ترین مبانی فقهی و حقوقی که مؤید مسئولیت ناشی از نقض تعهد عام کارفرما به فراهم‌سازی شرایط اجرای قراردادهای پیمانکاری در حقوق ایران می‌باشند، اشاره خواهیم کرد.

۳-۱. مبانی فقهی

در ذیل نیز به مبانی فقهی مسئولیت ناشی از نقض تعهد عام کارفرما اشاره می‌کنیم.

۳-۱-۱. قاعده لا ضرر

لزوم جبران ضرر قدیمی‌ترین بنیانی است که در مسئولیت مدنی از دیرباز به‌جامانده و همه قواعد دیگر از این منبع سرچشمه گرفته است. در این خصوص می‌توان گفت جبران ضرر پایه و اساس جبران خسارت را تشکیل می‌دهد (کاشان، ۱۳۹۰، ص ۷۵) و در حقوق اسلام، قلمروی گسترده‌تر از مسئولیت مدنی، به معنای مرسوم خود دارد. شایان‌ذکر است که مستندات این قاعده عقل، کتاب و روایات است. لزوم جبران ضرر ناروا را عقل نیز ضروری می‌داند و این امر باعث شده این قاعده به‌تمامی مواردی که از فعل شخص یا دستور وی ضرری به دیگری وارد می‌شود تسری پیدا کند (بشیری و دیگران، ۱۳۹۶، ص ۱۷۶).

با استفاده از قاعده لا ضرر از یک منظر می‌توان مسئولیت مدنی کارفرما را در یک گروه ساختمانی بدین‌صورت توجیه کرد که کارفرما به‌منظور انتفاع خود از اجرای قرارداد پیمانکاری بین‌المللی، در راستای ایفای تعهدات عام قراردادی خویش، ممکن



است فعالیت‌هایی انجام دهد که نقض تعهد نامیده شوند و منجر به ورود ضرر به اشخاص درگیر در اجرای طرح گردند که به موجب قاعده فوق، از آنجایی که ورود ضرر محکوم است، مسئول جبران ضرر و خسارات وارده خواهد بود.

۳-۱-۲. قاعده تسبیب

قاعده تسبیب یکی از قواعد متقن فقه است و بر مبانی آن هیچ‌گونه ایراد و اشکالی وارد نیست. به موجب این قاعده، در صورتی که شخص مالی را به طور مستقیم تلف نکند، ولی برای تلف کردن آن، سبب‌سازی و تمهید مقدمه کند، کار او را اتلاف به تسبیب گویند و ضامن خسارتی است که از این طریق به بار آمده است؛ به عبارت دیگر، هر کس سبب تلف و خسارت گردد، ولو آن‌که خود مباشرت به اتلاف و توجه ضرر نداشته باشد ضامن است و مسئولیت مدنی این امر متوجه او است. در تسبیب، شخص به طور مستقیم مباشر تلف مال و ورود خسارت نیست. در واقع تسبیب نوعی از اتلاف است، با این تفاوت که در اتلاف شخص مباشر اتلاف است، نه مسبب (همان، ص ۱۷۵).

از سوی دیگر، در «تسبیب» برخلاف قاعده «اتلاف»، وجود تقصیر شرط ایجاد مسئولیت است؛ یعنی عمل موجد خسارت بایستی ناشایست بوده و در نظر عرف تجاوز و عدوان باشد، هرچند در شرع در زمره اعمال حرام به حساب نیاید. برای تحقق تسبیب دو شرط باید وجود داشته باشد؛ شرط اول آن‌که تلف رخ دهد و شرط دوم این است که تلف به واسطه تقصیر مسبب باشد (امینی و برجیان، ۱۳۹۶، ص ۵۰).

مستندات این قاعده روایات و احادیث صحیح‌ای است که تعداد آن به یک یا دو مورد محدود نمی‌شود و در این خصوص بین فقها اختلاف نیست و اخبار متعددی نیز بر وجود چنین قاعده‌ای دلالت دارند. این قاعده نیز از جمله مهم‌ترین مبانی فقهی برای مسئولیت مدنی است که با توجه به شباهت روایات مشمول این قاعده به ماهیت عمل کارفرمایان و پیمانکاران، می‌توان گفت این قاعده می‌تواند یکی دیگر از مبانی فقهی برای مسئولیت مدنی کارفرما باشد (بشیری و دیگران، پیشین).

بنابراین، برخلاف حقوق کانادا که به نظریه «تسبیب» به عنوان یکی از مبانی تعهد عام کارفرما به فراهم‌سازی شرایط اجرای قرارداد پیمانکاری بین‌المللی اشاره نکرده

است، در حقوق ایران این نظریه به عنوان یکی از مبانی نظری در این زمینه قابل طرح و دفاع است (امینی و برجیان، پیشین، ص ۵۱)؛ بدین شرح که کارفرما در صورتی که به دلیل نقض تعهد عام مذکور موجب بروز خسارات و آثار منفی گردد، مسئول جبران آن‌ها نیز خواهد بود و از این جهت، یارای گریز از تحمل مسئولیت در این زمینه را نخواهد داشت.

۲-۳. مبانی حقوقی

در ذیل، مبانی حقوقی تعهد عام کارفرما به ترتیب اهمیت مورد مذاقه قرار می‌گیرد:

۱-۲-۳. نظریه خطر و مدیریت آن

در این بخش نیز نظریه خطر و مدیریت آن در حقوق ایران بررسی خواهد شد:

۱-۱-۲-۳. نظریه خطر

«خطر»، وقوع احتمالی یک رخدادی است که دارای اثرات مثبت یا منفی بر یک طرح است. روش‌های مختلفی وجود دارد که خطرات مربوط به یک طرح را طبقه‌بندی می‌کند. البته صرف نظر از این طبقه‌بندی، عناصر مشترک خطر که هنگام ارزیابی آن باید مورد توجه قرار گیرند، بدین ترتیب دسته‌بندی می‌شوند: (۱) احتمال وقوع؛ (۲) تکرار وقوع؛ (۳) تأثیر وقوع؛ (۴) اهمیت آن نسبت به دیگر خطرات.^۱

«نظریه خطر» در انتهای قرن ۱۹ پدید آمده است. به عقیده پیروان این نظریه همین که شخص زانی را به بار آورد، باید آن را جبران کند و زیان دیده از اثبات تقصیر معاف است؛ به عبارت دیگر، هر کس در برابر محیط خطرناکی که برای انجام فعالیت خود ایجاد کرده و فعالیت‌اش برای وی ثمرات مادی معنوی به همراه داشته است، مسئولیت دارد (بشیری و دیگران، پیشین، ص ۱۴۵).

۱. Required by: <https://forsatlawfirm.com/> / آشنایی با مفهوم خطر - در پروژه‌های زیربنا



البته ارزیابی هرکدام از این عناصر کار ساده‌ای نیست، لکن روش‌های مختلفی جهت بررسی اثر هر یک از آن‌ها وجود دارد که به مدیریت مؤثر خطر یاری می‌رسانند. در حقوق ایران همچون سایر نظام‌های حقوقی در این نظریه، تقصیر شرط مسئولیت مدنی نیست، بلکه هر شخصی که بر اثر فعالیت خود خطراتی ایجاد کرده و موجب زیان به دیگری شود، مسئول بوده و ملزم به جبران خسارت وارده است؛ به عبارت دیگر، به موجب این نظریه هر کس به فعالیتی بپردازد که از آن منتفع می‌گردد و بدین وسیله محیط خطرناکی برای دیگران به وجود می‌آورد، باید زیان‌های ناشی از آن را نیز جبران کند (همان).

۲-۱-۲-۳. مدیریت خطر

مدیریت خطر برای دستیابی به موفقیت یک طرح، اساسی است. مدیریت خطر حاوی مراحل مختلفی از جمله تحلیل خطر، کنترل خطر و گزارش دهی خطر است. از سوی دیگر، می‌توان بیان کرد که مدیریت خطر کاربرد سیستماتیک سیاست‌های مدیریتی، رویه‌ها و فرایندهای مربوط به فعالیت‌های تحلیل، ارزیابی و کنترل خطر می‌باشد. مدیریت خطر عبارت از فرایند مستندسازی تصمیمات نهایی اتخاذ شده و شناسایی و به کارگیری معیارهایی که می‌توان از آن‌ها جهت رساندن خطر تا سطحی قابل قبول استفاده کرد (Klee, 2015. p. 630).

در این رابطه، هنگام تجزیه و تحلیل خطرات مربوط به طرح‌های پیمانکاری و طرح‌های مشابه آن، می‌توانیم بین دو دسته اصلی از خطرات تمایز قائل شویم. دسته اول) خطرات ناشی از صدمات جسمی و فیزیکی، مانند مواد معیوب، سیل و حوادث مرتبط با کار است و دسته دوم) خطرات ناشی از خسارات مالی و تأخیر، مانند عدم تحویل به موقع سایت، تأخیر در ارائه دستورالعمل‌ها و همچنین تغییرات ایجاد شده در روند اجرای طرح را شامل می‌گردد (Ibid).

نکته مهم آن‌که خطرات فوق با یکدیگر متفاوت هستند؛ زیرا دسته اول خطرهایی هستند که قابلیت بیمه کردن را دارند، در حالی که دسته دوم، خطراتی هستند که قابل بیمه نیستند. شایان ذکر است این خطرات حتی در قالب‌های استاندارد قرارداد که به طور عادی مسائل مربوط به بیمه را تنظیم می‌کنند، از راه‌های مختلف اداره می‌شوند.

البته مسئله مهم این است که در قراردادهای پیمانکاری ازجمله قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی چه کسی این خطر را تحمل می‌کند و به نظر می‌رسد که پاسخ به آن بستگی به مفاد قرارداد و یا قانون حاکم دارد (Knuston, 2005, p. 160)

علاوه بر این، خطرات نشأت‌گرفته از فعالیت کارفرما و پیمانکار شناسایی و انواع مختلفی از خطرهای به‌عنوان خطر تجاری^۱ شناخته شده‌اند که منجر به ضرر مالی و یا از دست دادن زمان برای هر یک از طرفین طرح می‌شود و از لحاظ تجاری در دسترس است، اما قابلیت بیمه شدن نخواهد داشت. از سوی دیگر، خطر مربوط به خسارت^۲، خطری است که منجر به از بین رفتن فیزیکی یا آسیب دیدن حاصل کار یا سایر دارایی‌های متعلق به هر یک از طرفین، به غیر از آنچه مربوط به خطر تجاری می‌گردد، خواهد شد (Klee, *op. cit.* p. 624).

مطابق دسته‌بندی فوق‌الذکر، خطرات تجاری مربوط به کارفرما که باید توسط ایشان مدیریت و کنترل گردد به شرح زیر است:

الف) خسارت مالی^۳، تأخیر^۴ یا خسارت اختصاص‌یافته به کارفرما طبق قرارداد و یا مسئولیت وی به‌موجب قانون، مگر این‌که طبق قرارداد مستثنی شده باشد.

ب) استفاده از سایت یا هر قسمت از فضای فیزیکی کار به‌منظور طراحی، ساخت یا اتمام کارها به غیر از خطراتی که توسط پیمانکار بروز یافته یا توسط قرارداد مستثنی شده باشد (Ibid).

در مقابل، خطرات مربوط به خسارت که به کارفرما ارتباط پیدا می‌کند عبارت‌اند از:

۱. Commercial Risk

۲. Risk of Damage

۳. The financial Loss

۴. Delay



الف) خسارت ناشی از هرگونه مداخله اعم از موقت و دائم با هرگونه حق استفاده، نور^۱، هوا^۲، آب^۳، به غیر از آنچه به موجب قرارداد مستثنی شده و یا در مراحل ساخت طرح غیرقابل اجتناب است.

ب) تقصیر^۴، خطا^۵، نقص^۶ و یا هرگونه غفلت از عناصر طراحی که باید توسط کارفرما انجام پذیرد، مگر آنچه بر عهده پیمانکار بوده و یا به موجب قرارداد مستثنی شده باشد. ج) هر حادثه‌ای که از طبیعت ناشی گردد؛ غیر از مواردی که به موجب مفاد قرارداد به پیمانکار اختصاص داده شده است (Ibid, p. 625).

البته برخی از خطرات به صورت غیرمنتظره بروز کرده و از دو مورد فوق و به عبارتی خطراتی که بر عهده کارفرما بوده مستثنی هستند. این موارد عبارت‌اند از:

الف) خطرات ناشی از جنگ^۷ و تهاجم^۸؛ ب) شورش^۹، تروریسم^{۱۰}، انقلاب^{۱۱}، شورش^{۱۲} و یا جنگ داخلی در داخل کشور؛ ج) اعتصاب^{۱۳} اشخاصی غیر از کارکنان پیمانکار و سایر کارمندان وی و همچنین پیمانکاران فرعی؛ د) آلودگی ناشی از رادیواکتیو به استثنای مواردی که مربوط به استفاده پیمانکار از این مهمات، مواد منفجره و یا فعالیت‌های رادیواکتیو است؛ و هـ) مهم‌تر از همه، فاجعه‌های طبیعی مربوط به زلزله، طوفان و آتشفشان‌ها (Dobb, 1993, p. 96).

۱. Light

۲. Air

۳. Water

۴. Fault

۵. Error

۶. Defect

۷. War

۸. Hostilities

۹. Rebellion

۱۰. Terrorism

۱۱. Revolution

۱۲. Insurrection

۱۳. Commotion

با توجه به نکات فوق می‌توان گفت: مدیریت خطر یک نیاز اساسی در طول زندگی یک طرح ساختمانی است. هر شرکت‌کننده در هرم ساخت‌وساز باید خطرات خود را ارزیابی کند و در صورت امکان آن‌ها را کاهش دهد و در صورت بروز اختلافات، سریعاً برای اجرای یا دفاع از منافع خود عمل کند.

در این زمینه، باید مذاکره ماهرانه‌ای در مورد امور مالی و تخصیص خطر، تهیه پیش‌نویس قرارداد و سایر اسناد، صورت گیرد و در صورت بروز اختلافات، سریعاً اقدام لازم به عمل آید (سلجوقی، ۱۳۸۰، ص ۹۶).

در خصوص رویکرد حاکم در حقوق ایران، همانند آنچه در حقوق کانادا بررسی و نتیجه‌گیری شد، در خصوص قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی، کارفرما مسئول جبران آن خسارت‌هایی خواهد بود که از خطرات مرتبط با هر یک از تعهدات عام وی بروز می‌نماید و ایشان در صورت نقض آن‌ها باعث ورود ضرر و زیان مادی و معنوی به پیمانکار و دیگر افراد درگیر در اجرای طرح می‌گردد.

۳-۲-۲. نظریه تقصیر

بر اساس این نظریه، شخص زمانی مسئول است که مرتکب تقصیری شده باشد و آن تقصیر هم علت ایجاد خسارت شناخته شود. به عقیده پیروان این نظریه، شخص تنها در صورت ارتکاب خطا مسئول است. از این رو، در ارائه تعریفی دقیق از «تقصیر» می‌توان گفت: «تقصیر عبارت است تعدی و تفریط از رفتار انسانی متعارف در همان شرایط خارجی وقوع حادثه یا رفتاری که هرگاه یک شخص متعارف در شرایط حادثه قرار بگیرد مرتکب آن نمی‌شود» (بشیری و دیگران، پیشین، ص ۱۴۲).

این تعریف با مواد ۹۵۱ تا ۹۵۳ قانون مدنی نیز سازگارتر به نظر می‌رسد. به موجب این نظریه تنها دلیلی که می‌تواند مسئولیت کارفرما را نسبت به جبران خسارت توجیه کند وجود رابطه علیت بین تقصیر او و ضرر وارده است. در ماد ۱۲ قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹، قانون‌گذار خواسته است کسانی را که در نتیجه فعالیت کارخانه و کارگاه‌ها زیان می‌بینند، در مقام جبران خسارت با کارگران و کارمندان روبه‌رو نسازد



و زیانی را جبران نشده باقی نگذارد؛ چون عدالت اجتماعی اقتضا دارد شخصی که اگر این کارگاه‌ها سود می‌برند، زیان‌های ناشی از آن را تحمل کنند (همان، ص ۱۴۵).
بر مبنای نظریه تقصیر، برای این‌که زیان‌دیده بتواند جبران خسارت خود را از کارفرما بخواهد، باید ثابت کند که تقصیر او سبب ورود خسارت شده و در احراز تقصیر، زیان‌دیده نقش مدعی را دارد و باید دلیل بیاورد. پس ارتکاب تقصیر و خطا مطابق این نظریه شرط اصلی مسئولیت مدنی است. به‌طور کلی نکته مثبت این نظریه آن است که هر کس را مسئول عواقب و پیامدهای اعمال و رفتار خود می‌داند و به مسئولیت جنبه شخصی می‌دهد که خود موجب افزایش احتیاط نزد افراد می‌شود. (Eggleston, 2009, p. 200)
به‌طور کلی، «نظریه تقصیر» به‌عنوان یکی از مبانی اصلی تعهدات عام کارفرما قابل‌طرح است تا بتوان رویکرد حقوق ایران را در این خصوص هم‌راستا با اصول جهانی حاکم بر قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی قلمداد کرد.

۳-۲-۳. نظریه تضمین حق

در این نظریه، برخلاف نظریه خطر و تقصیر، به‌جای توجه و ارزیابی کار فاعل خطر، به زیان وارده به زیان‌دیده و حقوق تضییع‌شده از وی توجه می‌شود و به همین دلیل، تضمین این حقوق توسط شخص متعهد در اولویت است. مطابق این نظریه که مبتکر آن یکی از حقوق‌دانان فرانسه به نام «بوریس استارک»^۱ است، تمام مسائل مسئولیت مدنی را نمی‌توان با استفاده از نظریه تقصیر و نظریه خطر حل کرد و این دو نظریه وافی به مقصود نیستند؛ زیرا هدف قواعد مسئولیت مدنی، جبران خسارت و تضمین حق و حمایت از آن است و باید بیشتر وضعیت زیان‌دیده مورد توجه قرار گیرد. طبق این نظریه، هرکسی در جامعه حق دارد سالم و ایمن زندگی کند و این حقی است که قانون برای اشخاص قائل شده است (بشیری و دیگران، پیشین، ص ۱۷۰).
ایراد نظریه یادشده این است که اگر شخصی در مقام اعمال حق خود، موجب ضرر دیگری شود تکلیف چیست و با چه ضابطه‌ای باید دو حق مخالف را با یکدیگر سازش

۱. Boris Starck

داد. پاسخی که به این ایراد داده‌اند آن است که اجرای برخی از حقوق به طبع با زیان دیگری ملازمه دارد، چنانچه در اثر اعمال آن، زیانی متوجه دیگری می‌شود، مسئولیتی متوجه صاحب حق نیست.^۱

بر مبنای این نظر، مسئولیت کارفرما بر تضمین حقوق پیمانکار در ایفای تکالیف وی (کارفرما) دانسته شده و بر این اساس، کارفرما ضامن انجام تعهدات خویش در برابر پیمانکار است؛ به عبارت دیگر، در صورت بروز زیان در خصوص عدم انجام هر یک از تعهدات از سوی کارفرما، پیمانکار نیازی به اثبات «تقصیر» و «ورود زیان» نداشته و بدوا می‌تواند به کارفرما مراجعه کند.

۴. نتیجه

بامطالعه تطبیقی موضوع در حقوق کانادا و ایران، نتایج ذیل حاصل شد:

(۱) در حقوق کانادا و ایران، مبنای اصلی مسئولیت ناشی از نقض تعهد عام کارفرما «نظریه مدیریت خطر» دانسته شده است؛ با این توضیح که با توجه به این که خطرات غالبی که در حوزه قرارداد پیمانکاری بین‌المللی به وقوع می‌پیوندد، غالباً با منافع کارفرما از اجرای قرارداد در تعارض است، وی باید برای جلوگیری از بروز این خطرات و خسارات ناشی از آن، آن‌ها را مدیریت و کنترل کند. در نتیجه در صورت عدم تدبیر و اقدام لازم در این خصوص، در قبال بروز خسارات قراردادی و غیر قراردادی مسئول بوده و باید اعاده به وضع سابق نموده و یا به روش دیگر جبران خسارت کند.

(۲) علاوه بر این، نظریه «تقصیر» به عنوان یک مبنای مشترک در حقوق کانادا و ایران مورد بررسی قرار گرفت؛ لکن در گستره مبانی نظری تعهد عام کارفرما به فراهم‌سازی شرایط اجرای قراردادهای پیمانکاری بین‌المللی، در حقوق کانادا نظریه «تسبیت» طرح و مورد دفاع قرار نگرفته است، در حالی که در حقوق ایران به شرح پیش‌گفته، این نظریه به عنوان یکی از مبانی اصلی مطرح شده است.

۱. Required by; <http://adskg.ir> / نظریه - تضمین - حق



۳) از سوی دیگر، به دلیل فقهی نبودن نظام حقوقی کشور کانادا، برخلاف آنچه در حقوق ایران مشاهده می‌گردد، نگرش حقوقی موجود در این کشور در زمینه موضوع پژوهش مجمل به نظر می‌رسد.

۵. فهرست منابع

۱-۵. منابع فارسی

۱-۱-۵. کتب

۱. بشیری، عباس و دیگران، حقوق کاربردی شرایط عمومی، خصوصی و مکاتبات پیمان (پیمانکار و کارفرما) در مقررات و رویه قضایی، چ ۱، تهران، انتشارات جنگل، ۱۳۹۶.
۲. سلجوقی، محمود، بایسته‌های حقوق تجارت بین‌الملل خصوصی، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۸۰.
۳. کاشار، اولیویه، حقوق تجارت بین‌الملل، ترجمه رسول رضایی، چ ۳، تهران، انتشارات مهر و ماه نو، ۱۳۹۰.
۴. کلایوام، اشمیتوف، حقوق تجارت بین‌الملل، جلد دوم، ترجمه بهروز اخلاقی و دیگران، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۹۱.

۲-۱-۵. مقالات

۵. امینی، منصور و علی برجیان، «جبران خسارات قراردادی در حقوق مدنی کانادا (ایالت کبک)»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۶۸، ۱۳۹۳.

۲-۵. منابع انگلیسی

6. Dobb, D.B, *Law of Remedies: Damages, Equity, Restitution*, West Company Publishing, 1993.

7. Eggleston, B., *Liquidated Damages and Extensions of Time: In Construction contract*, Third Edition, United Kingdom, John Wiley and Sons Publication, 2009.
8. Fenn, Peter and Rob Gameson, *Construction Conflict Management and Resolutions*, University of Manchester, 1992.
9. Klee, L, *International Construction Contract Law*, First Edition, United Kingdom, John Wiley and Sons, 2015.
10. Knuston, R, *FIDIC: an Analysis of International Construction Contract*, First Edition, Netherland, Kluwer Law International, 2005.
11. Matthew, R alter and et al, *Construction and Projects in Canada: Overview*, Country Q & A, Canada, 2017.
12. Proverbs, D.G and al, *Construction Industry Problems: The Views of UK Construction Directors*, University of Wolverhampton, West Midlands, UK, Wviisb, UK, 1999.
13. Richard, Leonard & Timothy J. Morphy, *Construction Law in Canada*, LexisNexis Canada, 2010.
14. Surahyo, Akhtar, *Understanding Construction Contracts: Canadian and International Conventions*, Springer, Canada, 2018.

۳-۵. منابع الکترونیکی (تارنما)

15. <https://www.torkinmanes.com/expertise/service/construction-law>
16. <https://www.torkinmanes.com/expertise/service/construction-law>
17. <http://adskg.ir> / نظریه - تضمین - حق
18. <https://forsatlawfirm.com/> / آشنایی با مفهوم خطر در پروژه‌های زیربنا

Foundations of Employer's Liability Arising the Violation of General Obligation to Provide Enforcement Conditions for International Contracts; "Comparative Study in Canadian and Iranian Law"

Hasan Eskandari¹, Mohammad Issaei Tafreshi^{2*}

1. Ph. D. Student, Department of Private Law, Faculty of Law, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran

2. Professor, Department of Private Law, Faculty of Law, Tarbiat Modares University, Tehran, Iran

Receive: 08/10/2021

Accept: 09/08/2022

Abstract

In the scope of global trade, the implementation of international contracting contracts is facing some challenges and issues. One of these issues is providing the conditions for implementation of these contracts and the obligation of the employer in this regard. The main and crucial point is to determine the basis of employer's general obligation to provide the conditions for implementation of international contracting contracts which makes defensible why of the task and in other words, the employer's general obligation in this scope; because the existence of any obligation must be based on a foundation that in absence of that foundation, imposing the obligation will be eliminated. In this article, we intend to examine the issue with a comparative study of Canadian and Iranian law. The research method is descriptive-comparative with a "contextual" approach. The focus of this research is on "international contracting contract". The method of collecting research resources is a library, which is done by using written sources, documents and if Necessary, online information. The research finding Suggests that in Canadian and Iranian Law, the Main foundation for Liability arising breach of the employer's general obligation is the "Risk Management Theory", with explanation that the prevailing risks that occur in the scope of

* Corresponding author's E-mail: tafreshi@modares.ac.ir

international contracting contract are often in conflict with the employer's interests in the performance of the contract, he must in order to avoid these risks and the resulting damages, manage and control.

Keywords: Foundations, Employer's General Obligation, Responsibility, Provision, Implementation of International Contracting Contracts.