



www.cpjournals.com

نشریه عمران و پروژه
Civil & Project Journal(CPJ)

Fundamentals of Supervising Engineer Responsibilities

Tayyaba Reyhani * ۱

* ۱ Project Management Engineering Expert

Email:

t.reyhani94@gmail.com

Abstract

Compensation for the professional activities of engineers in today's industrial life will be possible only in the shadow of this branch of law. One of the most important problems of the country in the field of construction is the lack of a comprehensive and clear definition of the supervising engineer of the building. Even people working in this field do not really know this position well and with a superficial view, the only main task of these engineers is to adapt the plan to the construction of the building. Given this importance in this article, we intend to analyze the legal aspects of the responsibility of the building supervising engineer.

Keywords: *Civil Liability, Compensation, Supervising Engineer, Civil Projects, Damage, Supervision*

All rights reserved to Civil & Project Journal.



www.cpjournals.com

نشریه عمران و پروژه Civil & Project Journal(CPJ)

مبانی مسئولیت های مهندس ناظر

طیبه ریحانی*

*کارشناس مهندسی مدیریت پروژه

پست الکترونیکی:

t.reyhani94@gmail.com

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱۰/۰۸ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۰/۳۰

چکیده

با توجه به اینکه مسئله ی مسئولیت در هر حرفه ای از اهمیت بسیاری برخوردار است پس هدف مقاله ی حاضر بررسی مسئولیت مهندس ناظر در پروژه های عمرانی و اصول نظارت بر اجرای ساختمان ها را توجیه میکند با بررسی وظایف قراردادی و قانونی مسئولی مهندس ناظر این نتیجه بدست آمد که مسئولیت مدنی مهندس ناظر با تئوری تقصیر نیز قابل توجیه نیست به این دلیل که مطابق قواعد عام مسئولیت در مسئولیت قراردادی احراز تقصیر شرط تحقق مسئولیت نمی باشد. فلذا می توان نتیجه گرفت که مهندس ناظر در صورتی که به وظایف قانونی عمل ننماید مسئول جبران خسارت وارد شده خواهد بود مگر اینکه ثابت نماید قوه ی قاهره مانع عمل به تعهدات قراردادی و قانونی شده است.

جبران خسارت ناشی از فعالیت های حرفه ای مهندسان در زندگی صنعتی امروز تنها در سایه این شاخه حقوقی ممکن خواهد بود. از مهمترین معضلات کشور در حوزه ساختمان، نداشتن تعریفی جامع و صریح از مهندس ناظر از ساختمان است. حتی افراد شاغل در این حوزه نیز به معنای واقعی این سمت را به خوبی نمی شناسند و با سطحی نگری، تنها وظیفه اصلی این مهندسین را تطبیق نقشه با نحوه اجرای بنا میدانند. اینکه پروژه های ساختمانی فرایند بسیار پیچیده ای هستند نیازی به گفتن و تأکید نخواهد داشت. افراد زیادی در فرآیند یک پروژه عمرانی حال ساخت یک ساختمان باشد یا یک پل دخیل هستند. از کارفرما تا پیمانکار همه اهداف مشخصی را طبق اصولی از پیش مشخص شده دنبال میکنند. مهندس ناظر ساختمان از جمله افرادی است که نقش مهمی را در پیشبرد پروژه های ساختمانی ایفا خواهد کرد. با در نظر داشتن این اهمیت در این مقاله قصد داریم که به تحلیل ابعاد قانونی مسئولیت مهندس ناظر ساختمان بپردازیم.

کلمات کلیدی: مسئولیت مدنی، جبران خسارت، مهندس ناظر، پروژه های عمرانی، ورود خسارت، نظارت

مقدمه

پروژه های عمرانی از حساسیت بالایی برخوردار هستند باین توضیح که چنانچه نظارت و به تبع آن دستورات لازم از سوی مهندسان مربوطه داده نشود موجب خواهد شد خسارات جانی و مالی بسیاری چه حین انجام پروژه و چه بعد از چندین سال پس از اتمام آن به وجود آید. فلذا بایستی در هر مرحله از ساخت پروژه نظارت کامل و مستمر بر پروژه وجود داشته باشد. یکی از افرادی که وظیفه ی مهمی در جلوگیری از بوجود آمدن خسارات ها دارد مهندس ناظر هر پروژه ای می باشد اعم از مهندس ناظر عمران معماری تاسیسات (شامل مهندسی برق و مکانیک) می باشد، که این وظیفه ی خطیر را با نظارت کامل و مستمر بر پروژه انجام می دهد. ناظر شخص حقیقی یا حقوقی هست که بر عملیات اجرایی تمام ساختمان که در ماده ی ۴ قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان تصریح شده اند نظارت می کند همانطور که از عنوان ناظر آشکار است وظیفه ی مهندس ناظر، نظارت می باشد. در سال ۱۳۵۶ شش تبصره به ماده ی ۱۰۰ قانون شهرداری الحاق شد و در تبصره ی مذکور برای نخستین بار انجام وظیفه ی مهندسی ناظر ساختمانی و نظارت ماموران شهرداری بر جریان ساخت ساختمان ها پیش بینی گردید. بنابراین نظارت مهندس ناظر بر عملیات اجرایی ساختمان ها طی تبصره ی ۳ قانون الحاق ۶ تبصره به ماده ۱۰۰ قانون شهرداری ها در سال ۱۳۵۶ موضوعیت یافت.

مطابق دو اصل مهم حقوقی وفای به عهد و اصل لزوم قراردادهای طرفین قرارداد حق برهم زدن قرارداد را ندارند مگر در موارد خاص و استثنایی که ذیل به آن اشاره می گردد:

- به حکم قانون مانند وجود یکی از اختیارات

- به موجب قرارداد مانند حق فسخ مطابق قرارداد

- به تراضی طرفین که از آن به اقاله یاد می شود.

اگر طرفین عقد از اجرای عقد سرباز بزنند متعهد را ملزم به اجرای قرارداد می کنند. چنانچه اجبار متعهد ممکن نباشد وی به پرداخت خسارت محکوم می گردد. فلذا می توان بیان کرد مطابق اصل لزوم قراردادهای و اصل وفای به عهد طرفین قرارداد ملزم به اجرای تعهدات خود هستند مگر در چند مورد استثنائی که بیان شد و همچنین آنطور که بیان گردید چنانچه متعهد از اجرای تعهد خودداری کند وی را ملزم به انجام تعهد می کنند. چنانچه الزام وی ممکن نباشد متعهد باید خسارت ناشی از عدم انجام تعهد را بپردازد. در برخی مواقع نه موجبات انحلال قرارداد وجود دارد و نه شخص متعهد از عمد از اجرای تعهد سرباز می زند بلکه حادثه ای رخ می دهد که متعهد ناگزیر از عدم انجام تعهد می شود.

بحث مهم قابل طرح این است که چنانچه در حین اجرای پروژه ای و یا پس اتمام آن خسارتی اعم از جانی و مالی بوجود آمد بر چه اساسی و بر مبنای کدام دلایل حقوقی می توان مهندس ناظر پروژه را مسئول قلمداد نمود؟ براین اساس بایستی مبنای مسئولیت مدنی مهندس ناظر مورد بررسی قرار بگیرد. قبل از پرداختن به مبنای مسئولیت مدنی مهندس ناظر آشنایی با معنا و مفهوم مهندس ناظر و مسئولیت مدنی لازم و ضروری به نظر می رسد.

۱- مهندس ناظر

واژه ی مهندس در لغت به معنای اندازه گیر ، شمارشگر، هندسه دان ، مساح ، معمار ، طراح و دانای عملی به کار رفته است (معین- ۱۳۶۱: ۱۵۰) بند ۱-۲-۲۴۶ مبحث اول مقررات ملی ساختمان در تعریف مهندس ناظر بیان می دارد:

" ناظر شخص حقیقی یا حقوقی دارای پروانه ی اشتغال نظارتی در یک یا چند رشته از رشته های ساختمان "

مطابق ماده ۹ شرایط عمومی پیمان : "مهندس ناظر نماینده مقیم مهندس مشاور در کارگاه است و در چارچوب اختیارات تعیین شده در اسناد و مدارک پیمان به پیمانکار معرفی می شود.

همچنین طبق آیین نامه حفاظتی کارگاه های ساختمانی مصوب ۱۳۷۶ مهندس ناظر چنین تعریف شده است:

"مهندس ناظر شخصی است حقیقی یا حقوقی که برطبق قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان دارای پروانه اشتغال به کار مهندسی از وزارت مسکن و شهرسازی است و در حدود صلاحیت خود ، مسئولیت نظارت بر تمام یا قسمتی از عملیات ساختمانی را برعهده می گیرد ، بنابراین مهندس ناظر که نماینده مهندس مشاور در کارگاه است وظیفه دارد که با توجه به اسناد و مدارک پیمان در اجرای کار نظارت و مراقبت دقیق به عمل آورد و مصالح و تجهیزات را که باید به مصرف برساند بر اساس نقشه و مشخصات فنی مورد رسیدگی و آزمایش قرار دهد و هر گاه عیب و نقص در آنها یا در نحوه مهارت کارکنان یا چگونگی کار مشاهده کند دستور رفع آنها را به پیمانکار بدهد .

همچنین بند ۲-۵ مبحث دوم مقررات ملی ساختمان تحت عنوان نظامات اداری در تعریف مهندس ناظر بیان میکند:

"ناظر شخص حقیقی یا حقوقی دارای پروانه اشتغال بکار در یکی از رشته های موضوع قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان است که بر اجرای صحیح عملیات ساختمانی در حیطه صلاحیت مندرج در پروانه اشتغال خود نظارت نماید . عملیات اجرایی تمامی ساختمان های مشمول ماده ی ۴ قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان باید تحت نظارت ناظر انجام پذیرد."

در پروژه های عمرانی بر حسب نوع پروژه از لحاظ بزرگی ممکن است مهندسین ناظر متعددی بر عملیات اجرایی ساختمان ، نظارت کنند. در برخی پروژه ها نظارت مهندس ناظر عمران ، معماری و تاسیسات الکتریکی و مکانیکی الزامیست در حالیکه در برخی پروژه ها نظارت همه ی مهندسین ضرورت ندارد. همه ی مهندسین مذکور از طرف سازمان نظام مهندسی به کارفرما معرفی می شوند . کارفرمایی که موفق به اخذ پروانه ی ساخت و ساز از شهرداری گردید با مراجعه به سازمان نظام مهندسی ساختمان تقاضای معرفی مهندس ناظر می نماید سازمان نظام مهندسی ساختمان باتوجه به نوع پروژه مهندس ناظر مناسب را معرفی می نماید . ناظر ساختمان در هنگام صدور پروانه توسط سازمان نظام مهندسی ساختمان استان انتخاب شده و به مالک و مراجع صدور پروانه معرفی می شود. از این روی انتخاب مهندس ناظر با توجه به حدود صلاحیت های افراد ، مشخصات ساختمان و برابر شیوه نامه های موجود انجام خواهد شد. ذکر این نکته ضروریست که واگذاری نظارت ساختمان به مهندس ناظر موقوف به انتخاب سازمان نظام مهندسی استان بوده و مالک ساختمان نمی تواند رأساً اقدام به انتخاب ناظر در پروژه ساختمانی خویش نماید . شرایط انتخاب ناظر به گونه ای خواهد بود که ناظر به هیچ عنوان مجری تمام یا بخشی از ساختمان تحت نظارت خویش نباشد . افزون بر آن هیچ گونه رابطه ی مالی با مالک ساختمان نداشته و منافعی نیز در پروژه نداشته باشد . این شرایط با قطع

ارتباط مالی بین مهندس ناظر و مالک در ساختمان تحت نظارت زمینه ی نظارت دقیق ، قاطع و قانونی مهندس ناظر را فراهم خواهد آورد و موجب خواهد شد که ساختمان در حال احداث حداکثر انطباق را بر مستندات طراحی و محاسباتی داشته باشد.

هیچ مقامی نمی تواند مهندس ناظر را عوض کند یا آن را وادار به استعفا نماید مگر اینکه خود مهندس ناظر بخواهد استعفا بدهد. اما مواردی وجود دارد که سازمان نظام مهندسی می تواند مهندس ناظر جدیدی را روی کار بگذارد.

-چنانچه ناظر فوت کرده باشد ،

-چنانچه مهندس ناظر ایران نباشد یا اثبات شود آدرسش در دسترس نیست ،

- چنانچه در قرارداد نظارت قید شده باشد که تمدید قرارداد منوط به توافق هریک از طرفین قرارداد می باشد که در صورت اتمام قرارداد مالک تواند میتواند با ناظر قبلی قرارداد خودش را تمدید نماید ،

-درخواست تعویض در کمیسیون حقوقی (بند ۳۳ ذیل ماده ی ۷۳ آئین نامه اجرائی).

نکته ی قابل ذکر دیگر اینکه چنانچه ناظری دارای محکومیت انتظامی شده باشد و برای مدتی پروانه ی وی لغو شده باشد و یا یک شرکت حقوقی به هر دلیلی مثل انحلال شرکت، سلب صلاحیت در نظارت شده باشد تکلیف نظارت های وی مطابق تبصره ذیل ماده ۲۳ آیین نامه ی اجرایی قانون نظام مهندسی در این خصوص مقرر می دارد:

مهندس ناظر برای ادامه کارها و مسئولیت هایی که از قبل داشته می تواند کارهای نظارتش را ادامه بدهد . برای شرکت هایی که انحلال پیدا کرده اند مدیرعامل می بایستی حتما ادامه نظارت ها پروژه را انجام بدهد . البته اگر شرکتی که انحلال پیدا کرده باشد بخواهد بدون توافق با مالک به طور یک جانبه رأسا استعفا بدهد ، می تواند به استناد بند ۱۵-۴-۱۰ استعفای خودش را با ذکر دلایل محرومیتش به شهرداری بنویسد و یک رو نوشت به نظام مهندسی و یک رو نوشت هم به مالک بدهد و تا تعیین ناظر جدید دستور توقف عملیات ساختمانی را بدهد.

وجود نظارت بر عملیات اجرایی ساختمان امری ضروریست که پذیرفته شده است . برخی افراد حضور مهندس ناظر کارگاه های ساختمانی را صرفا از حیث نظارت بر امور فنی و اجرای دقیق نقشه های طراحی و محاسباتی فرض می کنند . لیکن دقت در آیین نامه ها و قوانین نشان می دهد که تکالیف و ظایف دیگری برای مهندسان ناظر در کارگاه های ساختمانی مقرر شده است که مهندس ناظر مکلف و موظف به رعایت همه ی آن ها می باشد . در صورت عدم اجرای درست آن ها مسئولیت هایی متوجه مهندسان ناظر خواهد شد . مهندس ناظر بایستی در انجام وظایف خود اعم از قراردادی و غیرقراردادی کوتاهی ننماید . لیکن در برخی موارد حوادثی که خارج از اراده و کنترل مهندس ناظر می باشند سبب می شوند که مهندس ناظر نتواند به تعهدات خود جامه ی عمل ببوشاند . در چنین مواردی نهادی تحت عنوان نهاد قوه ی قاهره مطرح می شود . قوه ی قاهره ناظر بر حوادث طبیعی هستند که خارج از اراده و کنترل متعهد می باشند و سبب می شوند که متعهد نتواند به طور موقت یا دائم به تعهدات خود عمل کند . فلذا مسئله ی قابل بررسی این می باشد که فورس ماژور چه تاثیری بر مسئولیت مهندس ناظر خواهد داشت ؟ به عبارتی در صورتی که حوادث خارج از اراده و کنترل متعهد سبب شوند که متعهد تعهدات خود را انجام ندهد مسئولیتی متوجه وی خواهد بود یا خیر؟

قبل از ورود به بحث تاثیر فورس مازور بر مسئولیت مدنی مهندس ناظر بایستی معنا و مفهوم مسئولیت مدنی و فورس مازور یا قوه ی قاهره معین گردد فلذا به طور اجمالی به معنا و مفهوم مسئولیت مدنی و قوه ی قاهره و شرایط تحقق آن می پردازیم :

۲- مسئولیت مدنی

مسئولیت به معنی "موظف بودن به انجام دادن امری و یا معنای پاسخگو بودن نسبت به تعهد و تکلیف" است. بشر این مفهوم عهده دار بودن چیزی را در خود حس می کند. به عقیده برخی احساس مسئولیت پدیدار شدن نوعی عکس العمل در انسان است که حاصل آن کوششی است فعالانه خواه ذهنی و خواه عملی.

مسئولیت مدنی یعنی مسئولیت پرداخت خسارت، بنابراین هر کجا شخصی در برابر دیگری مسئول جبران خسارتی باشد در آنجا مسئول است. مسئولیت مدنی جزو وقایع حقوقی است چون حتی در جایی که شخصی عمداً به دیگری آسیب می زند و یا از اجرای قرارداد خودداری می کند، این قانون است که مسئولیت را بر عهده آن قرار می دهد.

رکن اساسی مسئولیت مدنی اضرار به دیگری است. به عبارتی برای اینکه بتوان مطابق قواعد مسئولیت مدنی شخصی را مسئول جبران خسارت وارد تلقی کرد بایستی از جانب وی به دیگری ضرر وارد آید. البته استثنائی برای این قاعده وجود دارد در مسئولیت قراردادی مطابق ماده ۲۳۰ قانون مدنی چنانچه کسی به تعهد قراردادی عمل نکند ملزم به پرداخت خسارت است. در حالت کلی می توان بیان کرد در مسئولیت مدنی، ناشی از فعل یا ترک فعل شخص اعم از حقیقی و حقوقی و یا از جانب اشیا و حیواناتی که تحت مراقبت و اداره و حفاظت دیگری قرار دارد ضرری به شخص دیگری وارد می آید و یا اینکه بر اثر نقض قرارداد و تعهدات قراردادی ضرری به شخص دیگری وارد می شود. (آبخارکی، ۱۳۸۷: ۱۶)

۱-۲- انواع مسئولیت مدنی

الف - مسئولیت قراردادی

در مسئولیت مدنی قراردادی ریشه ی مسئولیت تخلف و تخطی از مفاد یک قرارداد است. به عنوان مثال توافق می شود که پیمانکار پروژه را در مدت ۶ ماه از تاریخ انعقاد قرارداد تحویل بدهد ولی پس از اتمام مدت مذکور برخلاف توافق مذکور پروژه را ناقص و معیوب تحویل می دهد و یا اینکه کلاً تحویل نمی دهد. شرایط تحقق مسئولیت مدنی در مباحث آتی بیان خواهد شد لیکن اجمالاً می توان گفت که لازمه ی تحقق مسئولیت قراردادی وجود قراردادی صحیح و لازم الاتباع بین طرفین، تخلف از مفاد و تعهدات قرارداد منعقد و ورود ضرر از بابت عدم انجام تعهد به متعهد می باشد.

ب- مسئولیت غیرقراردادی

در این نوع مسئولیت مانند مسئولیت قراردادی بحث قرارداد مطرح نیست. بدین معنی که عملاً قراردادی وجود ندارد بالتبع تخلف قراردادی هم مطرح نیست. فلذا مسئولیت به حکم قانون خواهد بود مانند مسئولیت مالک اتومبیل در برابر عابری که به او برخورد کرده است. در مثال مذکور قراردادی فی مابین عابر و راننده ی اتومبیل وجود ندارد لیکن راننده به حکم قانون مسئول جبران خسارت است.

۲-۲- ارکان تحقق مسئولیت مدنی

الف - ضرر

ضرر در لغت به معنای آسیب، تباهی و از دست دادن دارایی یا حق و همچنین به معنی ضرر کردن زیان مندی، ضرر زیان آمده است (معین، ۵۷: ۱۳۶۰) از ضرر تعاریف گوناگونی به عمل آمده است. به اعتقاد برخی استادان فرانسوی تعریف ضرر ضرورتی ندارد چراکه در اصطلاح حقوقی همان در معنای لغوی و عرفی به کار می رود (صفایی و همکاران، ۹۷: ۱۳۹۲)

حال به تعاریفی که از ضرر از دیدگاه حقوقدانان آمده است اشاره میکنیم:

ضرر را بر دو نوع مادی و معنوی منقسم می کردند که از اولی تحت عنوان ضرر مادی نیز یاد می شود و شامل زیان مالی وارد بر دارایی شخص است و دومی ناظر بر حقوق و ارزش های مالی شخص می باشد. امروزه نوع سوم از ضرر نیز تحت عنوان ضرر مختلط مطرح هست. نوع اخیرالذکر ترکیبی از زیان های مادی و معنوی است.

برای اینکه هر ضرری اعم از مادی و معنوی قابل مطالبه باشد بایستی شرایطی تحقق یابد. شرایط تحقق ضرر عبارتند از:

- مسلم بودن ضرر،
- مستقیم بودن ضرر،
- عدم جبران ضرر در گذشته،
- مشروعیت مطالبه ی جبران ضرر.

۲-۳- مبانی مسئولیت مدنی مهندس ناظر

مهندس ناظر و صاحبکار به مانند سایر متعهدین قراردادی، قرارداد خود را با تعیین موضوع قرارداد و مفاد و شروط مندرج در آن منعقد می نمایند. موضوع قرارداد نظارت، اصولاً عبارت است از نظارت بر اجرای فنی احداث ساختمان موضوع پروانه ساختمانی صادره از شهرداری می باشد و ملاک نظارت نقشه هایی است که در پرونده ساختمانی شهرداری موجود بوده و طبعاً به تأیید شهرداری و در موارد لزوم به تأیید سازمان نظام مهندسی رسیده است.

مدت نظارت نیز بستگی به توافق طرفین دارد ولی غالباً در قراردادهای نمونه دو یا سه سال تعیین می شود و هر گاه پروانه ساختمان تمدید گردید مدت نظارت نیز قابل تمدید است؛ ولی هر گاه پروانه ساختمانی به هر دلیل تجدید شود قرارداد نظارت نیز باید مجدداً تنظیم شود اعم از اینکه مهندس ناظر سابق طرف قرارداد باشد یا مهندس جدید در قراردادهای نمونه سازمانهای نظام مهندسی و نیز در قراردادهای نمونه منتشره از وزارت مسکن و شهرسازی برخی از تعهدات قراردادی طرفین تصریح شده است.

در حالت کلی منظور از مبانی مسئولیت مدنی دلایل حقوقی است که مسئولیت مدنی را توجیه می کند. به عبارتی منظور از مبانی این است که به چه دلایلی شخصی بایستی خسارت وارد بر دیگری را جبران نماید. آیا کسی مسئول است که مرتکب تقصیر شده است؟ و یا مسئولیت بدون تقصیر محقق است؟ ماده ۲۲۱ قانون مدنی مبانی مسئولیت مدنی را قرارداد معرفی کرده است. به عنوان مثال چنانچه مبنای مسئولیت تلف مال غیر باشد تنها در صورتی می توان ناقض قرارداد را مسئول دانست که موجب تلف مالی شده باشد. با این توضیح اگر متعهدی تعهد را نقض کند و به تعهدات قراردادی عمل نکند چنانچه مالی تلف نشده باشد نمی توان ناقض قرارداد را نسبت به آنچه نقض شده، مسئول دانست. اگر مبنای مسئولیت تلف مال غیر تلقی نشود مسئولیت محدود به تلف مال نمی شود. بر همین مبنا آشنایی با مبانی مسئولیت مدنی حائز اهمیت است. بایستی ابتدا به ساکن با مبانی مسئولیت مدنی آشنا شد. حقوقدانان در رابطه با مبانی مسئولیت مدنی اختلاف نظر دارند به اعتقاد گروهی مسولیت مدنی مبتنی بر تقصیر استوار است به اعتقاد گروهی دیگر مبنای مسئولیت مدنی خطر و برخی دیگر نیز این عقیده اند که مبنای مسئولیت مدنی تضمین حق است. البته نظریه های دیگری تحت عنوان نظریه مختلط و واسطه مطرح شده است که در حقوق ایران با استقبال خوبی مواجه شده اند. در مقاله ی حاضر هر یک از نظریه های مذکور مورد بررسی قرار می گیرد. همچنین موضع حقوق موضوعه ی ایران در رابطه با مبانی مسئولیت مدنی مورد تحلیل واقع می شود النهایه نیز این مسئله مورد بررسی قرار می گیرد که مسئولیت مدنی مهندس ناظر بر چه بر مبنای حقوقی استوار است؟

۴- تعهدات مهندس ناظر

مهندس ناظر موظف است نظارت لازم بر حسن اجرای عملیات اجرایی را انجام دهد. در صورت عدم نظارت یا عدم رعایت اصول فنی و معماری در نظارت به تشخیص کمیسیون نظارت، صاحبکار حق فسخ قرارداد را خواهد داشت. در این صورت حق نظارت تا این مرحله محاسبه و مابقی به کارفرما مسترد می شود. در صورت بروز اختلاف، تعیین میزان حق نظارت به عهده کمیسیون نظارت سازمان مهندسی می باشد.

۵- تعهدات و الزامات قانونی مهندس ناظر و امکان رجوع پیمانکار به مهندس ناظر

هر شاخه از مهندسان بر اساس تخصص خود قسمتی از ساخت را بر عهده می گیرند. به عنوان مثال مهندس عمران در انجام محاسبات سازه دخالت دارد و مهندس معمار طرح معماری را بر عهده می گیرد. برابر مستندات بند ط ماده ۱۷ شرایط عمومی پیمان، پیمانکار در مقابل کارفرما مسئول اعمال کارکنان خود است. هرگاه کارکنان و کارگران پیمانکار و پیمانکاران جزء، صلاحیت لازم برای انجام کار مربوطه را نداشته باشند یا باعث اختلال نظم کارگاه شوند، مهندس مشاور یا مهندس ناظر، مراتب را برای بار اول به رئیس کارگاه تذکر می دهد و در صورت تکرار می تواند از پیمانکار بخواهد که متخلفان را از کار برکنار کند. در این صورت پیمانکار مکلف به اجرای این دستور است و حق

ندارد که برکنار شدگان را بار دیگر در همان کارگاه به کار گمارد. اجرای این دستور از مسئولیت های پیمانکار نمی کاهد و ایجاد حقی برای او نمی کند.

همچنین ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی می گوید: " کارفرمایانی که مشمول قانون کار هستند، مسئول جبران خساراتی می باشند که از طرف کارکنان اداری و یا کارگران آنان در حین انجام کار یا به مناسبت آن وارد شده است مگر اینکه محرز شود تمام احتیاط های مزبور را بعمل می آوردند باز هم جلوگیری از ورود زیان مقدور نمی بود، کارفرما می تواند به وارد کننده زیان در صورتی که مطابق قانون مسئول شناخته شود مراجعه نماید."

مفاد این ماده در قانون مدنی و بلکه در حقوق ما تازگی داشت و انگیزه آن نیازهای اجتماعی بود. درباره مبنای این مسئولیت، بعضی گفته اند که فرض تقصیر است نه مسئولیت موضوعی. زیرا قانونگذار در ماده فوق الذکر امکان اثبات خلاف را پذیرفته است اگرچه این در اندیشه ای که در وراء این « نظریه خطر » استدلال درست است ولی نمی توان انکار کرد که ماده بوده اثر داشته است. قانونگذار خواسته کارفرمایانی که از دایرکردن کارخانه ها و کارگاه ها سود می برند زیان های ناشی از آن را تحمل کنند. همچنین می توان مفهوم این ماده را بر اساس نظریه تسبیب که مورد پذیرش حقوق اسلامی و قانون مدنی است توجیه کرد زیرا نقش کارفرما در اداره کارگاه یا کارخانه قوی تر از نقش کارگر است و در تراحم نقش سبب و مباشر در جایی که نقش سبب قوی تر باشد سبب مسئول خواهد بود نه مباشر یعنی کارگر. برای مسئولیت مدنی کارفرما یا پیمانکار، تحقق دو شرط ضروری است. اول آن که خسارت باید توسط کارکنان اداری و کارگران وارد آمده باشد. تشخیص کارکنان اداری چندان دشوار است. ولی در مورد کارگران باید توجه داشت که با مقاطعه کارانی که کارهای فنی کارگاه را انجام می دهند اشتباه نشوند چون مقاطعه کاران مشمول ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی نیستند؛ یعنی کارفرما مسئول کارهای ایشان نیست. به تعریف قانون کار از کارگر توجه شود.

ماده ۲ قانون کار می گوید: " کارگر از لحاظ این قانون کسی است که به هر عنوان در مقابل دریافت حق السعی اعم از مزد، حقوق، سهم سود و سایر مزایا به درخواست کارفرما کار می کند."

بنابراین وجه تمیز کارگر از مقاطعه کار این است که کارگر به دستور کارفرما و به حساب او کار می کند ولی مقاطعه کار در نحوه انجام کار آزاد است یعنی ابتکار عملیات اجرایی را خودش در دست دارد و هدایت می کند و چه بسا خود کارگرانی دارد که طبق دستور او کار می کنند. مثل اینکه یک کارخانه اتومبیل سازی ساخت لوازم ترمز اتومبیل های ساخت کارخانه خود را به مقاطعه کاری بسپارد. این مقاطعه کار طبق قرارداد و مشخصاتی که در آن پیش بینی شده لوازم مزبور را تهیه و تحویل کارخانه اتومبیل سازی می دهد. وی کارگر آن کارخانه نیست لذا کارفرما مسئولیتی در قبال زیان های وارد آمده توسط وی به دیگران ندارد. دوم آنکه خسارتی که به اشخاص دیگر وارد می آید باید یا در هنگام کار باشد و یا به مناسبت انجام کار. توضیح این موضوع را می توان از ماده ۶۰ قانون تامین اجتماعی مصوب سال ۱۳۵۴ دریافت. ماده مزبور در تعریف حوادث ناشی از کار می گوید: "... حوادثی است که در حین انجام وظیفه و به سبب آن برای بیمه شده اتفاق می افتد مقصود از حین انجام وظیفه تمام اوقاتی است که بیمه شده در کارگاه یا موسسات وابسته یا ساختمان ها و محوطه آن مشغول کار باشد و یا به دستور کارفرما در خارج از محوطه کارگاه مامور انجام ماموریتی باشد. اوقات مراجعه به درمانگاه و یا بیمارستان و یا برای معالجات درمانی و توان بخشی و اوقات رفت و برگشت بیمه شده از منزل به کارگاه، اوقات انجام وظیفه محسوب می شود. مشروط بر این که حادثه در زمان

عادی رفت و برگشت به کارگاه اتفاق افتاده باشد حوادثی که برای نجات سایر بیمه شدگان آسیب دیده و مساعدت به آنان اتفاق می افتد حادثه ناشی از کار محسوب می شود. "

در هر حال از مفهوم ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی چنین استنباط می شود که هر اقدامی که کارگر در حین کار یا به مناسبت کار انجام می دهد جزء اقداماتی است که اگر به علت آنها زیانی به اشخاص ثالث وارد شود کارفرما مسئول است مگر آنکه ثابت کند تقصیری نداشته است. آن چه ضروری می باشد این است که باید بین انجام وظیفه کارگر و ضرر وارد شده به اشخاص ثالث رابطه منطقی وجود داشته باشد. بنابراین اگر کارگر یا کارمند کارخانه ای از موقعیت خود سوء استفاده کند و در نتیجه آن به دیگری خسارتی وارد آید نباید کارفرما را مسئول دانست. با وجود این، مسئولیت مهندس ناظرانی مطرح می شود که امکان رجوع پیمانکار به وی وجود دارد. به لحاظ این که قانونگذار در بند ج ماده ۱۸ شرایط عمومی پیمان تعیین نموده که چنان چه حین اجرای کار، پیمانکار تشخیص دهد که تغییراتی در برنامه زمانی تفصیلی ضروری است موظف است که پیش از رسیدن موعد انجام کارهایی که به نظر او باید در برنامه آن تغییر داده شود مراتب را با ذکر دلیل، به کارفرما یا مهندس مشاور اطلاع دهد. مهندس مشاور، تغییرات مورد تقاضای پیمانکار را در قالب برنامه زمانی کلی رسیدگی می کند و آن چه را که مورد قبول است پس از تصویب کارفرما به پیمانکار ابلاغ می کند. بدیهی است که این تغییرات در حدود مندرجات پیمان، از میزان تعهدات و مسئولیت های پیمانکار نمی کاهد و چنان چه از این رهگذر ضرری متوجه کارفرما یا اشخاص ثالث گردد پیمانکار ساختمان به لحاظ عدم انعکاس ضرورت تغییر برنامه، مسئول خسارات وارده خواهد بود. اگر تغییر برنامه زمانی تفصیلی از سوی مهندس مشاور مطرح شود پیمانکار با توجه به نظر مهندس مشاور، تغییرات برنامه زمانی تفصیلی را تهیه می کند و برای طی مراتب بررسی و تصویب، تسلیم مشاور می نماید. بند د ماده مذکور نیز پیمانکار را موظف می نماید که هماهنگی لازم را با دیگر پیمانکاران یا گروه های اجرایی متعلق به کارفرما که به نحوی با موضوع قرارداد مرتبط هستند به عمل آورد. برنامه ریزی چگونگی این هماهنگی توسط مهندس مشاور به پیمانکار ابلاغ می شود. فلذا نتیجه گیری می شود که چنان چه در این راستا قصوری از ناحیه پیمانکار از باب غفلت از اطلاع رسانی در این خصوص سرزند به استناد ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی عمل وی به منزله بی احتیاطی و ورود خسارت مالی به کارفرما بوده و وی مسئول جبران خسارت وارده خواهد بود. به عنوان مثال پیمانکاری که تغییر در برنامه بتن ریزی ساختمانی را به لحاظ شرایط جوی یا تقدم و تأخر برخی از عملیات ساختمانی وقت گیر را که با تعطیلات رسمی مقارنت دارد ضروری احساس نماید بایستی نسبت به انعکاس موارد مذکور و لزوم تغییر برنامه زمانبندی مربوط به کارفرما یا مهندس ناظر اقدام نماید. چه بسا ممکن است شخص کارفرما براساس برنامه زمانبندی شده قبلی متعهد، تعهداتی نسبت به اشخاص ثالث شده باشد یا موظف به تحویل واحدهای ساختمانی به خریداران رأس تاریخ مقرر شده باشد که براساس زمانبندی قبلی در احداث بنا با در نظر گرفتن شرایط جوی یا تقدیم کشوری این امر محقق نشده و لزوم تغییر در برنامه و تقدم و تاخر عملیات ساختمانی از مواردی است که پیمانکار موظف به اطلاع آن به کارفرما و مهندس ناظر یا مشاور می باشد.

۱-۵- تئوری تقصیر

نظریه ی تقصیر ابتدا در اواخر حکومت روم نمایان شد و پس از منهدم شدن تمدن رومی، دانشمندان دیگر کشورهای اروپایی بالاخص کشور فرانسه با الهام از مبانی مطرح شده در حقوق روم مسئولیت را بر پایه ی تقصیر بنا نهادند. مقررات مسئولیت مدنی در حقوق فرانسه بر اساس نظریه ی تقصیر تصویب شد. با گذشت زمان نظریه ی تقصیر به نظام های حقوقی مختلف و حقوق بیشتر کشورها رسوخ کرد.

مبنای مسئولیت در اکثر کشورها نظریه ی تقصیر بود. در نظریه ی تقصیر عامل ورود ضرر، زمانی مسئول شناخته می شود که مرتکب تقصیری شده باشد و علت ایجاد خسارت هم وی باشد. به عبارتی بر اساس نظریه ی تقصیر تنها دلیلی که مسئولیت شخصی را نسبت به جبران خسارتی توجیه می کند وجود رابطه ی علیت بین تقصیر و زیان وارده است و زیان دیده در صورت اثبات تقصیر عامل زیان می تواند مطالبه ی جبران خسارت کند. فلذا زیان دیده نقش مدعی را دارد و اثبات تقصیر عامل زیان، با زیان دیده خواهد بود. در برخی موارد قانونگذار تقصیر عامل زیان را مفروض دانسته است که در این موارد عامل زیان باید بی تقصیری خود را به اثبات برساند. طرفداران نظریه ی موصوف آن را با مفهوم اخلاقی توجیه می کنند به اعتقاد ایشان مسئولیت مدنی چهره ی خاصی از مسئولیت اخلاقی است فلذا بدون تقصیر مورد پذیرش نیست به عبارتی از نقطه نظر اخلاقی محکوم کردن شخصی که مرتکب تقصیر نشده است محکوم کردن بی گناه است که از نظر اخلاقی پسندیده نیست (صفایی و همکاران، ۸۶: ۱۳۹۲)

مطابق نظریه ی تقصیر که به آن مسئولیت ذاتی درونی نیز گفته می شود (حسینی نژاد، ۱۹: ۱۳۷۰) قاعده ی عام و کلی این است که زیان دیده باید تقصیر و رابطه ی علیت بین تقصیر عامل خسارت و ضرر وارده را به اثبات برساند مگر در موارد استثنائی که قانون تقصیر عامل ضرر را مفروض دانسته است. تقصیر در معنای عرفی و شخصی به کار می رود.

مسئولیت شخصی مبتنی بر تقصیر است نه ضرر لیکن مسئولیت نوعی مبتنی بر ضرر است نه تقصیر. در مسئولیت شخصی مدیون می تواند با اثبات بی تقصیری خود و یا اینکه چنانچه به سبب حادثه ی فورس ماژور سبب ایجاد ضرر شده باشد، مسئولیت را از خود سلب کند. لیکن در تقصیر نوعی حتی با اثبات بی تقصیری و یا با اثبات دخالت علت خارجی مدیون نمی تواند از مسئولیت شانه خالی کند (قاسم زاده، ۱۳۸۶: ۲۹)

در مسئولیت های قراردادی اثبات عدم انجام تعهد برای احراز تقصیر متعهد و مطالبه ی جبران ضرر کافی است و متعهد تنها با استناد به قوه ی قاهره می تواند از مسئولیت عدم انجام تعهد رهایی یابد. در مسئولیت های غیرقراردادی یا قهری تقصیر خلاف اصل است و زیان دیده بایستی تقصیر عامل زیان را اثبات کند (کاتوزیان، ۲۲: ۱۳۹۱) به اعتقاد برخی در مسئولیت قهری تقصیر عامل زیان، بنیان و اساس است. پس شرط مسئولیت مدنی قهری تقصیر زیان دیده است. لیکن در مسئولیت های قراردادی به اثبات تقصیر متعهد قراردادی نیازی نیست و عدم ایفای تعهد قراردادی خود، تقصیر یا حداقل اماره ای بر تقصیر است مگر در موارد استثنائی مانند عقود امانی.

با گذشت زمان معلوم گردید که در صورتی که تقصیر مبنای مسئولیت قرار بگیرد طبقه ی کارگر و مصرف کننده نمی توانند به حق خود دست یابند. به این دلیل که در دعوی جبران خسارت اثبات تقصیر کارفرما و تولید کننده از توان کارگر و مصرف کننده خارج بود از این رو

نظریه ی تقصیر با مخالفت حقوقدانان مواجه شد و برخی پیشنهادهای در جهت رفع ایرادهای مذکور تحت عنوان تعدیل نظریه ی تقصیر ارائه دادند :

۱- گسترش مسئولیت های قراردادی : همانطور که بیان گردید در مسئولیت های قراردادی همین که زیان دیده ثابت کند نقض تعهد صورت گرفته است و متعهد به تعهد خویش عمل نکرده است برای جبران خسارت کفایت می کند . فلذا با گسترش مسئولیت قراردادی زیان دیده از اثبات تقصیری که گاهی دشوار و یا حتی غیرممکن است ، معاف می شود و راه رسیدن زیان دیده به حق خود هموار می گردد .

در راستای این قضیه متصدیان حمل و نقل به موجب قرارداد، ضامن عیب و نقص کالا و مسافران هستند. فلذا چنانچه کسی از این منظر دچار ضرر و زیان گردد برای احقاق حق و درخواست جبران خسارت نیازی به اثبات تقصیر متصدی ندارد و تضمین ضمنی بی عیب و نقص بودن کالاهای خطرناک مانند داروها و... از جانب تولیدکنندگان و فروشندگان نیز در راستای قراردادی کردن مسئولیت مدنی که روشی برای تعدیل نظریه ی تقصیر بود ، می باشد.

۲- استفاده از اماره های قانونی و قضایی : راه حل دومی که برای رفع عیوب نظریه ی تقصیر در قالب تعدیل نظریه ارائه شد همانطور که بیان شد استفاده از اماره های قانونی و قضایی در اثبات تقصیر بود که به موجب آن قانونگذار مسئولیت عامل زیان را در مواردی مفروض در نظر گرفت . با مفروض بودن تقصیر عامل زیان ، دیگر نیازی به اثبات تقصیر برای جبران خسارت از سوی زیان دیده نبود و بالعکس عامل زیان بایستی بی تقصیر بودن خود را اثبات می کرد (کاتوزیان ، ۱۳۹۱: ۲۳-۲۲)

در خصوص مسئولیت مدنی مهندس ناظر که بر مبنای تقصیر است یا خیر ابتدا باید مفهوم تقصیر حرفه ای بیان گردد همانطور که مورد اشاره قرار گرفت در تقصیر معیار ، رفتار انسان متعارف است که بررسی می شود انسان متعارف در موقعیت پیش آمده چه رفتاری از خود نشان می داد ؟ به عبارتی یک ضابطه ی معین و مشخص برای ارزیابی رفتارهای انسان در همه ی موقعیت ها وجود ندارد و در موقعیت های مختلف بایستی رفتار انسان متعارف را ملاک ارزیابی رفتار عامل زیان قرار داد . لیکن قاعده ی موصوف در مورد افراد حرفه ای و متخصص نمی تواند کاربرد داشته باشد . در مورد تقصیرهای شغلی و حرفه ای ، معیار ارزیابی رفتار آنها رفتار یک انسان متعارف عمومی نیست . صاحبان حرف و مشاغل، تخصص ویژه ای دارند و باید رفتار آنها را با رفتار متعارف شخص متخصص در آن حرفه و شغل مقایسه کرد به عنوان مثال رفتار یک مهندس با رفتار یک مهندس ارزیابی می شود (صفایی و همکاران ، ۱۳۹۲: ۵۹) .

در مورد تقصیر حرفه ای و شغلی مهندس ناظر دو بحث وجود دارد:

اول اینکه آیا تقصیر شغلی مهندس ناظر ناشی از قرارداد است یا قانون ؟

به حکم قوانین و مقررات مهندسی ناظر موظف به رعایت نظام های شغلی هستند که گاهی در قراردادها نیز مقررات قانونی قید می شود حال سوالی که مطرح هست این می باشد که اگر تخلفی از آن ها سر بزند نقض قرارداد صورت گرفته است یا حکم قانون نادیده گرفته شده است ؟ به عنوان مثال چنانچه مهندس ناظر مطابقت ساختمان با پروانه ها و نقشه ها و محاسبات فنی را بدون عیب گواهی نماید درحالیکه نقشه و پروانه ها دارای عیب بوده و مهندس ناظر نسبت بدان بی توجهی کرده و آن ها را بی عیب گواهی کرده است و یا مالک را از عیب مطلع ننموده باشد مرتکب تقصیر حرفه ای شده است (فلاحی ، ۱۳۹۱: ۹۶) حال بحث این است گواهی بی عیب بودن نقشه ها و مطلع نکردن مالک

از عیب های نقشه ها و محاسبات نقض قرارداد است یا نقض قانون؟ چون هم در قرارداد ذکر شده و هم در قانون آمده است که باید مهندس ناظر بر انطباق ساختمان با نقشه ها نظارت کند و... به عقیده ی حقوقدانان در این موارد وظیفه ای که هم در قوانین و مقررات آمده است و هم به عنوان تعهد در قرارداد ذکر شده است چنانچه استناد به قانون تعادل و نظم و توافقی که طرفین در قرارداد داشته اند را برهم نزنند زیان دیده مخیر است که به قرارداد یا قانون مراجعه کند. لیکن این نوع تعهدات به طور کلی قراردادی محسوب می شوند (کاتوزیان ، ۵۷- (۱۳۷۴: ۵۶)

- دوم اینکه آیا تعهد مهندس ناظر تعهد به نتیجه است یا تعهد به وسیله؟ به دیگر بیان صرف عدم تحقق نتیجه ی مشخص تقصیر محسوب می شود و یا برای رهایی از مسئولیت صرف اثبات رعایت ، مراقبت و احتیاط های لازم و تلاش در جهت تحقق نتیجه کافی است؟

تعهدات مهندس ناظر از نوع تعهد به نتیجه است (سلیمی ، ۱۳۹۵: ۹۳) یعنی صرف اثبات اینکه مهندس ناظر تمام تلاش خود را در جهت رسیدن به نتیجه ی مطلوب به کار بسته برای رهایی وی از مسئولیت کافی نیست . فلذا می توان بیان کرد چون تعهدات مهندس ناظر از نوع تعد به نتیجه است اثبات بی تقصیری وی از مسئولیتش نمی کاهد . چنانچه در اثر عمل مهندس ناظر خسارتی به شخص ثالثی یا مالک وارد آید مهندس ناظر به استناد ماده ی ۱ قانون مسئولیت مدنی و ماده ی ۳۳۱ قانون مدنی مسئول جبران خسارت است مگر اینکه ثابت نماید حادثه ای خارج از اراده و کنترل او سبب ورود خسارت شده است.

در مورد اینکه مبنای مسئولیت مدنی مهندس ناظر بر تقصیر استوار است یا خیر؟ ۵ حالت متصور است:

حالت اول اینکه : چنانچه مهندس ناظر به عنوان شخص عادی سبب ورود خسارت شده باشد یعنی مرتکب تقصیر حرفه ای نشده است و خارج از حیطه و وظایف شغلی سبب ورود خسارت شده است که در این صورت مطابق قواعد عام مسئولیت مدنی مسئول خواهد بود و باید جبران کند.

حالت دوم اینکه : مهندس ناظر به وظایف قراردادی در مقابل کارفرما و طرف قرارداد عمل نکند که در این مورد نیازی به اثبات تقصیر نیست به این دلیل که ناظر به وظایف قراردادی خود عمل نکرده است و در تخلف از قرارداد برای تحقق مسئولیت نیازی به اثبات تقصیر نیست همین که به تعهدات قراردادی خود عمل نکند و از این بابت خسارتی به کسی وارد آید مهندس ناظر مسئول جبران خسارت است.

همانطور که بیان گردید اگر تعدی هم منشا قانونی داشته باشد هم منشا قراردادی و نقض گردد حقوقدانان عقیده دارند که در کل تعهد نقض شده قراردادی محسوب می شود لیکن زیان دیده به شرط اینکه توافق قراردادی را به هم نزنند می تواند به استناد نقض قانون نیز مطالبه ی خسارت نماید.

حالت سوم اینکه مهندس ناظر به وظایف قانونی را در رابطه با مسئولیت حرفه ای خود عمل ننماید و از این حیث خسارتی به شخصی وارد آید . در این مواقع چون مهندس ناظر دارای پروانه ی اشتغال هست و پروانه ی اشتغال مهندس ناظر حاکی از این است که وی دارای صلاحیت حرفه ای است و نسبت به قوانین و آئین نامه های نظام مهندسی و شهرداری و سایر قوانین مربوطه آگاهی دارد فلذا آگاهی مهندس ناظر از قوانین و مقررات مربوط به حیطه ی شغلی اش مفروض است . فلذا در صورتیکه مهندس ناظر مقررات و قوانین داخلی را رعایت ننماید

مرتکب تخلف حرفه ای شده است و چون آگاهی وی از قوانین مفروض است بنابراین نیازی به اثبات تقصیر وی برای جبران خسارت نماید (فلاحی، ۹۰: ۱۳۹۱).

۵-۲- نظریه خطر

پیدایش نظریه ی خطر که به آن مسئولیت برون ذاتی نیز گفته می شود (جوان ، ۱۳۲۶: ۲۹۱) از نظر تاریخی قبل از مسئولیت مبتنی بر تقصیر بوده است . به عبارتی قبل از آشکار شدن مسئولیت مبتنی بر تقصیر صرف احراز رابطه ی علت بین ضرر و عمل عامل زیان کافی بود. بعد از آن نظریه ی تقصیر ظهور یافت . لکن نظریه ی تقصیر با توجه به دلایلی که در مباحث پیشین گذشت نتوانست در همه ی موارد زیان دیده را در رسیدن به جبران خسارت یاری دهد . با پیشرفت تکنولوژی و زندگی ماشینی اصل تقصیر که مبنای مسئولیت محسوب می شد مانع جبران خسارت می شد به این دلیل که در برخی موارد ضرری متوجه شخصی می شود که هیچکس تقصیری مرتکب نشده است و یا حداقل اثبات تقصیر عامل زیان دیده برای عامل زیان بسیار دشوار است . همانطور که گذشت عده ای برای حل این مشکل تعدیل نظریه ی تقصیر را مطرح نمودند . عده ای دیگر تعدیل نیز نمی توانست کارساز باشد و راه چاره ی مناسبی در برخی مواقع باشد . در همین راستا حقوقدانان نظریه ی جدیدی تحت عنوان نظریه ی خطر را مطرح کردند . به اعتقاد پیروان نظریه ی خطر دلایلی توجیه می کند شخصی حتی اگر دچار تقصیر نشده باشد و ضرری از جانب وی به دیگری وارد آید وی باید جبران نماید.

دشواری اثبات عنصر تقصیر از سوی زیان دیده سبب شد که عنصر تقصیر از حوزه ی مسئولیت مدنی برای تسهیل اثبات مسئولیت و سهولت جبران خسارت حذف شود (قاسم زاده ، ۱۳۸۶: ۳۱) . نظریه ی خطر به عنوان نظریه ی جایگزین نظریه ی تقصیر مطرح گردید پیروان این نظریه برای موجه جلوه دادن این نظر دلایلی را ارائه داشتند:

۱- به اعتقاد طرفداران نظریه ی موصوف نظریه ی خطر دعاوی مسئولیت مدنی را ساده می کند . لیکن منتقدان معتقد هستند تئوری خطر ، مسئولیت مدنی را ساده نمی کند به این دلیل که در اغلب موارد متعددی سبب ورود زیان هستند انتخاب مسئول مطابق نظریه ی تقصیر آسان تر خواهد بود چون برحسب نظریه ی اخیرالذکر در میان عوامل متعدد کسی مسئول است که مرتکب تقصیر شده باشد (کاتوزیان ، ۱۳۹۱: ۲۴) .

۲- به اعتقاد پیروان این نظریه برای تحقق مسئولیت مدنی احراز رابطه ی علت کافی است و افزودن عنصر اخلاقی از جنبه های در مقابل منتقدان اظهار داشتند که جایگزین کردن شیء مادی به جای مبنای . « مساله می کاهد و دلیلی هم برای افزایش وجود ندارد اخلاقی صحیح نیست (قاسم زاده ، ۱۳۸۶: ۳۵) .

۳- همچنین پیروان نظریه ی موصوف بر این باورند که نباید مسئولیت کیفری و مدنی مبنای واحدی داشته باشند . منتقدان این توجیه را نیز رد کرده اند و بیان داشته اند مجزا شدن مسئولیت کیفری از مسئولیت مدنی با حذف عنصر تقصیر از مبنای مسئولیت ، ملازمه ندارد (همان منبع ،)

نظریه ی خطر خود بر دو گونه منقسم شده است :

کسی که از کاری نفع و سود می برد باید زیان های ناشی از آن را نیز جبران نماید. این نظریه به نظریه ی خطر - نفع معروف است. به موجب این نظریه مسئولیت مدنی بر تقصیر استوار نیست بلکه مبنای مسئولیت مدنی عوض سودی است که شخص از به وجود آوردن محیط خطرناک برده است (دهکردی، ۱۳۹۰: ۵). بنابراین برای مطالبه ی جبران خسارت نیازی به احراز تقصیر و یا فرض تقصیر نیست همین که زیان دیده ثابت نماید ضرر ناشی از فعالیت سودآور عامل زیان بوده است برای مطالبه ی جبران خسارت کفایت می کند. ژوسران و برتراند قائل به این نظریه هستند. به اعتقاد ایشان هر کس سودی می برد بایستی ضرر و زیان آن را نیز پرداخت نماید. به اعتقاد دکتر کاتوزیان نیز "عدالت اجتماعی اقتضا دارد کسی که از کارگاه ها سود می برد باید زیان های ناشی از آن را نیز تحمل کند ..." (احمدی وند، بی تا: ۱۴ به نقل از کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۴۳۴). بالهام از این نظریه قوانین متعددی به تصویب رسیده اند از جمله قانون ۱۸۹۸ فرانسه راجع به حوادث کار و قانون تامین اجتماعی ایران مصوب ۱۳۵۴ که به موجب قانون اخیرالذکر مسئولیت مبتنی بر خطر است. فلذا به موجب این قانون کارفرما حق بیمه پرداخت می کند و پرداخت غرامت برعهده ی سازمان تامین اجتماعی است (صفایی و همکاران، ۱۳۹۲: ۶۹).

به عبارتی علاوه بر اینکه مؤسسات صنعتی و اقتصادی به خاطر سود کلانی که بدست می آورند به راحتی می توانند زیان وارده را پرداخت کنند، به دلیل انعقاد قرارداد با شرکت بیمه مبلغی به بیمه گر می پردازند که در هنگام نیاز خسارت وارده ی آن ها را جبران کنند که حق بیمه نیز جزء هزینه های جای محسوب می کنند و به قیمت تولیدات خود می افزایند. به دیگر بیان زیان وارده به طور غیرمستقیم از خریداران و مشتریان جبران می شود (قاسم زاده، ۱۳۸۶: ۳۶). ایراد دیگری که بر این نوع از نظریه ی خطر وارد شد و باعث گردید پایه های آن سست گردد این بود که نظریه ی موصوف ناظر بر موردی بود که کسی از انجام فعالیتی سودی بدست آورده است و موجب ضرر به دیگری شده است فلذا به دلیل کسب سود و منفعت بایستی ضرر وارده را جبران نماید. لیکن در برخی مواقع از انجام فعالیت سودی عاید کسی نمی شود تا مسئول جبران ضررهای وارده گردد فلذا برای این خلا نوع دیگری از نظریه ی خطر تحت عنوان نظریه ی خطرهای ایجاد شده مطرح گردید که در بند ذیل مورد بحث قرار می گیرد.

نظریه ی خطرهای ایجاد شده: از آنجائیکه تمامی فعالیت ها منتهی به انتفاع نمی شوند گونه ی دیگری از نظریه ی خطر با عنوان نظریه ی خطر مطلق یا خطر فعالیت ظهور پیدا کرد (صفایی و همکاران، ۱۳۹۲: ۶۹). بر اینگونه از خطر نیز انتقاداتی وارد. منتقدان که ترس از مسئولیت باعث رکود اقتصادی و سکون ماندن کارها و شکوفا نشدن استعدادها می گردد و از انجام فعالیت ها جلوگیری می شود. بنابراین این تئوری نیز نتوانست ضابطه ی مناسبی برای مسئولیت باشد و جای خود را به نظریه ی دیگری تحت عنوان خطر متعارف داد. که به موجب نظریه ی اخیرالذکر عامل زیان مسئول فعالیت های زیان باری است که به وجود آورده است چه از آن فعالیت منتفع شده باشد چه منتفع نشده باشد و نیازی به اثبات تقصیر وی هم نیست.

۶- عمده ترین و اصلی ترین وظیفه ی مهندس ناظر

نظارت بر عملیات اجرایی ساختمان از حیث انطباق با پروانه های شهرداری می باشد به عنوان مثال یکی از وظایف مهندس ناظر رعایت اصول ایمنی و فنی و شهرسازی در مرحله ی شروع عملیات اجرایی ساخت و تخریب و عملیات مقدماتی است لازم به ذکر است که عمده ترین دلیل تشکیل پرونده های حقوقی علیه مهندسان نیز نه بخاطر طراحی و محاسبات غلط و نه بخاطر کیفیت نامطلوب اجرا، بلکه به دلیل وقوع حوادث ناشی از عدم رعایت ایمنی در پروژه های عمرانی وساخت وسازهاست. (بختیاری و همکاران، ۱۳۹۴: ۴). فلذا مهندس ناظر به عنوان عامل اصلی کنترل اصول ایمنی بایستی نظارت را به نحو دقیق انجام دهد تا این منظر خسارتی متوجه شخصی نگردد من جمله اینکه

مهندس ناظر بایستی در محل حاضر شده و نکات ایمنی را به کارفرما متذکر شود. باتوجه به مسئولیتی که مهندس ناظر دارد و فوقاً نیز بدان اشاره گردید می توان این استنباط را کرد که مهندس ناظر در انجام وظایف خود هیچ محیط خطرناکی را بوجود نیاورده است و همچنین از ابزار و امکانات خطرناکی نیز استفاده نکرده است فلذا نمی توان مبنای مسئولیت مدنی مهندس ناظر را با تئوری خطر توجیه کرد.

۱-۶- مسئولیت محض یا مطلق

این نظریه که در کتب حقوقی جدید به عنوان "مسئولیت مطلق" یا "مسئولیت بدون تقصیر" ذکر شده، بیان کننده مسئولیتی است که مبتنی بر تقصیر نباشد و واردکننده ضرر باید تحت هر شرایطی زیان را جبران نماید.

همانطور که بیان گردید مطابق نظریه تقصیر اثبات ضرر، تقصیر و رابطه سببیت فی ما بین این دو لازم است و طبقه نظریه خطر اثبات ضرر و رابطه سببیت ضروری میباشد. اما در مسئولیت محض نه تنها اثبات وجود تقصیر (چه در عمل، چه در عامل) موضوعیت ندارد، بلکه در مواردی، احراز رابطه سببیت نیز بین فعل زیانبار و ضرر حادث از ارکان مسئولیت محض خارج میشود. مثال بارز در این خصوص مسئولیت دارندگان وسایل نقلیه موتوری است که در ایران و بسیاری از کشورها از مصادیق مسئولیت محض شمرده میشود. مطابق ماده ۱ قانون بیمه اجباری وسایل نقلیه موتوری، مسئول جبران خسارات بدنی و مالی هستند که در اثر حوادث وسایل نقلیه مزبور یا محصولات آنها به اشخاص ثالث وارد میشود.

با ذکر کلمه دارندگان به صورت عام (اعم از مقصر و غیرمقصر) این مسئولیت از شمول نظریه تقصیر خارج است. بر طبق نظریه خطر، واردکننده زیان در صورتی مسئول است که اولاً رابطه سببیت میان فعل او و ضرر وجود داشته باشد و ثانیاً از فعالیت خطرناک خود منتفع شده باشد. در حالیکه در این موارد چه بسا دارنده اتومبیل فردی غیر از راننده خودرو باشد. در این فرض دارنده اتومبیل بدون رابطه فیزیکی و گاهی بدون منفعت، مسئول و پاسخگوی زیان وارده خواهد بود.

۷- مبنای مسئولیت در قوانین

در قانون مجازات اسلامی و قانون مدنی به تقصیر به عنوان مبنای مسئولیت مدنی اشاره است. در تبصره ۳ ماده ۲۹۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ به مصادیق تقصیر کیفری اشاره شده است و در تبصره ۳۳۶ قانون مذکور لفظ تقصیر ذکر شده است. در هردو ماده مذکور تقصیر اعم از بی احتیاطی، بی مبالائی، عدم مهارت، عدم رعایت نظامات دولتی اعلام شده بود. در تبصره ۲۹۴ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ برای عدم رعایت نظامات دولتی از اصطلاح "عدم رعایت مقررات مربوط به امری" استفاده شده است که در تبصره ۳۳۶ همان اصطلاح عدم رعایت نظامات دولتی به عنوان یکی از مصادیق تقصیر به کار رفته بود.

در ماده ۱۴۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ آمده است:

"تحقق جرائم غیر عمدی، منوط به احراز تقصیر مرتکب است. در جنایات غیر عمدی اعم از شبه عمدی و خطای محض مقررات کتاب قصاص و دیات اعمال میشود.

تبصره- تقصیر اعم از بی احتیاطی و بی مبالاتی است. مسامحه، غفلت، عدم مهارت و عدم رعایت نظامات دولتی و مانند آنها، حسب مورد، از مصادیق بی احتیاطی یا بی مبالاتی محسوب میشود "

تبصره ی ماده ی مذکور با آوردن واژه ی "مانند آنها" به بیان مصادیق تمثیلی تقصیر پرداخته است. به عبارتی واژه ای که مترادف واژه های ذکرشده در ماده ی فوق باشد و قاضی آن را تقصیر بداند می تواند از مصادیق تقصیر به حساب آورد. ماده ی ذکر شده در بیان شرایط تحقق کیفری مقرر شده است که از جمله شرایط تحقق جرائم غیر عمدی به استناد ماده ی فوق الاشاره تقصیر می باشد. مسولیت کیفری خارج از بحث پایان نامه ی حاضر می اشد. به منظور تبیین معنا و مفهوم تقصیر و مصادیق آن به تعریف واژه ی تبصره در قانون مجازات اسلامی اشاره گردید.

در حالت کلی در خصوص مبانی مسولیت مدنی در حقوق ایران بین حقوقدانان اختلاف نظر هست. مطابق قول مشهور حقوقدانان، مسولیت مدنی اصولاً مبتنی بر تقصیر است که استثنائاتی بر آن وارد است به عبارتی به اعتقاد ایشان قاعده ی عام و کلی مسولیت مبتنی بر تقصیر است و مسولیت های بدون تقصیر استثناء هستند (قاسم زاده، ۱۳۸۶: ۲۷)

همانطور که گذشت عمده ایرادی که بر نظریه ی تقصیر وارد آمده است این بود که اقشار ضعیف به من جمله کارگر و مصرف کننده توانایی اثبات تقصیر کارفرما و تولیدکننده را نداشته فلذا عده ای برای رفع این ایراد، نظریه ی تعدیل را مطرح نمودند. عده ای دیگر به طور کلی از نظریه ی تقصیر چشم پوشی کرده و مسولیت را بر مبنای معیارهای دیگری بنا نهادند که ماحصل آن پیدایش دو نظریه تحت عنوان نظریه ی خطر و تضمین حق بود.

۸- نتیجه گیری

در نتیجه از بررسی نظریات مطرح شده میتوان چنین استنباط کرد که اولاً: مسولیت مهندس ناظر به خاطر ماهیت و شیوه عملکرد عملکرد شغلی، از حیثه مصادیقی که مشمول نظریه خطر قرار میگیرند، خارج است. چرا که در تعریف نظریه خطر بیان گردیده که هر کس محیطی فراهم کرده و از آن منتفع میشود، باید خطرات و مضرات آن را نیز متحمل شود. لذا به نظر میرسد مسولیت کارفرما و صاحبان سرمایه، انطباق بیشتری با نظریه خطر دارد. از آنجا که حیثه کار مهندس ناظر، صرفاً نظارت است، اغلب خطای او به صورت ترک فعل نمود می یابد.

ثانیاً: چنانچه بی مبالاتی، بی احتیاطی و عدم رعایت مقررات و نظامات شغلی، «تقصیر» شمرده شود، میتوان مسولیت مهندس ناظر را مبتنی بر نظریه تقصیر دانست. البته با توجه به این نکته که تقصیر شغلی وی فرض شده است، فرض بر این است که مهندس ناظر ساختمان (دارای پروانه اشتغال) دارای معلومات و مهارت کافی بوده و آگاه از عیوب آشکار و پنهان ساختمان میباشد و این اقتضای حرفه اوست. پس اگر ایرادی وجود داشته، میبایست از سوی وی تذکر داده و پیگیری و اصلاح میشد و این عدم اصلاح و عدم گزارش به مقامات ذیصلاح و عدم انطباق ساختمان با استانداردهای ایمنی (چه تعهداً و چه سهواً) باعث ضرر گردیده و اثبات تقصیر از سوی زبان دیده الزام نیست.

اشکالی که در انتخاب این نظریه به وجود می آید، این است که اگر علت استقرار مسولیت مهندس ناظر، تقصیر باشد، وی باید بتواند با اثبات بی تقصیری خود از بار مسولیت رها شود. در حالی که می دانیم چنین نیست و قوانین آمره نظام مهندسی و قوانین

شهرداری و رویه قضایی و اداری چنین امری را میسر نمیداند. بنابراین نظریه تقصیر نیز مبنای جامع و مانعی برای مسئولیت مهندس ناظر به شمار نمی‌رود.

ثالثاً: با توجه به کلیه مطالب مذکور و دقت در قوانین و مسائل مربوط به شغل خطیر مهندس ناظر به نظر می‌رسد به علت اهمیت زیاد ماهیت فعالیت‌های ساختمانی و بعد وسیع ضررهای بدنی، مالی، معنوی و اقتصادی ناشی از خطای مهندسین ناظر، قانون گذار بر مبنای نظر صاحبان این حرفه را بنا نهاده است. مسئولیت مهندس ناظر در صورت بروز عیب و نقص در بنا، در هر زمان و هر اندازه که باشد، مطلق و قطعی است و معاذیر و علل موجهه ای از جهت فرار از این مسئولیت وجود ندارد. حتی شرط کتبی عدم مسئولیت فی مابین مهندسین و کارفرمایان نیز در این خصوص باطل و بلا اثر است.

منابع و مراجع

- ۱ - اکبر بشیری ، هاجر موسوی ، بررسی تاثیر قوه قاهره بر مسئولیت مدنی مهندس ناظر پروژه های عمرانی ، کنفرانس ملی اندیشه های نوین و خلاق در مدیریت.
- ۲ - اکبر بشیری ، هاجر موسوی ، مبانی مسئولیت مهندس ناظر پروژه های عمرانی ، کنفرانس ملی اندیشه های نوین و خلاق در مدیریت.
- ۳ - خه بات عزیزی ، تحلیل ابعاد قانونی مسئولیت مهندس ناظر و پیمانکار ساختمان ، فصلنامه علمی حقوقی قانون یار ، دوره چهارم ، شماره چهاردهم ، تابستان ۱۳۹۹ صفحات ۵۴۷ الی ۵۷۵.
- ۴ - سرانجام، هادی، کلیات مسئولیت مدنی، نشر سپاه پاسداران، چاپ اول، ۱۳۹۲.
- ۵ - محمدحسین مسعودی ، محمدرضا کریمی ، راهکارهایی برای افزایش کیفیت خدمات مهندسی نظارت در ساخت و ساز شهری بررسی موردی خدمات مهندسی نظارت در استان تهران ، انتشار در دومین کنفرانس بین المللی یافته های نوین پژوهشی در مهندسی عمران و مدیریت شهری ، سال ۱۳۹۵.