



پردیس بین الملل

پایان نامه کارشناسی ارشد

مسئولیت مدنی ناشی از

تصادمات دریایی

از

پاشا دلشاد

استاد راهنما

دکتر محمد رضا شرافت پیما

شهریور ۱۳۹۰

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

پرديس بين الملل

حقوق (خصوصى)

مسئوليت مدنى ناشى از

تصادمات دريائى

از

پاشا دلشاد

استاد راهنما

دکتر محمد رضا شرافت پيما

استاد مشاور

دکتر سيد محمد اسدى نژاد

شهر يور ۱۳۹۰

تقدیم بہ

پدر و مادر بزرگوارم بہ پاس زحمات بی دریغشان

و

ہمسرمہ بانم کہ بی منت، از بیچ مساعدتی دریغ نورزید و با ایثار زمانی کہ متعلق بہ وی بود مرا تا بدولہد از خود ساخت و فرزند انم کہ
تبلور امید و شکوہ زندگی ام ہستند۔

تقدیر و تشکر

حرمت و کرامت انسانی این امر را واجب می داند تا از کلیه کسانی که در جهت آماده سازی این پایان نامه مرا مورد مرحمت و تفقد خود قرار دادند تشکر و قدردانی نمایم بالاخص از استاد راهنما و بزرگوارم جناب آقای دکتر محمد رضا شرافت پیما و استاد مشاور و ارجمندم جناب آقای دکتر سید محمد اسدی نژاد که بسیاری از آموخته های خود را مدیون ایشان می باشم همچنین از جناب آقای دکتر رستمی و جناب آقای دکتر مقصودی که بعنوان داور قبول زحمت فرموده اند تا در جلسه دفاع اینجانب حاضر شوند نهایت سپاس و تشکر را دارد .

فهرست

۱.....	مقدمه
۴.....	فصل اول - مسئولیت.....
۵.....	۱-۱- التزام و تعهد.....
۵.....	۱-۱-۱- تعریف قرارداد و عقد و تعریف تعهد.....
۷.....	۱-۱-۲- تفکیک تعهد به نتیجه و تعهد به وسیله.....
۹.....	۱-۱-۲-۱- تعهد ایمنی.....
۱۰.....	۱-۱-۲-۲- تعهد ایمنی به عنوان تعهدی به وسیله.....
۱۰.....	۱-۱-۲-۳- تعهد ایمنی، به عنوان تعهدی به نتیجه.....
۱۱.....	۱-۲- مفهوم و اقسام مسوولیت حقوقی.....
۱۲.....	۱-۲-۱- مبانی مسئولیت.....
۱۶.....	۱-۲-۲- ماهیت و ارکان مسئولیت قهری.....
۱۷.....	۱-۲-۲-۱- ماهیت و قلمرو مسئولیت قراردادی.....
۱۸.....	۱-۳- شرط عدم مسئولیت.....
۱۸.....	۱-۳-۱- مفهوم و ماهیت شرط عدم مسئولیت.....
۱۹.....	۱-۳-۱-۱- شرط عدم مسئولیت در حقوق ایران.....
۱۹.....	۱-۳-۱-۲- مبانی حقوقی صحت شرط عدم مسئولیت.....
۲۱.....	۱-۳-۱-۲- آثار شرط عدم مسئولیت.....
۲۳.....	فصل دوم - حمل و نقل دریایی.....

۲۴	۱-۲- مفاهیم
۲۷	۱-۱-۲- حمل و نقل بارنامه ای
۲۸	۱-۱-۲- مقررات بین المللی حاکم بر حمل و نقل بارنامه ای (قواعد لاهه)
۳۲	۲-۲- تعریف قرارداد حمل و نقل
۳۳	۱-۲-۲- بررسی اجمالی قوانین ایران در خصوص قرارداد حمل و نقل
۳۷	۳-۲- تصدی حمل و نقل
۳۷	۱-۳-۲- تعریف متصدی حمل و نقل
۴۰	۲-۳-۲- فورواردر
۴۱	۳-۳-۲- تعهدات متصدی حمل و نقل
۴۳	۴-۲- مسئولیت متصدی حمل و نقل دریایی و مطالعه تطبیقی مبنای مسئولیت حمل و نقل
۴۴	۱-۴-۲- مبنای مسئولیت حمل و نقل در حقوق اسلامی
۴۶	۱-۱-۴-۲- مبنای مسئولیت متصدی حمل و نقل در قانون دریایی ایران
۴۹	۲-۱-۴-۲- مسئولیت حمل کننده در کنوانسیون CMR
۵۰	۳-۱-۴-۲- فرض مسئولیت متصدی حمل و نقل دریایی در کنوانسیون هامبورگ
۵۳	۴-۱-۴-۲- مسئولیت متصدی حمل و نقل دریایی در کنوانسیون بروکسل
۵۶	فصل سوم - حوادث و جبران خسارات
۵۷	۳- تصادمات
۵۹	۱-۳- منابع حقوق دریائی
۶۴	۱-۱-۳- تعریف کشتی

- ۶۵..... ۳-۱-۲- کشتی های جنگی
- ۶۶..... ۳-۱-۳- تابعیت کشتی
- ۶۷..... ۳-۱-۴- مسئولیت مالک کشتی
- ۶۷..... ۳-۱-۴-۱- فرمانده کشتی کیست
- ۶۹..... ۳-۱-۴-۲- تابعیت فرمانده ، افسران و کارکنان کشتی
- ۶۹..... ۳-۱-۵- اجاره کشتی
- ۶۹..... ۳-۱-۵-۱- ماهیت قرارداد اجاره کشتی
- ۷۱..... ۳-۱-۵-۲- فسخ و انحلال قرارداد اجاره:
- ۷۳..... ۳-۲- تاریخچه
- ۷۴..... ۳-۲-۱- تعریف تصادم
- ۷۵..... ۳-۲-۱-۱- قواعد حاکم بر تصادم دریایی
- ۷۷..... ۳-۲-۱-۲- انواع تصادم بلحاظ تعیین مسئولیت
- ۷۹..... ۳-۲-۲- طرفین دعوی
- ۸۲..... ۳-۲-۲-۱- علت تصادم
- ۸۳..... ۳-۲-۲-۲- ایمنی در کشتیرانی
- ۸۸..... ۳-۳- خسارات
- ۸۸..... ۳-۳-۱- خسارات قراردادی
- ۹۰..... ۳-۳-۱-۱- آزادی قراردادها
- ۹۱..... ۳-۳-۱-۲- مبانی حقوقی پذیرش اصل توافق بر خسارت
- ۹۳..... ۳-۳-۱-۳- ماهیت شرط خسارت توافقی

- ۹۴..... ۳-۳-۱-۴- ویژگیهای شرط خسارت توافقی
- ۹۵..... ۳-۳-۱-۵- شرایط اعتبار و استحقاق خسارت توافقی
- ۹۸..... ۳-۳-۲- شرایط جبران خسارت
- ۱۰۰..... ۳-۳-۲-۱- شرایط مطالبه خسارت
- ۱۰۲..... ۳-۳-۲-۲- خسارات قابل مطالبه
- ۱۰۷..... ۳-۳-۳- رابطه سببیت
- ۱۰۷..... ۳-۳-۳-۱- نظریه های معروف رابطه سببیت
- ۱۱۱..... ۳-۳-۲- چنانچه چند نفر سبب ورود خسارت شوند
- ۱۱۳..... ۳-۳-۳-۳- تقسیم مسئولیت بین اسباب مشترک
- ۱۱۷..... ۳-۳-۳-۴- مسئولیت مشترک و چند جانبه
- ۱۱۸..... ۳-۳-۳-۵- اجتماع سبب و مباشر
- ۱۲۲..... ۳-۳-۳-۶- جبران خسارت در حقوق ایران
- ۱۲۴..... ۳-۳-۲-۷- اسباب معافیت مدیون از تادیه خسارت
- ۱۲۴..... ۳-۳-۴- اثبات تقصیر
- ۱۲۵..... ۳-۳-۴-۱- بررسی و تفسیر تقصیر
- ۱۲۸..... ۳-۳-۴-۲- مقایسه طبقه بندی تقصیر در قانون مدنی و در قانون مسئولیت مدنی
- ۱۲۸..... ۳-۳-۴-۳- درجه تقصیر
- ۱۲۹..... ۳-۳-۴-۴- تقصیر قراردادی وبدون قرارداد
- ۱۳۰..... ۳-۳-۴-۵- تقصیر فاعل زیان، زیان دیده و ثالث و تقصیر مشترک آنان
- ۱۳۰..... ۳-۳-۴-۶- حقوق ایران

١٣٩..... نتیجه

١٤٧..... منابع

امروزه بدلیل گستردگی تجارت بین الملل و مراودات بین المللی ، دریاها ، بعنوان کم هزینه ترین راه برای انجام حمل و نقل بر گزیده شده و بدلیل ریسک اندک در جابجایی کالا ، حمل و نقل دریایی از اهمیت ویژه ای برخوردار است هزینه کم ، خطرات احتمالی اندک در جابجایی کالا و گستردگی و تنوع آنها بر اهمیت موضوع افزوده اما مسئله ای عمده و اساسی که در بحث حقوق دریایی به طور مستقل و خاص به آن پرداخته نشده مسئله تصادمات دریایی است بررسی این مطلب که چنانچه در دریا بین کشتی ها و شناورها تصادمی رخ دهد یا حادثه ای بین کشتی های در حال حرکت با کشتی های در لنگر بوجود آید و در نتیجه این حوادث و تصادم ، خساراتی به کشتی ، کالای در حال حمل و ... وارد آید مسئولیت متوجه چه شخص یا اشخاصی است و علی القاعده چگونه باید جبران خسارت صورت گیرد ؟

در نوشتار حاضر معلوم می گردد که قانون دریایی ایران در بردارنده مباحثی جامع در خصوص مورد نبوده و با توجه به عدم بازنگری در قانون دریایی ایران بنظر این قانون با توجه به کنوانسیون بروکسل جایگاه واقعی خود را از دست داده و لذا نیازمند بررسی، امعان نظر است و بازنگری می باشد .

کلید واژه : مسئولیت -مسئولیت حقوقی - حمل و نقل دریایی - متصدی حمل و نقل - تصادمات دریایی .

Abstract:

Marine collision
Pasha delshad

the extent of international trade and international exchanges, the sea, as the least costly way to do transportation due to the selection and handling of goods at low risk, marine transportation enjoy a particular importance is the low cost - the risk small in scale and diversity of their displacement Kalav on added importance, but the main issue discussed and fundamental rights in the sea independently and not specifically addressed the issue of marine collision that if this story at sea between ships and vessels collision occurred or to an accident between a moving ships with ships at anchor is formed and in accidents and collisions result, damage to the ship, carrying goods in and ... What comes into the person or persons responsible are found and How should compensation? In the present paper ,it is clear that the Iranian navy has lost its real position and is therefor required to investigate.

Key words:responsibility-legal responsibility-sea transport-the transport operator-marine collisions.

الله الذی سَخَّرَ لَکُمُ الْبَحْرَ لِتَجْرِيَ الْفُلُکُ فِیهِ بِأَمْرِهِ وَ لِتَبْتَغُوا مِنْ فَضْلِهِ وَ لَعَلَّکُمْ تَشْکُرُونَ (الجماعه ۱۲)

خداست آنکه برای شما دریا را مسخر گردانید تا کشتی به امر خدا آسان در آب جاری شود و از آن به تجارت و سفر از فضل خدا روزی طلبیده باشد که شکر نعمتش بجای آرید.

مقدمه

حقوق دریایی از مباحث پیچیده حقوقی است که از جهت نظری و عملی از اهمیت بسیاری برخوردار است و متأسفانه با وجود اینکه ناوگان تجاری ایران در بین یکی از ۲۰ ناوگان تجاری بزرگ جهان قرارداد تا کنون گام‌های موثری در زمینه تدوین مقررات مربوط به قوانین دریایی صورت نگرفته و تقریباً هیچ کتاب جامعی در زمینه حقوق دریایی تدوین نشده است شاید مهمترین و جامعترین کتابهایی که در این زمینه در ایران تدوین و تالیف شده متعلق به آقایان هوشنگ امید و دکتر ابوالبشر فرمانفرماییان باشد که از نشر هر دو کتاب قریب ۴۰ سال می‌گذرد و تا کنون نیز تجدید چاپ نشده اند تحقیق حاضر در خصوص یکی از بخشهای مهم حقوق دریایی تحت عنوان تصادمات دریایی می‌باشد که سعی گردیده تا مطالب آن مورد توجه واقع شود

در مطالعه حقوق دریایی ایران نکته‌ای که بیش از هر چیز جلوه‌نمایی می‌کند قدیمی بودن مقرراتی است که بر آن حاکم است مساله از این جهت غامض تر می‌شود که در خصوص بخشی از حقوق دریایی که ناظر به تصادمات است قواعد حقوقی و نظریاتی در خور و قابل تامل به چشم نمی‌خورد حقوق دریایی ایران که در سال ۱۳۴۳ تصویب شده است بعد از چهار دهه هنوز هیچ تغییری بخود ندیده و پیشرفت‌های گذشت زمان تأثیری در قانون یاد شده نداشته و ندارد

نظریه پردازان علم حقوق در مواجهه با تصادمات دریایی با شک و تردید به قضیه نگریسته اند فقدان منابع داخلی و البته خارجی نیز مزید بر علت است برای ورود به بحث تصادمات دریایی لاجرم باید از قانون مدنی، قانون تجارت و قانون مسئولیت مدنی وام گرفت که مطالب مربوط به تصادمات دریایی نیز در این قوانین بسیار مهجور افتاده است با گسترش علوم مختلف و ورود مباحث

جدید در علم حقوق هنوز که هنوز است هیچ اقدام عملی برای بررسی قوانینی همانند قانون دریایی به منصفه ظهور نرسیده است این امر چالشی بزرگ را فرا روی عالمان حقوق قراردادهاست در عین حال اما روند تحول در علم حقوق از حرکت باز نایستاده و حقوقدانان برای رسیدن به مطلوب خود تلاش های فراوانی را به انجام رسانده اند تشکیل کمیته ها و کمیسیونهای مختلف و سازمانها و اتحادیه های گوناگون برای یکسان سازی حقوق دریاها جملگی موبد این ادعا است بنظر با بازنگری در حقوق دریایی و سایر قوانین مرتبط می توان به ارتقاء اندیشه ها یاری رساند

مسئولیت قراردادی و تعیین نحوه خسارت در قانون هنوز در هاله ای از ابهام قرارداد جبران ضرر های وارده در نتیجه تصادم در حقوق ایران دقیقا روشن نیست و نظریات گوناگون جبران خسارت به پیچیدگی موضوع می افزاید و نتیجتا برای رسیدن به یک نظر واحد باید به قانون مسئولیت مدنی و قراردادهای منعقد و کنواسیونهای مختلف مراجعه نمود با اینهمه باید توجه داشت که حقوق دریائی با همه وسعت دامنه خود اولاً شامل قوانین و مقررات مربوط به کشتیرانی در رودخانه ها و کانالها یا عبارات دیگر در آبهای داخلی نیست. ثانیاً "کشتیهای جنگی از قلمرو حقوق دریائی خارج و تابع مقررات مربوط به ارتش است کشور ما ایران با آنکه بگواهی مستندات انکار ناپذیر تاریخی در زمینه کشتیرانی و دریانوردی دارای پیشینه ای دو هزار و چند ساله است ، از لحاظ حقوق دریائی ، تا اندک زمانی پیش یعنی تا هنگام وضع و تصویب لایحه قانونی « قانون دریائی ایران » فاقد یک حقوق دریائی کامل بود

در میان قوانین و مقررات داخلی که بنحوی از انحاء به مسئله کشتی و کشتیرانی ارتباط پیدا میکند « قانون تغییر حدود آبهای ساحلی و منطقه نظارت دولت در دریاها » مصوب ۱۳۱۳ ، تصویبنامه معاینه صحت کشتیها مصوب ۱۳۰۹ « قانون راجع بجلوگیری از عمل قاچاق توسط وسایل نقلیه موتوری دریائی » مصوب ۱۳۳۶ سخن باید گفت در قوانین مدنی و تجارت و حقوق کیفری ایران در مواردی از کشتی و کشتیرانی سخن به میان آمده است سخن به میان آمده است « آئین نامه بندرهای ایران » از نظر اشمال بر قواعد مربوط به حقوق دریائی ایران یکی از مقررات حقوق ایران به شمار می آید این لایحه در آغاز صورت تصویبنامه داشت . بدین معنی که نخست ، براساس پیشنهاد وزارت اقتصاد طرح لایحه در هیئت دولت مورد بحث و تصویب قرار گرفت و دستور اجرای آن بوزارت قانونگذاری مجوز تصویبنامه را تحصیل کند لایحه مزبور در آن هنگام دارای دو بیست و سه ماده

بود

این طرح بعد از گشوده شدن مجلسین ، بمجالس مزبور تقدیم و برای رسیدگی بکمیسیون مشترک واگذار شد و مقرر گردید که بعد از تصویب شدن در کمیسیون نامبرده موقتا“ تا طرح و تصویب نهائی در مجلسین قانونگذاری ، قابل اجراء باشد

لایحه قانون دریائی ایران در کمیسیون مشترک مجلسین با مختصر اصلاحاتی تصویب شد در تاریخ ۲۱ / ۸ / ۴۳ برای اجراء بسازمانهای مربوط ابلاغ گردید

لایحه قانونی مورد سخن دارای چهارده فصل و یکصد ونود و چهار ماده و فعلا تا تصمیم نهائی قوه مقننه دارای قدرت اجرائی است نوشتار حاضر به روش توصیفی _ تحلیلی و با رویکرد تحقیق کتابخانه‌ای درسه فصل تدوین شده است؛ در فصل اول مفهوم و اقسام مسوولیت مدنی و شرایط مسوولیت مدنی قراردادی به اختصار تبیین شده در فصل دوم به بررسی مسوولیت متصدیان حمل و در فصل پایانی به تصادمات دریایی پرداخته شده است .

فصل اول

مسئولیت

مسئولیت از یکی از مباحث مهم حقوقی می باشد که ناظر به التزام و تعهد قانونی مبنی بر پاسخگویی اشخاص در قبال اعمال و افعالی است که از آنان سر می زند، منشاء التزام و تعهد نیز یا ناشی از عقد و قرارداد است که به تعهد قراردادی موصوف است یا قانون که آن را ضمان قهری می نامند فلذا در هر دو صورت هدف مسئولیت، جبران خسارات یا ضرر و زیان های وارده است، وجود قواعد متعدد در این بحث باعث پیچیدگی آنها از یکسو و فراگیر بودن آنها از سوی دیگر، موجب اهمیت موضوع شده است.

۱-۱-۱- تعریف قرارداد و عقد و تعریف تعهد

عقد در لغت به معنای ربط دادن، پیوند دادن و استوار داشتن است [عمید، حسن، فرهنگ عمید، ۱۳۶۳، ص ۸۶۹]

هر نوع توافق بین دو یا چند طرف را در موضوعی خاص که دارای اثر حقوقی باشد می توان قرارداد نامید موضوع قرارداد گاهی ایجاد حق و تکلیف است و گاه ایجاد تغییر یا اسقاط و یا انتقال تعهد. [سنهوری، دکتر عبدالرزاق، ترجمه دادمرزی، سید مهدی دوره حقوق تعهدات، ۱۳۸۴، ص ۵۱]

در ماده ۱۸۳ قانون مدنی ایران عقد عبارت است از: «یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشد» البته بر این تعریف ایراداتی وارد است بنحویکه برخی حقوقدانان شمول ماده یاد شده را صرفاً ناظر به حقوق عهدی می دانند نه تملیکی [امامی، دکتر حسن، حقوق مدنی، ج ۱، ۱۳۶۸، ص ۱۶۰ / شهیدی، دکتر مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، ص ۳۶ / قاسم زاده، دکتر سید مرتضی، اصول قراردادها و تعهدات ص ۱۰] و تعریفی دیگر از عقد را ارائه می نمایند: «عقد عبارت است از توافق دو یا چند اراده، به منظور ایجاد یک اثر حقوقی» [درویدیان، دکتر حسنعلی، جزوه درسی حقوق مدنی ۳ / امیری قائم مقامی، دکتر عبدالمجید، حقوق تعهدات، ج ۲ ص ۵۱]

در اصطلاح فقهی از عقد دو تعریف ارائه شده در یک تعریف وجود یک اراده برای صحت عقد کافی است مانند وقف، طلاق و یا ابراء ولی اکثر فقها قائل به پیوند شرعی ایجاب و قبول و اراده دو یا چند نفر هستند [انصاری، مسعود - طاهری، دکتر محمد علی، دانشنامه حقوق خصوصی، ج ۲ ص ۱۳۷۳]

در مقام مقایسه بین قرارداد و عقد باید خاطر نشان ساخت که در فقه و حقوق اسلام هر قراردادی واجد جنبه الزامی نیست و ایجاد تعهد نمی کند بلکه موضوع پاره ای از آنها اسقاط و تغییر حق یا تکلیف است در حالی که عقد علی الاصول به منظور ایجاد تعهد واقع می شود و علاوه بر آن همیشه با قصد انشاء همراه است تا بدین وسیله مفاهیمی چون بیع، رهن، صلح و نظایر آن را ایجاد نماید در نتیجه عقد به عقود معینی نظیر بیع، اجاره، و وکالت اطلاق میگردد در حالی که قرارداد به عقود غیر معین گفته می شود [امیری قائم مقامی، دکتر عبدالمجید، حقوق تعهدات، ج ۲ ص ۵۱]

تعهد یک لغت عربی است که در معنای اصطلاحی آن عبارت است «از یک رابطه حقوقی، که بموجب آن شخص یا اشخاص معین نظر به اقتضای عقد یا بحکم قانون ملزم به دادن چیزی یا مکلف به انجام فعل یا ترک فعل معین به نفع شخص یا اشخاص معین می شوند» [جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، ص ۱۶۶] همچنین تعهد در فقه به رابطه ای فی مابین دو نفر و بر اساس قانون اطلاق می شود که بموجب آن ذمه یکی از طرفین به نفع دیگری مشغول می شود [انصاری، مسعود - طاهری، دکتر محمد علی، دانشنامه حقوق خصوصی، ج ۱ ص ۷۱۱] در فقه «به جای اصطلاح تعهد غالباً لفظ " شرط " بکار رفته است خواه شرط ضمن عقد باشد خواه نباشد که آنرا بر حسب اختلاف موارد " شرط بنایی " یا " شرط ابتدایی " گفته اند» [جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، ص ۱۶۶] و نیز لفظ التزام را به معنای تعهدی که بدون قرارداد حاصل می شود بکار برده اند امری را که موجب تعهد می شود منشاء تعهد می گویند مثل عقد بیع که بموجب آن بائع باید مبیع را به تصرف مشتری بدهد و مشتری ثمن را به بائع پرداخت کند (مواد ۳۳۸ و ۳۶۲ ق م) ولی گاهی مدیون بدون اراده خود یعنی بدون اینکه قراردادی بین او و متعهد له واقع شده باشد ملتزم به امری می شود (مواد ۳۰۱ و ۳۰۶) که در این حالت به جای اصطلاح تعهد واژه التزام بکار برده می شود

از دیدگاه قانون مدنی ایران تعهدات در ماده ۱۳۰۴ چنین پیش بینی شده : " هر گاه امضای تعهدی در خود تعهدنامه نشده و در نوشته علیحده باشد آن تعهد نامه بر علیه امضاء کننده دلیل است در صورتیکه در نوشته مصرح باشد که به کدام تعهد یا معامله مربوط است " لذا باید این ارتباط در نوشته تصریح شده باشد. پس، هر تعهدی عناصری دارد که عبارت است از:

۱- وجود اشخاص حقیقی و حقوقی که تعهد بین آنان منعقد می شود و معین بودن آنها و همچنین وجود رابطه حقوقی بین متعهد و متعهدله (مواد ۲۱۶ و ۵۶۴ ق.م) که بر اساس ایجاب و قبول است.

۲- دین .

۳- طلب .

۴- حق مطالبه برای متعهدله (ماده ۲۲۶ ق.م)

۵- ضمانت اجرا:

بدین ترتیب اظهار تعهد و قبول آن یعنی ایجاب و قبول بیانگر این است که طرفین می خواهند عقد یا قراردادی را منعقد کنند [شهیدی ، دکتر مهدی ، تشکیل قراردادها و تعهدات، ص ۱۳۳] و بعبارت دیگر ایجاب و قبول کاشف از اراده یا قصد و رضای متعاهدین به برقراری رابطه حقوقی تعهدی بین خود می باشد و ق م ایران ابراز چنین تصمیمی را معتبر دانسته و در ماده ۱۰ مقرر می دارد : " قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده اند در صورتیکه مخالف صریح قانون نباشد نافذ است " بر این اساس و آنچه پ از تعریف عقد در ماده ۱۸۳ ق.م آمده است می توان " اصل حاکمیت اراده " را در عقود و قراردادها استنتاج نمود اراده ای که اخلاقی ، مشروع و قانونی باشد.

۱-۱-۲- تفکیک تعهد به نتیجه و تعهد به وسیله

موضوع تعهد قراردادها به دو دسته تقسیم می شود

تعهداتی که در آن مدیون به تهیه یک نتیجه معین است که تعهد به نتیجه گفته می شود و تعهداتی که مدیون ملزم به مراقبت است که تعهد به وسیله گویند. [دکتر قاری ، سید محمد ، مقاله مفاهیم کلیدی ، مجله حقوقی ، ش ۳۴، ص ۲۲۴] که از لحاظ لغوی معادل کلمه عربی « عنایه » است [دکتر سنهوری ، عبد الرزاق ، الوسیط ، ص ۶۵۷] بعضی از حقوقدان ها برای این که معلوم نمایند که چه کسی بایستی تقصیر را ثبات نماید تعهدات را به فعل و ترک فعل تقسیم کرده اند [دکتر قهرمانی، نصراله، مسئولیت مدنی وکیل ، ص ۵۲]

در تقصیر قراردادی فرض بر این است که عدم اجرای قرارداد ناشی از تقصیر است و همین که قرارداد اجرا نشده است تقصیر متعهد ثابت است و متعهد له نیازی به اثبات تقصیر متعهد ندارد. اما در تعهدات بوسیله، گفته می شود که این گونه نیست متعهدله باید تقصیر متعهد را اثبات نماید مثل تعهد پزشک به معالجه مریض که تعهد به نتیجه و مداوای بیمار نیست بلکه او متعهد و ملزم است توجه لازم را در معالجه و مراقبت از بیمار بنماید و به گونه آگاهانه و دلسوزانه دانش خود را به کار گیرد]. دکتر عبدالرزاق سنهوری، الوسیط، ج ۱، ص ۶۵۷]

ولی هرگاه تعهد ناظر به تهیه مقدمات کار معین باشد یا کوشش و احتیاط باشد چنان چه متعهد از انجام کاری خودداری ورزد یا کوشش و احتیاط خود و یا دانش خود را به کار نگیرد مقصر تلقی می گردد. [دکتر لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۲، ش ۴۸۳ و دایرة المعارف حقوقی ص ۹۷۶ و ۱۰۲۴] لیکن انجام تمام مقدمات و به کارگیری آن کوشش و علم و دانش دلیل بر رسیدن به نتیجه ی آن کار نیست چه حتی با وجود تلاش مداوم ممکن است نتیجه منظور حاصل نشود چون در این گونه موارد عواملی دیگر که خارج از اختیار متعهد است نیز دخیل می باشد، این تعهدات، تعهد به فراهم نمودن وسیله آن نتیجه است برخی حقوقدانان نیز بر این باورند که باید بجای اصطلاح «تعهد به وسیله» از اصطلاح «تعهد به احتیاط و مراقبت» استفاده شود [مازو و ساواتیه، نظریه عمومی تعهدات، ش ۱۴۳ به نقل از دکتر کاتوزیان، نظریه عمومی تعهدات، ص ۵۵ و ص ۵۶]

لذا تعهد به نتیجه، یک تعهد قطعی بوده و مقید نیست [قاری، دکتر سید محمد، تحلیل مفاهیم کلیدی، مجله حقوقی شماره ۳۴، ص ۲۲۴] و عدم اجرا دلالت بر تقصیر دارد و می توان تقصیر قراردادی را نیز فرض کرد. متعهد له با اثبات این که قراردادی وجود داشته، فرض تقصیری را بر متعهد به نتیجه تحمیل می کند گر چه وی می تواند با اثبات دخالت یک حادثه ی خارجی که غیر قابل انتساب به وی می باشد خود را از مسئولیت بری نماید. ولی این از جهت عدم وجود تقصیر نیست بلکه از جهت عدم وجود رابطه ی سببیت بین متعهد و عدم اجراست. برای متعهد کافی نیست ثابت کند تقصیری مرتکب نشده است، واضح است تا وقتی نتواند ثابت نماید خسارت وارده، قابل انتساب به وی نیست و یا مربوط به واقعه ای خارجی است نمی تواند فقدان تقصیر خود را به اثبات برساند. بنابراین در تعهد به نتیجه، نوع و موضوع تعهد به گونه ای است که اجرای آن محقق نمی شود مگر این که نتیجه معین شده آشکار گردد. در تعهدات به نتیجه، مسئولیت قراردادی از بین نمی رود مگر این که شرایط و اوضاع و احوال تقصیر زیان دیده یا حوادث قهری را ثابت نماید. چون این گونه تعهدات معین هستند.