

تبیین قلمرو مبانی فقهی و حقوقی مسئولیت مدنی ناشی از ترک فعل کارفرمایان و مهندسين ناظر در اجرای عملیات ساختمانی

مهدی موسی‌زاده^۱، امیر خواجه‌زاده^۲، پیمان دادرس^۳

چکیده

زمینه و هدف: امروزه با توجه به رشد روزافزون ساخت‌وسازها، نهادها و اشخاص مختلفی در مسئولیت مدنی و ترک فعل ناشی از عملیات ساخت، مورد شناسایی قرار می‌گیرند. مسئولیت مدنی ناشی از ترک فعل، زمانی محقق خواهد شد که ضرر عامدانه‌ای از سوی اشخاصی همچون کارفرمایان و مهندسين ناظر در اجرای عملیات ساختمانی وارد گردد؛ اما مسئله مهم آن است که آیا ترک فعل این اشخاص در اجرای عملیات ساختمانی را می‌توان ضمان آور تلقی نمود یا خیر؟

روش: پژوهش حاضر به شیوه توصیفی - تحلیلی انجام شده است.

یافته‌ها و نتایج: آنچه مسلم است، امروزه در قوانین و رویه قضائی ایران، مسئولیت آور بودن این اشخاص در عملیات ساختمانی مورد پذیرش قرار گرفته است و در متون فقهی نیز می‌توان به این امر اشاره داشت. هرچند برخی اصولیون این موضوع را در ذیل نظریه خطر و برخی نیز در ذیل نظریه تقصیر مورد مطالعه قرار داده‌اند؛ اما در شناسایی مسئولیت مدنی ناشی از ترک فعل در این خصوص، می‌بایست به نوع تعهد که به صورت قانونی و قراردادی است توجه گردد. از این رو در مقاله پیش رو به روش توصیفی - تحلیلی به بررسی ابعاد پژوهش پرداخته شده است و به عنوان یافته می‌توان عنوان نمود که مسئولیت مدنی ناشی از ترک فعل از سوی کارفرمایان و مهندسين ناظر در اجرای عملیات ساختمانی در صورتی که ارکان آن محرز باشد از دیدگاه حقوقدانان و فقها ضمان آور است.

کلیدواژه‌ها: مسئولیت مدنی، ترک فعل، نظریه تقصیر، نظریه خطر، رابطه سببیت.

* استناددهی (APA): موسی‌زاده، مهدی؛ خواجه‌زاده، امیر؛ دادرس، پیمان. (۱۴۰۰). تبیین قلمرو مبانی فقهی و حقوقی مسئولیت مدنی ناشی از ترک فعل کارفرمایان و مهندسين ناظر در اجرای عملیات ساختمانی. *تحقیقات حقوقی بین‌المللی*، ۱۴(۵۴)، ۳۳۱-۳۴۹.

http://alr.iauctb.ac.ir/article_690187.html

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق، واحد بین‌الملل کیش، دانشگاه آزاد اسلامی، جزیره کیش، ایران. رایانامه: Moosazadeh.ir@gmail.com
۲. استادیار گروه حقوق، واحد دامغان، دانشگاه آزاد اسلامی، دامغان، ایران (نویسنده مسئول). رایانامه: a.khajehzadeh@damghaniau.ac.ir
۳. استادیار گروه حقوق، واحد بین‌الملل کیش، دانشگاه آزاد اسلامی، جزیره کیش، ایران. رایانامه: peyman.daaadras@srbiau.ac.ir



مقدمه

در اغلب کشورها، موضوع مسئولیت مدنی در حوزه‌های مختلف از جایگاه مهمی برخوردار بوده و این موضوع در حقوق ایران نیز مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفته است. ولیکن موضوع مسئولیت مدنی ناشی از ترک فعل، نظریات موافق و مخالفی را به دنبال داشته که در نتیجه در قانون مدنی و متون فقهی بر آن صحنه نهاده شده است. موضوع مسئولیت مدنی ناشی از ترک فعل که کارفرمایان و مهندسين ناظر در اجرای عملیات ساختمانی مرتکب آن می‌شوند دارای رویه‌های مختلفی است. البته در نوع تعهداتی که ترک فعل می‌تواند مسئولیت ایجاد نماید، متفاوت می‌باشد و غالباً این نوع تعهدات، به شیوه قراردادی، قانونی و عرفی است و در میزان تقصیر نیز می‌بایست رابطه سببیت مورد مطالعه قرار گیرد. اغلب مسئولیت‌های ناشی از ترک فعل به صورت تعهد در به‌کارگیری نیروی انسانی ماهر و نظارت بر استفاده از مصالح سالم و استاندارد و حفاظت از ساختمان در حال احداث نسبت به منافع کارفرما و منافع مادی و جانی اشخاص ثالث در برابر خطرات و صدماتی که کارگاه ساختمانی یا بنا می‌تواند در پی داشته باشد، مورد مطالعه قرار می‌گیرد. به طور کلی در مقاله پیش رو به بررسی مفهوم‌شناسی و بررسی قلمرو مبانی فقهی و حقوقی مسئولیت مدنی ناشی از ترک فعل کارفرمایان و مهندسين ناظر در اجرای عملیات ساختمانی با تأکید بر رویه قضایی پرداخته شده است و سعی بر آن می‌باشد تا تمامی ابعاد فقهی و حقوقی موضوع را با بررسی تحولات حاکم در حقوق ایران با تأکید بر رویه قضایی مورد مطالعه قرار دهیم.

۱. مفهوم‌شناسی

هر پژوهشی، نیازمند بررسی مفاهیم پیرامون آن است تا بتوان در درک و تبیین مطالب بهتر عمل کرد، از این رو در این بخش به مفهوم مسئولیت مدنی و ترک فعل اشاره می‌گردد.

۱-۱. مفهوم مسئولیت مدنی

مسئولیت مدنی در معنای موسع خود به مسئولیت‌هایی اطلاق می‌گردد که از نقص قرارداد و مسئولیت‌های غیر قراردادی یا قهری ناشی می‌گردد. ولیکن در معنای خاص، مسئولیت مدنی به مسئولیت غیر قراردادی گویند و مسئولیت مدنی در مفهوم عام به جبران خساراتی اطلاق می‌گردد که ناشی از افعال و رفتارهای زیان‌بار باشد (ره‌پیک، ۱۳۹۵: ۲۲). به مسئولیت مدنی ضمان قهری، الزامات خارج از قرارداد و مسئولیت غیر قراردادی نیز اطلاق می‌شود؛ بنابراین شخص متعهد در قبال ضرری که وارد می‌نماید، ملزم به جبران خسارت است (حیاتی، ۱۳۹۲: ۱۸). علی‌هذا مسئولیت مدنی به مفهوم التزام و تعهد قانونی اشخاص حقیقی و حقوقی به جبران خسارات، ضررها و زیان‌هایی است که ناشی از اعمال اشخاص دیگر است (باریکلو، ۱۳۹۳: ۲۴). اصطلاح مسئولیت مدنی که به آن «ضمان قهری»، «الزامات خارج از قرارداد» و «مسئولیت غیر قراردادی» نیز گفته

شده است، ترجمه اصطلاح فرانسوی^۱ است. با وجود این، گاهی اصطلاح مسئولیت مدنی در معنای وسیع‌تری به کار برده می‌شود که در این صورت، هم مسئولیت مدنی قراردادی را در برمی‌گیرد و هم مسئولیت مدنی غیرقراردادی را. مسئولیت مدنی در معنای عام کلمه، شامل تمامی مسئولیت‌هایی می‌شود که عامل زیان، ملزم به جبران آن می‌شود؛ اعم از اینکه منشأ مسئولیت، قرار داده بوده باشد یا قانون. اما اصطلاح مسئولیت مدنی، معمولاً در معنای خاص آن استعمال می‌شود. در این صورت، مسئولیت مدنی قراردادی را در بر نمی‌گیرد (حیاتی، ۱۳۹۲: ۱۸). بدین‌گونه، تعهد به جبران خسارت، مسئولیت مدنی در معنای خاص کلمه نامیده نمی‌شود؛ اما اگر خارج از روابط قراردادی، شخصی به دیگری زبانی وارد کند، به حکم قانون، ملزم به جبران خسارت می‌شود. تعهد عامل زیان، به جبران خسارت را در این حالت، مسئولیت مدنی در معنای خاص آن می‌نامند (همان: ۱۸). در مسئولیت مدنی هدف مجازات نمودن مقصر نیست بلکه هدف جبران ضرر متضرر است، اما در مسئولیت کیفری هدف تنبیه مجرم می‌باشد. بین دو مسئولیت کیفری و مدنی غیر از تفاوت فوق‌الذکر تفاوت‌های دیگری نیز هست که در کتاب قلمرو مسئولیت مدنی بدان پرداخته شده است. از نظر منطقی بین این دو مسئولیت رابطه عموم و خصوص من وجه وجود دارد؛ زیرا بعضی اعمال جرم بوده ولی سبب تحقق مسئولیت مدنی نمی‌شوند و برعکس بعضی اعمال سبب مسئولیت مدنی بوده ولی جرم نمی‌باشند. با این وجود عدم ترتب عنوان کیفری بر بعضی تخلفات و نقض قواعد نباید حمل بر بی‌اهمیت بودن آنها شود؛ بلکه در این موارد مسئولیت کیفری تدبیر مناسبی نیست. در مواردی که به شهروندان ضرر وارد شده است، مجازات مقصر بهره‌ای به آنها نمی‌رساند، بلکه آنچه در این موارد دارای اهمیت می‌باشد؛ تدارک و جبران خسارت‌ها به نحو کامل و معقول است. به عبارتی ترتب کیفر بر این افعال موجب تشفی خاطر و جبران خسارات متضرر نیست (همان: ۴۷). به‌طور کلی در مقاله حاضر نیز معنای مسئولیت مدنی در معنای عام خود مورد نظر است و در این مفهوم مسئولیت مدنی قراردادی و غیر قراردادی هر دو ملاک نظر می‌باشد. از این‌رو هرگاه مهندسین ناظر، کارفرمایان، پیمانکاران، کارگران و مالکان و اشخاصی که در راستای ساخت‌وساز ساختمان اقدام به ورود ضرر اعم از آنکه به صورت فعل مثبت باشد یا ترک فعل ملزم به جبران خسارت خواهند بود.

۱-۲. مفهوم ترک فعل

اصطلاح ترک فعل از دو لغت ترک و فعل تشکیل شده است. ترک در لغت به معنای دست برداشتن، گذاشتن چیزی یا کسی را و رها کردن است (دهخدا، ۱۳۷۳: ۶۶۴۸). فعل به معنای حرکت مردم است (همان: ۱۷۱۸۳). بنابراین ترک فعل در لغت به معنای رها کردن فعلی است.

سؤالی که در اینجا مطرح می‌شود، این است که با وجود چه شرایطی می‌توان ترک‌کننده عمل را دارای مسئولیت مدنی و مستحق جبران خسارت دانست؟ به نظر برخی از حقوق‌دانان صرف خودداری از انجام کار منجر به مسئولیت مدنی برای ترک‌کننده نمی‌شود و باید شرایطی هم‌زمان وجود داشته باشد تا بتوان تارک را قابل مجازات دانست. برای مثال، وجود یک وظیفه قانونی یا قراردادی و صرفاً اخلاقی می‌بایست در یک فرد محرز باشد. منظور از قانون فقط قانون مدنی نمی‌باشد، بلکه سایر قوانین لازم‌الاجرا را نیز در برمی‌گیرد. برای مثال طبق ماده ۱۱۷۶ قانون مدنی هر چند مادر مجبور نیست که به طفل خود شیر بدهد، اما در صورتی که تغذیه طفل به غیر شیر مادر ممکن نباشد، وی چنین وظیفه‌ای را خواهد یافت. وجود رابطه سببیت میان ترک فعل و نتیجه حاصله یکی دیگر از شرایط است. در صورتی می‌توان تارک فعل را مسئول ایجاد جرم دانست که جرم در اثر ترک فعل وی حاصل شده باشد و عامل مستقل دیگری باعث به وجود آمدن جرم نشده باشد، مثلاً اگر پیمانکاری که علی‌رغم وظیفه قانونی خود از نصب علائم خطر در کنار ساختمان خودداری می‌کند و در نتیجه اشخاصی فوت می‌کنند، دلیل مرگ را نمی‌توان به دلیل سبب اقوی از مباشر یا سبب نزدیک، کارگران عنوان نمود. در تعریفی دیگر جرم ترک فعل عبارت است از: «امتناع ارادی شخص از انجام فعل ایجابی معین که قانون‌گذار در شرایط خاص مکلف را در صورت توانایی ملزم به انجام آن نموده است» (نجیب حسنی، ۱۹۸۴: ۲۷۴). از این رو هنگامی که شخص با توجه به تعهد قانونی و قراردادی اقدام به ترک فعل نماید، ملزم به جبران خسارت خواهد بود. منظور از ترک فعل در مقاله حاضر، ترک افعالی از سوی کارفرمایان، پیمانکاران و مهندسیین ناظر که می‌بایست برحسب تعهدات آنان انجام می‌گرفته، ولیکن انجام نگرفته است. از این رو ترک فعل دارای ملزماتی است که با توجه به آن این‌گونه اشخاص ملزم به جبران خسارت خواهند بود.

۲. قلمرو فقهی

مسئولیت مدنی ناشی از ترک فعل کارفرمایان و مهندسیین ناظر در اجرای عملیات ساختمانی، ریشه در متون و قواعد فقهی دارد؛ قواعد کثیری همچون قاعده لاضرر، تسبیب، احسان، احترام و ضمان ید را می‌توان در این خصوص مورد مطالعه قرار داد.

۲-۱. قاعده لاضرر

فقها بیان می‌دارند موضوع نفی ضرر و پیشگیری از ضرر، از جمله مستقلات عقلیه می‌باشد که این موضوع به این مفهوم است که بدون آنکه شارع و قانون‌گذار، حکمی در راستای ورود ضرر به اشخاص، عنوان نموده باشد، عقل سلیم به آن دست می‌یابد. برای مثال، چنانچه مسئولیتی ناشی از ترک فعل کارفرمایان و مهندسیین ناظر در اجرای عملیات ساختمانی ایجاد شود، عقل سلیم حکم

می کند تا این ضرر هر چند ناشی از ترک فعل باشد، جبران گردد و هیچ ضرری نباید جبران نشده باقی بماند.

۲-۱-۱. نفی ضرر در آیات قرآن

نفی ضرر در آیات وافر از کتاب آسمانی مورد اشاره قرار گرفته است. در مواردی که مهندسین ناظر با اقدامی که می توانستند از خسارت احتمالی ساختمان پیشگیری نمایند و این اقدام را انجام نداده اند، در این مواقع می توان عنوان نمود که عدم اقدام به موقع مهندس ناظر، باعث ورود خسارت گردیده است. از این جهت، مطابق مبنای قاعده لاضرر، خسارت وارده ناشی از ترک فعل بوده است.

در روایتی آمده است که «لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَالِدِهِ» مفهوم آن چنین است که اگر پدر و مادر فاعل زیان باشند، دو نظر وجود دارد: نظر اول، مادر نمی بایست در جهت اختلافات با شوهر خود به فرزندش آسیب رساند، در این خصوص می توان عدم شیردهی به فرزند را اشاره داشت و پدر نیز با توجه به اختلافات پیش آمده با مادر، ترک انفاق فرزند را نماید. این موضوع با توجه به شق اول آیه که بیان داشته است که «وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ كَامِلِينَ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَمِّمَ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا» که خداوند در این آیه دو سال برای شیر دادن توسط مادر و دادن نفقه مادر و فرزند و تأمین هزینه ها توسط پدر را تعیین نموده است و سپس فرموده: لا تضار والدها و لا مولودله بولده... بنابراین احتمال، بآب بولدها و بولده زائد است. احتمال دوم بر این اساس است که والده و مولودله نایل فاعل باشند. احتمالی که «فاضل مقداد» در «کنز العرفان فی فقه القرآن» ذکر کرده بر همین مبنا است. وی می گوید: «بیان گردیده است که مفهوم آیه آن است که پدر نمی بایست به خاطر فرزندی که همسر او در حال حمل است به وی ضرری وارد نماید، به این مفهوم که از اعمال و ظایف زناشویی امتناع نماید و زوجه هم به خاطر حمل فرزند خویش نمی بایست از نزدیکی با شوهر امتناع نماید و از این جهت باعث زیان وی شود. در راستای قطعیت این موضوع، روایاتی از امام محمدباقر (ع) و امام صادق (ع) بیان گردیده». در هر حال چه بر اساس احتمال اول و چه بر مبنای احتمال دوم، آیه، دلالت بر نهی از ضرر زدن دارد (بهرامی احمدی، ۱۳۹۵: ۶۸-۶۷). این بدین مفهوم است که وارد کردن ضرر به همسر به هر طریقی همچون ترک فعل همسر، اعم از آنکه زوج باشد یا زوجه، نهی شده است. با تدقیق در آیات مذکور می توان عنوان نمود که ترک فعل، ضمان آور است و این موضوع در راستای مسئولیت مدنی کارفرمایان و مهندسین ناظر نیز حاکم است و آیه نفی ضرر، هر گونه اقدامی که موجب اضرار به غیر باشد، اعم از آنکه فعل باشد یا ترک فعل، نفی نموده است.

آیه دیگری نیز بیان داشته است «سَكُنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْنَهُنَّ» که مفهوم آن چنین است: (زنانی که طلاق رجعی دهید تا در عده‌اند) آنها را در همان منزل خویش که میسر شماست، بنشانید و به ایشان (در نفقه و سکنی) آزار و زیان نرسانید تا آنان را در مضیقه و رنج در افکنید (که به ناچار از حق خود بگذرند) و به زنان مطلقه اگر حامله باشند تا وقت وضع حمل نفقه دهید آن گاه اگر فرزند شما را شیر دهند اجرتشان را پردازید و (در کار فرزند) میان خود به نیکی مشورت و سازش کنید و اگر با هم سختگیری کنید (مادر صرف نظر کند تا) زن دیگری او را شیر دهد؛ که خداوند در این آیه اضرار به زنان را در راستای تأمین مخارج آنان را نفی و نهی نموده است.^۱ با تدقیق در آیه مذکور، ورود ضرر به زنان مطلقه در جهت ازدواج با آنان و همچنین عدم پرداخت نفقه که به عنوان ترك فعل مطرح است، مورد نهی قرار گرفته است. منظور آیه مزبور آن می‌باشد که نمی‌توان با این عمل مزبور، ضرری بر فردی وارد نمود.

از این جهت استدلالات موجود در خصوص قاعده لاضرر که در راستای مسؤليت مدنی ناشی از ترك فعل کارفرمایان، مهندسين ناظر و پیمانکاران مطرح است، همگی اخباری می‌باشد که در این باب مطرح گردیده‌اند؛ دلیل این موضع، منابع موجود در خصوص قاعده لاضرر (همچون اکثر ابواب فقه) همچون سنت می‌باشد، این حقیقت دارد که سنت، بیانگر تبیین قرآن در عمل می‌باشد. با توجه به اینکه پیامبر (ص) پس از هجرت به مدینه به تشکیل حکومت اقدام نمودند، احکام اسلامی که مرتبط به معاملات و روابط مالی، سیاسی و اجتماعی مردم است در حقیقت به وسیله پیامبر (ص) برنامه‌ریزی و مدیریت شده است. علی‌هذا، منبع سنت در شاکله حقوق اسلامی، جایگاه مهمی خواهد داشت. مرحوم نراقی در کتاب عوائد یازده خبر در رابطه با قاعده لاضرر نقل کرده، فخرالمحققین در ایضاح بر این عقیده بوده‌اند (شهابی، ۱۳۶۵: ۲) که در باب رهن، عقیده داشته که اخبار مربوط به باب رهن به حداکثر رسیده، بعضی از محققان «تواتر لفظی» و همچنین «تواتر معنوی» را در مورد این اخبار حقیقی عنوان نموده‌اند که آخوند خراسانی تواتر اخبار مربوط به قاعده لاضرر را «اجمالی» خوانده است. بعضی نیز گفته‌اند که اگر هیچ‌یک از اقسام سه‌گانه تواتر در مورد اخبار این باب درست نباشد، بدون تردید اخبار این باب به سرحد استفاضه رسیده است (همان: ۳) و منظور، آن است که ترك فعل کارفرمایان، مهندسين ناظر و پیمانکاران، هرچند اندک نیز بدان اشاره شده باشد و روایاتی نیز در آن خصوص وجود دارد، مورد نهی و نفی شرع قرار گرفته است. از این جهت اگر پیمانکاران به جای استفاده از سیمان مرغوب، اقدام به استفاده سیمان نامناسب نمایند، ملزم به جبران خسارت خواهند بود؛ چراکه ترك فعل آنان نمونه بارز ورود ضرر به صاحبان ملک است.

۱. آیه ۷ سوره طلاق

۲-۱-۲. نفی ضرر در روایات

شیخ کلینی در کتاب کافی خود به نقل از برخی فقها و از امام محمدباقر (ع) روایت نموده‌اند: شخصی به نام سمره بن جندب، نخل خرمايي در باغچه یکی از انصاری‌ها داشته‌اند که منزل شخص انصاری در محل در ورودی باغ می‌باشد و سمره دائماً به جهت درخت خود از منزل انصاری عبور می‌نموده است و از آن شخص، اجازه نمی‌گرفته و مرد انصاری از او درخواست نموده، زمانی که در جهت سرکشی از نخل خرماي خویش قصد عزیمت داشت، اجازه گرفته و سپس برود؛ اما سمره این موضوع را قبول نمی‌داشت که مرد انصاری در پیشگاه پیامبر اکرم (ص) شکایت نمود و پیامبر (ص) نیز از سمره درخواست مراجعت به نزد خویش نمود و شکایت مرد انصاری را به وی اطلاع دهد و از وی درخواست کرد که در زمانی که قصد دارد وارد باغ گردد، اخذ مجوز کند و در این حال، سمره دوباره امتناع نمود. پیامبر درخواست فروش خرما نمود و نپذیرفت، پیشنهاد درختی از درختان در بهشت را نیز قبول ننمود و پیامبر دفع ضرر با کندن درخت توسط مرد انصاری را صادر نمود؛ زیرا «لاضرر و لاضرار» ضرر و ضرار نیست». در کتاب وسائل پس از ذکر این روایت گفته: صدوق نیز با اسناد خود از ابن بکیر به همین شکل روایت نموده؛ شیخ نیز با اسنادش از احمد بن محمد بن خالد به همین ترتیب روایت کرده است. با توجه به روایات مزبور، می‌توان عنوان نمود که هیچ کسی نمی‌تواند موجب ضرر دیگری گردد. البته همه منابع موجود، در راستای احادیث و روایات و وقایعی بوده است که در دوره اسلامی انتشار یافته‌اند (بهرامی احمدی، ۱۳۹۵: ۴۸-۴۷). در روایت پیش گفته، سمره حق خود را مطلق عنوان می‌نموده است و بر این عقیده بوده که هنگامی که مالک نخل خرما باشد و این حق که می‌تواند به سمت نخلش عبور و مرور نماید را خواهد داشت و این حق هر چند با زیان و ضرری به دیگران همراه بوده باشد و به نوعی استفاده از حقش با نیت سوئی همراه باشد. روایت فوق صراحت دارند که پیامبر (ص) کبرای حکم را بیان کرد و فرمود لاضرر و لاضرار، منتهی در این روایت جمله «علی مؤمن» نیز به دنبال لاضرر و لاضرار اضافه شده است. در حدیث نیز، صغرای حکم نیز ذکر نشده است (همان: ۷۵). با این حال، در روایت مزبور نیز مشاهده می‌گردد، که ضرر اعم از آنکه مستقیم باشد یا غیر مستقیم، از دیدگاه شرع این عمل مذموم شمرده شده است و از این رو در حالتی که کارفرمایان، پیمانکاران و مهندسین ناظر با اعمال و افعال خود اقدام به ورود ضرر نمایند و یا اینکه در راستای ترک فعل خویش، خساراتی را به بناها و سازه‌ها وارد آورند، مسئول جبران خسارات وارده می‌باشند. به‌طور کلی در ذیل قاعده لاضرر می‌توان عنوان نمود که هرگونه ترک فعلی که از سوی کارفرمایان، پیمانکاران و مهندسین ناظر وارد آید، ضمان آور خواهد بود.

۲-۲. قاعده احسان

در صورت اثبات سوء نیت یکی از مالکان، کارفرمایان، پیمانکاران، مهندسین ناظر و اشخاصی که در ساخت و ساز مداخله دارند، جبران خسارت و مسئولیت مدنی مترتب آنان خواهد بود. از این رو هرگونه مسئولیتی که عامدانه و قاصرانه نباشد و بر مبنای سوء نیت و سوء استفاده نباشد، قابلیت جبران را نخواهد داشت. قاعده احسان به نوعی در ذیل مسئولیت مدنی این اشخاص مطرح است و در صورتی که حسن نیت ثابت گردد و هیچ‌گونه رابطه سببیت در راستای ورود خسارت از سوی این‌گونه اشخاص مطرح نگردد، مسئولیت مدنی منتفی خواهد بود. در ابتدای سخن می‌بایست بیان داشت که احسان به گونه‌ی سنتی خود یکی از موارد مسقط ضمان قهری است و هدف غایی از قاعده احسان این است که هرگاه کسی به انگیزه خدمت و احسان به اشخاص دیگر، باعث ایراد ضرر به اشخاص گردد، عمل وی قابلیت جبران را نخواهد داشت (طباطبایی، ۱۳۹۳: ۱۰۵).

از ادله قاعده احسان می‌توان به آیه «و ما علی المحسنین من سبیل» که در سوره مبارکه توبه بیان گردیده است اشاره نمود؛ یعنی شخص نفعی را به دیگران، بدون اجرت برساند (صادقی و همکاران، ۱۳۹۵: ۷۵). منظور از احسان در بحث قاعده فقهی احسان، مفهومی گسترده دارد. معنایی وسیع‌تر از معنای لغوی آن است. در صورتی که شخصی از روی حسن نیت ضرری وارد نماید، مسئول نخواهد بود (خورسندیان، ۱۳۸۸: ۵). برای مثال شخصی که فردی که در حال سوختن است را در جهت نجات وی اقدام به تخریب بخشی از ساختمان نماید مسئول نخواهد بود؛ که در موارد فوق، به دلیل عدم سوء نیت و سوء استفاده و به طور کلی عمل انجام شده از روی احسان، ضمان منتفی می‌باشد. در فرهنگ انگلیسی، احسان یا حسن نیت معانی مختلفی دارد. در فرهنگ عمومی عربی عناوین «حسن النیه»، «حسن القصد»، «حسن الطویه» و «سلامه النیه» بیانگر مفهوم «حسن نیت» هستند. لیکن این مفهوم اغلب با واژه «حسن النیه» بیان می‌گردد و عبارات «بحسن نیه»، «عن حسن نیه»، «بحسن قصد» و «عن حسن قصد» نیز به عنوان «قید» و به مفهوم «از روی حسن نیت» مورد استفاده قرار می‌گیرند (البلبکی، ۲۰۰۴: ۶۹۸). به عبارت دیگر، «حسن نیت» یعنی قصد صادقانه نسبت به خودداری از گرفتن هرگونه سود و منفعت گزاف و نامعقول از دیگری، حتی از راه‌های قانونی (دیلمی، ۱۳۸۹: ۴۲). بنابراین یکی دیگر از مبانی فقهی سوء استفاده از حق در مسئولیت مدنی ناشی از ترک فعلی که کارفرمایان، مهندسین ناظر و پیمانکاران مرتکب می‌شوند را می‌توان قاعده احسان عنوان نمود که از جهاتی نیز در صورت احراز حسن نیت نمی‌توان آنها را ملزم به جبران خسارت عنوان نمود و با وجود احسان، از مسئولیت مبری خواهند بود.

۲-۳. قاعده احترام

هنگامی که کارفرمایان، پیمانکاران و مهندسیین ناظر، اقدامی برخلاف مصلحت و احترام در مال دیگران نمایند، ملزم به جبران خسارت خواهند بود. از این رو مقصود از احترام مال مردم، از سوی کارفرمایان، پیمانکاران و مهندسیین ناظر، مصونیت اموال آنان از تصرف و تعدی است. بدین معنا که اولاً، تعدی و تجاوز نسبت به آنها جایز نیست و ثانیاً، در فرض وقوع تعدی و تجاوز، متجاوز، مسئول و ضامن است. بی تردید، مفاد این قاعده از احکام امضایی اسلام است، نه تأسیسی؛ چرا که زندگی عقلا و خردمندان بر این امر بنیاد گردیده و برای هیچ کس جای انکار نیست و به طور کلی، بنیان مالکیت بر این امر مبتنی است؛ بنابراین روایات و مستندات نیز مؤید همین بنای عقلایی اند (محقق داماد، ۱۴۰۰: ۲۱۳). امام باقر (ع) از رسول الله (ص) نقل کرده که آن حضرت فرموده است: «سباب المؤمن فسوق و قتاله کفر و اکل لحمه معصیه و حرمه ماله کحرمه دمه»؛ یعنی ناسزا گفتن به مؤمن، فسق است و جنگ با او کفر است و خوردن گوشت او معصیت است و احترام مال او همانند احترام خون (جان) او است (حر عاملی، بی تا: ۵۹۹). استدلال به روایت فوق برای اثبات قاعده احترام به عنوان یکی از ادله ضمانات قهریه، متوقف بر آن است که از روایت حکم وضعی استنباط گردد، نه صرفاً حکم تکلیفی و بی تردید ظاهر روایت نیز همین است. توضیح اینکه بعضی فقیهان معتقدند روایت فوق فقط در مقام بیان حکم تکلیفی است؛ یعنی می خواهد بگوید که تصرف در مال مردم حرام است و بیش از این دلالتی ندارد. دلیل آنان بر این استنباط، ساختار جمله های حدیث است. آنان می گویند این حدیث حاوی چهار حکم است که در کنار یکدیگر و همراه با هم بیان شده است: (۱) ناسزاگویی به مؤمنان؛ (۲) جنگیدن با آنان؛ (۳) غیبت کردن از آنان؛ (۴) احترام مال آنان و چون سه مورد دیگر صرفاً احکام تکلیفی هستند و موجب ضمان مدنی نیستند، مورد چهارم، یعنی تصرف در مال نیز به قرینه «سیاق» (ردیف جملات) باید همین گونه تفسیر شود و به دیگر سخن، روایت در مقام بیان شدت گناه تصرف غیرمجاز در مال مردم است و همان طور که در مقام بیان منع مبارزه مسلحانه و ناسزاگویی و توهین و هتک حیثیت به آنان است و اقدامات مسلحانه علیه مردم مؤمن را خروج از ایمان و به منزله کفر دانسته، احترام اموال مردم را نیز همانند احترام خون و جان آنان به حساب آورده است (آخوند خراسانی، ۱۴۰۶: ۳۴). به نظر می رسد، ظاهر روایت، خلاف نظر فوق است و کاملاً می توان از آن نه فقط حکم وضعی، بلکه مفهومی اعم از وضعی و تکلیفی استنباط کرد؛ زیرا اولاً، چهار حکم مندرج در حدیث یکسان بیان نشده، بلکه با امعان نظر به خوبی معلوم می گردد که موضوعات سه حکم دیگر سه عمل از اعمال مکلفان است؛ یعنی (۱) ناسزاگویی، (۲) جنگیدن، (۳) غیبت کردن؛ اما در خصوص موضوع مورد بحث گفته نشده تصرف در مال او تا در ردیف سایرین قرار گیرد، بلکه لسان تغییر کرده و گفته شده که حرمت مال او همانند حرمت خون او است؛ بنابراین باید مفهوم حرمت، یعنی احترام مال و

احترام خون که به یکدیگر تنزیل و تشبیه شده مورد تحلیل قرار گیرد؛ ثانیاً، در حدیث فوق احترام مال به منزله احترام خون قرار داده شده و چون مفاد این جمله عام است، کلیه احکام خون مردم بر مال آنان نیز مترتب است؛ یعنی هر آنچه از باب احترام برای خون ثابت می‌باشد، برای مال نیز ثابت است و بی‌شک، احترام خون به آن می‌باشد که اولاً، هیچ کس مجاز به ریختن خون دیگری نیست و ثانیاً، در فرض ارتکاب، خون او نباید هدر برود. نتیجه آنکه در مال نیز چنین است، بدین معنا که اولاً، تصرف غیر مأذون، ممنوع و حرام است و ثانیاً، تصرف و تعدی غیرمجاز نباید بدون تدارک و جبران گذشته شود؛ ثالثاً، اگر تصرف و مزاحمت در اموال مردم حرام است، این عمل حرام مادام که توسط متصرف جبران و تدارک نشود، کماکان در حال ارتکاب محسوب می‌شود و به اصطلاح حقوق معاصر «جرم مستمر» است، چون مزاحمت تداوم دارد و رفع مزاحمت جز از طریق تدارک مال تصرف شده محقق نمی‌گردد. بنابراین، حتی اگر مفاد روایت حکم تکلیفی باشد نیز لازمه آن، ضمان خواهد بود. رابعاً، معنای احترام جز این نیست که مال مسلمان همچون مباحات اولیه نیست که دارای هیچ‌گونه حرمتی نباشد و هر کس بتواند بر آن استیلا یابد و یا با قهر و زور از آن استیفا کند، بلکه احترام مال به آن است که در صورت تعرض، تصرف و مصرف غیرمجاز، متصرف ملزم به جبران باشد (محقق داماد، ۱۴۰۰: ۲۱۵). به‌طور کلی کارفرمایان، پیمانکاران و مهندسین ناظر در صورت ترک فعل نسبت به اعمالی که می‌بایست در بنا انجام می‌دادند قصور نمایند، ملزم به جبران خسارت خواهند بود.

۲-۴. قاعده تسبیب

بحث تسبیب، مطابق رویه معمول، نزد فقها، بلافاصله در ذیل عنوان اتلاف مطرح می‌شود؛ زیرا در حقیقت، تسبیب نوعی از اتلاف است؛ به این تعبیر که در اتلاف، شخص مستقیماً و بالمباشره باعث اتلاف مالی می‌گردد، ولی در تسبیب، عمل مسبب مع الواسطه سبب می‌شود که مال غیر از بین برود. برای مثال، اگر پیمانکاری، بنای غیرمنقول دیگری را مبادرتاً تخریب نماید متلف است، اما اگر در مسیر ساختمانی در حین اجرای ساخت، چاهی حفر کند و انسانی در آن بیفتد و بمیرد، مسبب است. در مورد سبب گفته شده، هر چیز که از وجودش، وجود دیگری لازم نیاید، ولی از عدمش، عدم دیگری لازم بیاید، «سبب» است، در مقابل «علت»، بدین نحو که هرگاه رابطه بین دو چیز به گونه‌ای باشد که از وجود یکی، وجود دیگری و از عدم یکی، عدم دیگری لازم بیاید، آن «یکی» را علت تامه دیگری می‌گویند. پس علت تامه و سبب با وجود مشابهت، دو چیز متفاوتند (محقق داماد، ۱۴۰۰: ۱۱۷).

۳. قلمرو حقوقی

۳-۱. نظریه تقصیر

مطابق این نظر، کارفرمایان، پیمانکاران و مهندسی‌نظر زمانی مسئول می‌باشند که در انجام اعمال خود مرتکب تقصیر و یا خطایی شده باشند. در واقع زیان‌دیده زمانی می‌تواند به حق خود برسد که ثابت نماید که عامل زیان، مرتکب تقصیر و خطایی شده و زیان وارد به او نتیجه مستقیم تقصیر عامل زیان می‌باشد. البته مسئولیت مدنی ناشی از ترک فعل مهندسی‌نظر، کارفرمایان، پیمانکاران، به نظریه تقصیر نزدیک‌تر است (عزیزی، ۱۳۹۹: ۵۵۱). در پاسخ این پرسش که چرا شخص در برابر دیگری مسئول جبران خسارت می‌شود، پیروان نظریه تقصیر گفته‌اند، کسی را باید مسئول شناخت که از نظر اخلاقی نسبت به کاری که انجام داده است، قابل ملامت باشد، بر طبق این نظر، مسئولیت مفهوم اخلاقی است. هر کس باید در گرو خطاهای خود باشد و به طور نوعی نمی‌توان در این باره داوری کرد. بر مبنای نظریه تقصیر، برای اینکه زیان‌دیده بتواند خسارت خود را از کسی بخواهد، باید ثابت کند که تقصیر او سبب ورود خسارت شده است. در احراز تقصیر، زیان‌دیده نقش مدعی را دارد و باید دلایل اثبات آن را بیاورد. در مسئولیت‌های قراردادی، به طور معمول اثبات عدم انجام تعهد برای این منظور کافی است و متعهد در صورتی از مسئولیت معاف می‌شود که ثابت کند مانع قهری و احترازناپذیر و پیش‌بینی‌نشده (قوه قاهره) او را از اجرای قرارداد باز داشته است، ولی در مسئولیت‌های قهری، تقصیر همیشه برخلاف اصل است و نیاز به اثبات دارد و زیان‌دیده «مدعی» به شمار می‌آید (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۲۲-۲۱). از این رو یکی از مهم‌ترین نظریه‌ها، نظریه تقصیر است. در این نظریه مسئولیت بر پایه تفسیر نهاده شده است. فاعل زیان هنگامی زیان‌ها را جبران می‌کند که مرتکب تقصیر شده باشد و زیان‌دیده تقصیر او را ثابت نماید. بر مبنای این نظریه مسئولیت خواننده فقط به خاطر تقصیری است که مرتکب شده است و زیان‌دیده باید به عنوان مدعی، تقصیر و رابطه علیت بین تقصیر فاعل زیان و زیان‌ها را اثبات کند (قاسم‌زاده، ۱۳۹۵: ۲۵). بر مبنای این نظریه، دلیل و وجه اصلی مسئولیت عامل فعل زیان‌بار در قبال زیان‌دیده، تقصیر او است و طرفداران آن قصد داشتند که مسئول و عامل فعل زیان‌بار را اقتناع و ارضاء وجدانی نمایند و به او خاطر نشان کنند که این وجدان او است که او را مسئول جبران ضرر می‌داند و حکم قانون‌گذار به مسئولیت و لزوم جبران ضرر وارده بر دیگری، مطابق با حکم وجدان است (باریکلو، ۱۳۹۳: ۴۹). لیکن با گذشت زمان از این نظریه به عنوان مبنای مسئولیت مدنی اعراض شده؛ زیرا اولاً، اثبات تقصیر شخصی در بیشتر موارد مشکل و در برخی موارد، غیرممکن است، چون از درون و باطن افراد، کسی غیر از خداوند متعال و خود شخص آگاه نیست و در صورتی که عامل زیان‌بار از انجام آن ابراز ندامت و پشیمانی ننماید، نمی‌توان او را بر مبنای تقصیر شخصی مسئول جبران ضرر وارده بر دیگری دانست. در نتیجه، نظریه تقصیر شخصی مشکل اثباتی داشت و

در بیشتر موارد، قابل اثبات نبود (همان: ۵۰)؛ ثانیاً، پذیرش نظریه تقصیر شخصی به عنوان مبنای مسئولیت مدنی، موجب عدم مسئولیت افرادی چون مجانین، صغار غیرمميز، مکره و مضطر می گردد، در حالی که نمی توان این گروه از افراد را از مسئولیت مدنی و لزوم جبران ضرر وارده بر غیر، معاف دانست. علی هذا بر مبنای نظریه تقصیر می توان عنوان نمود که کارفرمایان، پیمانکاران و مهندسین ناظر در صورتی که ترک فعل آنها بر مبنای عامل زیان باری باشد که موجب یا سبب ورود خسارت به مالکین بنا یا ساختمانها باشد، ملزم به جبران خسارت وارده بر بنا و ساختمان خواهند بود. به نظر نویسنده مقاله حاضر، مبنای مسئولیت مدنی ناشی از ترک فعل کارفرمایان، پیمانکاران و مهندسین ناظر در حقوق ایران را می توان بر اساس نظریه تقصیر عنوان نمود.

۳-۲. نظریه خطر

بر مبنای نظریه خطر، کارفرمایان، پیمانکاران و مهندسین ناظری که در حال ساخت بنا یا ساختمانی هستند و در نتیجه محیط خطرناکی را برای دیگران به وجود می آورند، می بایست خسارت هایی را که به دیگران وارد می شود، جبران کنند؛ زیرا این اشخاص اند که از منافع آن محیط بهره مند می شوند. در واقع مسئولیت شخص برای جبران خسارتی که به دیگران وارد می کند به خاطر این نیست که او مقصر است، بلکه به خاطر سودی است که از ایجاد آن محیط خطرناک به او می رسد. بر مبنای این نظریه، سرمایه داران و صاحبان کارخانه ها که از فعالیت های خود سود فراوانی می بردند باید خسارات حاصل شده از آن را نیز جبران می کردند، حتی اگر حوادث ایجاد شده به خاطر بی احتیاطی کارگران رخ می داد و یا امکان پیش بینی وقوع آن حادثه وجود نداشت (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۲۴-۲۳). به ظاهر مفهوم خطر بدیهی به نظر می رسد؛ زیرا خطر (ریسک) نیز مانند تقصیر یک مفهوم عرفی است. ولی چنانکه خواهیم دید حقوقدانان در تبیین مفهوم آن اختلاف نظر دارند، ولی باید به این نکته مهم توجه کرد که خطر یک مفهوم ایجابی است نه سلبی؛ بنابراین هر مسئولیت بدون تقصیر، مبتنی بر خطر نیست. از مهم ترین عوامل مؤثر در تکوین و تحقق نظریه خطر، عامل عملی یعنی مشکل بودن اثبات تقصیر از جانب زیان دیده است. این سبب به ویژه در موارد یاد شده موجب برداشته شدن عنصر تقصیر از حوزه مسئولیت مدنی گردید و عنصر تقصیر از ارکان مسئولیت مدنی برای تسهیل اثبات مسئولیت و سهولت جبران خسارت حذف شد. به موجب این نظریه، هر کس به فعالیتی پردازد، محیط خطرناکی برای دیگران به وجود می آورد و کسی که از این محیط منتفع می شود باید زیان های ناشی از آن را نیز جبران کند. با این ترتیب، مبنای مسئولیت مدنی مکافات تقصیر نیست، عوض سودی است که شخص از فراهم آوردن محیط خطرناک می برد. در مواردی که شخص به فعالیت مشروعی دست زده و بی آنکه تقصیری کرده باشد، به کسی خسارت زده است، زیان دیده و او هر دو بی گناه هستند. خسارتی که به بار آمده است باید به یکی از آن دو تحمیل شود. اتفاق زیان دیده را برگزیده است، ولی حقوق باید این

بی‌عدالتی را جبران کند؛ زیرا کسی که به فعالیت پرداخته تا از آن سود ببرد از کسی که هیچ نکرده و نفعی نبرده است برای تحمل ضرر شایسته‌تر است (قاسم‌زاده، ۱۳۹۵: ۳۰). مطابق این نظریه (نظریه خطر)، در صورت ورود ضرر، فاعل (کارفرمایان، پیمانکاران و مهندسین ناظر) مسئول جبران خسارت است. به عبارت دیگر در این نظریه، اصل بر مسئولیت و جبران می‌باشد و به دلیل قرار نگرفتن این نظریه بر پایه تقصیر، اثبات عدم تقصیر یا رعایت احتیاط‌های لازم، تأثیری در مسئولیت ندارد. تنها راه برای خروج از مسئولیت، اثبات وجود علت خارجی است؛ زیرا در صورت احراز علت خارجی، رابطه مفروض بین فاعل (کارفرمایان، پیمانکاران و مهندسین ناظر) و خسارات قطع می‌شود و وی از مسئولیت و جبران خسارات معاف خواهد شد. مصادیق این نظریه متعدد و متفاوت می‌باشد. در برخی موارد شخص به دلیل ایجاد محیط خطرناک مسئولیت پیدا می‌کند. گاهی نیز در مقابل انتفاع شخص، مسئولیت او افزایش می‌یابد. در مواردی به دلیل نزدیکی رابطه فاعل و خسارت، لزوم احراز تقصیر از بین می‌رود و رابطه عینی اهمیت پیدا می‌کند، قاعده اتلاف با نظریه خطر و مسئولیت عینی مقایسه می‌شود (ره پیک، ۱۳۹۵: ۳۹). در خصوص این نظریه، برخی بر آنند شخصی که از فعالیتی سود می‌برد، باید ضررهای ناشی از آن را هم تحمل کند و این امری طبیعی و موافق با اخلاق و عدالت است. این نظریه به نظریه خطر - نفع معروف است؛ بنا بر این نظر، مقصود از نفع، سود مالی و اقتصادی است و فعالیت اقتصادی سودآور موجب مسئولیت است، هر چند که تقصیری در میان نباشد؛ بنابراین برای مطالبه خسارت اثبات تقصیر یا حتی فرض تقصیر لازم نیست و زیان‌دیده فقط باید ثابت کند که ضرر ناشی از فعالیت سودآور خوانده بوده است. این نظریه الهام‌بخش قوانین راجع به حوادث کار و تأمین اجتماعی بوده که مسئولیت بدون تقصیر را برای کارفرما پذیرفته‌اند. از قدیم‌ترین قوانین که از این نظریه الهام گرفته قانون ۱۸۹۸ فرانسه راجع به حوادث کار است که قانون تأمین اجتماعی ۱۹۴۶ آن را تکمیل کرد و جایگزین آن گردید. این قانون قابل مقایسه با قانون تأمین اجتماعی ایران مصوب ۱۳۵۴ است که به موجب آن می‌توان گفت مسئولیت مبتنی بر نظریه خطر است؛ وانگهی این نظریه تحمیلی بر کارفرما نیست؛ زیرا کارفرما فقط حق بیمه می‌پردازد و آن را جزء هزینه‌های تولید منظور و در قیمت تمام‌شده کالا محاسبه می‌کند و پرداخت غرامت را سازمان تأمین اجتماعی بر عهده می‌گیرد (صفای، ۱۳۹۳: ۶۹-۶۸). این نوع مسئولیت متوجه شخصی است که وظیفه حفاظت و مراقبت از ساختمان را بر عهده دارد. معمولاً این تکلیف متوجه مالک است مگر اینکه نامبرده ساختمان را به تصرف دیگری داده باشد. البته در این صورت بعضی از وظایف به متصرف انتقال می‌یابد از قبیل در معرض سقوط قرار گرفتن بعضی از وسایلی که به ساختمان الصاق شده است، ولی بعضی از وظایف کماکان بر عهده مالک باقی می‌ماند از قبیل خرابی ناشی از عدم تعمیرات اساسی و کلنگی

بودن ساختمان، علاوه بر این اگر مالک تعمیر یا ساخت ساختمانی را به دیگری واگذار نماید، حفاظت و مراقبت آن نیز منتقل می‌گردد.

در مورد مسئولیت محافظ ساختمان و سایر مستحدثات ماده‌ای در قانون مدنی به شرح ذیل وجود دارد: «صاحب دیوار یا عمارت یا کارخانه مسئول خساراتی است که از خراب شدن آن وارد می‌شود، مشروط بر اینکه خرابی در نتیجه عیبی حاصل گردد که مالک مطلع بر آن بوده و یا از عدم مواظبت او تولید شده است.» در مورد مسئولیت ناشی از محافظت بر اساس این ماده، نظرات مختلفی مطرح شده است؛ گروهی مسئولیت مالک را مبنی بر فرض قانونی تقصیر می‌دانند که به موجب آن، مقصود مقنن این است که اگر به علت فورس ماژور و حوادث غیرمترقبه، مانند زلزله یا سیل، خراب شود و ضرر برساند ضامن نیست، در غیر این مورد، ضامن است؛ زیرا اگر مواظبت لازم را به عمل می‌آورد خسارت به غیر نمی‌رسید. همین نظر را حقوقدانان در مورد مسئولیت متصدی حمل و نقل موضوع ماده ۳۸۶ قانون تجارت دارند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸: ۴۵۹). در تقویت این نظریه بعضی از نویسندگان حقوقی، به عدم مواظبت مندرج در ماده اشاره می‌نمایند و معتقدند شخص مواظب شخصی است که در هر حال باید از حادثه جلوگیری نماید؛ مگر در مورد قوه قاهره که دفع آن از توان شخص مواظب خارج است (عباسلو، ۱۳۹۰: ۱۶۶).

این دست از نویسندگان حقوقی معتقدند به نظر می‌رسد با توجه به موارد تقصیر تعیین شده در این ماده که شامل عدم مواظبت مالک و اطلاع او از عیبی است که منجر به خرابی شده است و اصل بر این است که حادثه زیان‌بار ناشی از عدم مواظبت مالک می‌باشد و از عیوبی که منجر به خرابی می‌شود مطلع است، از آنجایی که اغلب حوادث ناشی از ساختمان به علت فرسودگی یا عدم مواظبت مالک به وجود می‌آید؛ بنابراین مالک یا محافظ مسئول است؛ مگر اینکه ثابت نماید نامبرده از عیب مطلع نبوده و مواظبت لازم را نیز به عمل آورده است. اگر اصل بر این باشد که مالک از عیب و نقص مطلع نیست یا اصل بر عدم ایجاد حادثه به علت عدم مواظبت مالک باشد، در این صورت اثبات خلاف موارد فوق برای زیان‌دیده مشکل است؛ بنابراین، ماده مذکور مبتنی بر اماره تقصیر به نفع زیان‌دیده است؛ مگر اینکه مالک ثابت کند که علی‌رغم مواظبت متعارف، خرابی به وجود آمده یا ناشی از عیبی است که مالک از آن مطلع نیست و مالک متعارف نیز نوعاً از چنین عیبی مطلع نمی‌باشد (همان: ۱۶۷). این دیدگاه نیز اگرچه در جهت حمایت از زیان‌دیده گام برمی‌دارد، اما حقیقت این است که با تفسیر تحت‌اللفظی و قانونی ماده ۳۳۳ قانون مدنی کمی فاصله گرفته و پذیرش آن دور از منطقی است؛ چرا که حکم مندرج در ماده مزبور در فرضی حاکم است که تقصیر مالک توسط زیان‌دیده به نحوی به اثبات برسد به همین منظور است که قانون‌گذار قید مشروط بر اینکه را در این زمینه تصریح نموده است و مسئولیت را منوط به تقصیر مالک و اثبات آن نموده است (خوئینی و همکاران، ۱۳۹۵: ۴-۵).

۳-۳. نظریه مختلط

در راستای مبانی مسئولیت مدنی ناشی از ترک فعل کارفرمایان، مهندسین ناظر و پیمانکاران می‌توان به مبانی مختلفی در راستای نظریات مطروحه‌ای همچون نظریه مختلط اشاره داشت (موسوی، ۱۳۹۷: ۲). همان‌طور که بیان شد، هم نظریه تقصیر و هم نظریه ایجاد خطر، ایراداتی غیرقابل چشم پوشی دارند. بر همین اساس در قرن بیستم میلادی نظریه‌های مختلطی مطرح شدند که در واقع ترکیبی از هر دو نظریه تقصیر و نظریه ایجاد خطر هستند. مطابق این نظریه‌ها شخص باید خسارت‌های وارد شده به دیگران را «که ناشی از تقصیر او باشد» جبران کند، اما گاهی به‌طور استثنائی بی‌آنکه مرتکب تقصیری شده باشد، مجبور است خسارت‌های وارد شده به دیگران را جبران کند (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۲۶-۲۵). کارفرمایان، پیمانکاران و مهندسین ناظری که مرتکب ترک فعل می‌گردند و هم محیطی را فراهم می‌نمایند که خسارت وارد گردد و هم مرتکب تقصیر عامدانه می‌شوند، ملزم به جبران خسارت وارده خواهند بود.

مطابق این نظریه‌ها هیچ‌یک از نظریه‌های تقصیر و خطر به‌تنهایی نمی‌تواند مبانی مسئولیت مدنی ناشی از ترک فعل کارفرمایان، پیمانکاران و مهندسین ناظر قرار بگیرد و در تمامی زمینه‌ها پاسخگوی نیازهای اساسی جامعه باشد، بلکه در پاره‌ای از موارد اجرای نظریه تقصیر و در پاره‌ای دیگر اعمال نظریه خطر مناسب‌تر است (قاسم‌زاده، ۱۳۹۵: ۴۰). با توجه به اشکالاتی که بر نظریه‌های تقصیر و خطر وارد بود و هیچ‌یک از آنها برای رفع نیازهای جامعه کافی نمی‌نمود، نظریه‌های مختلط یا دوگانه که آمیخته‌ای از دو نظریه یاد شده بود پدید آمد که گونه‌های متفاوتی داشت: «۱) به اعتقاد برخی از علمای حقوق، تقصیر عادلانه‌ترین مبنا و منبع مسئولیت و مبانی اصلی آن است و خطر به عنوان مبانی فرعی و ثانوی و هنگامی که انصاف اقتضا کند، وارد عمل می‌شود. این مؤلفان می‌خواهند مبانی تقصیر را که مبتنی بر اخلاق می‌دانند حفظ کنند و در عین حال با قبول نظریه خطر به عنوان مبانی ثانوی موارد متعدد مسئولیت بدون تقصیر را که در حقوق موضوعه دیده می‌شود توجیه کند؛ ۲) بسیاری از مؤلفان، از جمله ژوسران، حقوقدان بزرگ فرانسوی، بر آنند که مسئولیت دو قطب دارد: تقصیر و خطر که یکی را بر دیگری تفوق نیست؛ پس باید گستره آنها را مشخص کرد، مرز بین آنها با تفکیک بین مسئولیت ناشی از فعل شخصی و مسئولیت ناشی از فعل اشیاء و دیگران مشخص می‌شود؛ با این توضیح که مبانی مسئولیت در فرض اول تقصیر و در فرض دوم خطراست. طرفداران این نظریه در تأیید نظر خود به ماده ۱۳۸۲ ق.م فرانسه برای مسئولیت ناشی از فعل شخصی و مواد ۱۳۸۴ تا ۱۳۸۶ برای مسئولیت ناشی از فعل اشیاء و دیگران استناد می‌کنند.» (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۳: ۷۱-۷۰). هرچند طرفداران نظریه تقصیر و خطر در ابتدای امر، هر یک مدعی جامعیت و تمامیت نظریه خود و انکار نظریه طرف مقابل بودند، ولی در نتیجه انتقادات وارده بر هر یک از این دو نظریه از ناحیه طرفداران نظریه رقیب، هر

یک در مواضع خود تعدیل و از ادعای ابتدایی کامل بودن نظریه خود تا حدودی عدول کردند و هیچ کدام از این دو نظریه نتوانستند نظریه رقیب را از صحنه و میدان مبنای مسئولیت مدنی بیرون نمایند. در نتیجه، هر یک از طرفداران این دو نظریه، قانع شده‌اند که نظریه آنان در کنار نظریه رقیب، مبنای مسئولیت مدنی قرار گیرد. به عنوان مثال مازوها، از جمله طرفداران نظریه تقصیر، معتقدند: قاعده این است که مسئولیت مدنی مبتنی بر تقصیر است، ولی در بعضی از موارد خاص می‌توان بر مبنای نظریه خطر، اثبات مسئولیت مدنی نمود، همان‌گونه که قانون‌گذاری فرانسه، مسئولیت مدنی ناشی از حوادث کار را بر مبنای نظریه خطر قرار داده است. ژوسران که از ابرازکنندگان ابتدایی نظریه خطر است، معتقد بود: مسئولیت مدنی ناشی از عمل شخصی، مبتنی بر تقصیر و مسئولیت مدنی ناشی از اشیاء تحت تصرف و اختیار شخص، مبتنی بر نظریه خطراست (باریکلو، ۱۳۹۳: ۵۶). بنابراین در حقوق خارجی، این دو نظریه به عنوان مبنای مسئولیت مدنی مورد قبول واقع شده است، ولی اختلاف باقی مانده در قلمرو حاکمیت آن دو است. اختلاف در این است که در چه مواردی مسئولیت مدنی مبتنی بر تقصیر و در چه مواردی مبتنی بر خطر است. در حل این اختلاف، هر یک از طرفداران این دو نظریه تلاش نموده‌اند قلمرو و اعمال نظریه خود را توسعه دهند. به عنوان نمونه، مازوها که طرفدار نظریه تقصیر هستند، معتقدند: اصل و قاعده این است که مسئولیت مدنی مبتنی بر تقصیر است و فقط در موارد استثناء و خاص می‌توان بر مبنای نظریه خطر حکم به مسئولیت مدنی نمود و از ساواتیه که این معیار را پذیرفته، ولی در موارد اعمال نظریه خطر توسعه داده است، انتقاد می‌نمایند (همان، ۵۷-۵۶).

بحث و نتیجه گیری

در اغلب کشورها، موضوع مسئولیت مدنی در حوزه‌های مختلفی از جایگاه مهمی برخوردار بوده و این موضوع در حقوق ایران نیز مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفته است. ولیکن موضوع مسئولیت مدنی ناشی از ترک فعل، نظریات موافق و مخالفی را به دنبال داشته که در نتیجه در قانون مدنی و متون فقهی بر آن صحنه نهاده شده است؛ به عبارت دیگر در برخی مواقع، ترک فعل کارفرمایان، پیمانکاران، مهندسین ناظر و همچنین مالکان ساختمان‌ها می‌تواند خسارت به بار آورد. در مقاله حاضر، بررسی شد که ترک فعل در فقه و قانون ایران می‌تواند مطابق قواعد فقهی لاضرر، تسبیب، احترام و احسان و نظریات تقصیر، خطر و مختلط مسئولیت مدنی را به دنبال داشته باشد. بر مبنای قاعده ضرر فقها بیان می‌دارند، موضوع نفی ضرر و پیشگیری از ضرر، از جمله مستقلات عقلیه می‌باشد که این موضوع به این مفهوم است که بدون آنکه شارع و قانون‌گذار، حکمی در راستای ورود ضرر به اشخاص، عنوان نموده باشد، عقل سلیم به آن دست می‌یابد. همچنین بر مبنای قاعده احترام هنگامی که کارفرمایان، پیمانکاران و مهندسین ناظر، اقدامی برخلاف مصلحت و احترام در مال دیگران نمایند، ملزم به جبران خسارت خواهند بود. از این رو مقصود از احترام مال مردم، از سوی کارفرمایان، پیمانکاران و مهندسین ناظر، مصونیت اموال آنان از تصرف و تعدی است. مطابق نظریه تقصیر نیز کارفرمایان، پیمانکاران و مهندسین ناظر زمانی مسئول می‌باشند که در انجام اعمال خود مرتکب تقصیر و یا خطایی شده باشند. در واقع زیان‌دیده زمانی می‌تواند به حق خود برسد که ثابت نماید که عامل زیان، مرتکب تقصیر و خطایی شده و زیان وارد به او نتیجه مستقیم تقصیر عامل زیان می‌باشد. رویه قضایی ایران نیز بر مبنای این قواعد و نظریات، جبران خسارت ناشی از ترک فعل کارفرمایان، پیمانکاران و مهندسین ناظر را در شرایطی قابل جبران عنوان نموده است. مبنای جبران خسارت در حقوق ایران، بر مبنای نظریه تقصیر است و در این راستا نیز قانون مدنی و قانون مسئولیت مدنی این نظریه را مبنای قرار داده‌اند. ترک فعل کارفرمایان، پیمانکاران و مهندسین ناظر نیز در هر شرایطی نمی‌تواند مسئولیت مدنی را به دنبال داشته باشد و این موضوع با وجود ورود ضرر، فعل زیان‌بار و رابطه سببیت امکان‌پذیر است. البته هر یک از ارکان فوق‌الذکر نیز دارای شرایط خاصی است که می‌توان در موضوع دیگری با عنوان شرایط ترک فعل کارفرمایان، پیمانکاران و مهندسین ناظر مورد مطالعه قرار داد. در هر حال در قوانین ایران معیار و ملاک نظریه تقصیر مورد توجه قرار گرفته است، ولیکن رویه قضایی ایران در راستای ترک فعل، همان شرایط فعل مثبت را در مسئولیت مدنی کارفرمایان، پیمانکاران و مهندسین ناظر در نظر داشته‌اند.

منابع

- آخوند خراسانی، محمد کاظم. (۱۴۰۶ ه.ق). حاشیه بر مکاسب. انتشارات وزارت ارشاد.
- البعلبکی، داود. (۲۰۰۴). المورد الثلاثی. دارالعلم.
- باریکلو، علی رضا. (۱۳۹۳). مسئولیت مدنی. میزان.
- باقرنای همتی، ماهرخ. (۱۳۹۵). مسئولیت مدنی مهندس ناظر ساختمان. اندیشمندان حقوق، ۴(۹)، ۱۱۲-۹۷.

<https://www.noormags.ir/view/fa/magazine/number/65976>

- بهرامی احمدی، حمید. (۱۳۹۵). سوء استفاده از حق (مطالعه تطبیقی در حقوق اسلام و دیگر نظام‌های حقوقی). اطلاعات.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۸). مجموعه محشی قانون مدنی. گنج دانش.
- حر عاملی، محمدبن الحسن. (بی تا). وسائل الشیعه. جلد ۸. دارالاحیاء التراث العربی.
- حیاتی، علی عباس. (۱۳۹۲). حقوق مدنی (مسئولیت مدنی). میزان.
- خورسندیان، محمدعلی. (۱۳۸۳). جایگاه احسان در قلمرو حقوق مدنی. [پایان‌نامه کارشناسی ارشد. دانشگاه شیراز].
- دمرچیلی، محمد؛ حاتمی، علی. (۱۳۸۶). قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی. سپهر.
- دهخدا، علی اکبر. (۱۳۷۳). لغت‌نامه دهخدا. جلد ۵. انتشارات دانشگاه تهران.
- دیلمی، احمد. (۱۳۸۹). حسن نیت در مسئولیت مدنی. میزان.
- ره پیک، حسن. (۱۳۹۵). حقوق مسئولیت مدنی و جبران‌ها. خرسندی.
- شهابی، محمود. (۱۳۶۵). دو رساله استاد شهابی (قاعده لاضرر). دانشگاه تهران.
- صادقی، محمدهادی؛ غنی، کیوان؛ میرزایی، محمد؛ باقرزادگان، امیر. (۱۳۹۵). نسبت رابطه استاد و قاعده احسان در اسقاط مسئولیت پزشکی با نگاهی به قانون مجازات اسلامی ۹۲. حقوق پزشکی، ۱۰(۳۸)، ۷۳-۱۰۴.

<https://ijmedicallaw.ir/article-1-616-fa.html>

- صفایی، سیدحسین؛ رحیمی، حبیب‌الله. (۱۳۹۳). مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد). مجد.
- طباطبایی، سید حسین. (۱۳۹۳). قاعده احسان و مجرای آن در نظام حقوقی ایران، تهران. جستارهای فقه و حقوق، ۲(۱)، ۱۱۹-۱۰۵.

<https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/1405481>

- عباسلو، بختیار. (۱۳۹۰). مسئولیت مدنی (بانگ‌رشی تطبیقی). میزان.
- عزیزی، خه بات. (۱۳۹۹). تحلیل ابعاد قانونی مسئولیت مهندس ناظر و پیمانکار ساختمان. قانون یار، ۴(۱۴)، ۵۷۵-۵۴۵.

<https://www.sid.ir/fa/journal/ViewPaper.aspx?ID=533467>

- غفور، خوئینی؛ صادقی نژاد پاریزی، مصطفی. (۱۳۹۴). مسئولیت مدنی مالک نسبت به خسارات ناشی از خرابی ساختمان معیوب (نگرشی تطبیقی در حقوق ایران و فرانسه). اولین کنفرانس بین‌المللی حقوق و توسعه پایدار جامعه مدنی. تهران.



- قاسم‌زاده، سیدمرتضی. (۱۳۹۵). الزام‌ها و مسئولیت مدنی بدون قرارداد. میزان.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۵). وقایع حقوقی - مسئولیت مدنی. انتشار.
- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۸۰). مسئولیت مدنی ناشی از حوادث رانندگی. انتشارات دانشگاه تهران.
- کلینی، ابی جعفر محمدبن یعقوب بن اسحاق. (بی تا). الکافی. دارالکتب الاسلامیه.
- محقق داماد، سیدمصطفی. (۱۴۰۰). قواعد فقه (بخش مدنی). جلد ۱. مرکز نشر علوم اسلامی.
- موسوی، هاجر؛ بشیری، اکبر. (۱۳۹۷). مبانی مسئولیت مدنی مهندس ناظر پروژه‌های عمرانی. کنفرانس ملی اندیشه‌های نوین و خلاق در مدیریت، حسابداری، مطالعات حقوقی و اجتماعی.
- نجیب حسنی، محمود. (۱۹۸۴). شرح قانون العقوبات اللبنانی. قسم العام.