

The Contractor's Duty to Warn in Construction Law; A Comparative Analysis and Jurisprudential Elaboration Based on the Rule of Taḥdhīr (Warning)

 Ali Khoshnevis

Master Degree of Private Law, Faculty of Law, Farabi College,
University of Tehran, University of Tehran, Iran
alikhoshnevis@ut.ac.ir

 Abdollah Radjabi

Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Law,
Farabi College, University of Tehran, Iran (Corresponding Author)
rajabya@ut.ac.ir

Received: 2026-06-19

Accepted: 2026-08-08



Abstract

The complexity of construction contracts and the increasing specialization of the construction process have blurred the traditional boundary between design and execution liabilities, turning the allocation of risk and liability into one of the fundamental challenges of construction law. Within this context, the status of the "contractor's duty to warn" regarding design defects or hazardous instructions issued by the employer has acquired critical importance, both as to its legal basis and its effects on liability. The central problem of this research is to analyze the legal nature of this duty and to clarify how, and on what basis, a contractor's warning may extinguish or reduce its contractual or civil liability. Alongside this issue, the research examines the scope and conditions for the fulfillment of this duty, clarifying the point at which the boundary between contractual obedience and

Journal of Research and Development
in Civil Liability Law

Iranian Law and Legal Research
Institute

Vol. 1 | No. 1 | Spring & Summer 2026

(Original Article)

www.jcil.illrc.ac.ir

doi:

10.22034/jcil.2026.738624

the professional duty of care is drawn, and the consequences that follow, within the liability regime, from a failure to discharge the duty to warn. The research method is descriptive-analytical and document-based. To this end, by examining comparative legal sources (common law and civil law/Romano-Germanic systems), judicial and arbitral practice, as well as an analysis of Imami jurisprudential (feqh) texts and Iranian positive law, the theoretical foundations and practical function of the duty to warn are examined. The findings indicate that the common law system derives this duty primarily from the implied term of skill and care, while Romano-Germanic systems derive it from the principle of good faith and the obligation to cooperate. In Iranian law, an independent, more coherent, and more effective basis can be proposed for this duty. The principal innovation of this research lies in elaborating the duty to warn within engineering law and in explaining the contractor's duty to warn on the basis of the rule of Taḥdhīr (warning) – a rule under which an effective warning is deemed to sever, wholly or in part, the customary attribution of damage to the contractor, and, through the transfer of liability arising from knowing insistence, directs that liability toward the employer as the party acting against its own interest.

Keywords : Duty to Warn, Civil Liability of Contractor, The Rule of Taḥdhīr, Construction Law, Construction Contract



تکلیف پیمانکار به هشدار در حقوق ساخت‌وساز؛ تحلیل تطبیقی و تبیین فقهی بر پایه قاعده تحذیر

کارشناس ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشکده‌گان فارابی دانشگاه تهران، تهران، ایران

علی خوشنویس 

alikhoshnevis@ut.ac.ir

استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، دانشکده‌گان فارابی دانشگاه تهران، تهران، ایران، (نویسنده مسئول)

عبدالله رجبی 

rajabya@ut.ac.ir



تاریخ پذیرش: ۱۴۰۵/۰۵/۱۷

تاریخ دریافت: ۱۴۰۵/۰۳/۲۹

چکیده

پیچیدگی قراردادهای پیمانکاری و تخصصی‌شدن فرآیند ساخت‌وساز، مرز سنتی میان مسئولیت طراحی و اجرا را مخدوش ساخته و مسئله توزیع ریسک و مسئولیت را به یکی از چالش‌های اساسی حقوق ساخت‌وساز بدل کرده است. در این میان، جایگاه «تکلیف پیمانکار به هشدار» نسبت به عیوب طراحی یا دستورات خطرزای کارفرما، از حیث مبنای حقوقی و آثار مسئولیتی، اهمیتی اساسی یافته است. مسئله اصلی پژوهش، تحلیل ماهیت حقوقی این تکلیف و تبیین این نکته است که هشدار پیمانکار چگونه و بر چه مبنایی می‌تواند موجب زوال یا کاهش مسئولیت قراردادی یا مدنی او گردد. در کنار این مسئله، پژوهش به بررسی حدود و شرایط تحقق این تکلیف می‌پردازد و روشن می‌سازد که مرز میان اطاعت قراردادی و تعهد حرفه‌ای به مراقبت در چه نقطه‌ای ترسیم می‌شود و عدم ایفاء تکلیف هشدار چه پیامدهایی در نظام مسئولیت به دنبال دارد. روش پژوهش، توصیفی - تحلیلی و مبتنی بر مطالعه اسنادی است.

دوفصلنامه تحقیق و توسعه در

حقوق مسئولیت مدنی

پژوهشکده حقوق و قانون ایران

دوره ۱ | شماره ۱ | بهار و تابستان ۱۴۰۵

(مقاله پژوهشی)

www.jcil.illrc.ac.ir

DOI:

10.22034/jcil.2026.738624

بدین منظور، با تتبع در منابع حقوق تطبیقی (کامن لا و رومی-ژرمنی)، رویه‌های قضایی و داورى، و نیز تحلیل متون فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران، مبانی نظری و کارکرد عملی تکلیف به هشدار بررسی شده است. یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد که نظام کامن لا این تکلیف را عمدتاً از شرط ضمنی مهارت و مراقبت و نظام‌های رومی-ژرمنی از اصل حسن نیت و تعهد به همکاری استنتاج می‌کنند. در حقوق ایران می‌توان مبنایی مستقل، منسجم و کارآمدتر برای آن ارائه داد. نوآوری اصلی تحقیق، شرح وظیفه به هشدار در حقوق مهندسی و تبیین تکلیف پیمانکار به هشدار بر پایه قاعده «تحدیر» است؛ قاعده‌ای که هشدار مؤثر را سبب قطع کلی یا جزئی استناد عرفی خسارت به پیمانکار دانسته و با انتقال مسئولیت ناشی از اصرار عالمانه، آن را متوجه کارفرما به عنوان اقدام‌کننده علیه خود می‌سازد.

کلیدواژه‌ها: تکلیف به هشدار، مسئولیت مدنی پیمانکار، قاعده تحدیر، حقوق ساخت‌وساز، پیمان

مقدمه

در منظومه پیچیده قراردادهای پیمانکاری، رابطه کارفرما و پیمانکار فراتر از معاوضه ساده کالا و خدمات است. پیمان ساخت وسیله‌ای برای توزیع ریسک پروژه است. در روش سنتی تحویل پروژه (روش DBB) موسوم به قراردادهای سه عاملی، اصل بر تفکیک مسئولیت‌هاست؛ بدین معنا که کارفرما مسئول طراحی و پیمانکار مکلف به اجرای دقیق آن است. اگرچه پیمانکار برخلاف کارگر، از استقلال فنی برخوردار است (عزت الله عراقی، ۱۴۰۱، صص ۱۱۶-۱۲۱)، اما این استقلال مطلق نیست و او ملزم به رعایت التزامات قراردادی و قانونی است.

با این حال، تخصصی شدن صنعت ساخت، پیمانکار را از یک مجری صرف به متخصص حرفه‌ای بدل کرده که انتظار می‌رود نقشی فعال و هوشمندانه ایفا نماید. در این بستر، تعارضی میان «تکلیف به اطاعت» و وظیفه ضمنی «تعهد به مراقبت» پدیدار می‌شود. مسئله اصلی زمانی است که پیمانکار با عیوبی فاحش در طراحی یا دستوراتی مغایر با اصول فنی مواجه می‌شود. آیا سکوت و تبعیت کورکورانه، رافع مسئولیت اوست؟ پژوهش حاضر با هدف کالبدشکافی «تکلیف به هشدار»^۱ نشان می‌دهد که این مفهوم، برخلاف گذشته که تنها در حقوق مصرف‌کننده و تعهدات تولیدکنندگان به منظور صیانت از خریداران مطرح بود، اکنون در حقوق پیمانکاری نیز جایگاهی کلیدی دارد و از این‌رو، تسری این مفهوم به گستره حقوق پیمانکاری، نیازمند بازنگری در مبانی و کارکردهای آن است. کاربرد «قاعده تحذیر» نیز در فقه عمدتاً به حوزه‌های سنتی مسئولیت مدنی محدود مانده است؛ از این‌رو، ظرفیت این قاعده برای تحلیل روابط پیچیده قراردادهای ساخت‌وساز تاکنون مستقلاً واکاوی نشده است. پژوهش حاضر برای پر کردن این خلأ، ضمن انتقال دامنه شمول این قاعده به حقوق مهندسی، قاعده تحذیر را از یک «قاعده رافع ضمان» به «مبنای ایجاد تکلیف حرفه‌ای» ارتقا می‌دهد و برای آن کارکردی ایجابی نیز قائل است. افزون بر این، کاربست این قاعده معیاری برای حل تعارض میان «الزام به

^۱ Duty to Warn

اطاعت قراردادی» و «تعهد حرفه‌ای به رعایت اصول فنی» به دست می‌دهد؛ در نهایت، این مقاله اثبات می‌کند که برخلاف رویکرد تطبیقی^۱ که غالباً بر مفاهیمی چون «حسن نیت» یا «اصل همکاری» استوار است، قاعده تحذیر می‌تواند صرف نظر از پذیرش حسن نیت به عنوان قاعده کلی الزام آور، مبنایی مستقل، آشنا و مکمل برای تبیین جامع آثار حقوقی هشدار در نظام حقوقی ایران فراهم آورد که در فقه نیز مورد وفاق فقیهان می‌باشد.

این تحقیق با ابتدا بر قاعده فقهی تحذیر، مبنای مشروعیت و سازوکار معافیت از مسئولیت را تبیین می‌کند. هشدار مؤثر می‌تواند وصف ضمان آور بودن عمل پیمانکار را زائل و مسئولیت را کلاً یا جزئاً به دستوردهنده (کارفرما) باز گرداند. لذا تکلیف به هشدار، نه صرفاً یک تعهد اخلاقی، بلکه نهادی حقوقی و ریشه‌دار در فقه امامیه است که عدم رعایت آن، پیامدهای وضعی سنگینی دارد. این نوشتار ضمن واکاوی مرز میان «دانستن» و «بایستن» در تشخیص عیوب، به چالش‌های توزیع مسئولیت میان طراح و پیمانکار در فرضی که پیمانکار علیرغم مشاهده نقص، سکوت اختیار کرده است، می‌پردازد.

۲. از تفکیک طراحی و اجرا تا تعهد به هشدار

در الگوی سنتی «طرح، مناقصه و اجرا»، دکترین حقوقی بر تفکیک قاطع میان وظایف «طراحی» و «ساخت» استوار است. پیمانکار صرفاً متعهد به انطباق دقیق عملیات با اسناد پیمان است (Murdoch, 2008, p. 187)؛ لذا در صورت بروز عیب، تمیز میان «خطای طراحی» و «قصور در ساخت»، مبنای اصلی انتساب مسئولیت خواهد بود^۲. در همین راستا، برخی التزام مهندس مشاور را از جنس «تعهد به نتیجه» دانسته‌اند و معتقدند که

^۱ لازم به ذکر است که انتخاب نظام‌های حقوقی در این پژوهش بر مبنای تفاوت در مبنای استدلالی توجیه «تکلیف به هشدار» صورت گرفته است.

^۲ اگرچه ممکن است قراردادهای «طرح و ساخت» یا قراردادهایی مثل EPC/TURN KEY شرایط متفاوتی داشته باشند زیرا با انتقال تقریباً کامل ریسک طراحی به پیمانکار، وی موظف به اعتبارسنجی دقیق خواسته‌های کارفرما است. در این قراردادهای تأییدات مهندس ناظر رافع مسئولیت پیمانکار نبوده و اصلاح هرگونه نقص یا تناقض در اسناد و اجرا، مطلقاً بر عهده و به هزینه پیمانکار خواهد بود. (Lukas, 2015 : p.302)

چنانچه نتیجه مورد نظر حاصل نگردد مهندس مشاور مسئول خواهد بود. (قاسمی حامد، ۱۳۹۸، ص ۲۴۰)

به عنوان یک قاعده کلی، هرگاه عملی با تشخیص فردی صورت گرفته باشد، آن عمل برای عامل آن ایجاد مسئولیت می‌کند؛ زیرا انتساب عرفی متوجه اوست، نه مشاور، طراح و دیگران. به عبارتی دیگر، اصل بر آن است که پیمانکار متعهد به حسن اجرای کار و تحویل مطابق با اسناد و مدارک پیمان است. کافی نیست که ثابت کند تلاش لازم را برای بدست آوردن نتیجه کرده است؛ بلکه تعهد او به نتیجه است (کاتوزیان، ۱۴۰۳، ص ۵۷۸). این تعهد، ناظر بر سلامت عملیات اجرایی، کیفیت مصالح (در فرض تامین توسط وی نه آنکه حسب قرارداد مصالح توسط کارفرما معین شده باشد (Murdoch, 2008, p. 162)) و رعایت استانداردهای فنی در فرآیند ساخت است. بر مبنای این اصل، هرگونه عیب، نقص یا تخریبی که ریشه در خطای اجرایی، قصور در عملیات کارگاهی، یا استفاده از روش‌های نامناسب ساخت داشته باشد، مستقیماً متوجه پیمانکار خواهد بود و او ملزم به جبران خسارت و رفع نقص به هزینه خویش است؛ به عبارتی دیگر عامل شخصاً دارای مسئولیت است مگر اینکه تشخیص عامل معتبر نباشد (به دلیل نقص عقلانی یا ناکافی بودن اطلاعات عمده افراد دارای وضعیت مشابه درباره موضوع) مثلاً در خصوص مسئولیت ناشی از اشتباه در طراحی، بنظر می‌رسد که مشاور یا طراح، نقشی فراتر از مشورت دادن به کارفرما یا پیمانکار را دارد و به دلیل تخصص او گویی پیمانکار را مغرور خویش کرده است و پیمانکار می‌تواند پس از جبران خسارت به غار رجوع نماید^۱ یا یکی از تعهدات ناظر به موضوع کار پیمانکار، رعایت کیفیت و تناسب مواد و مصالح برای بکارگیری آن در پروژه است که در قبال نقص آن مسئول است اما اگر فروشنده حرفه ای باشد و خریدار مواد و

^۱ نکته آن است که عملی باید صادر گردد که آن عمل موجب فریب خوردن دیگری بشود (محقق داماد، ۱۴۰۴، صص ۲۱۱-۲۱۲) برخی وجود تقصیر و رابطه سببیت را نیز به آن اضافه نمودند (صفایی، ۱۴۰۵، ص ۲۱۵). چنانچه عمل موجب فریب پیمانکار نشود، با توجه به تجربه و مهارت حرفه‌ای خود، باید عیوب عیان و خطرناک طراحی را تشخیص و پیش از اجرای آن به کارفرما هشدار دهد. ر.ک: Brunswick Construction Ltée v. Nowlan: <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/5594/index.do>

مصالح (پیمانکار) بر دانش و مهارت و قضاوت تامین کننده اعتماد کرده باشد آنگاه ضمان بر دوش تامین کننده است (Bailey, 2011; pp175-176) مگر آنکه نقص، کاملاً بدیهی و آشکار باشد.^۱ (بنگرید به ماده ۴ تامین کالا و خدمات ۱۹۸۲ انگلستان)

با وجود توزیع ریسک، در واقعیت کارگاه، مرزهای مسئولیت همواره شفاف نیست و پیمانکاران در موارد زیر، عملاً در مدار مسئولیت طراحی قرار می گیرند: (Merdock, 2008; 187)

الف: اعمال صلاحدید فنی: در صورت نقص در اسناد پیمان، پیمانکاری که بدون استعلام از طراح، با ابتکار خود خلأها را پر کند، مسئولیت ریسک ناشی از آن تصمیم را بر عهده دارد. ب: ارائه مشاوره تخصصی: اگر پیمانکار به عنوان متخصص، مشاوره ای ارائه دهد که مبنای عمل قرار گیرد، طبق اصول حقوقی (به ویژه در کامن لا)، در قبال صحت آن مسئول است.^۲ ج: تهیه نقشه های کارگاهی: تهیه این نقشه ها توسط پیمانکار، از گلوگاه های انتقال مسئولیت است و تایید آن ها توسط دستگاه نظارت، لزوماً رافع مسئولیت پیمانکار نیست. د: تعهد به هشدار: این تکلیف، حتی در صورت عدم مداخله مستقیم پیمانکار در طراحی، او را در مدار مسئولیت قرار می دهد. به نظر برخی، تعهد به هشدار یک تعهد قراردادی است که به طور فزاینده ای در قراردادهای مدرن برای حمایت از کنش گری فعالانه استفاده می شود. اصل سنتی قانون از هوشیاران حمایت می کند، نه از خفتگان^۳

^۱ پرونده OLG مونیخ، ۲۷ می ۲۰۰۸ دادگاه حکم داد که سازنده می تواند به تخصص شرکتی که مصالح را تحویل داده و به کارفرما در انتخاب آنها مشاوره داده است، اعتماد کند:

OLG München, 27.05.2008, 28 U 4500/04, IBR 2009, 325; IBR 2009, 326; IBR 2009, 1213

^۲ در کامن لا یک تعهد به مراقبت به وجود خواهد آمد. این یک اصل حقوقی کامن لا است که بیان می دارد اگر شخصی با مهارت تخصصی، مشاوره ای ارائه دهد و بداند یا باید بداند که طرف مقابل به آن مشاوره اتکا خواهد کرد، در قبال صحت و دقت آن مشاوره مسئولیت دارد و در صورت قصور، باید پاسخگو باشد. (Merdock, 2008; 187)

^۳ *vigilantibus, et non dormientibus, jura subveniunt*

در اینجا اعمال می‌شود و اصل سکوت یا امتناع از پاسخگویی^۱ باید به ضرر [شخص ساکت] تلقی شود (Lukas, 2015 : 101). حقوق مدرن ساخت، اجرای کورکورانه طرح معیوب را نمی‌پذیرد. اصل بر این است که پیمانکار به عنوان طرف حرفه‌ای، مسئول خروج خویش است؛ لذا در صورت مشاهده نقص واضح در دستورات، هشدار به کارفرما راه خروج وی از دایره مسئولیت و انتقال ضمان به کارفرماست. در واقع، هشدار دادن، ابزاری است که ذمه پیمانکار را از تقصیر ناشی از سکوت کلاً یا جزئاً بری کرده و تعادل مسئولیت را در قرارداد حفظ می‌کند.

۳: مبانی نظری و خاستگاه تکلیف به هشدار

تحلیل خاستگاه تکلیف به هشدار نشان می‌دهد که این تعهد ریشه در دو حوزه مسئولیت قراردادی و مسئولیت قهری دارد. اگرچه بخش عمده این تکلیف در بستر قرارداد و در برابر طرف مقابل معنا می‌یابد، تقلیل آن به مبانی قراردادی مانع از درک صحیح ابعاد آن، به‌ویژه در قبال اشخاص ثالث خواهد شد. از این رو، مبانی این تکلیف در دو بخش قابل بررسی است:

۱-۳: مبانی قراردادی تکلیف به هشدار

خاستگاه قراردادی تکلیف به هشدار را می‌توان در مجموعه‌ای از اصول مشترک حقوق قراردادهای جست‌وجو کرد که در نظام‌های مختلف حقوقی، هرچند با ابزارها و استدلال‌های متفاوت، به نتیجه‌ای مشابه یعنی الزام پیمانکار به آگاه‌سازی کارفرما منتهی می‌شوند.

۱-۳: اصل حسن نیت، وفاداری و همکاری قراردادی: در بسیاری از نظام‌های حقوقی، به‌ویژه کشورهای حقوق نوشته، تکلیف به هشدار مستقیماً از اصل حسن نیت و وفاداری قراردادی ناشی می‌شود^۲ (Wallace; 1997, P543). بر این مبنا، قرارداد صرفاً ابزاری

^۱ *qui tacet consentire videtur*

^۲ در حقوق انگلستان، طرفین الزامی به انجام مذاکرات قراردادی بر مبنای حسن نیت ندارند؛ زیرا این مفهوم اخلاقی، ذهنی و مبهم تلقی شده و ممکن است قطعیت قراردادی را مخدوش سازد. با این حال، آزادی طرفین مطلق نیست و قواعدی مانند منع اکراه، نفوذ ناروا و فریب بر روابط قراردادی حاکم‌اند. همچنین، هر یک از طرفین می‌تواند پیش از انعقاد نهایی قرارداد، مذاکرات را قطع کند و مسئولیت ناشی از اقدامات پیش قراردادی تنها در موارد خاصی، مانند

برای مبادله کالا یا خدمات نیست، بلکه رابطه‌ای مبتنی بر اعتماد و همکاری است که تکالیف ضمنی متعددی را بر طرفین تحمیل می‌کند. مطابق تعریفی که سند DCFR ذیل کتاب اول ماده ۱۰۳ ارائه می‌دهد، حسن نیت و رفتار منصفانه متضمن صداقت، شفافیت و مراعات منافع طرف دیگر رابطه قراردادی است. از این رو پیمانکار به عنوان طرف حرفه‌ای مکلف است از رفتار فرصت طلبانه پرهیز کرده و در جهت حفظ منافع کارفرما اقدام نماید.

در دکترین حقوقی آلمان، تکلیف به هشدار تجلی خاص اصل حسن نیت تلقی شده است (Luzak, 2011: p49)^۱؛ بدین معنا که حتی در فقدان تصریح قراردادی، پیمانکار موظف است در صورتی که اجرای نقشه‌ها به شکست پروژه یا ورود خسارت منجر می‌شود، سکوت نکرده و هشدار دهد.^۲ در حقوق هلند نیز این تکلیف در قانون مدنی (BW) تصریح شده و

ارائه اطلاعات خلاف واقع یا بی‌احتیاطی، قابل طرح است. (Lando and Beale, 2000, pp. 113–119) اگرچه حقوق انگلستان در اواسط قرن هجدهم اصل حسن نیت را پذیرفته بود، امروزه برخلاف بسیاری از نظام‌های حقوقی، آن را اصلی مستقل و بنیادین نمی‌داند. باین وجود، قواعدی برای تضمین «رفتار منصفانه» در روابط قراردادی وضع کرده است که از خیانت به اعتماد طرف مقابل جلوگیری کرده و در ارزیابی صداقت طرفین نقش مهمی دارند. (Zimmermann and Whittaker, 2000, p. 41)

^۱ Treu und Glauben, & 242 BGB

^۲ در آلمان، مقررات VOB/B به عنوان شروط عمومی قراردادهای ساختمانی، در صورت توافق طرفین جایگزین مقررات تکمیلی قانون مدنی آلمان (BGB) می‌شود. بر اساس بند ۳ ماده ۴ این مقررات، سازنده یا طراح موظف است محل اجرای پروژه را بررسی کرده و نواقص مؤثر بر اجرای قرارداد، مصالح ارائه شده از سوی کارفرما یا عملکرد سایر عوامل حرفه‌ای را فوراً و به صورت کتبی اطلاع دهد. این تکلیف مبتنی بر اصل حسن نیت مقرر در ماده ۲۴۲ قانون مدنی آلمان است. (Luzak, 2011, p49) دادگاه عالی ایالتی برمن نیز در رأی ۱۵ فوریه ۲۰۰۱ تأکید کرد که مقررات VOB/B صرفاً تکلیف به اختطاری را تصریح می‌کند که پیش‌تر نیز بر مبنای اصل حسن نیت قابل اعمال بوده است.

OLG Bremen, 15.02.2001, 5 U 69/00c, BauR 2001, 10

از بالاترین درجه قطعیت حقوقی برخوردار است.^۱ در فرانسه نیز رویکردی مشابه مشاهده می‌شود. (پرویز اکبری، ۱۳۹۹، ص ۱۶)

علاوه بر حسن نیت، این تکلیف بر مبنای دیگری همچون تعهد به مراقبت^۲ و وظیفه همکاری^۳ نیز استوار است. مبنای این نگرش آن است که قرارداد، طرحی اعتباری برای آینده و مبتنی بر همکاری مشترک طرفین است (رجبی، ۱۴۰۴، ص ۶۲۴). بر این اساس، پیمانکار به‌طور ضمنی و به دلالت التزامی متعهد می‌شود دانش و مهارت تخصصی خود را نه صرفاً برای اجرای فیزیکی تعهدات، بلکه در جهت تضمین نتیجه مطلوب و حفظ مصالح عالیه پروژه به کار گیرد.^۴ (جابری، ۱۴۰۳، ص ۱۸۵)

اهمیت این مبنا در مباحث نظری نیز آشکار است؛ زیرا این پرسش مطرح می‌شود که آیا تکلیف به اخطار یک تعهد مستقل ناشی از حسن نیت است یا بخشی از تعهدات دیگری نظیر تکلیف به بازرسی^۵ محسوب می‌شود. (Luzak, 2011, pp 69-70) در فرض اخیر، سکوت پیمانکار در برابر نواقص آشکار یا قابل کشف، نقض هم‌زمان تکلیف به بازرسی و تکلیف به اخطار خواهد بود. چنین برداشتی مانع از آن می‌شود که پیمانکار با تقلیل نقش خود به یک مجری صرف، از مسئولیت همکاری فعالانه در تحقق اهداف مشترک پروژه شانه خالی کند.

۲-۱-۳) معیار مهارت متعارف و استنتاج شروط ضمنی: حتی در نظام‌هایی مانند انگلستان که اصل حسن نیت جایگاه محوری ندارد (Whittaker, 2009; p15)، تکلیف به

^۱ از سال ۲۰۰۳، این تکلیف به‌طور صریح در ماده ۷:۷۵۴ قانون مدنی هلند (BW) برای پیمانکاران پیش‌بینی شده است. این ماده، پیمانکار را موظف می‌کند که کارفرما را نسبت به اشکالات موجود در دستور کار که از آن‌ها آگاه بوده یا به‌طور متعارف می‌بایست آگاه می‌بوده است، اخطار دهد.

^۲ Duty of Care

^۳ Duty to Cooperate

^۴ در همین راستا کتاب سوم DCFR در ماده ۱۰۴ مقرر می‌دارد: متعهد و متعهدله موظف‌اند در زمان و تا حدی که به نحو متعارف برای اجرای تعهد متعهد انتظار می‌رود، با یکدیگر همکاری کنند.

^۵ Duty to Inspect

هشدار از طریق ابزارهای دیگری شناسایی شده است. مهم‌ترین مبنا در اینجا، تعهد پیمانکار به انجام کار با مهارت و مراقبت متعارف است^۱؛ به گونه‌ای که اجرای آگاهانه یک طرح آشکارا معیوب که به نتیجه‌ای زیان‌بار یا خطرناک منجر می‌شود، با ماهیت این تعهد سازگار نیست (Bailey, 2011, 1089).

در حقوق کامن‌لا، این تکلیف عمدتاً از طریق استنتاج شروط ضمنی قراردادی توسعه یافته است. با اتکا به عقل سلیم و لزوم استفاده پیمانکار از قضاوت تخصصی خود به عنوان یک شخص حرفه‌ای، دادگاه‌ها این شرط را استنتاج کرده‌اند^۲. با این حال، پذیرش آن همواره با احتیاط همراه بوده؛ زیرا برخی دادگاه‌ها با تأکید بر تمامیت قرارداد مکتوب و لزوم اعمال آزمون ضرورت (Necessity test)، از افزودن شروط نانوشته خودداری کرده‌اند. مبنای این رویکرد آن است که قرارداد مکتوب بیانگر توافق نهایی طرفین است و اگر قصد درج چنین تعهدی وجود داشت، باید صراحتاً در متن قرارداد منعکس می‌شد (Hughes, 2008, p157). با وجود این، رویه قضایی جدید نشان می‌دهد که هرگاه خطر ناشی از نقص آشکار باشد یا می‌بایست برای پیمانکار آشکار می‌بود، به‌ویژه در مواردی که احتمال ورود صدمه جسمانی یا خسارت به اموال وجود دارد، دادگاه‌ها تمایل بیشتری به شناسایی تکلیف به هشدار به عنوان جزئی از تعهد کلی مراقبت دارند^۳. این موضوع به‌ویژه در

^۱ to exercise reasonable skill and care

این یک استاندارد حقوقی بنیادین در حقوق کامن‌لا برای سنجش عملکرد متخصصان است. این استاندارد به این معنا نیست که معمار یا مشاور نتیجه‌ای بی‌نقص را تضمین می‌کند، بلکه متعهد می‌شود که خدماتی را با سطح مهارت، دانش و دقتی ارائه دهد که از یک عضو شایسته و متعارف آن حرفه در شرایط مشابه انتظار می‌رود. اثبات نقض این تعهد، اساس دعاوی قصور حرفه‌ای را تشکیل می‌دهد (Merdoch, 2008, p22).

^۲ بنگرید به پرونده‌های EDAC v. William Moss Group Ltd (1984) و Lindenbergh v. Canning (1992) و Nowlan v. Brunswick Construction Ltd (1975)

^۳ مثلاً در پرونده Plant Construction plc v. Clive Adams Associates Ltd (2000) پیمانکار فرعی متوجه شد که طرح ارائه شده، در صورت اجرا، به‌طور بالقوه ناایمن و خطرناک است. با این حال، کار را طبق همان

پرونده‌های مربوط به پی‌سازی و شرایط ژئوتکنیکی نمود یافته است؛ جایی که پیمانکار پس از خاک‌برداری در موقعیتی قرار می‌گیرد که می‌تواند نارسایی طراحی را بهتر از طراح تشخیص دهد. در چنین مواردی، هشدار دادن نه صرفاً یک الزام اخلاقی، بلکه بخشی از تعهد فنی و حرفه‌ای پیمانکار محسوب می‌شود.^۱ (Wallace, 1997, p541)

۲-۳: مبانی غیر قراردادی

در تحلیل مبانی تعهدات در حقوق ساخت‌وساز، اصل حاکم آن است که التزامات حقوقی، علی‌الاصول از تلاقی اراده‌های طرفین در قالب عقد نشأت می‌گیرند و قلمرو نفوذ آن‌ها، محصور به دایره طرفین قرارداد است. وظیفه به هشدار نیز به عنوان تکلیفی که ماهیت آن غالباً فرعی و تبعی است، از این قاعده کلی مستثنی نبوده و سبب اصلی آن، یک رابطه قراردادی معتبر است؛ این تکلیف، در واقع تجلی‌گاه تعهد ضمنی و عام هر متخصص به رعایت مراقبت و مهارت متعارف در قبال طرف مقابل است. از این رو، خاستگاه اولیه و رکن اصلی الزام به هشدار، پیمان منعقد شده میان کارفرما و متخصص (پیمانکار، مشاور یا طراح) است. با این وجود، ماهیت درهم‌تنیده و چندلایه پروژه‌های عمرانی کلان، که در آن زنجیره‌ای از روابط عرضی و طولی میان کارفرما، پیمانکاران اصلی، پیمانکاران فرعی و مشاوران شکل می‌گیرد، این بحث را پیش می‌کشد که آیا این وظیفه، قابلیت تسری و خروج از اصل نسبیت رابطه قراردادی را دارا است تا اشخاص ثالثی را که فاقد رابطه مستقیم حقوقی هستند، مشمول حمایت قرار دهد؟

طرح ادامه داد، دادگاه حکم داد که یک پیمانکار، حتی اگر وظیفه قراردادی صریحی برای بازبینی طرح نداشته باشد، دارای یک تکلیف ضمنی برای هشدار دادن است.

^۱ برخی حقوقدانان، تکلیف فروشنده به هشدار و ارائه اطلاعات لازم را از شروط ضمنی قرارداد و ماده ۲۲۱ قانون مدنی استنباط می‌کنند. فروشنده باید کالا را به گونه‌ای تحویل دهد که استفاده متعارف از آن ممکن باشد و در صورت خطرناک بودن مصرف نادرست، مانند مواد شوینده یا داروها، خریدار را آگاه سازد. در غیر این صورت، مسئول جبران خسارات ناشی از عدم اطلاع‌رسانی خواهد بود. (کاتوزیان، ۱۴۰۳، ص ۱۶۸؛ جنیدی، ۱۳۸۱، صص ۱۶-۱۹)

در پاسخ به این دغدغه، باید اذعان داشت که اصل نسبیت قراردادهای در نظام‌های حقوقی مدرن، که در ماده ۲۳۱ قانون مدنی نیز تجلی یافته است، اقتضا دارد که آثار عقد، اعم از نفع و ضرر، منحصرأً دامنگیر طرفین آن باشد و برای اشخاص ثالث، تکلیفی ایجاد ننماید. (کاتوزیان، ج ۳: ص ۱۰) بر این مبنا، در تحلیل اولیه، نمی‌توان از یک متخصص (نظیر پیمانکار جزء) انتظار داشت که در قبال شخص ثالثی که با وی قراردادی ندارد (همچون کارفرمای اصلی یا سایر پیمانکاران فرعی)، ملتزم به هشدار باشد. فی‌المثل، آیا ذمه‌ی پیمانکار جزء تأسیسات، نسبت به خطای محاسباتی پیمانکار جزء سازه که در عرض یکدیگر کار می‌کنند، مشغول است؟ یا آیا پیمانکار اصلی مکلف به تذکر مستقیم به معمار پروژه می‌باشد؟ پاسخ به این پرسش‌ها در وهله نخست و از منظر قواعد سنتی قراردادهای بنظر برخی منفی است. (جابری، ۱۴۰۳، ص ۳۸۶) فقدان رابطه قراردادی در چنین فضایی، مطابق قواعد کامن‌لا، به مثابه فقدان پذیرش مسئولیت تفسیر می‌شود. فلذا، ارکان لازم برای تأسیس یک تعهد به مراقبت در بستر ضمان قهری نیز مفقود بوده و الزام متخصص به هشدار در خارج از مرزهای قرارداد، فاقد مبنای موجه قانونی می‌نماید. (Bailey, 2011; p723) در این ساختار، توزیع ریسک بر مدار اراده طرفین استوار است و دادگاه‌ها تمایلی به برهم زدن این توازن از طریق تحمیل تکالیف غیر قراردادی ندارند.

با این حال، پرسشی که ذهن مخاطب را به خود مشغول می‌دارد، آن است که در فروض استثنایی و بحرانی؛ جایی که پیمانکار فرعی از وجود نقص مطلع است و یقین دارد که پیمانکار اصلی نسبت به انتقال هشدار به کارفرما استنکاف می‌ورزد یا توانایی درک خطر را ندارد، آیا تکلیفی فراتر از قرارداد جهت هشدار مستقیم به مالک نهایی یا حتی اشخاص ثالث ذی نفع وجود دارد؟ نظام‌های حقوقی، برای گذر از بن‌بست اصل نسبیت، مکانیزم‌های تعدیل‌کننده‌ای را ابداع نموده‌اند. در نظام حقوقی انگلستان، ساختار قراردادهای مانع از طرح دعوی مستقیم قراردادی کارفرما علیه پیمانکار فرعی است. لذا هرگونه مسئولیت، لاجرم باید بر پایه‌های قواعد مسئولیت مدنی و در قالب دعوای نقض تعهد به مراقبت استوار گردد. رویه قضایی این کشور، با اتخاذ رویکردی عمل‌گرایانه، در

مواردی که سه عنصر «قابلیت پیش‌بینی خطر»، «قربان و نزدیکی»^۱ و «انصاف» وجود داشته باشد^۲، پیمانکار فرعی را مسئول شناخته است. (Luzak, 2011; p180) در این دکترین، وظیفه پیمانکار فرعی در شرایطی که خطر جدی است، تعهد او صرفاً در مقابل طرف قرارداد خود نیست؛ بلکه وی مکلف است از وصول هشدار به ذی‌نفع نهایی اطمینان حاصل کند (ibid; p180-1) و این دیدگاه بیش از دغدغه فرمالیسم قراردادی، بر جلوگیری از ضرر تمرکز دارد.

با این وجود، ایجاد تعهد به مراقبت برای اشخاص خارج از قرارداد، به شدت متأثر از «نوع خسارت» محتمل است. در بررسی این مبانی غیرقراردادی، باید بین انواع زیان قائل به تفکیک شد. در خصوص خسارات موسوم به «خسارت اقتصادی محض»^۳، اصل نسبیت قراردادهای حاکم است. خسارت اقتصادی محض ناظر بر مواردی است که نقص موجود، تنها موجب کاهش ارزش پروژه یا تحمیل هزینه‌های تعمیر و بازسازی می‌گردد، بدون آنکه آسیبی به اشخاص یا سایر اموال وارد کند. به عنوان مثال، اگر پیمانکار جزء تاسیسات مکانیکی متوجه یک خطای محاسباتی در کار پیمانکار جزء سازه شود که صرفاً منجر به افت راندمان سیستم سرمایش و افزایش هزینه‌های برق (خسارت اقتصادی) می‌شود، هیچ تعهد قانونی برای هشدار دادن به او یا کارفرمای اصلی در خارج از چارچوب قرارداد ندارد. در این نوع از خسارات، دادگاه‌ها از تحمیل تکلیف مراقبت و هشدار ابا دارند؛ چرا که هراس از ایجاد مسئولیت‌های نامحدود، برای اشخاص نامحدود و در زمان نامحدود وجود دارد و

^۱ Proximity

^۲ پرونده Donoghue V Stevenson یکی از انقلابی‌ترین آرای تاریخ کامن‌لا است چراکه وظیفه مراقبت را توسعه داد؛ لرد اکتین اصل مشهور Neighbor Principle را مطرح کرد: انسان باید از اعمالی که بطور متعارف قابل پیش‌بینی است به همسایه او زیان برساند اجتناب کند سپس همسایه را چنین تعریف کرد: اشخاصی که به‌طور مستقیم و نزدیک تحت تأثیر اعمال فرد قرار می‌گیرند. (بنگرید به: Jonathan Law, 2015; p414)

^۳ Pure Economic Loss: آن دسته از خساراتی است که نه تلف یا نقص عین یا منفعت مال و یا آسیب جانی است و نه در نتیجه آنها به زیان دیده وارد می‌گردد به عبارتی آن سرمایه از دست رفته زیان دیده است که در صورت عدم انجام عمل زیان بار زیان دیده تحمیل گردید. (امینی، ۱۳۹۸، ص ۱۷۲)

رویه قضایی تمایلی ندارد با تحمیل تکالیف قانونی فراگیر، ساختار دقیق توزیع ریسک قراردادی را بر هم بزند (Murdoch;2008;p290-321) نقطه عطف و محل عبور قطعی از نسبیت قراردادهای زمانی رخ می‌دهد که نقص موجود، منجر به بروز خطرات جانی، صدمات بدنی و یا خسارت فیزیکی به اموال دیگران گردد. (Bailey,2011,p758-767) در این نقطه است که تکلیف به مراقبت شکل می‌گیرد و نظام‌های حقوقی، قواعد آمره مربوط به نظم عمومی و حفظ جان و مال جامعه را بر قواعد تشریفاتی نسبیت قراردادهای ترجیح می‌دهند. سکوت او با استناد به فقدان رابطه قراردادی به هیچ وجه قابل توجیه و دفاع نیست (Dillard,1955;p152). در این وضعیت، مبنای مسئولیت به‌طور کامل از تعهد ضمنی قراردادی جدا شده و به تکلیف عام قانونی، عرفی و شرعی مبنی بر عدم اضرار به غیر، تغییر ماهیت می‌دهد.

در نقطه مقابل، حقوق آلمان و سوئیس، برای حل معضل فقدان رابطه قراردادی، به جای پناه بردن به قواعد عام مسئولیت مدنی، نهاد حقوقی شبه‌قراردادی تحت عنوان «قرارداد با آثار حمایتی برای شخص ثالث»^۱ را توسعه داده‌اند. بر اساس این دکترین، اگرچه کارفرما طرف قرارداد پیمانکار فرعی نیست، اما به جهت نزدیکی به موضوع قرارداد و تأثیرپذیری مستقیم از کیفیت اجرای تعهد، در چتر حمایتی آن قرارداد قرار می‌گیرد. این نظریه، پلی میان پیمانکار فرعی و کارفرما می‌زند و به پیمانکار فرعی اجازه (و در شرایطی تکلیف) می‌دهد که جهت دفع ضرر از شخص ثالث مورد حمایت، مستقیماً به وی هشدار دهد. (Rieder,2006;p83-84) این رویکرد، ضمن حفظ ظاهر ساختار قراردادی و جلوگیری از تزلزل اصل نسبیت، امنیت حقوقی بالایی را برای کارفرمایان و اشخاص ثالث مرتبط فراهم می‌آورد و از آنجایی که مسئولیت قراردادی است، نیاز به اثبات ارکان مسئولیت مدنی را مرتفع می‌سازد.

در حقوق ایران، توجیه تسری تکلیف به هشدار نسبت به اشخاص ثالث را نمی‌توان بر نهادهایی نظیر «قرارداد با آثار حمایتی برای شخص ثالث» استوار ساخت؛ زیرا چنین

^۱ Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte

نهادی در نظام حقوقی ایران به رسمیت شناخته نشده و با اصل نسبی بودن قراردادهای سازگاری ندارد. افزون بر این، قراردادهای پیمانکاری اصولاً متضمن تعهد به نفع اشخاص ثالث نیستند تا بتوان بر پایه آن، برای آنان حق یا حمایت قراردادی مستقلی قائل شد.

همچنین، استناد به قواعدی همچون تسبیب نیز برای تبیین این تکلیف با دشواری مواجه است؛ زیرا قاعده تسبیب، فی نفسه متضمن یک الزام پیشگیرانه و ایجابی برای هشدار دادن نیست، بلکه کارکرد آن عمدتاً ناظر بر انتساب خسارت و تشخیص سبب مسئول پس از وقوع زیان است. قاعده فقهی «لاضرر» نیز، بنا بر نظر مشهور اصولیین (از جمله مرحوم نائینی)، خصلتی امتنانی و سلبی داشته و صرفاً احکام متضمن ضرر را مرتفع می‌سازد و ذاتاً واجد ظرفیت ایجاب و تأسیس یک تکلیف مثبت مستقل (نظیر الزام به هشدار پیش‌دستانه) نیست. (محقق داماد، ۱۴۰۴: صص ۱۹۹-۲۰۰) از این رو قواعد مزبور به تنهایی ظرفیت لازم برای بنیان نهادن یک تکلیف مستقل و پیشگیرانه به هشدار را ندارند. با این اوصاف، مبنای توجیه‌کننده این نهاد در حقوق ایران را نمی‌توان در قواعد صرفاً سلبی جستجو کرد.

به نظر می‌رسد «قاعده تحذیر» منطبق‌ترین مبنا برای توجیه تکلیف به هشدار در قبال اشخاص ثالث در حقوق ایران باشد. بررسی مصادیق و کاربردهای اولیه این قاعده در منابع فقه امامیه به روشنی نشان می‌دهد که قلمرو شکل‌گیری و اعمال آن، اساساً خارج از روابط قراردادی بوده است. فقها در تبیین این قاعده، عمدتاً به نمونه‌هایی همچون لزوم هشدار پیش از تیراندازی (الرمی)، اعلام خطر هنگام حفر چاه، یا هشدار پیش از افکندن اشیا در معابر عمومی استناد کرده‌اند مبنای حدیث نیز مؤید آن است. (مشهدی، ۱۳۸۵: ص ۳۵) در تمامی این موارد، الزام به هشدار نه از توافق اشخاص، بلکه از وجود یک وضعیت خطرناک و ضرورت پیشگیری از ورود زیان ناشی می‌شود. از این رو، قاعده تحذیر از آغاز در حوزه مسئولیت‌های غیرقراردادی و ضمان قهری شکل گرفته و استناد به آن برای تسری تکلیف به هشدار نسبت به اشخاص ثالث در پروژه‌های عمرانی، نه تنها با اصل نسبیت قراردادهای تعارضی ندارد، بلکه در قلمرو مسئولیت مدنی قابل تحلیل و توجیه است.

افزون بر این، محدود ساختن قاعده تحذیر به نهادی صرفاً دفاعی، با فلسفه وجودی و کارکرد واقعی آن سازگار نیست. هرچند این قاعده در بعد سلبی خود می‌تواند در مواردی موجب رفع ضمان یا نفی مسئولیت هشداردهنده گردد، اما کارکرد آن به این جنبه محدود نمی‌شود. همان‌گونه که برخی از فقها و حقوقدانان تصریح کرده‌اند، قاعده تحذیر واجد بُعدی ایجابی نیز هست که ریشه در اصل عقلی و شرعی وجوب دفع مفسده محتمله دارد. (باریکلو، ۱۳۹۸: ص ۴۳) بر این مبنا، هدف شارع از تأسیس این قاعده صرفاً ایجاد وسیله‌ای برای معافیت از مسئولیت پس از وقوع زیان نبوده، بلکه پیش از هر چیز، الزام اشخاص آگاه به خطر به اتخاذ اقدامات پیشگیرانه و صدور هشدار مؤثر برای جلوگیری از ورود خسارت به جان و مال دیگران بوده است. بدین ترتیب، قاعده تحذیر با برخورداری از دو ویژگی اساسی، یعنی استقلال از روابط قراردادی و ماهیت پیشگیرانه و ایجابی، مبنایی منسجم برای توجیه تکلیف پیمانکاران و سایر متخصصان به هشدار دادن به اشخاص ثالث در پروژه‌های عمرانی فراهم می‌آورد.

۴: مرحله پیش‌قراردادی

یکی از مسائل مهم در دکترین حقوق ساخت‌وساز، بررسی امکان تسری تکلیف به هشدار به مرحله پیش‌قراردادی است؛ بدین معنا که آیا صرف آغاز مذاکرات، تبادل اطلاعات فنی یا ارائه پیشنهاد حرفه‌ای در مناقصات می‌تواند رابطه‌ای حقوقی ایجاد کند که متضمن رعایت منافع طرف مقابل و در نتیجه تکلیف به اخطار نسبت به خطرات و نواقص آشکار باشد؟

در حقوق انگلستان و نظام کامن‌لا، با وجود عدم پذیرش اصل حسن نیت در مذاکرات پیش‌قراردادی و فقدان تکلیف عام به افشای اطلاعات، رویه قضایی به‌صورت محدود و محتاطانه، در بسترهایی چون مناقصات و ارائه پیشنهادها، فنی، وجود وظیفه‌ای نزدیک به هشدار را پذیرفته است. این پذیرش نه بر مبنای تعهد قراردادی یا حسن نیت عام، بلکه بر پایه قواعد مسئولیت مدنی، منع فریب^۱ و در مواردی ایجاد موقعیت اتکای مشروع

^۱ Misrepresentation

(استاپل) استوار است. از این رو، اگر شخص حرفه‌ای پیش از انعقاد قرارداد از نقیصه اساسی، خطر آفرین و آشکار در نقشه‌ها یا مشخصات فنی آگاه باشد و با وجود این سکوت کند، رفتار او در شرایط خاص می‌تواند به عنوان نقض یک تکلیف منفی یا شبه جرمی تلقی شود. با این حال، حقوق انگلستان از تبدیل این وضعیت به یک قاعده عام پیش قراردادی خودداری کرده و تحقق آن را وابسته به اوضاع و احوال استثنایی می‌داند (Luzark, 2011, p46).

در مقابل، در نظام‌های رومی-ژرمنی، تکلیف به هشدار به مرحله پیش از انعقاد قرارداد نیز تسری یافته است. مقصود از این تکلیف، ارائه اطلاعات و هشدارهای لازم از سوی هر یک از طرفین، به ویژه طرف متخصص، درباره موضوعاتی است که برای تصمیم‌گیری آگاهانه جهت انعقاد قرارداد ضرورت دارد (باخدا، ۱۳۹۶، ص ۱۴). این نظام‌ها وظیفه پیش قراردادی را بر پایه مفاهیمی چون حسن نیت، انصاف قراردادی و نهاد تقصیر در انعقاد قرارداد توجیه می‌کنند. بر اساس نظریه تقصیر در مذاکرات، حتی پیش از امضای قرارداد نیز رابطه‌ای مبتنی بر اعتماد میان طرفین شکل می‌گیرد^۱ (Nicklisch, 2001, pp46-51). این رویکرد در اسناد بین‌المللی نیز انعکاس یافته و در تفسیر ماده ۱/۷ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی^۲ تصریح شده است که رفتار طرفین در تمام مراحل تعامل، از جمله مذاکرات، باید با حسن نیت و رفتار منصفانه منطبق باشد. در نتیجه، صرف آغاز مذاکرات تخصصی در حوزه ساخت‌وساز می‌تواند طرف حرفه‌ای را مکلف سازد که کارفرما را از خطرات، نواقص، عدم امکان‌پذیری طرح یا سایر عدم تناسب‌های فنی که می‌داند یا باید بداند، آگاه کند.

نمونه بارز این رویکرد در رویه دیوان عالی فدرال آلمان (BGH) مشاهده می‌شود. در حقوق آلمان، اگر پیمانکار در جریان مذاکرات دریابد که طرح یا روش اجرایی مورد نظر کارفرما به شکست پروژه و اتلاف منابع خواهد انجامید، به حکم اصل حسن نیت مکلف به

^۱ قاعده تقصیر در مذاکره بدین معنا است که طرفین صرفاً با آغاز تماس‌های تجاری، ممکن است یک رابطه مبتنی بر اعتماد ایجاد کنند که آن‌ها را ملزم به مراقبت از منافع یکدیگر می‌نماید و تعهدات به مراقبت و تعهدات به اطلاع‌رسانی، از جمله تکلیف به مشاوره و تکلیف به اخطار را بر عهده ایشان قرار می‌دهد:

BGH 09.07.1987, VII ZR 208/86, BauR 6/87; OLG Jena, 09.12.2001, 7 U 614/98, IBR 2003,122; F

^۲ Unidroit

هشدار است. در رأی مورخ ۹ ژانویه ۱۹۸۷، دیوان عالی فدرال آلمان صراحتاً وجود تکلیف پیش قراردادی به اخطار را تأیید کرد. موضوع پرونده مربوط به سازنده‌ای بود که برای تأمین و نصب نیروگاهی در یک کارگاه تولید شیشه وارد مذاکره و سپس قرارداد شده بود، اما نیروگاه نصب شده فاقد ظرفیت عملیاتی لازم بود و کارفرما امکان بهره‌برداری از آن را نداشت. کارفرما با این استدلال که سازنده باید پیشاپیش نامناسب بودن تأسیسات را اعلام می‌کرد، مطالبه خسارت نمود. دیوان مقرر داشت که مطابق اصل حسن نیت، سازنده موظف است پیش از انعقاد قرارداد، کارفرمای فاقد دانش فنی را آگاه ساخته و مشاوره و هشدار لازم را ارائه دهد. دادگاه تأکید کرد که سازنده باید اطمینان یابد تأسیسات پیشنهادی واقعاً نیازهای کارفرما را تأمین می‌کند. این تکلیف به‌ویژه در پروژه‌های نوآورانه، آزمون نشده یا مبتنی بر ابتکارات خاص، که عدم تقارن اطلاعاتی و اتکای کارفرما به دانش متخصص در بالاترین سطح قرار دارد، با شدت بیشتری اعمال می‌شود (Luzark, 2011; p65-68).

بر این اساس، می‌توان گفت رویکرد حمایت‌گرایانه نسبت به هشدار در مرحله پیش قراردادی در حال تثبیت است. منتها هشدار مؤثر باید پیش از نهایی شدن تصمیم اقتصادی کارفرما و انعقاد قرارداد ارائه شود؛ زیرا کارکرد اصلی آن فراهم کردن امکان اصلاح طراحی یا حتی عدول از تصمیم سرمایه‌گذاری، پیش از تحمیل هزینه‌های سنگین و غیرقابل بازگشت است. از این رو در حقوق نوین ساخت‌وساز به محض شکل‌گیری اعتماد و اتکای متعارف در مرحله پیش قراردادی نقض تکلیف به هشدار می‌تواند ضمان‌آور باشد. (Wallace, 1997; 542)

۵: قرائت فقهی از تکلیف به هشدار

پس از بررسی مبانی تکلیف به هشدار در حقوق تطبیقی، این پرسش مطرح می‌شود که آیا در فقه امامیه و حقوق ایران، تاسیسی مشابه با کارکرد معافیت در پرتو هشدار وجود دارد یا خیر؟ تحلیل متون فقهی و رساله‌های مرتبط نشان می‌دهد که «قاعده تحذیر» مستند آن حدیث شریف امام علی (ع) «قَدْ أَعْذَرْتُ مَنْ أُنْذِرُ» (آن کس که هشدار داد، راه عذر

را بر خود هموار کرد)،^۱ دقیق‌ترین قالب حقوقی برای تبیین ماهیت و آثار این تکلیف در قراردادهای پیمانکاری است. قاعده تحذیر، ناظر بر وضعیتی است که شخصی پیش از انجام یک عملیات مخاطره‌آمیز (اعم از فیزیکی یا اعتباری)، خطرات احتمالی را به طرف مقابل گوشزد می‌کند و بدین‌وسیله، در صورت وقوع خسارت، از خود سلب مسئولیت می‌نماید. از منظر دانش اصول، ساختار این قاعده بر مدار یک قضیه شرطیه استوار است؛ بدان معنا که به حکم حجیت مفهوم مخالف نزد مشهور علمای اصول، انتفای شرط مستلزم انتفای جزا بوده و مقصر ضامن شناخته می‌شود. (باریکلو، ۱۳۹۸، صص ۵۶-۵۷) مضافاً، بر پایه نظریه انتزاعی بودن احکام وضعی، از این ضمان و مسئولیت (حکم وضعی) می‌توان مستقیماً به وجوب و تکلیف به هشدار (حکم تکلیفی) دست یافت زیرا شارع فقط جعل میکند که آن اول و بالذات به احکام تکلیفی نسبت داده می‌شود و ثانیاً و بالعرض به احکام وضعی (همان، ص ۵۸). اگرچه خاستگاه اولیه این قاعده در ابواب دیات و مسائل کیفری (مانند تیراندازی یا طبابت) بوده است، اما همان‌گونه که در پژوهش‌های معاصر تصریح شده، قلمرو این قاعده منحصر به امور کیفری نیست و در مسئولیت مدنی و قراردادی نیز جریان دارد. (حسین قربان؛ ۱۳۹۴، ص ۱۰ و عبدالسادات جبوری، ۲۰۲۲، صص ۶۲-۷۱).^۲ از حیث مبانی تکلیف به تحذیر برخی به حرمت غش در معامله، قاعده غرور، شرط ضمنی قرارداد، تئوری خطر اشاره کرده‌اند. (باخدا، ۱۳۹۶، صص ۴۷-۷۰)

^۱ از دیگر دلایل قاعده تحذیر بنای عقلا است، عقلای جوامع، فردی را که قبل از انجام عمل خطرناک (اما قانونی و مشروع) به دیگران هشدار داده و آنان را به گونه‌ای مؤثر و متناسب با موضوع خطر، بیم و پرهیز داده است، در صورت عدم التفات و بی‌توجهی مخاطبین و ایجاد حادثه و خسارات جانی و مالی مبرای از مسئولیت مدنی و کیفری می‌دانند و در مقابل، شخص بی‌مبالا و غافل را که در انجام وظیفه‌ی خود در رابطه با هشدار سایرین از وجود خطر، قصور نموده است مستحق مجازات کیفری و مدنی می‌دانند. (صباح مشهدی، ۱۳۸۵)

^۲ مرحوم شیخ مفید می‌فرماید (من کان یرمی غرضاً فمر بهی انسان فحزره فلم یحذر فأصابه السهم فمات منه لم یکن علیه فی ذالک تبعه و لا ضمان). مضمون آن است که چون تیرانداز هشدار داده با اینکه طرف مقابل در اثر پرتاب تیر او از بین رفته ولی با این وجود ضمان و مسئولیتی متوجه تیرانداز یاد شده نیست (حسین قربان، ۱۳۹۴، ص ۱۱)

در تطبیق با قراردادهای پیمانکاری، پیمانکار در جایگاه «منذر» (هشدار دهنده) و «کارفرما» در جایگاه «مخاطب» قرار می‌گیرند. فراتر از کارکرد جبرانی، رسالت این قاعده در پرتو دلیل عقلایی، «پیشگیری» است (باریکلو، ۱۳۹۸، ص ۴۰)؛ چرا که دفع مفسده و پیشگیری از هدررفت منابع اجتماعی، همواره بر جبران خسارت رجحان دارد. وضع چنین بایدهای پیشگیرانه‌ای، خود عاملی در جهت توسعه و پیشرفت به شمار می‌آید. (نظر مخالف: Van boom, 2004; p6) در ثانی اطلاع‌رسانی فوری به کارفرما این فرصت را می‌دهد که پیامدهای خطا یا نقص موجود در سند را بهتر کاهش دهد (Baker, 2009, p94) زمانی که پیمانکار با تکیه بر دانش فنی خود، عیبی در طراحی یا خطری در روش اجرا مشاهده می‌کند، سکوت او مصداق «غرور» یا «تسبیب» در ائتلاف مال است. در اینجا، قاعده تحذیر به عنوان یک مکانیزم دفاعی عمل می‌کند؛ بدین معنا که هشدار پیمانکار، رابطه استناد عرفی خسارت به او را قطع کرده و مسئولیت را به کارفرما یا مهندس مشاور (که با علم به خطر، دستور ادامه کار داده است) منتقل می‌سازد. بنابراین، قاعده تحذیر از حیث ماهیت، هم‌پوشانی با فلسفه *Duty to Warn* در حقوق غرب دارد.

برای جمع‌بندی رویکردهای موجود و ارائه یک تحلیل منسجم پیرامون جایگاه قاعده تحذیر با تمرکز به حقوق ساخت‌وساز، باید میان «ایجابی» و «سلبی» این نهاد تفکیک قائل شد. قاعده تحذیر از حیث ماهیت و تأسیس حقوقی، یک قاعده کاملاً مستقل است که فراتر از یک توصیه اخلاقی، مستقیماً بر لزوم پیشگیری و تکلیف به هشدار در محیط‌های پرخطر دلالت دارد. با این حال، استقلال این قاعده بدان معنا نیست که در خلأ عمل می‌کند؛ بلکه این قاعده از حیث آثار وضعی (سلب مسئولیت)، حول محور قاعده تسبیب و از مجرای «نفی استناد عرفی خسارت» نقش‌آفرینی می‌کند. به بیان دقیق‌تر، اگر برخی نویسندگان (نظیر: دهقان، ۱۴۰۴، ص ۵۳) تحذیر را صرفاً یکی از مصادیق تسبیب پنداشته‌اند، از این ظرافت غافل بوده‌اند که قاعده تسبیب به‌خودی‌خود واجد یک بار پیشگیرانه و ایجابی برای الزام شخص به هشدار دادن نیست، بلکه تنها به ارزیابی پسینی عوامل خسارت می‌پردازد. در حقوق ساخت‌وساز، این قاعده تحذیر است که به‌عنوان یک قاعده مستقل، پیمانکار را ملزم می‌نماید تا با صدور هشدار مؤثر، مداخله کند. پس از ایفای این تکلیف مستقل، اثر وضعی آن در بستر قواعد عمومی مسئولیت مدنی ظاهر می‌شود؛ بدین‌نحو که اجرای تشریفات تحذیر، به پیمانکار این امکان را می‌دهد تا از طریق

تغییر مسیر علیت و اثبات تحقق اقدام آگاهانه کارفرما، استناد عرفی خسارت (تسبیب) را نسبت به فعل خویش قطع نماید.^۱ (محقق داماد، ۱۳۸۱، صص ۲۳۷-۲۳۸) بنابراین، هیچ گونه تعارضی میان استقلال تحذیر و ارتباط آن با تسبیب وجود ندارد: تحذیر علت و مبنای مستقل برای صدور هشدار است، و قطع رابطه سببیت، ابزار این قاعده برای سلب یا تحدید ضمان از متعهد و استقرار آن بر دوش دستوردهنده محسوب می شود بدین ترتیب کارکرد سلبی این قاعده به مثابه یک قاعده شکلی در معنای عام است که خواننده در مقام دفاع از خود و به منظور کاهش یا انتقال مسئولیت در شرایط خاص می تواند به آن استناد کند. (باریکلو، ۱۳۹۸، ص ۴۵)

۶: شرایط تحقق تکلیف به هشدار

احراز مسئولیت قراردادی یا مدنی پیمانکار ناشی از ترک فعل، مستلزم تحقق شرایطی است که بدون آن ها تحمیل چنین تکلیفی فاقد مبنای حقوقی خواهد بود. تکلیف به هشدار، اگرچه در حقوق ساخت و ساز جایگاهی اساسی دارد، مطلق نیست و حدود آن با قیودی مشخص می شود. از این رو، برای آنکه سکوت پیمانکار یا مهندس تخلف از تعهد تلقی گردد، وجود چهار عنصر اساسی شامل آگاهی و قابلیت تشخیص عیب، صلاحیت حرفه ای، اتکای موجه کارفرما و وجود خطر یا عیب مؤثر ضروری است.

۱-۶: وجود آگاهی و قابلیت تشخیص عیب

رکن اصلی تکلیف به هشدار، عنصر آگاهی است^۲؛ زیرا الزام پیمانکار به اطلاع رسانی درباره خطرات غیرقابل پیش بینی، تکلیفی مالایطاق و برخلاف عقل سلیم خواهد بود. (جنیدی، ۱۳۸۱، صص ۴۳-۴۴) آگاهی در دو قالب «علم واقعی» و «علم حکمی»^۳ قابل بررسی است. در فرض نخست، هرگاه پیمانکار یا مهندس عملاً از نقص طراحی، عدم

^۱ بنظر برخی مشروعیت تکلیف پیمانکار به هشدار در حقوق ایران، برآیندی از تعامل قاعده تحذیر با دو قاعده فقهی دیگر است: تسبیب و اقدام. (باخدا، ۱۳۹۶، ص ۳۴)

^۲ در کتاب قرمز و MDB، اگرچه مسئولیت طراحی کارهای دائم اصولاً بر عهده کارفرماست، زیرماده ۱،۸ طرفین را ملزم می کند در صورت آگاهی از خطا یا نقص فنی در اسناد اجرای کار، فوراً یکدیگر را مطلع سازند. این حکم تعهدی برای جست و جوی خطا ایجاد نمی کند و تکلیف به اخطار تنها پس از کشف واقعی یا حکمی آن به وجود می آید. (Baker, 2009, p94)

^۳ Constructive Knowledge

تناسب مصالح یا خطرات ناشی از دستورات کارگاهی مطلع باشد، سکوت او موجب فعلیت یافتن تکلیف به هشدار خواهد شد. با این حال، مسئله مهم در حقوق ساخت و ساز، علم حکمی است؛ یعنی جایی که پرسیده می‌شود آیا پیمانکار باید متوجه نقص می‌شد؟ معیار پاسخ، رفتار «شخص متخصص متعارف»^۱ است. در تشخیص این معیار، عواملی همچون نوع پروژه، رتبه و تخصص پیمانکار (موضوع مواد ۱۶ و ۲۲ آیین‌نامه اجرایی بند «ج» ماده (۱۲) قانون برگزاری مناقصات (مصوب ۱۳۸۵))، پیچیدگی عملیات، استانداردهای فنی و مقررات حرفه‌ای حاکم بر زمان اجرا قابل ملاحظه خواهد بود. بنابراین، اگر پیمانکاری با صلاحیت مشابه در شرایط یکسان قادر به تشخیص نقص باشد، ادعای جهل پذیرفته نخواهد شد. این معیار، تکلیف ضمنی به بررسی متعارف اسناد و وضعیت کارگاه را ایجاد می‌کند، بی‌آنکه مستلزم انجام بازرسی‌های فوق‌تخصصی خارج از حدود صلاحیت پیمانکار باشد. به بیان دیگر، هرگاه اطلاعات موجود به گونه‌ای باشد که شخصی در موقعیت او باید متوجه وجود مشکل می‌شد، تکلیف هشدار شکل می‌گیرد (جابری، ۱۴۰۳، ص ۳۸۷)؛ دست‌کم در مواردی که برای شخصی با مهارت و مراقبت متعارف، وجود خطر بالفعل یا بالقوه آشکار باشد. در مقابل، اگر به‌طور متعارف انتظار آگاهی از مشکل وجود نداشته باشد، تعهدی به هشدار نیز ایجاد نخواهد شد.^۲ (Bailey, 2011; p1095). به نظر می‌رسد عیب زمانی «آشکار» یا «عیان» تلقی می‌شود که تشخیص آن مستلزم انجام آزمایش‌های مخرب، محاسبات مجدد سازه یا بررسی‌های تخصصی و پیچیده نباشد. به بیان دیگر، عیب آشکار نقصی است که یک پیمانکار متعارف و متخصص بتواند آن را از طریق بررسی معمول نقشه‌ها (مانند تعارض میان نقشه‌های معماری و سازه)، تطبیق ظاهری آنها با وضعیت کارگاه تشخیص دهد.

دامنه این آگاهی با توجه به جایگاه قراردادی اشخاص متفاوت است. سطح انتظار از پیمانکار اصلی که مسئولیت مدیریت و هماهنگی کل پروژه را بر عهده دارد، با پیمانکار جزء که تنها در حوزه‌ای محدود فعالیت می‌کند یکسان نیست. علم مفروض پیمانکار اصلی ناظر بر تناسب اجزای مختلف پروژه است، در حالی که پیمانکار جزء صرفاً در محدوده

^۱ Reasonable Professional

^۲ پرونده Stormont Main Working Men's Club & Institute Ltd v J Roscoe (1988) 13 Con LR 127.

Milne Partnership

تخصص خویش مسئولیت دارد. در پرونده Brunswick Construction نیز دادگاه عالی کانادا تصریح کرد که پیمانکار باتجربه نمی‌تواند کورکورانه از نقشه‌های ناقص تبعیت کند و در صورت وجود عیب آشکار و قابل تشخیص، مسئول عدم هشدار خواهد بود.^۱

تکلیف به هشدار همچنین تابع حدود صلاحیت حرفه‌ای متعهد است و نمی‌توان انتظاری فراتر از تخصص وی داشت.^۲ در الگوی سنتی ساخت‌وساز، از پیمانکار اجرا انتظار نمی‌رود محاسبات پیچیده مهندس سازه را بازبینی کرده و عیوب پنهان طراحی را کشف نماید. شرط تحقق مسئولیت آن است که عیب آشکار بوده یا در قلمرو دانش متعارف پیمانکار قرار گیرد. در مقابل، اگر نقص چنان تخصصی باشد که تنها طراح قادر به تشخیص آن باشد، مجری تعهدی به هشدار نخواهد داشت؛ مگر آنکه بازبینی طراحی یا تضمین تناسب پروژه برای هدف مورد نظر^۳، به موجب قرارداد بر عهده وی قرار گرفته باشد یا قرارداد از نوع طرح و ساخت EPC باشد.^۴ در این فرض، تعهد پیمانکار از سطح مهارت و مراقبت متعارف فراتر رفته و به تعهد به نتیجه نزدیک می‌شود. (جابری، ۱۴۰۳، ص ۱۸۳)

۲-۶: عدم آگاهی کارفرما

فلسفه تکلیف به هشدار بر عدم تقارن اطلاعاتی و اتکای موجه کارفرما به دانش فنی پیمانکار استوار است. اصل بر آن است که کارفرما نسبت به خطرات فنی آگاهی کافی ندارد و با اعتماد به تخصص پیمانکار، اجرای پروژه را به وی واگذار کرده است. از این رو، هدف

^۱ Nowlan v. Brunswick Construction Ltd., [1975] 2 S.C.R. 523, 8 N.B.R. (2d) 76, 2 N.R. 164, 49 D.L.R. (3d) 93

^۲ اصلی که در کتاب‌های زرد و طلایی اتخاذ شده این است که پیمانکار مسئول هیچ‌گونه خطا، نقص یا عیبی در «الزامات کارفرما» نیست، تا میزانی که «یک پیمانکار باتجربه با رعایت دقت مقتضی» نمی‌توانست آن خطا، نقص یا عیب را تا زمان مربوطه مشخص شده در پیمان، کشف نماید. (Baker, 2009; p95)

^۳ تعهد «تناسب برای هدف»، پیمانکار را به تحقق نتیجه‌ای معین در محصول نهایی ملزم می‌کند و از تعهد به اعمال مهارت و دقت متعارف متمایز است. اگر محصول نهایی هدف مورد نظر را تأمین نکند، پیمانکار صرف‌نظر از تقصیر مسئول خواهد بود. این تعهد علاوه بر طراحی، انتخاب مصالح و کیفیت اجرا را نیز در بر می‌گیرد. (Baker, 2009; p98)

^۴ زیرماده ۴،۱ کتاب‌های زرد و نقره‌ای مقرر می‌دارد که کل کارها، پس از تکمیل، باید «برای اهدافی که برای کارها در نظر گرفته شده و در پیمان تعریف گردیده، متناسب باشند». در کتاب طلایی (قرارداد های DBO) این تعهد حتی در طول دوره خدمات بهره‌برداری نیز ادامه می‌یابد. (ibid; p99)

این تکلیف حمایت از شخصی است که به دلیل فقدان دانش تخصصی در موقعیت ضعیف‌تری قرار دارد و باید از مخاطرات و پیامدهای تصمیمات فنی آگاه شود. (بادینی، ۱۴۰۱، ص ۵۲) بر همین مبنا، هرگاه این عدم تقارن اطلاعاتی از میان برود و کارفرما پیش از هشدار پیمانکار، نسبت به همان خطر و آثار آن آگاهی واقعی و کافی داشته باشد، فلسفه وجودی تکلیف به هشدار تا حد زیادی منتفی خواهد شد؛ زیرا اخطار مجدد در چنین وضعیتی کارکرد حمایتی خود را از دست می‌دهد. با این حال، صرف ادعای آگاهی کارفرما برای رفع این تکلیف کافی نیست و بار اثبات آن بر عهده پیمانکاری است که به این امر استناد می‌کند (Luzak, 2011; p57).

البته اگر کارفرما خود متخصص باشد یا از مشاورانی با دانش هم‌تراز یا برتر از پیمانکار بهره‌بردار، اصل تکلیف به هشدار ساقط نمی‌شود، بلکه حدود، شیوه و میزان آن متناسب با سطح آگاهی مخاطب تعدیل می‌گردد در چنین فرضی، ممکن است هشدار نیازمند توضیحات فنی کمتری باشد یا صرفاً بر بیان مخاطرات ویژه و پیامدهای اجرای تصمیم متمرکز شود، نظریات جدید نیز، صرف حضور مشاوران را موجب رفع مسئولیت پیمانکار نمی‌دانند حتی معتقدند هرگونه تایید یا بررسی توسط مهندس، پیمانکار را از مسئولیت‌هایش مبرا نخواهد کرد^۱ (Lukas, 2015; p302). بنظر برخی چنانچه کارفرما متخصص بوده و به دلیل آشکار بودن موضوع بتوان انتظار داشت از خطر بالفعل یا بالقوه آگاه باشد، و موضوع نیز واجد اهمیت از حیث ایمنی یا خسارت به اموال نباشد، تعهد به هشدار یا مشاوره معمولاً تنها در صورت درخواست مشخص کارفرما ایجاد می‌شود (Bailey, 2011, p1091 جابری، ۱۴۰۳، ص ۳۸۴). بنظر می‌رسد، دانش کارفرما تنها زمانی در حدودی از مسئولیت پیمانکار می‌کاهد که احراز شود وی نسبت به همان خطر مشخص، آگاهی واقعی و مؤثر داشته و با وجود اطلاع از پیامدهای آن، آگاهانه بر ادامه اجرا اصرار

^۱ دادگاه عالی ایالتی (OLG) سیله در رأی مورخ ۱۱ اکتبر ۲۰۰۱ مقرر داشت که صرف اینکه کارفرما خود فردی متخصص و صالح بوده و توانایی تشخیص عیب را داشته است، یا اینکه از مشاوره یک طراح متخصص بهره‌مند بوده، به خودی خود موجب معافیت سازنده از تکلیف به اخطار نمی‌شود:

OLG Celle, 19.11.2009, 6 U 96/09, IBR2010, 1369

کرده است و توازن اطلاعات در خصوص خطر مورد بحث عملاً به سود کارفرما تغییر یافته است.

حقوق آلمان در این زمینه موضعی سخت‌گیرانه اتخاذ کرده است. اگر پیمانکار بداند بازرسی‌های مهندس مشاور ناقص بوده، نمی‌تواند به آن‌ها اتکا کند. همچنین در مواردی که روش اجرا متضمن خطرات ایمنی برای اشخاص یا اموال است، حتی در برابر کارفرمای آگاه نیز مکلف به ارائه هشدار مؤثر و مصرانه خواهد بود؛ هرچند در صورت اصرار کارفرما بر ادامه کار، مسئولیت نهایی از پیمانکار رفع می‌شود. در مقابل، اگر موضوع صرفاً یک ایراد فنی کم‌اهمیت باشد و کارفرما نیز متخصص محسوب شود، تکلیف به هشدار ممکن است تنها در صورت درخواست مستقیم وی ایجاد گردد. بنابراین، اتکای کارفرما به پیمانکار مفروض است و تنها با اثبات دانش برتر یا مداخله مؤثر کارفرما قابل خدشه خواهد بود.

نکته مهم دیگر آن است که دادگاه‌های آلمان^۱ عموماً پذیرفته‌اند که هشدار نسبت به عیب باید مستقیماً به کارفرما داده شود، نه صرفاً به طراح. این رویکرد نشان می‌دهد که علم طراح لزوماً به معنای آگاهی کارفرما نیست، به‌ویژه زمانی که نقص ناشی از عملکرد خود طراح بوده و برای کل پروژه خطر ایجاد کند (ibid;53).

۳-۶) وجود خطر یا عیب مؤثر

هرگونه انحراف از قرارداد الزاماً موجب تکلیف هشدار نیست؛ بلکه موضوع هشدار باید واجد وصف مؤثر بودن باشد. در ادبیات حقوقی^۲، عیب به معنای عدم انطباق کار یا مصالح با التزامات قراردادی است؛ اعم از مغایرت با نقشه‌ها و مشخصات فنی یا نقض شروط صریح و ضمنی مربوط به کیفیت، مهارت کاری، عملکرد یا طراحی (Wallace, 1997; 698) برخی

^۱ BGH, 19.12.1996, VII ZR 309/95, BauR 1997, 301

^۲ منابع معتبری چون قوانین هالزبری انگلستان (Halsbury's Laws of England)، عیب را به معنای «عدم انطباق بخشی از کار یا مصالح با التزامات قرارداد» تعریف می‌کنند. به عبارت دیگر، معیار اصلی برای تشخیص وجود عیب، خود اسناد و مدارک پیمان (شامل مشخصات فنی، نقشه‌ها، الزامات کارفرما و غیره) است. هر آنچه که با این التزامات مغایرت داشته باشد، معیوب تلقی می‌گردد. Halsbury's Laws of England, Volume

نیز عیب را عنصری در طراحی، ساخت، کالا یا خدمات می‌دانند که از لحاظ کیفی پایین‌تر از سطح مورد انتظار است (Bailey, 2011; 1080).

در حقوق ایران می‌توان میان «نقص» و «عیب» تفکیک نمود؛ بدین معنا که نقص غالباً ناظر به کاستی مادی محصول و ناشی از عیوب ساخت است، در حالی که عیب بیشتر به ناتوانی در بهره‌برداری مطلوب یا ایرادات کارکردی، عمدتاً ناشی از طراحی، مربوط می‌شود. با این حال، تشخیص عیب همواره ساده نیست. هرگاه استاندارد قراردادی مشخص و قابل اندازه‌گیری باشد، احراز انطباق یا عدم انطباق آسان خواهد بود؛ اما در مواردی که قرارداد از کیفیت مورد انتظار سخنی نگفته یا صرفاً اجرای «صحیح و حرفه‌ای» را مطالبه کرده باشد، ارزیابی کیفیت کار جنبه‌ای تفسیری پیدا می‌کند. در چنین مواردی، علاوه بر معیارهای عینی، عواملی مانند عرف حرفه‌ای، استانداردهای صنعتی و برداشت متعارف از کیفیت نیز نقش‌آفرین خواهند بود. از این‌رو، تشخیص معیوب بودن کار در نهایت ترکیبی از عناصر عینی و ذهنی است (ibid; 1081).

با وجود این، برای تحقق مسئولیت ناشی از عدم هشدار، صرف وجود عیب کافی نیست؛ بلکه عیب باید قابلیت ایجاد ناکارآمدی پروژه، خسارت مالی قابل توجه^۱ یا مهم‌تر از همه تهدید ایمنی جانی را داشته باشد لذا در ارزیابی مؤثر بودن خطر، عواملی همچون احتمال وقوع زیان، شدت پیامدهای احتمالی، امکان پیشگیری از خسارت، تأثیر آن بر ایمنی اشخاص، دوام و بهره‌برداری سازه و هزینه اصلاح عیب نسبت به هزینه ادامه اجرای کار قابل توجه است. در این میان، ملاحظات ایمنی بر سایر ملاحظات مقدم‌اند و هرگونه تردید نسبت به استحکام سازه یا ایمنی کارگاه، تکلیف هشدار را تشدید می‌کند. از مصادیق چنین عیوبی می‌توان به اشتباهات محاسباتی در نقشه‌ها، دستورات اجرایی مغایر مقررات

^۱ منظور از «خسارت قابل توجه»، صرف افزایش جزئی هزینه‌ها یا تأخیرهای متعارف اجرایی نیست؛ بلکه زیانی است که با توجه به ماهیت پروژه و عرف صنعت ساخت، آثار مهمی بر ایمنی، قابلیت بهره‌برداری، دوام سازه، هزینه‌های اساسی تعمیر یا بازسازی، یا زمان اجرای پروژه بر جای گذارد. بنابراین، قابل توجه بودن خسارت مفهومی نسبی است و با در نظر گرفتن ارزش پروژه، اهمیت بخش معیوب، میزان هزینه اصلاح و آثار اقتصادی و ایمنی آن ارزیابی می‌شود.

ساخت یا نامناسب بودن شرایط بستر پروژه اشاره کرد. همچنین در مواردی که پروژه متضمن نوآوری فنی یا استفاده از مصالح جدید است، استاندارد مراقبت پیمانکار عرفاً افزایش می‌یابد و وی نمی‌تواند صرفاً بر شباهت ظاهری این مصالح با نمونه‌های پیشین تکیه کند، بلکه باید خطرات بالقوه را با دقت بیشتری ارزیابی و اعلام نماید. افزون بر این، مفهوم عیب محدود به خرابی فیزیکی نیست و مواردی را نیز در بر می‌گیرد که نتیجه کار، با هدف مورد نظر کارفرما - در صورتی که پیمانکار از آن آگاه بوده باشد - سازگار نباشد.^۱

۴-۶) وجود رابطه سببیت

در حقوق ایران و فقه امامیه، مبنای غالب مسئولیت مدنی، استناد عرفی خسارت به فعل زیان‌بار است نه تقصیر. تشخیص سبب مؤثر نیز بر معیارهایی همچون مباشرت، فعل غیرمتعارف (تقصیر) و عمد استوار است. (ایرج بابائی، ۱۴۰۳، صص ۱۵-۲۰) بر اساس نظریه مختار، آنچه مسئولیت را ایجاد می‌کند قابلیت انتساب عرفی خسارت است و نه تقصیر به مفهوم رایج در حقوق غرب؛ از این رو با احراز ورود خسارت و رابطه علیت، اصولاً مسئولیت محقق می‌شود و مواد ۳۲۸ و ۳۳۱ قانون مدنی نیز مؤید همین معنا هستند. (باریکلو، ۱۴۰۱، ص ۶۰)

بر این مبنا، دیدگاهی که تقصیر را در اتلاف غیرضروری و در تسبیب شرط مسئولیت می‌داند، قابل مناقشه است. (نظر مخالف: ابوالحسن محمدی، ۱۳۸۹، ص ۳۳) در واقع، تقصیر در باب تسبیب بیش از آنکه مبنای مستقل مسئولیت باشد، طریق احراز رابطه سببیت است. (باریکلو، ۱۴۰۱، ص ۶۱) چنان‌که عرف در یک تصادف، خسارت را به راننده متخلف منتسب می‌کند و همین انتساب منشأ مسئولیت او می‌شود. (ایرج بابائی، ۱۴۰۱، صص ۱۳۵-۱۴۲) فقه امامیه نیز با تکیه بر معیار استناد عرفی و اقوی بودن سبب، میان اتلاف و تسبیب تفاوت ماهوی قائل نیست. (محقق داماد، ۱۳۸۱، ص ۲۳۸)

یکی از روشن‌ترین موارد تأثیر بر رابطه سببیت زمانی است که پیمانکار تکلیف هشدار را به درستی انجام داده، اما کارفرما با علم به خطر، هشدار را نادیده گرفته و دستور ادامه

^۱ چراکه شرط ضمنی تناسب با هدف بالاخص در قرارداد های طرح و ساخت، زمانی که پیمانکار در حین انعقاد عقد به هدف کارفرما آگاهی داشته باشد و شرط قراردادی و یا قرائنی که مغایر با این وظیفه وجود نداشته باشد، بر پیمانکار تحمیل می‌شود (جابری، ۱۴۰۳، ص ۱۸۳)

کار را صادر می‌کند. در این فرض، اگر خسارت ناشی از همان خطر مورد هشدار باشد، تصمیم آگاهانه کارفرما به عنوان یک فعل ارادی مستقل، زنجیره سببیت را قطع کرده و خود علت اصلی خسارت تلقی می‌شود و مشمول قاعده اقدام میگردد. بنظر برخی این تحلیل حتی در مواردی که شواهد نشان دهد کارفرما در هر حال تصمیم خود را تغییر نمی‌داد نیز قابل اعمال است (Luzak, 2011; 182).^۱

با این حال، مسئله زمانی پیچیده می‌شود که خسارت محصول چند عامل باشد. در پرونده Robinson v. United States، پیمانکار نسبت به نامناسب بودن چوب بلوط برای شرایط اقلیمی پروژه هشدار داده بود، اما معمار آن را نپذیرفت. پس از نصب، پنجره‌ها دچار تاب خوردگی شدند. تحقیقات نشان داد خسارت ناشی از دو عامل بوده است: استفاده از مصالح نامناسب و اجرای غیرماهرانه پیمانکار. از این رو دادگاه وی را به سبب قصور در اجرا مسئول شناخت. دادگاه تصریح کرد که اگر خسارت صرفاً ناشی از ریسکی بود که قبلاً درباره آن هشدار داده شده و کارفرما آگاهانه آن را پذیرفته بود، رابطه سببیت میان رفتار پیمانکار و زیان نهایی منتفی می‌شد (Bailey, 2011; 1093).

فرض دیگر زمانی است که حتی در صورت ارائه هشدار نیز خسارت اجتناب‌ناپذیر بوده است. در این وضعیت که از آن به «سببیت فرضی» تعبیر می‌شود، نمی‌توان زیان را ناشی از عدم هشدار دانست؛ زیرا آزمون «اگر قصور رخ نمی‌داد، آیا خسارت نیز رخ نمی‌داد؟»^۲ پاسخ منفی می‌یابد و رابطه علیت منتفی خواهد بود. (ایرج بابائی، ۱۴۰۳، ص ۱۳)^۳

^۱ این رویکرد در رأی دادگاه عالی ایالتی مونیخ مورخ ۲۷ می ۲۰۰۸ تبلور یافت. دادگاه حکم نمود که اگر کارفرما به هشدار یک متخصص اعتنا نکرده است، قطعاً به هشدار پیمانکار مجری نیز توجهی نمی‌نمود. لذا، خسارت در هر صورت حادث می‌شد و رابطه‌ی سببی میان قصور پیمانکار در عدم اعلام هشدار و زیان وارده وجود نداشت. OLG München, 27.05.2008, 28 U 4500/04, IBR 2009, 325; IBR 2009, 326; IBR 2009, 1213

^۲ But-for Test

^۳ در پرونده‌ای، پیمانکار دوم با وجود امکان تشخیص نقص بهره‌وری انرژی در خانه پیش‌ساخته، به کارفرما هشدار نداد؛ اما دادگاه او را مسئول شناخت. زیرا هشدار فقط نقص را زودتر آشکار می‌کرد و هزینه اصلاح در هر حال اجتناب‌ناپذیر بود. بنابراین، میان عدم هشدار و هزینه تعمیر رابطه سببیت وجود نداشت. (Luzak, 2011; P182)

۷: شرایط شکلی و ماهوی هشدار مؤثر

برای آنکه هشدار بتواند اثرگذار باشد، نمی‌تواند صرفاً یک اعلام شفاهی یا نصب یک علامت ساده باشد. بلکه باید مجموعه‌ای از شرایط شکلی و ماهوی را احراز نماید تا از منظر حقوقی، مؤثر و کافی تلقی گردد. اینکه آیا یک هشدار در مصداق خاصی واجد این اوصاف بوده است یا خیر، یک مسئله موضوعی است (Bailey, 2011; 1095-6) که توسط دادرس و با توجه به اوضاع و احوال حاکم بر قضیه احراز می‌گردد. این شرایط را می‌توان در محورهای ذیل دسته‌بندی نمود:

الف. تناسب و کفایت ماهوی هشدار: هشدار باید به لحاظ محتوایی، متناسب با نوع، شدت و ابعاد خطر باشد (باریکلو، ۱۳۹۸، ص ۳۳). هشدار که در مورد یک گودال کم‌عمق داده می‌شود، با هشدار که برای عملیات انفجار در یک معدن یا وجود مواد پرتوزا صادر می‌شود، نمی‌تواند از حیث وضوح و تأکید، یکسان باشد. هشدار باید عاری از هرگونه ابهام بوده و به عبارتی دیگر، ماهیت خطر، دلایل وجود آن و عواقب محتمل ناشی از بی‌توجهی به آن (اعم از خسارات مالی، جانی یا تأخیر در پروژه‌ها) را به صراحت بیان دارد (جنیدی، ۱۳۸۱، ص ۴۲). در مواردی که عواقب بالقوه، فاجعه‌بار است، هشدار باید با عباراتی قاطع و غیرقابل تفسیر، فوریت لزوم اقدام را منتقل نماید (همان). از حیث کمی نیز لازم است هشدار تمام خطرات موجود یا بالقوه را مشخص کند.

ب. وصول هشدار به مخاطب و درک خطر: هدف غایی از هشدار، ایجاد آگاهی در ذهن مخاطب است. لذا صرف صدور هشدار کافی نیست، بلکه باید به مخاطب واصل شده و توسط او درک گردد. هرچند هشدار شفاهی واجد اثر حقوقی است (بادینی، ۱۴۰۱، ص ۶۰)، اما به دلیل صعوبت اثبات، ارجحیت با هشدار کتبی است. بار اثبات کفایت و وصول هشدار شفاهی بر دوش مدعی (هشداردهنده) خواهد بود. همچنین هشدار باید به گونه‌ای ارائه شود که مخاطب قادر به درک معنا و مفهوم پیام هشدار باشد (همان، ص ۶۲). نکته آنست که هشدار باید به شخصی ابلاغ شود که صلاحیت تصمیم‌گیری و اقدام مقتضی را داراست. برای مثال، هشدار در خصوص یک نقص فنی در

پروژه ساختمانی باید به کارفرما یا نماینده وی مانند ناظر یا مهندس مشاور ابلاغ گردد، نه به یک کارگر ساده.

ج. امکان واقعی اجتناب از خطر: هشدار باید در زمانی صادر شود که مخاطب، فرصت و توانایی عملی برای پرهیز از خطر را داشته باشد. هشدارى که مقارن با وقوع خطر یا لحظاتی قبل از آن داده شود، فاقد اثر حقوقی است. این شرط، متضمن سه عنصر است: زمان کافی، امکانپذیری مادی، فقدان مانع خارجی. فقهایى چون علامه حلی، شهید ثانی و صاحب جواهر بر شرط «تمکن از عدول» به عنوان رکنی اساسی برای تحقق قاعده تحذیر تأکید ورزیده اند.

۸: آثار حقوقی تکلیف به هشدار

تکلیف به هشدار به مثابه یک ابزار پیشگیرانه و در عین حال، مکانیزمی برای تعدیل و توزیع مسئولیت‌ها، جایگاهی رفیع دارد. ایفای این تکلیف، زمانی که به نحو مؤثر و منطبق با موازین قانونی و عقلی صورت پذیرد، آثاری حقوقی به همراه دارد که مهم‌ترین آن، زوال یا تحدید مسئولیت شخص مکلف به هشدار است. این اثر، بر این فلسفه استوار است که با ارائه اطلاعات لازم و کافی در خصوص یک خطر بالقوه یا بالفعل، اختیار و انتخاب به مخاطب هشدار منتقل شده و متعاقباً، چنانچه وی با علم به خطر و با اراده‌ی خویش، خود را در معرض زیان قرار دهد، اقدام او به مثابه عامل اصلی، رابطه سببیت میان فعل اولیه مکلف و زیان وارده را منقطع می‌سازد. بدین ترتیب، ایفای مؤثر تکلیف، نه تنها به مثابه انجام یک وظیفه قانونی تلقی می‌گردد، بلکه به عنوان یک دفاع ماهوی در دعاوی مسئولیت مدنی قابل استناد است که می‌تواند (منوط به فقدان تقصیر اجرایی مستقل از سوی پیمانکار) به کاهش یا انتقال مسئولیت در شرایط خاص منتهی شود.

۸-۱: برائت کلی یا جزئی ذمه مکلف به مثابه اثر اصلی

اثر ایفای یک هشدار مؤثر، همانا برائت کلی یا جزئی ذمه مکلف از ضمان ناشی از ایراد خسارت است. این برائت، ریشه در انقطاع رابطه‌ی سببیت حقوقی میان فعل شخص هشداردهنده و زیان وارده به مخاطب دارد. در تحلیل حقوقی، هرچند ممکن است فعل هشداردهنده (مانند حفر گودال، آغاز یک عملیات ساختمانی خطرناک) از منظر مادی،

شرط لازم برای وقوع حادثه باشد، لکن با تحقق هشدار واجد اوصاف، اقدام ارادی و آگاهانه زیان دیده در ورود به محدوده خطر یا عدم اجتناب از آن، به عنوان سبب اقوی شناخته شده و سببیت فعل اولیه را تحت الشعاع قرار می‌دهد. این مفهوم، در فقه امامیه تحت عنوان «قاعده تحذیر» تبلور یافته است. آثار این قاعده را می‌توان در متون فقهی جستجو نمود. شیخ طوسی در کتاب المبسوط، مسئله عبور شخصی از میان تیرانداز و هدف را ذیل عنوان قتل خطئی بررسی می‌کند^۱، اما ابن حمزه طوسی در «الوسیله»، با افزودن قید «و قد حذر الزامی» (در حالی که تیرانداز به او هشدار داده باشد)، به صراحت حکم به عدم ضمان می‌کند.^۲ این تفکیک، اثر قاعده تحذیر را آشکار می‌سازد: هشدار، عاملی است که وصف ضمان آور بودن را از فعل زایل می‌کند.

در تبیین مبنای فقهی این براءت، براهین صاحب جواهر بسیار راهگشاست. ایشان در توجیه اینکه چگونه هشدار، نه تنها قصاص بلکه ضمان مدنی (دیه) را نیز ساقط می‌کند، به سه وجه استدلال می‌نماید^۳: اولاً: عبارت «قد اعذر من حذر» دلالت بر پذیرش تام و کامل عذر هشداردهنده دارد، به گونه‌ای که هیچ مسئولیتی، نه بر عهده خود او و نه بر عاقله‌اش، مترتب نگردد. هشدار، فعل او را از دایره افعال موجد ضمان خارج می‌سازد. ثانیاً: از آنجا که مورد نزاع (فعل تیرانداز) از مصادیق خطای محض است و در خطای محض، بحث قصاص اساساً منتفی است، ذکر رفع قصاص «درأ عنه القصاص» در روایات، به قرینه عقلی و با دلالت التزامی، به معنای رفع هرگونه مسئولیت، اعم از کیفری و مدنی، تفسیر می‌شود. ثالثاً: این استدلال که با مبانی مسئولیت مدنی مدرن نیز انطباق کامل دارد، بیان می‌دارد که شخص هشداردهنده، صرفاً مباشر در ایجاد خطر است، اما زیان دیده که با وجود آگاهی از خطر و امکان اجتناب، خود را در معرض آن قرار می‌دهد، سبب اقوی در تحقق زیان است. در تراحم میان سبب و مباشر، زمانی که سبب از حیث تأثیرگذاری و اراده، قوی‌تر از مباشر باشد، ضمان بر عهده او مستقر خواهد شد.

^۱ <https://lib.eshia.ir/10036/7/189>

^۲ <https://lib.eshia.ir/15128/1/454>

^۳ <https://lib.eshia.ir/10088/43/69>

هشدار مؤثر، دقیقاً چنین وضعیتی را ایجاد می‌کند و اراده مخاطب را به عنوان عامل تعیین‌کننده در وقوع خسارت، برجسته می‌سازد در نتیجه نقصان یا ابهام در محتوای هشدار منجر به هشدار غیر مؤثر می‌گردد باید اذعان داشت که انتقال بار مسئولیت و انتساب عرفی زیان به کارفرما، متوقف بر حصول آگاهی عمیق، شفاف و تجزیه‌یافته در مخاطب است. بنابراین، ارسالیه‌های دیر هنگام، ظنی و مردد از سوی پیمانکار با عباراتی نظیر «به نظر می‌رسد شاید در نقشه مشکلی وجود داشته باشد» باعث براءت کامل پیمانکار نمی‌گردد بلکه ممکن است منجر به تعدیل مسئولیت وی گردد و مسئولیت میان اسباب مختلف بر اساس نقش هر یک در ایجاد خسارت توزیع خواهد شد. بنابراین، براءت ذمه مکلف، یک اثر تبعی و فرعی نیست، بلکه نتیجه منطقی قطع رابطه علیت در فرضی است که خسارت به‌طور انحصاری از خطر هشدار داده‌شده ناشی شده باشد و پیمانکار در فرآیند اجرا، مرتکب تقصیر مستقلی نگردیده باشد.

۲-۸: تشدید تکلیف در فرض خطر فوری جانی؛ امتناع از اجرا و توقف کار

باید توجه داشت که اثر براءت‌آور هشدار، بر این فرض استوار است که مخاطب هشدار (کارفرما) با آگاهی کامل و اراده آزاد، خطر معرفی‌شده را می‌پذیرد و اقدام او به عنوان سبب اقوی، رابطه سببیت را قطع می‌کند. این مبنا در مواردی که ادامه کار، خطر فوری برای جان یا سلامت اشخاص ایجاد می‌کند، دچار تزلزل می‌شود؛ زیرا نخست، کارگران شاغل در کارگاه و اشخاص ثالثی که در معرض خطر قرار می‌گیرند، طرف هشدار قراردادی نبوده و اراده‌ای در پذیرش آن نداشته‌اند تا اقدام ایشان بتواند سبب اقوی تلقی گردد؛ و دوم، حتی نسبت به خود کارفرما، در فرضی که فاصله زمانی میان هشدار و تحقق خطر به قدری کوتاه است که وی فرصت واقعی برای اجتناب یا اتخاذ تدابیر ایمنی نمی‌یابد، شرط «تمکن از عدول» که پیش‌تر به عنوان رکن تحقق قاعده تحذیر بیان شد، محقق نمی‌گردد.

در چنین شرایطی، صرف ایفای تکلیف اطلاع‌رسانی، پیمانکار را از مسئولیت بری نمی‌سازد و ادامه آگاهانه عملیات، خود می‌تواند مصداق تقصیری مستقل و منشأ ضمان باشد؛ چه، در تزامن میان تکلیف به اطاعت از دستور کارفرما و تکلیف حرفه‌ای به حفظ جان و ایمنی، اصل اخیر رجحان دارد. این رویکرد هم با قاعده «لاضرر» و قاعده عقلی

حرمت اضرار به نفس و غیر سازگار است که بر اساس آن هیچ التزام یا اذنی، ولو صریح، نمی‌تواند مباح‌کننده ایراد ضرر جانی باشد و هم با گرایش نظام‌های حقوقی مدرن همسو است که مسئولیت حرفه‌ای پیمانکار نسبت به ایمنی کارگاه را فراتر از تکلیف صرفاً اطلاع‌رسانی تعریف می‌کنند. بر این اساس، در فرض خطر فوری و جانی، تکلیف پیمانکار از «تکلیف به هشدار» به «تکلیف به توقف کار یا امتناع از اجرای دستور خطرناک» تشدید می‌یابد؛ و ادامه اجرا پس از هشدار، ولو با اطلاع و اصرار کارفرما، رافع مسئولیت پیمانکار نسبت به خساراتی نخواهد بود که مستقیماً معلول تداوم عملیات پرخطر توسط خود او است. در این فرض، اقدام آگاهانه کارفرما صرفاً به توزیع یا تعدد مسئولیت میان دو طرف می‌انجامد، نه برائت کامل پیمانکار.

۹: آثار نقض تکلیف به هشدار

نقض تکلیف به هشدار، به مثابه یک تقصیر یا فعل ناهنجار تلقی شده و منشأ ایجاد مسئولیت مدنی برای شخص ناقض می‌گردد. این تقصیر، در رابطه قراردادی میان مکلف (مانند پیمانکار) و متعهدله (کارفرما)، ماهیتی قراردادی داشته و در قبال اشخاص ثالثی که از این نقض متحمل زیان می‌شوند، دارای وصف مسئولیت خارج از قرارداد خواهد بود. تحلیل آثار این نقض، مستلزم بررسی دو حوزه مجزا اما مرتبط است: نخست، چگونگی استقرار ضمان بر شخص ناقض و دوم، نحوه توزیع و تخصیص مسئولیت در فرضی که این نقض با سایر اسباب و عوامل زیان‌بار در وقوع خسارت مجتمع می‌گردد.

۹-۱: استقرار ضمان بر ناقض

نقض تکلیف به هشدار، فی‌نفسه یک ترک فعل زیان‌بار است. در جایی که یک فاعل حرفه‌ای، نظیر پیمانکار، از عیوب موجود یا بالقوه در دستورالعمل‌ها، نقشه‌ها یا مصالح تهیه‌شده توسط کارفرما یا دیگر عوامل، آگاهی بالفعل یا بالقوه (نوعی) دارد، سکوت و عدم اعلام این مخاطرات، خروج از استاندارد رفتار یک متخصص متعارف و محتاط محسوب می‌شود. این ترک فعل، رابطه سببیت میان خطای مؤثر اولیه (مثلاً طراحی معیوب) و تحقق خسارت نهایی را تکمیل می‌نماید. به عبارت دیگر، اگر هشدار به نحو مقتضی ایراد می‌شد، این امکان برای کارفرما فراهم بود که با اصلاح طرح یا توقف عملیات، از بروز خسارت

جلوگیری به عمل آورد. بنابراین، رابطه سببیت عرفی و حقوقی میان ترک فعل عدم هشدار و ضرر محقق شده، به وضوح برقرار است و چون این ترک فعل، ناشی از تقصیر و نقض یک وظیفه شناخته شده می باشد، ارکان مسئولیت مدنی محقق شده و ضمان بر عهده شخص ناقض مستقر می گردد.

۹-۲: تحلیل مسئولیت در فرض اجتماع اسباب

در اغلب پروژه های عمرانی و صنعتی، خسارت ناشی از یک سبب منفرد نیست، بلکه حاصل تداخل و اجتماع طولی یا عرضی چندین عامل است. فرض متداول، وجود یک نقص در طراحی (تقصیر طراح) و نقض تکلیف به هشدار در خصوص آن نقص توسط پیمانکار (تقصیر پیمانکار) است. در چنین وضعیتی، پرسش اصلی حقوقی این است که آیا مسئولیت به صورت انحصاری بر عهده سبب اخیر و مؤثر مستقر می شود یا میان کلیه اسباب مداخله گر توزیع می گردد. در این خصوص، دو نظریه اصلی قابل طرح و ارزیابی است:

۹-۲-۱: نظریه سبب نزدیک تر و مؤثر و انقطاع زنجیره سببیت: بر اساس این

نظریه، آخرین عاملی که فرصت قطعی جلوگیری از وقوع خسارت را داشته، سبب اصلی و مسئول انحصاری شناخته می شود. در فرض مورد بحث، می توان استدلال کرد که پیمانکار با آگاهی از نقص و برخورداری از آخرین فرصت برای جلوگیری از زیان از طریق هشدار، با سکوت خود سببیت خطای طراح را قطع کرده و مسئولیت را متوجه خویش ساخته است. (کاتوزیان، ۱۳۹۲، بند ۶۷-۶۸) این رویکرد، هر چند به ندرت، در برخی آراء از جمله پرونده انگلیسی *Baxall Securities* مشاهده می شود؛ جایی که امکان متعارف کشف عیب توسط یک طرف، می تواند رابطه سببیت را با عامل پیشین قطع کند. با این حال، این نظریه به دلیل نادیده گرفتن نقش بنیادین خطای اولیه در ایجاد زمینه خسارت، ممکن است به نتایج غیر منصفانه بینجامد. چنان که در رویه هلند نیز تصریح شده است که نقض تکلیف هشدار از سوی پیمانکار، وجود نقص اولیه را از میان نمی برد.^۱ البته می توان با

^۱ پرونده AIB 04.10.2004, nr. 1200-0311, BR 2006/102

استناد به قسمت اخیر ماده ۵۳۶ قانون مجازات اسلامی استدلال کرد که هرگاه سبب دوم با آگاهی از وجود سبب نخست و احتمال وقوع زیان اقدام کند، علی‌رغم مؤخر بودن در تأثیر، مسئول شناخته شود هرچند که عمل او وفق ماده ۵۳۵ ق.م.ا، سبب مؤخر در تأثیر باشد.

۲-۹: نظریه برابری اسباب و توزیع مسئولیت بر مبنای درجه تقصیر: این نظریه که با عدالت و انصاف سازگاری بیشتری دارد و در نظام‌های حقوقی نوین مقبولیت گسترده‌تری یافته، بر آن است که تمامی عوامل مؤثر در ایجاد خسارت باید متناسب با میزان تأثیر و درجه تقصیر^۱ خود مسئول شناخته شوند.^۲ در این چارچوب، هم طراحی معیوب و هم عدم هشدار پیمانکار از اسباب لازم ورود زیان محسوب می‌شوند و هیچ‌یک به تنهایی برای تحقق خسارت کافی نبوده‌اند. در پرونده *Nowlan v. Brunswick Construction* نیز این دیدگاه را تأیید می‌کند و مقرر می‌دارد که، حتی اگر منشأ اولیه خسارت طراحی ضعیف باشد، پیمانکار همچنان یکی از عوامل مؤثر ورود زیان است.^۳ بر این اساس، راه حل عادلانه، تقسیم مسئولیت است. همچنین مطابق نظریه تداخل حوادث، هر عاملی که در تحقق ضرر نقش سببی داشته باشد جزئی از سبب واحد محسوب

داور اعلام کرد نقض تکلیف سازنده به اخطار هرگز موجب قطع رابطه سببیت نمی‌شود. چائو-دویس این نظر را مطلق و فاقد دقت کافی دانست؛ زیرا داور باید ابتدا چگونگی نقض تکلیف به اخطار و تأثیر آن بر خسارت کارفرما را بررسی می‌کرد. پس از این ارزیابی می‌شد دامنه مسئولیت طراح را تعیین کرد؛ چراکه نقض تکلیف سازنده به کارفرما منتسب می‌شد.

Case note by M. A. B. Chao-Duivis

^۱ برای مطالعه بیشتر در خصوص سوگیری‌های شناختی قضات و انواع آن در ارتباط با تعیین درجه تقصیر یا

برآورد خسارت در دعاوی مسئولیت مدنی رجوع شود به: میرشکاری، ۱۴۰۵، صص ۴۲۱-۴۲۴

^۲ مساله ای هست در خصوص میزان مسئولیت مسببین خسارت که برخی از مواد مانند ۵۲۶ و ۵۲۷ قانون مجازات اسلامی دلالت بر ضمان به نسبت میزان تأثیر ایشان در ایراد خسارت دارد اما مواد ۵۲۸ و ۵۳۳ قانون تصریح شد که مسئولیت بین مسببین به‌طور مساوی تقسیم می‌شود، همانطور که برخی به درستی معتقد هستند قاعده آن است که تقسیم مسئولیت به نسبت میزان تأثیر مسببین خواهد بود، تنها در صورتی که تفاوتی در تأثیر احراز نشود، حکم به تقسیم مساوی مسئولیت بین مسببین ایراد خسارت صادر خواهد شد. ماده ۱۶۵ قانون دریایی ایران نیز دلالت بر مطلب فوق دارد (ایرج بابائی، قوه قضائیه ج ۲، ص ۸۶)

^۳ See: <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/5594/index.do>

می‌شود، مشروط بر آنکه نقش آن از سنخ سببیت باشد نه صرف شرطیت. (باریکلو، ۱۴۰۱، صص ۶۴-۶۶) در نتیجه، دادگاه با جلب نظر کارشناس، سهم تقصیر طراح و پیمانکار را تعیین و هر یک را به میزان سهم خود مسئول جبران خسارت می‌شناسد. حقوق آلمان نیز، با وجود پیچیدگی‌های مربوط به بار اثبات، در نهایت به سمت مسئولیت همزمان طراح و پیمانکار گرایش دارد؛ زیرا پیمانکار متعهد به تحویل نتیجه‌ای بی‌نقص بوده و این تعهد، حمایت از کارفرما در برابر نواقص ناشی از دیگران را نیز در بر می‌گیرد. (Luzak, 2011; 181-185)

نقص تکلیف به هشدار به‌ندرت علت منحصر خسارت است و معمولاً در کنار خطاهای پیشین، مانند طراحی یا دستورالعمل‌های معیوب کارفرما یا مشاور، قرار می‌گیرد. از این‌رو این پرسش مطرح می‌شود که سهم تقصیر سایر عوامل، به‌ویژه کارفرما، تا چه اندازه می‌تواند موجب کاهش مسئولیت پیمانکار شود؟ این موضوع با «دفاع تقصیر مشترک»^۱ ارتباط دارد؛ نهادی که برای توزیع منصفانه مسئولیت در فرض مشارکت چند عامل در ورود زیان طراحی شده است. بر این اساس، اگر زیان‌دیده در ایجاد یا تشدید خسارت نقش داشته باشد، خواننده می‌تواند کاهش میزان جبران خسارت را درخواست کند.^۲

در حقوق انگلستان، اعمال این دفاع با ابهام قابل توجهی مواجه است؛ زیرا قانون اصلاح حقوق ۱۹۴۵^۳ آن را در مسئولیت مدنی پذیرفته، اما تسری آن به تعهدات صرفاً قراردادی، به دلیل احتمال برهم خوردن توزیع قراردادی ریسک، همواره محل تردید بوده است. (Jonathan, 2015; p147) با وجود این، از آنجا که تکلیف هشدار در پروژه‌های پیمانکاری غالباً ماهیتی دوگانه (قراردادی و قهری) دارد، رویه قضایی در موارد هم‌پوشانی دو حوزه، کاهش خسارت را پذیرفته است؛ هرچند وابستگی شدید به تشخیص موردی دادگاه‌ها، پیش‌بینی‌پذیری این نظام را کاهش داده است (Luzak, 2011; 196).^۴

^۱ Contributory Negligence

^۲ <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/contributory-negligence>

^۳ The Law Reform (Contributory Negligence) Act 1945

^۴ در پرونده *Lindenbergh v. Canning* دادگاه بیان داشت: طراح هنگام اقدام به نمایندگی از کارفرما در انجام وظیفه مراقبت از جانب وی قصور ورزید؛ بدین‌سان که دیوارهای ۹ اینچی را در نقشه خود به اشتباه غیر باربر نشان

در مقابل، در حقوق آلمان، ماده ۲۵۴ قانون مدنی (BGB) جایگاه روشنی برای این دفاع مقرر کرده است. براساس ماده مرقوم هرگاه خسارت تا حدی ناشی از طراحی معیوب منتسب به کارفرما باشد، پیمانکار می‌تواند خواستار تعدیل مسئولیت متناسب با سهم طرفین شود. با این حال، اگر پیمانکار با علم واقعی به خطر از هشدار خودداری کرده یا در اعلام آن تأخیر ناموجه داشته باشد، رفتار او تقصیر فاحش^۱ تلقی شده و استناد به تقصیر مشترک، مغایر اصل حسن نیت دانسته می‌شود؛ در نتیجه وی مسئول جبران کامل خسارت خواهد بود. بنابراین، نقطه اشتراک هر دو نظام آن است که نقض آگاهانه تکلیف هشدار توسط پیمانکار می‌تواند اثر تقصیر اولیه کارفرما را خنثی کرده و امکان استناد موفق به دفاع تقصیر مشترک را از میان ببرد.^۲

داد، به‌صورت شفاهی به پیمانکار دستور تخریب آن‌ها را داد و هیچ‌گونه دستورالعملی برای تکیه‌گاه‌های موقت یا دائم ارائه نکرد. در تقسیم مسئولیت میان طراح، کارفرما و پیمانکار، بر این باورم که طراح ۷۵٪ مسئول و پیمانکار ۲۵٪ مسئول بوده است. در این پرونده، قاضی علی‌رغم آنکه مسئولیتی را در قالب مسئولیت مدنی ناشی از بی‌احتیاطی احراز نکرده بود، تقصیر مشترک را احراز کرد؛ امری که به نظر می‌رسد دلالت بر آن دارد که این دفاع می‌تواند در موارد مربوط به تعهدی صرفاً قراردادی مبنی بر اخطار یا هشدار نیز قابل اعمال باشد.

^۱ Gross Negligence

^۲ این مهم در ماده ۴ قانون مسئولیت مدنی ایران نیز موارد تخفیف ذکر شده است.

نتیجه‌گیری

پژوهش حاضر با تمرکز بر یکی از مناقشه‌برانگیزترین مسائل حقوق ساخت‌وساز، یعنی تعارض میان تکلیف پیمانکار به اطاعت از دستورات کارفرما و تعهد حرفه‌ای او به مراقبت، به واکاوی ماهیت و آثار حقوقی «تکلیف پیمانکار به هشدار» پرداخته است. مسئله محوری این تحقیق آن بود که در فرض مواجهه پیمانکار با عیوب طراحی یا دستورات خطرزا، سکوت یا تبعیت صرف تا چه اندازه می‌تواند او را از مسئولیت مبری سازد و برعکس، هشدار دادن بر چه مبنای حقوقی‌ای قادر است ضمان قراردادی و مدنی او را زایل نماید. این پرسش، به‌ویژه در نظام حقوقی ایران که فاقد نص صریح قانونی در این زمینه است، اهمیتی دوچندان دارد و نیازمند اتکاء به مبانی عمیق‌تر فقهی و تحلیلی است. یافته‌های پژوهش نشان داد که اگرچه نظام‌های حقوقی مختلف در نتیجه عملی (الزام پیمانکار به هشدار) همگرا هستند، اما مبانی نظری آن‌ها تفاوت بنیادین دارد. در نظام‌های رومی-ژرمنی، تکلیف به هشدار عمدتاً بر اصل حسن نیت، وفاداری قراردادی و تعهد به همکاری استوار است و حتی تا مرحله پیش‌قراردادی نیز گسترش می‌یابد. در مقابل، نظام کامن‌لا با احتیاط بیشتر، این تکلیف را نه به عنوان تعهدی مستقل، بلکه در قالب شرط ضمنی مهارت و مراقبت متعارف پیمانکار شناسایی می‌کند. با این حال، هر دو نظام در نهایت هشدار مؤثر را عاملی می‌دانند که می‌تواند زنجیره مسئولیت پیمانکار را قطع کرده و ریسک ناشی از تصمیم آگاهانه را به کارفرما منتقل سازد.

دست‌آورد اصلی و نوآوری این پژوهش در آن است که نشان می‌دهد در حقوق ایران، مبنای تکلیف پیمانکار به هشدار را می‌توان نه صرفاً از شروط ضمنی یا اقتباس از اصل حسن نیت، بلکه بر پایه‌ی قاعده فقهی «قاعده تحذیر» تبیین نمود. قاعده «قَدْ أَعَذَّرَ مَنْ أُنْذِرَ» این امکان را فراهم می‌آورد که هشدار پیمانکار، به‌عنوان عملی حقوقی و نه صرفاً اخلاقی، موجب قطع استناد عرفی خسارت به او گردد. بر این اساس، در فرض هشدار مؤثر و اصرار آگاهانه کارفرما بر اجرای طرح معیوب، مسئولیت خسارات نه به‌دلیل عدم تقصیر پیمانکار، بلکه به‌دلیل «اقدام علیه خود» متوجه کارفرما خواهد بود. این تحلیل،

ضمن انطباق کامل با مبانی فقه امامیه و مواد قانون مدنی ایران در باب اتلاف و تسبیب، کارکردی مشابه و حتی پیشبینی پذیرتر از دکترین‌های غربی در توزیع مسئولیت ارائه می‌دهد.

از منظر آثار حقوقی، تحقیق حاضر روشن ساخت که ایفای صحیح تکلیف به هشدار می‌تواند به برائت کامل ذمه پیمانکار منجر شود، مشروط بر آنکه شرایط تحقق این تکلیف - از جمله قابلیت تشخیص و کشف عیب توسط متخصص متعارف، مؤثر بودن خطر، عدم آگاهی قبلی کارفرما، و وجود رابطه سببیت - احراز گردد و هشدار نیز واجد اوصاف شکلی و ماهوی لازم باشد. در مقابل، سکوت پیمانکار در برابر عیوب عیان یا خطرات جدی، او را در جایگاه سبب مؤثر قرار داده و زمینه مسئولیت قراردادی یا مدنی را فراهم می‌سازد.

در پایان، بر پایه نتایج به‌دست‌آمده، پیشنهاد می‌شود: نخست، در تنظیم قراردادهای پیمانکاری، تکلیف به هشدار و تشریفات آن به‌صراحت پیش‌بینی و مستندسازی شود تا از اختلافات آتی جلوگیری گردد. دوم، رویه قضایی و داوری در ایران با بهره‌گیری از قاعده تحذیر که {بسی مغفول مانده است}، به سمت تحلیل استناد عرفی و قطع رابطه سببیت حرکت کند و از تقلیل بحث به صرف تقصیر پرهیز نماید. سوم، آموزش حقوقی و قراردادی پیمانکاران و مهندسان در خصوص اهمیت هشدار مؤثر و مستند، به‌عنوان ابزار دفاع حقوقی، تقویت شود. چنین رویکردی می‌تواند ضمن ارتقای ایمنی و کیفیت پروژه‌ها، به توزیع منصفانه ریسک و مسئولیت در صنعت ساخت‌وساز بینجامد و جایگاه حقوق ایران را در این حوزه، از حیث انسجام نظری و کارآمدی عملی، استحکام بخشد.

فهرست منابع

منابع فارسی

۱. بابایی، ایرج (۱۴۰۱). حقوق مسئولیت مدنی و الزامات خارج از قرارداد. چاپ سوم. تهران: انتشارات میزان.
۲. بابایی، ایرج (۱۴۰۳). حقوق مسئولیت مدنی مبتنی بر نقد و بررسی آراء و رویه قضایی (جلد دوم). چاپ ششم. تهران: انتشارات پژوهشگاه قوه قضائیه.
۳. باریکلو، علیرضا (۱۴۰۱). مسئولیت مدنی. چاپ دهم. تهران: انتشارات میزان.
۴. جابری، محمدصالح (۱۴۰۳). حقوق ساخت و ساز. چاپ دوم. تهران: انتشارات میزان.
۵. عراقی، عزت‌الله (۱۴۰۱). حقوق کار (جلد اول). چاپ بیست و سوم. تهران: انتشارات سمت.
۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲). وقایع حقوقی: مسئولیت مدنی. چاپ یازدهم. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۷. کاتوزیان، ناصر (۱۴۰۳). دوره حقوق مدنی: عقود معین (جلد اول). تهران: انتشارات گنج دانش.
۸. کاتوزیان، ناصر (۱۴۰۴). دوره حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها (جلد سوم: آثار قرارداد). چاپ یازدهم. تهران: انتشارات گنج دانش.
۹. محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۱). قواعد فقه: بخش مدنی (۲). چاپ پنجم. تهران: انتشارات سمت.
۱۰. محقق داماد، سیدمصطفی (۱۴۰۴). قواعد فقه ۱: بخش مدنی. چاپ شصت و سوم. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
۱۱. محمدی، ابوالحسن (۱۳۸۹). قواعد فقه. چاپ یازدهم. تهران: انتشارات میزان.

مقالات:

۱. اکبری، پرویز؛ عربیان، اصغر (۱۳۹۹). «بررسی دامنه قاعده تحذیر در حقوق موضوعه». مبنای فقهی حقوق اسلامی، سال سیزدهم، شماره ۱ (پیاپی ۲۵).
۲. امینی، منصور؛ دریایی، رضا (۱۳۹۸). «تحلیل اقتصادی خسارت صرفاً اقتصادی». فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۸۶.
۳. بادینی، حسن؛ ایمانی، کریم (۱۴۰۱). «نگرشی تحلیلی بر نقش هشدار در مسئولیت مدنی تولیدکنندگان کالا و ارائه‌دهندگان خدمات». پژوهش حقوق خصوصی، سال نوزدهم، شماره ۱ (پیاپی ۴۰).

۴. باریکلو، علیرضا؛ هاشمی شهرضایی، زینب (۱۳۹۸). «تحلیل کارکرد قاعده هشدار در مسئولیت ناشی از تولید». مطالعات حقوقی، دوره یازدهم، شماره ۴.
 ۵. جنیدی، لعلیا (۱۳۸۱). «مطالعه تطبیقی تعهد به دادن اطلاعات با تاکید بر نظام‌های کامن لا». مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۵۶.
 ۶. دهقان، مصطفی؛ فائزی، محمد (۱۴۰۵). تأملی در مستقل‌انگاری قاعده تحذیر در رفع مسئولیت. پژوهش فقهی (دانشگاه تهران)، دوره ۲۲، شماره ۱.
 ۷. رجبی، عبدالله (۱۴۰۴). «چیستی قرارداد از منظر حقوقی: تأملی در استقلال حقوق قراردادها». مطالعات حقوق خصوصی دانشگاه تهران، دوره ۵۵، شماره ۴.
 ۸. صفایی، سید حسین؛ اصولی، پریسا (۱۴۰۵). «شرایط و آثار فریب و غرور در تحقق ضمان قهری؛ مطالعه تطبیقی در حقوق اسلام، ایران، انگلیس و فرانسه». فصلنامه تحقیق و توسعه در حقوق تطبیقی (پژوهشکده حقوق و قانون ایران)، دوره ۹، شماره ۳۰.
 ۹. صباح مشهدی، حمید (۱۳۸۵). «بررسی و تبیین قاعده‌ی تحذیر یا هشدار». مجله دادرسی، شماره ۶۰.
 ۱۰. قاسمی حامد، عباس؛ سرخه، ابراهیم (۱۳۹۸). «قلمرو زمانی مسئولیت مدنی قراردادی مهندس مشاور در روش سه عاملی». پژوهش حقوق خصوصی، سال هفتم، شماره ۲۸.
 ۱۱. میرشکاری، عباس؛ زرگری، جمشید (۱۴۰۵). «چون کشتی بی لنگر: تحلیلی بر خطای لنگر در دعاوی مسئولیت مدنی». دوفصلنامه تحقیق و توسعه در حقوق خصوصی (پژوهشکده حقوق و قانون ایران)، دوره ۳، شماره ۵.
- پایان‌نامه‌ها و رساله‌ها:**
۱. الجبوری، حسام جواد عبدالرسول (۱۴۰۰). تأثیر قاعده تحذیر بر رفع مسئولیت مدنی در فقه اسلامی و حقوق عراق. رساله دکتری تخصصی حقوق خصوصی، موسسه آموزش عالی علوم و معارف، جامعه المصطفی العالمیه.
 ۲. باخدا، دانیال (۱۳۹۶). مطالعه تطبیقی جایگاه قاعده تحذیر در حمایت از حقوق مصرف‌کننده در حقوق ایران و انگلستان. پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی.
 ۳. حسین قربان، نیلوفر (۱۳۹۴). قاعده تحذیر و نقش آن در سقوط مسئولیت مدنی. پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه خوارزمی.

منابع انگلیسی

1. Bailey, J. (2011). *Construction Law* (Vols. I, II & III). London: Informa Law from Routledge.
2. Baker, E., Mellors, B., Chalmers, S., & Lavers, A. (2009). *FIDIC Contracts: Law and Practice* (5th ed.). London: Informa Law from Routledge.
3. Cambridge Dictionary. (n.d.). Cambridge University Press.
4. Dillard, H. C., & Hart, H. II (1955). Product Liability: Directions for Use and the Duty to Warn. *Virginia Law Review*, 41(2), 145-182.
5. Goodden, R. L. (2009). *Lawsuit Reducing the Risk of Product Liability for Manufacturers*. Hoboken, NJ: John Wiley & Sons.
6. Klee, L. (2015). *International Construction Contract Law*. Wiley Blackwell.
7. Lando, O., & Beale, H. (Eds.). (2000). *Principles of European Contract Law*. The Hague: Kluwer Law International.
8. Law, J. (Ed.). (2015). *A Dictionary of Law* (8th ed.). Oxford University Press.
9. Lord Mackay of Clashfern (Ed.). (2011). *Halsbury's Laws of England* (5th ed., Vol. 4). London: LexisNexis.
10. Luzak, J. (2011). *The implied duty of a service provider to warn about a risk of construction defects resulting from a contract with a third party...* (Academic Thesis).
11. Murdoch, J., & Hughes, W. (2008). *Construction Contracts: Law and Management* (4th ed.). London: Taylor & Francis.
12. Nicklisch, F., & Weick, G. (2001). *Verdingungsordnung für Bauleistungen: VOB Teil B*. München: C.H. Beck.
13. Rieder, C. (2004). Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nach schweizerischem Recht. *Hanse Law Review (HanseLR)*, 2(1), 82.
14. Van Boom, W. H. (2004). *Compensating and preventing damage: is there any future left for tort law?* Rotterdam Institute of Private Law, Erasmus University.
15. Wallace, I. N. D. (1997). *Hudson's Building and Engineering Contracts* (11th ed., Vol. 1). Sweet & Maxwell.
16. Zimmermann, R., & Whittaker, S. (2000). *Good Faith in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

References

1. Akbari, P., & Arabian, A. (2020). Investigating the Scope of the Tahzir (Warning) Rule in Positive Law. *Jurisprudential Fundamentals of Islamic Law*, 13(1). [In Persian]
2. Al-Jubouri, H. J. A. (2021). *The Impact of the Tahzir Rule on Removing Civil Liability in Islamic Jurisprudence and Iraqi Law* (Ph.D. Dissertation). Al-Mustafa International University. [In Arabic/Persian]
3. Amini, M. (2019). An Economic Analysis of Economic Loss. *Legal Research Quarterly*, No. 86. [In Persian]
4. Babaei, I. (2022). *Civil Liability Law and Extra-contractual Obligations* (3rd ed.). Tehran: Mizan Publishing. [In Persian]
5. Babaei, I. (2024). *Civil Liability Law Based on the Critique and Review of Judicial Decisions* (Vol. 2, 6th ed.). Tehran: Judiciary Research Institute. [In Persian]
6. Badini, H., & Imani, K. (2022). An Analytical View on the Role of Warning in the Civil Liability of Goods Producers and Service Providers. *Private Law Research*, 19(1). [In Persian]
7. Bailey, J. (2011). *Construction Law* (Vols. I, II & III). London: Informa Law from Routledge.
8. Bakhoda, D. (2017). *Comparative Study of the Position of the Tahzir Rule in Consumer Rights Protection in Iranian and English Law* (Master's Thesis). Allameh Tabataba'i University. [In Persian]
9. Baker, E., Mellors, B., Chalmers, S., & Lavers, A. (2009). *FIDIC Contracts: Law and Practice* (5th ed.). London: Informa Law from Routledge.
10. Bariklou, A. (2020). Functional Analysis of the Warning Rule in Product Liability. *Legal Studies*, 11(4). [In Persian]
11. Bariklou, A. (2022). *Civil Liability* (10th ed.). Tehran: Mizan Publishing. [In Persian]
12. Cambridge Dictionary. (n.d.). Cambridge University Press.
13. Dehghan, M., & Faezi, M. (2026). Reflection on the Independence of Warning in Disclaimer. *Journal of Jurisprudential Research* (University of Tehran), 22(1), 45-56. [In Persian]
14. Dillard, H. C., & Hart, H. II (1955). Product Liability: Directions for Use and the Duty to Warn. *Virginia Law Review*, 41(2), 145-182.
15. Eraghi, E. (2022). *Labor Law* (Vol. 1, 23rd ed.). Tehran: SAMT. [In Persian]
16. Ghasemi Hamed, A., & Sorkheh, E. (2019). The Temporal Scope of Contractual Civil Liability of the Consulting Engineer in the Three-Factor Method. *Private Law Research*, 7(28). [In Persian]
17. Goodden, R. L. (2009). *Lawsuit Reducing the Risk of Product Liability for Manufacturers*. Hoboken, NJ: John Wiley & Sons.

18. Hossein Ghorban, N. (2015). *The Tahzir Rule and its Role in the Fall of Civil Liability* (Master's Thesis). Kharazmi University. [In Persian]
19. Jaber, M. S. (2024). *Construction Law* (2nd ed.). Tehran: Mizan Publishing. [In Persian]
20. Joneidi, L. (2002). Comparative Study of the Obligation to Provide Information with Emphasis on Common Law Systems. *Journal of Faculty of Law and Political Science*, No. 56. [In Persian]
21. Katouzian, N. (2013). *Legal Events: Civil Liability* (11th ed.). Tehran: Enteshar Company. [In Persian]
22. Katouzian, N. (2024). *Course of Civil Law: Specific Contracts* (Vol. 1). Tehran: Ganj-e-Danesh. [In Persian]
23. Katouzian, N. (2025). *Course of Civil Law: General Rules of Contracts* (Vol. 3: Effects of Contract, 11th ed.). Tehran: Ganj-e-Danesh. [In Persian]
24. Klee, L. (2015). *International Construction Contract Law*. Wiley Blackwell.
25. Lando, O., & Beale, H. (Eds.). (2000). *Principles of European Contract Law*. The Hague: Kluwer Law International.
26. Law, J. (Ed.). (2015). *A Dictionary of Law* (8th ed.). Oxford University Press.
27. Lord Mackay of Clashfern (Ed.). (2011). *Halsbury's Laws of England* (5th ed., Vol. 4). London: LexisNexis.
28. Luzak, J. (2011). *The implied duty of a service provider to warn about a risk of construction defects resulting from a contract with a third party...* (Academic Thesis).
29. Mirshkari, A., & Zargari, J. (2026). Like a Ship Without Anchor: An Analysis of Anchoring Bias in Civil Liability Litigation. *Journal of Research and Development in Private Law* (Iranian Law and Legal Research Institute), 3(5).
30. Mohaghegh Damad, S. M. (2002). *Rules of Jurisprudence: Civil Section (2)* (5th ed.). Tehran: SAMT. [In Persian]
31. Mohaghegh Damad, S. M. (2025). *Rules of Jurisprudence 1: Civil Section* (63rd ed.). Tehran: Islamic Sciences Publishing Center. [In Persian]
32. Mohammadi, A. (2010). *Rules of Jurisprudence* (11th ed.). Tehran: Mizan Publishing. [In Persian]
33. Murdoch, J., & Hughes, W. (2008). *Construction Contracts: Law and Management* (4th ed.). London: Taylor & Francis.
34. Nicklisch, F., & Weick, G. (2001). *Verdingungsordnung für Bauleistungen: VOB Teil B*. München: C.H. Beck.
35. Rajabi, A. (2025). The Nature of Contract from a Legal Perspective: A Reflection on the Independence of Contract Law. *Private Law Studies*, 55(4), 605-629. [In Persian]
36. Rieder, C. (2004). Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nach schweizerischem Recht. *Hanse Law Review* (HanseLR), 2(1), 82.

37. Sabah Mashhadi, H. (2006). Review and Explanation of the Tahzir or Warning Rule. *Dadrasi Magazine*, No. 60. [In Persian]
38. Safaii, S. H., & Osuoli, P. (2026). Conditions and Effects of Deception and Trickery in the Realization of Tortious Liability: A Comparative Study in Islamic, Iranian, English and French Law. *Journal of Research and Development in Comparative Law (Iranian Law and Legal Research Institute)*, 9(30).
39. Van Boom, W. H. (2004). *Compensating and preventing damage: is there any future left for tort law?* Rotterdam Institute of Private Law, Erasmus University.
40. Wallace, I. N. D. (1997). *Hudson's Building and Engineering Contracts* (11th ed., Vol. 1). Sweet & Maxwell.
41. Zimmermann, R., & Whittaker, S. (2000). *Good Faith in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press.