

شرط عدم مسئولیت قراردادی مهندس ناظر از دیدگاه فقه و حقوق موضوعه

اسماعیل واهبی*
سیدعلی ربانی موسویان**

تاریخ تأیید: ۱۳۹۹/۵/۱۱

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۲/۴

چکیده

«نظارت»، یکی از مهم‌ترین ارکان صنعت ساخت‌وساز است که توسط شخصیت حقیقی یا حقوقی موسوم به مهندس ناظر همراه با مسئولیت‌های مؤثر که در منطوق مقررات مربوط به ساختمان ذکر شده صورت می‌گیرد. با وجود این سکوت و اجمال قانون در مورد محدوده مسئولیت آنها موجب شده تا در دادرسی‌ها تشخیص مسئول اصلی خسارت وارده در ساختمان با مشکل مواجه گردد. مهم‌ترین تعهدات مهندس ناظر در قالب‌های قرارداد یا غیر قرارداد و در برخی مواقع با شرط عدم مسئولیت (مشمول بر معایب و فواید خاص) است. در برخی فروض با دیدگاه مبتنی بر بطلان شرط عدم مسئولیت به لحاظ فقهی و حقوقی مواجه می‌گردد. از سوی دیگر ادله فقهی (مشمول بر اصل لزوم، صحت، اباحه، وفای به شرط، اقدام و...) و ادله حقوقی (مشمول بر اصل آزادی قراردادها، عدم مغایرت با نظم عمومی و اخلاق حسنه و...) بیانگر اعتبار شرط عدم مسئولیت مهندس ناظر است که در پژوهش حاضر مورد مذاقه قرار گرفته است.

واژگان کلیدی: شرط عدم مسئولیت، مهندس ناظر، نظم عمومی، صحت شرط.

۱۵

حقوق اسلامی / سال هفدهم / شماره ۶۶ / پاییز ۱۳۹۹

* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی خرم‌آباد (esmaeil_vahebi@yahoo.com).

** استادیار گروه فقه و حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی اسلام‌شهر/ نویسنده مسئول

(a.rabbani110@yahoo.com).

مقدمه

مهندس ناظر ساختمان (Supervisor Engineer) یا مهندس مقیم در کارگاه (Resident Engineer) شخص حقیقی یا حقوقی دارای مجوزهای قانونی لازمی است که بر اجرای صحیح عملیات ساختمانی نظیر سازه ساختمان، معماری ساختمان، تأسیسات برق و مکانیکی ساختمان جهت رعایت اصول و مقررات ملی ساخت و ساز توسط مجری ساختمان در حیطه اختیارات خود، نظارت می‌نماید.

حسب قوانین موجود و تعاریف متمایز و در عین حال مشابهی که از مهندس ناظر و مهندس مشاور عنوان گردیده هر کدام علاوه بر امر نظارت، دارای وظایف خاصی بوده و متعهد به انجام امور ویژه‌ای می‌باشند. این تمایز و تشابه موجب تشکیک در موضوع نظارت مهندس ناظر گردیده که علاوه بر اینکه استنباط عرفی را همواره با اشتباه روبه‌رو نموده، محاکم قضایی را هم با آراء متناقض و متعارض و غیرعادلانه مواجه کرده است.

در مرحله بعد آنچه مهم است، حد و حصر مسئولیت مهندس ناظر بوده که چقدر و تا چه زمانی ادامه دارد؟ آیا فقط منحصر به دوره ساخت و تحویل پروژه است یا پس از آن هم ادامه دارد؟ اگر پس از چند سال به هر دلیلی ساختمان پروژه مورد نظر ریزش کرده و یا صدمه ببیند چه کسی یا کسانی باید پاسخگو باشند؟ در حقوق موضوعه برخی کشورها تکلیف این امر روشن شده و چنین ابهامی را نص قانون برطرف نموده برای نمونه در فصل اول از باب سوم قانون مدنی جمهوری اسلامی افغانستان ماده ۱۴۹۰ چنین مقرر داشته: انجیز (مهندس) ساختمانی و مقاوله‌کننده (مهندس ناظر) به‌طور متضامن تا مدت ده سال مسئول انهدام، شکست و نشست کلی یا جزئی عمارت ساخته شده یا ملحقات ثابت دیگری که اعمار نموده‌اند می‌باشند گرچه انهدام، شکست و نشست ناشی از عیب در خود زمین باشد یا صاحب‌کار به ساختن عمارت معیوب اجازه داده باشد مگر اینکه اصلاً عاقد آن، بقای عمارت را کمتر از مدت ده سال اراده داشته باشد. در ماده ۱۴۹۲ مهندس طراح پلان و نقشه‌کش را تنها در مورد عیب مربوط به پلان و نقشه مسئول دانسته و در ماده ۱۴۹۳ اعلان داشته هر شرطی که مانع ضمان مهندس ساختمان و مقاوله‌کننده است باطل می‌باشد. بدین ترتیب مخاطب را از سردرگمی درآورده و کار دادگاه را در هنگام صدور حکم آسان

نموده است.

با وجود این در نظام حقوقی ایران به دلیل ابهام و یا سکوت قانون همواره با آراء متناقض و غیرعادلانه محاکم روبه‌رو هستیم و بعضاً به‌جای تخلف و تقصیر طراح یا کارفرما یا پیمانکار، مهندس ناظر محکوم می‌گردد و یا برعکس تقصیر اساسی مهندس ناظر در عدم دقت و کنترل کیفیت نادیده گرفته شده و کارفرما یا پیمانکار محکوم به پرداخت خسارت می‌گردند. آن چیزی که معمولاً در محاکم دیده می‌شود تعهد مهندس ناظر به ساختمان تحت نظارت اوست که تا حیات ساختمان ادامه دارد. آنچه مهم به‌نظر می‌رسد مسئولیت چندگانه قراردادی مهندس ناظر نسبت به کارفرما و دیگر اشخاص حقیقی و حقوقی است. که بدون آنکه در کارگاه تحت امر نظارت او حضور فیزیکی روزانه داشته باشد، مطابق بند ۳-۵-۲ از مبحث دوم مقررات ملی ساختمان مکلف به بازدید و گزارش فقط در ۵ مرحله‌ی سازی تا پایان کار است. با این توضیح مطابق بند ۱۶-۳ ماده ۱۶ و ماده ۱۷ از مجموع شیوه نامه مصوب اردیبهشت ۸۴ حق الزحمه مهندسی ساختمان سالانه براساس قیمتی است که از طرف سازمان مسکن و شهرسازی و نظام مهندسی ساختمان برای هر متر مربع در ساختمان‌های آجری و فلزی و بتنی در نظر می‌گیرند که باتوجه به گستردگی و استمرار مسئولیت مهندس ناظر بسیار پایین و نابرابر است که قیاس دستمزد پایین و مسئولیت سنگین مهندس ناظر قابل تأمل است.

لذا در ابتدا تعریف دقیق و مقصود از مهندس ناظر و مشاور و سپس وظائف و مسئولیت‌های مهندس ناظر بیان می‌گردد و در ادامه ضمن پاسخ‌گویی به ادله بطلان شرط عدم مسئولیت مهندس ناظر، ادله صحت این شرط ذکر خواهد شد، و نهایتاً امکان انعقاد چنین قراردادی اثبات می‌گردد.

مفاهیم، تعهدات و قلمرو مسئولیت‌های مهندس ناظر

قبل از ورود به بحث، ابتدا باید تعریف قانونی مهندس ناظر تبیین گشته و سپس محدوده تعهدات وی مشخص گردد.

۱. تعریف قانونی مهندس ناظر

بر اساس منطوق مقررات ملی ساختمان «ناظر شخص حقیقی یا حقوقی دارای پروانه اشتغال به کار در یکی از رشته‌های موضوع قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان است که بر اجرای

صحیح عملیات ساختمانی در حیطة صلاحیت مندرج در پروانه اشتغال خود نظارت می‌نماید. عملیات اجرایی تمام ساختمان‌های مشمول ماده ۴ قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان باید تحت نظارت ناظر انجام پذیرد (بند ۲-۵-۱ و بند ۱۲-۱-۳-۸ از مبحث دوازدهم مقررات ملی ساختمان).

از سوی دیگر بر اساس بند ب ماده نهم مقررات شرایط عمومی پیمان مهندس ناظر نوعی نماینده مقیم مهندس مشاور در کارگاه‌های مورد فعالیت و تحت تأثیر اختیارات تعیین شده قرار می‌گیرد. از این رو در این بند، گزاره ذیل بیان شده است: «مهندس ناظر نماینده مقیم مهندس مشاور در کارگاه است و در چارچوب اختیارات تعیین شده و اسناد و مدارک پیمان به پیمانکار معرفی می‌شود» (ماده ۹ و ۳۳ مقررات شرایط عمومی پیمان).

تعریف مذکور حاکی از وجود اختلافات قابل توجه در امر مسئولیت نظارت برای این دو نوع ناظر است. مبنی بر اینکه در عین حفظ حقوق مهندس مشاور در مواردی که مهندس ناظر مجاز به دخالت در آن می‌باشد، مسئولیت اصلی به عهده مهندس مقیم ناظر خواهد بود. همان‌طور که در تعریف دیگر مهندس ناظر چنین آمده: مهندس ناظر کسی است که مسئولیت و نظارت و کنترل کمی و کیفی ساختمان یا پروژه تحت نظارت خود را به عهده دارد و در نهایت شناسنامه فنی و ملکی ساختمان یا پروژه را تأیید می‌نماید تا کارفرما و همچنین خریداران و استفاده‌کنندگان با ملاحظه گواهی و مسئولیت مستمر مهندس ناظر تضمین خاطر داشته باشند (بند ۲-۹-۱ و بند ۲-۹-۴ از مبحث دوم مقررات ملی ساختمان).

ناظران برابر بند ۱۲-۱-۵-۸ مبحث دوازدهم از مقررات ملی ساختمان مکلفند طی ۵ مرحله گزارش واقعیت امر را به مرجع صدور پروانه ساختمان (شهرداری) ارائه نمایند. الف) پی‌سازی؛ ب) اجرای اسکلت؛ پ) سفت کاری؛ ت) نازک کاری؛ ث) پایان کار.

۲. مسئولیت‌ها و تعهدات مهندس ناظر

مهم‌ترین مسئولیت‌های مهندس ناظر که تعهدات غیر قابل انکاری برای وی به‌وجود می‌آورد عبارتست از:

۱. تعهد قراردادی نسبت به سازمان نظام مهندسی ساختمان (بند ۱۲-۱-۵-۹ مبحث دوازدهم از مقررات ملی ساختمان).

۲. تعهد قراردادی نسبت به مالک یا کارفرما (بند ۱۲-۱-۳-۱ مبحث بیست و دوم از مقررات ملی ساختمان و تبصره ۷ ماده ۱۰۰ ق شهرداری).
۳. تعهد غیر قراردادی نسبت به شهرداری (بند ۲-۵-۴ و ۲-۶ و ۲-۳-۵ مبحث دوم از مقررات ملی ساختمان).
۴. تعهد غیر قراردادی نسبت به سازمان مسکن و شهرسازی (ماده ۳۳، ۳۵، ۳۶ و ۳۷ قانون نظام مهندسی ساختمان و بند ۲-۸ مبحث دوم از مقررات ملی ساختمان).
۵. تعهد غیر قراردادی نسبت به اداره تعاون، کار و امور اجتماعی (بند ۱۲-۱-۳-۱۶ مبحث دوازدهم از مقررات ملی ساختمان).
۶. تعهد غیر قراردادی نسبت به سازمان تأمین اجتماعی (تبصره یکم ۶۶ قانون تأمین اجتماعی).
۷. تعهد غیر قراردادی نسبت به اشخاص ثالث در صورت عدم رعایت مقررات ایمنی و بهداشت کار در کارگاه (ماده ۹۵ قانون کار و بند ۱۲-۱-۳-۱۶ مبحث دوازدهم از مقررات ملی ساختمان).

بند الف ماده ۳۳ مقررات شرایط عمومی پیمان، مهندس ناظر را نماینده مهندس مشاور در کارگاه معرفی می‌کند که موظف است با توجه به اسناد و مدارک پیمان، در اجرای کار، نظارت و مراقبت دقیق به عمل آورد و مصالح و تجهیزاتی را که باید به مصرف برسد، بر اساس نقشه‌ها و مشخصات فنی مورد رسیدگی و آزمایش قرار دهد و هرگاه عیب و نقصی در آنها یا در نحوه مهارت کارکنان یا چگونگی کار مشاهده کند، دستور رفع آنها را به پیمانکار بدهد. همچنین هرگاه بعضی از ماشین‌آلات معیوب باشد به طوری که نتوان با آنها کار را طبق مشخصات فنی انجام داد، مهندس ناظر تعمیر یا تعویض و تغییر آنها را از پیمانکار می‌خواهد. البته قابل ذکر است که طبق بند د همین ماده نظارت مهندس ناظر از مسئولیت پیمانکار نمی‌کاهد و از کارفرما و مهندس مشاور نیز سلب حق نمی‌کند.

شرط عدم مسئولیت مهندس ناظر، معایب و فواید

شرط عدم مسئولیت از یک سو آثار مفیدی را در پی خواهد داشت و از سوی دیگر تبعات منفی به دنبال می‌آورد.

۱. ماهیت شرط عدم مسئولیت

شرط عدم مسئولیت مرکب از دو واژه «شرط» و «مسئولیت» است. این عبارت ترکیبی به این معناست که یکی از متعاقدين مسئول پیامدهای مترتب بر عقد نباشد. حقوقدانان شرط عدم مسئولیت را اینگونه تعریف نموده‌اند: توافق بین مسئول و زیان دیده احتمالی آینده که به موجب آن مسئول از پرداخت خسارت معاف می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ص ۷۱۸) در این توافق یکی از سویین قرارداد، قبول می‌کند که طرف دیگر مسئول خسارتی که احتمالاً او وارد خواهد کرد، نمی‌باشد و زیان دیده احتمالی قبل از ایجاد خسارت، حق مطالبه جبران آن را از خود سلب می‌کند (افشار، ۱۳۵۵، ص ۲۱۹) در هر صورت، با توجه به تبیین ماهوی شرط عدم مسئولیت، شروط ضمن عقد تعدیل‌کننده مسئولیت مهندس ناظر در قراردادها به دو صورت محدودکننده، ساقط‌کننده یا عدم مسئولیت مستقیم مهندس ناظر قابلیت تنويع می‌یابد.

۲. معایب شرط عدم مسئولیت

مدیونی که می‌داند عدم اجرای تعهدش، الزام به جبران خسارت را بر او تحمیل می‌نماید، تلاش می‌کند تا تعهد خود را به درستی انجام دهد اما به خاطر شرط عدم مسئولیت و نداشتن بیم در ایجاد مسئولیت، ناخواسته از احتیاط‌های لازم در انجام تعهد خود می‌کاهد لذا ممکن است شرط عدم مسئولیت بدین ترتیب بی احتیاطی‌ها و بی‌مبالاتی‌ها را به‌ویژه در صنعت ساخت‌وساز تسهیل کرده و رفتارهای ضد اجتماعی را برانگیزد.

۳. فواید شرط عدم مسئولیت

دستمزد کم، فشارهای زیاد پیمانکاران و مالکان ساختمان بر مهندسان ناظر و عدم حمایت متناسب شهرداری‌ها و سازمان نظام مهندسی و کنترل ساختمان از آنان و فقدان قوانین حمایت‌کننده، مهندسان ناظر را در اجرای دقیق وظایف نظارتی خود بی‌انگیزه کرده است (پیشرو، ۱۳۹۲، ص ۹)؛ لذا قراردادن شروط حمایتی از مهندس ناظر ضمن قرارداد می‌تواند موجب تقویت انگیزه در این صنف گردد.

از مزایای شرط عدم مسئولیت، برتری آن نسبت به بیمه‌گذاری می‌باشد؛ زیرا اگر سرمایه‌گذار نتواند از طریق شرط رفع و کاهش مسئولیت، خطر زیان مالی را دفع کند، ناچار می‌شود خود را از طریق بیمه از این خطر برهاند. اگرچه بیمه‌کردن مسئولیت برای سرمایه‌گذاران امنیت و آسایش

می آورد ولی برای جامعه یک تالی فاسد مهم دارد و «ایجاد تورم و افزایش سریع قیمت هاست؛ چون وقتی حق بیمه پرداخت می شود به همان میزان به قیمت اصلی کالا و خدمات اضافه می شود و این خود زیانی است که به افراد جامعه و مصرف کنندگان وارد می شود (امامی، ۱۳۷۸، ص ۹۷).

بطلان شرط عدم مسئولیت مهندس ناظر، فروض و ادله

با اینکه شرط عدم مسئولیت در بسیاری جهات اصولاً با عقل منافات ندارد اما در برخی فروض مورد تردید و انکار قرار گرفته است. مهم ترین فروض در آن عبارت اند از:

۱. فرض نخست: تقصیر عمدی و در حکم عمد

در مواردی که شخص (متعهدعلیه) به عمد باعث ورود خسارت به متعهدله (کارفرما) می شود یا آگاهانه به اعمالی دست می زند که در عرف در حکم عمد است شرط عدم مسئولیت نمی تواند از تعهد او نسبت به جبران خسارت جانی و مالی او بکاهد؛ زیرا در جامعه منظم کسی حق ندارد در سایه قراردادی که به سود خود حاصل کرده است در ضرر زدن به دیگران آزاد باشد فراهم آوردن این زمینه نامطلوب از نمونه های بارز تجاوز به نظم عمومی و باطل است و ممکن است یکی از مصادیق مهم اجتماعی مسئولیت مهندس ناظر باشد که در استحکام ساختمان با جان و مال مردم سروکار دارد و ازسویی نسبت به مالک متعهد بوده نسبت به اشخاص ثالث و دیگر اشخاص حقیقی و حقوقی هم به صورت قهری ضامن و مسئول باشد.

۲. فرض دوم: خسارت وارده در اثر سهل انگاری

چه بسا متعهد بتواند ادعا کند که مفاد شرط عدم مسئولیت درخصوص سهل انگاری فاحش وی نیز قابل ترتیب اثر است و باتوجه به اینکه الفاظ شرط به صورت عام در متن عقد ذکر شده است، حتی در صورتی که فرد متعهدله شرط، دارای سهل انگاری فاحشی باشد، مصون از مسئولیت خواهد بود و باید طرف مقابل، وی را از تمامی خسارات و مسئولیت های ایجاد شده مصون نگه دارد. دادگاه های محاکم کشورهای چون انگلیس و امریکا در برابر چنین ادعایی سخت گیری قابل ملاحظه ای از خود نشان داده اند و تا حد زیادی از پذیرش چنین شرطی امتناع ورزیده اند. برخی محاکم درخصوص این موضوع دو رویکرد اتخاذ کرده اند. رویکرد اول که حداکثری است چنین

بیان شده که مفاد شرط درخصوص سهل انگاری طرف مقابل چه به صورت عادی و چه به صورت فاحش قابل ترتیب اثر نیست، مگر اینکه موضوع به صراحت و بدون ابهام در متن شرط درج شده باشد. رویکرد دوم که اقلیتی است چنین توجیه شده که عبارت مندرج در شرط، عبارتی عام و کلی است و یکی از مصادیق آن پذیرش مسئولیت در صورت سهل انگاری (عادی) متعهد است (ابراهیم پوراسنجان، ۱۳۹۵، ص ۱۱).

۳. فرض سوم: خسارت وارده به شخص

در موردی که شرط عدم مسئولیت نسبت به زیان‌های وارده به شخص باشد یقیناً مشروط‌علیه با خیال راحت هرگونه بی‌مبالاتی و عدم احتیاط را نسبت به حقوق مشروط له به کار برده و موجب از بین بردن بخشی از تضامین و حقوق اجتماعی می‌گردد و این مهم را به صراحت خلاف نظم عمومی می‌دانند. در این باره برخی حقوق‌دانان تصریح کرده‌اند: شرط عدم مسئولیت متعهد در صورت اجرا نشدن تعهد نافذ است مگر در مورد صدمه‌های بدنی و لطمه به شرافت شخصی (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ص ۲۱۸).

ادله فقهی و حقوقی بطلان شرط عدم مسئولیت و پاسخ به آن

ادله‌ای که بر بطلان شرط عدم مسئولیت اقامه شده قابل انقسام به دو قسم فقهی و حقوقی اند:

۱. ادله فقهی بطلان شرط عدم مسئولیت

مهم‌ترین دلیل فقهی بطلان شرط عدم مسئولیت عبارت است از:

الف) عدم الزام حقوقی در صورت اسقاط ما لم یجب

واژه «اسقاط» عبارت است از ازاله اثر حقوقی، و واژه «ما لم یجب» به معنای چیزی است که به وجود نیامده و به عبارت روشن‌تر معدوم است (جعفری لنگرودی، ج ۱، ص ۱۴۳) بنابراین «اسقاط ما لم یجب» به معنای ازاله و از بین بردن چیزی است که معدوم می‌باشد.

عده‌ای با استدلال به این قاعده بیان می‌دارند اثر توافق درباره سلب مسئولیت طرف قرار داد به منزله مبرا ساختن وی از دینی است که هنوز محقق نشده و در آینده احتمال ایجاد آن می‌رود؛ بنابراین همان‌گونه که ابراء تنها در مورد دین موجود امکان دارد و نسبت به تعهد احتمالی در آینده معقول نیست، شرط رفع مسئولیت نیز به دلیل موجود نبودن دین هنگام اسقاط، قابل ابراء و اسقاط

نیست. عده‌ای از فقها از قاعده ابراء ما لم یجب در ابواب مختلف فقهی مانند ضمان و قصاص (حلی، [بی تا]، ج ۱۴، ص ۳۵۱) و ابواب ودیعه و دیات (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۷، ص ۱۱۲) استفاده کرده‌اند. برخی فقها بر همین اساس شرط عدم ضمان و مسئولیت امین را (در صورت تعدی و تفریط) اسقاط ما لم یجب دانسته و صحیح ندانسته‌اند (نجفی، ۱۳۷۴، ج ۲۷، ص ۱۴۶) برخی دیگر نیز همین استدلال را برای احتمال عدم صحت شرط ضمان و مسئولیت مستعیر در فرض تعدی و تفریط، بیان کرده‌اند (شهید ثانی، ۱۳۷۵، ج ۴، ص ۲۶۸).

ب) تحلیل و بررسی دلیل مذکور

۱. دلیل فوق متکی به نص نیست و مبنای قرآنی و روایی ندارد و فقط در لسان فقها مطرح شده و مبنای آن را برخی فقها، حکم عقل و اجماع دانسته‌اند (میرزای قمی، ۱۳۷۱، ج ۳، ص ۸۴) بنابراین یکی از مستندات بر بطلان ابراء ما لم یجب، اجماع است و اجماع در فقه شیعه زمانی معتبر است که کاشف از قول معصوم باشد و در موضوع بحث چنین چیزی ثابت نیست. از سوی دیگر اجماع یاد شده محصل نیست و مدرکی است و مستند اجماع کنندگان امتناع عقلی می‌باشد. دلیل دیگر بر بطلان ابراء ما لم یجب، عدم معقولیت آن بود، که آن نیز قابل دفاع نیست زیرا توضیح داده نشده که چرا عقل در عالم اعتبار اسقاط چیزی را که مقتضی آن وجود دارد ولی هنوز محقق نشده اما احتمال آن در آینده هست، باطل می‌داند. لوازم اسقاط ما لم یجب چیست؟ آیا از اسقاط ما لم یجب تناقض لازم می‌آید یا تضاد یا محال؟ یا کدام موانع عقلی دیگر؟ آیا در حیطة عقل انسان نمی‌گنجد که شخصی بتواند در عالم اعتبار شرطی را لحاظ نماید مبنی بر اینکه از حقی که در آینده به او تعلق می‌گیرد به جهت اغراض عقلایی چشم‌پوشی کند و آن را مطالبه نماید و اسقاط کند؟ (اصغری، ۱۳۹۰، ص ۱۵۶-۱۵۷) به بیان دیگر شرط عدم مسئولیت بدین معناست که هرگاه در آینده شرایط تحقق مسئولیت ویژه‌ای جمع شود، آن مسئولیت به وجود نیاید یعنی مفاد توافق ناظر به آینده است و باتوجه به احتمالی بودن آن است و چنین توافقی را نباید نامعقول پنداشت (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ص ۱۵۰).

۲. در صورت پذیرش این امر که اسقاط ما لم یجب باطل باشد، عقل حکم می‌کند که اسقاط حق قبل از ثبوت باطل باشد ولی اسقاط حق در محل ثبوت مانعی ندارد. در باب اجماع نیز اگر مقتضی شرط وجود داشته باشد، اسقاط بی‌اشکال است. در مورد شرط عدم مسئولیت هم

ما لم یجب صدق نمی‌کند زیرا مقتضی مسئولیت یعنی عقد وجود دارد و چیزی که مقتضی آن اکنون وجود دارد و خودش بعداً محقق می‌شود، اسقاط آن در محل ثبوت و در زمان تحقق اشکالی ندارد. در واقع بازگشت سقوط ضمان، به سقوط آن در مرتبه تحققش می‌باشد نه به اسقاط فعلی آن (نجفی، ۱۳۷۴، ج ۳، ص ۴۳) به عبارت دیگر در شرط سلب مسئولیت اگرچه هنوز دینی ایجاد نشده ولی سبب دین ایجاد شده است و همین مقدار برای توافق بر اسقاط دین کافی است؛ لذا برخی حقوقدانان ضمانت نسبت به نفقه آینده زوجه را به همین دلیل صحیح دانسته و معتقدند چون سبب نفقه، عقد نکاح است و هنگام عقد زمان نیز عقد نکاح وجود داشته بنابراین ضمانت از نفقه آینده زن مصداق ما لم یجب نبوده و موصوف به وصف صحت است (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۴۵۴).

۳. توجه به ماهیت شرط نتیجه این امر را آشکار می‌سازد که بر اساس کلمات اکثر فقها، شرط برائت از انواع شرط نتیجه است. به این معنا که هنگام انعقاد قرارداد و قراردادن شرط برائت در ضمن آن، قصد طرفین این است که در آینده مسئولیت اصلاً پدید نیاید نه اینکه مسئولیت پدید آید ولی زیان دیده نتواند حق را مطالبه نماید. چنان‌که برخی فقها تصریح نموده‌اند: مراد از (شرط) ابراء این است که در صورتی که موجب ضمان و مسئولیت حاصل شد، بر او حق و ضمانی ثابت نگردد و در این مطلب استبعادی نیست درجائی که به آن نیاز است و وفا به شرط واجب است (عاملی، ۱۴۲۸، ج ۱۹، ص ۸۰۳) بنابراین دیدگاه اساساً از ابتدا مسئولیتی به وجود نمی‌آید که بخواهد اسقاط شود یعنی این شرط مانع از ایجاد مسئولیت می‌شود نه اینکه رافع آن پس از ایجاد باشد در نتیجه ایراد اسقاط ما لم یجب بر شرط عدم مسئولیت وارد نخواهد بود.

این دیدگاه در حقوق خارجی نیز با بیانی دیگر مورد تأیید قرار گرفته است. در مورد چگونگی اجرای شرط مزبور در حقوق خارجه دو رویکرد وجود دارد. یک رویکرد پیشگیرانه و رویکرد دیگر جبرانی است. در رویکرد پیشگیرانه، فرد متعهد ابتدا به عنوان مسئول جبران خسارت و پذیرش مسئولیت (نسبت به متعهدله) عمل می‌کند و در رویکرد جبرانی فرد متعهد نسبت به جبران خسارت و پذیرش مسئولیت پس از تحمل آن از سوی متعهدله اقدام می‌کند (Ernest, 2010, p.55) همان‌طور که ملاحظه می‌شود ریشه این تفاوت در همان مانع بودن و رافع بودن شرط عدم مسئولیت است. که اتفاقاً مفاد شرط عدم مسئولیت که در حقوق خارجه در قالب شرط جبران خسارت و پذیرش مسئولیت قابل تحلیل است (ابراهیم پوراسنجان، ۱۳۹۵، ص ۲۰) در اکثر مواقع با ماهیت پیشگیرانه مطابقت دارد و این موضوع در آرای مختلفی نیز منعکس گردیده است و

می‌توان ادعا کرد شرط از نوع پیشگیرانه به‌عنوان پایه و پیش فرض شرط جبران خسارت و پذیرش مسئولیت تلقی می‌گردد (ابراهیم پوراسنجان، ۱۳۹۵، ص ۱۰) و این مطلب می‌تواند مؤید بحث ما در مورد ماهیت شرط عدم مسئولیت در حقوق داخلی باشد.

۴. پذیرش این شرط توسط فقها در موارد مشابه: اکثریت فقهای شیعه قائل بر صحت بیع به شرط براءت از عیب در حال عقد شده‌اند (زرگوش نسب، ۱۳۹۶، ص ۱۳۳) به طوری که شیخ طوسی (طوسی، ۱۴۳۳، ج ۳، ص ۱۲۷)، ابن‌زهره (ابن‌زهره، ۱۴۱۷، ص ۲۲۱) و علامه حلی (حلی، [بی تا]، ج ۱، ص ۵۲۵) نسبت به آن ادعای اجماع نموده‌اند. این در حالی که است که به نظر می‌رسد میان دو نهاد تبری از عیب معیب توسط فروشنده و نهاد شرط عدم مسئولیت توسط مهندس ناظر، از حیث توافق طرفین بر عدم مسئولیت یکی در برابر دیگری هیچ تفاوتی نمی‌باشد؛ لذا برخی حقوقدانان تبری از عیوب را یکی از اقسام شرط عدم مسئولیت دانسته‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۱، ص ۲۵۳) بنابراین همان‌طور که در مورد تبری از عیوب حکم به صحت شده و ماهیت آن را اسقاط ما لم یجب ندانسته‌اند در مورد شرط عدم مسئولیت مهندس ناظر نیز باید قائل به صحت شد.

۲. ادله حقوقی بطلان شرط عدم مسئولیت و پاسخ به آن

ادله اصلی حقوقدانان بر بطلان شرط عدم مسئولیت در قالب سه دلیل خلاصه می‌گردد.

الف) بی‌اثر شدن تعهد

استاد کاتوزیان بر اساس ماده ۱۱۷۴ قانون مدنی فرانسه بیان می‌دارد: در قرار دادی که شرط عدم مسئولیت در آن به‌طور مطلق آورده شود، در واقع تعهد جوهر خود را از دست می‌دهد و به‌صورت امر اختیاری و دلخواه در می‌آید در نتیجه مفاد شرط خلاف مقتضای عقد می‌شود، وقتی شرط خلاف مقتضای عقد بود باطل است و عقد را هم باطل می‌کند (همان، ج ۴، ص ۳۱۹) در توضیح این دلیل گفته‌اند: مخالفان شرط عدم مسئولیت معتقدند که مشروعیت و جواز این شرط در قراردادهای سبب اختیاری شدن تعهد خواهد شد زیرا عقد منع تعهد است و تعهد همراه با التزام است و التزام همان مسئولیت است. وقتی متعهد مسئولیتی در قبال تعهد خود نداشته باشد و متعهدله نتواند وی را تحت تعقیب قانونی قرار دهد، اجرای تعهد اختیاری خواهد شد (اصغری، ۱۳۹۰، ص ۱۶۷).

ب) پاسخ به این دلیل

در پاسخ به این دلیل باید گفت این شرط سبب بی‌اثر شدن تعهدات نمی‌گردد زیرا همان‌طور که اشاره شد قانون و عرف و منطق حقوقی، شرط مذکور را در جایی مانع از مسئولیت می‌دانند که متعهد در ورود ضرر تقصیر و عمد و سهل‌انگاری فاحش نداشته باشد. بلکه اگر در جریان کار احیانا خطا، اشتباه و یا مورد مشتبّهی پیش آمد و موجب ضرر و زیان گشت، مشروط له بتواند به شرط عدم مسئولیت متمسک شود. در واقع شرط عدم مسئولیت ربطی به اجرای تعهد ندارد و انجام تعهد تابع مقررات عمومی تعهدات است و اگر متعهد به تعهد خود عمل نکند متعهد له می‌تواند از دادگاه در خواست الزام اجرای تعهد نماید.

نکته دیگری که مستشکل از آن غفلت کرده تابعیت شرط و قرارداد از اراده و توافق طرفین است و تمامی تمهیدات و پیش‌بینی‌های لازم می‌تواند در هنگام انعقاد قرار داد در نظر گرفته شده و در شرط گنجانده شود. در حقوق خارجی این موضوع در مورد شروطی که به منظور حمایت طرف دیگر قرارداد در برابر حوادث نامطلوبی که ممکن است در اثنای اجرای قرار داد حادث گردد به خوبی پیش‌بینی شده (Kenneth, 2012, p.741).

به این توضیح که در مقام ریسک‌های قراردادی باید ریسک‌های موضوع قرارداد بر اساس اینکه کدام طرف قراردادی به‌نحو مؤثرتری توان مدیریت و بیمه‌کردن و پذیرش ریسک‌ها را داراست، تخصیص یابد. به این شرح که یک طرف قرارداد که قادر به تحمل آن است به‌نوعی پوشش دادن به بی‌تجربگی طرف مقابل است و به عکس اگر ریسکی به وجهی قابل مدیریت نیست، تعهد طرف قراردادی برای پذیرش چنین ریسکی به این معناست که طرف مقابل را در برابر وضعیت مهلک و خطرناکی قرار می‌دهد.

بنابراین صرف تخصیص ریسک در مقام انعقاد قرارداد کفایت از تخصیص و انتقال مسئولیت نمی‌کند، بلکه مقدم بر این امر باید شناسایی و ارزیابی ریسک‌های قراردادی صورت گیرد و مهم‌تر از آن قابلیت و توانایی‌های طرف مقابل و هم چنین قوانین و مقررات حاکم بر فضای قرارداد مورد سنجیده شود تا بتوان بر اساس یک شناسایی و ارزیابی همه‌جانبه از ریسک‌ها و قابلیت‌های طرفین قرارداد، وارد فضای قراردادی شد و بر اساس این یافته‌ها، ریسک‌های قراردادی را تخصیص داد (ابراهیم پوراستنجان، ۱۳۹۵، ص ۵۴) در نتیجه عدم تعهد در ارتباط با مفاد شرط عدم پذیرش مسئولیت و جبران خسارت نیز از این قاعده مستثناء نیست.

ج) امری بودن مسئولیت قراردادی

قرار داد عدم مسئولیت بین متضرر و مرتکب عمل زیان آور نسبت به تمام یا قسمتی از ضرر قبل از پیش آمدن عمل و یا ضرر در مسئولیت دینی، برخلاف نظم عمومی می باشد و باطل و بی اثر است. از نظر اخلاقی و اجتماعی نمی توان در اثر چنین قراردادی مرتکب را میرا دانست زیرا قرارداد مزبور بالمال اجازه رفتار با سوء نیت و یا بی احتیاطی در عمل ارتكابی می باشد. این شرط سبب می شود که شخص در اعمال خود احتیاط های لازم را رعایت ننماید. از سویی هم متضرر بدون آنکه عواقب عمل ارتكابی را بداند و اهمیت و مقدار خسارتی که در نتیجه بی احتیاطی و بی مبالاتی متعهد به او متوجه می شود معلوم باشد، از آن صرف نظر نموده است (امامی، ۱۳۸۴، ج ۱، ص ۶۱۴).

بر اساس این دلیل از آنجا که شرط عدم مسئولیت، مخالفت با نظم عمومی دارد و نظم عمومی از قواعد آمره محسوب می شود؛ بنابراین چنین شرطی خلاف قوانین امری بوده و باطل می باشد.

د) پاسخ به این دلیل

اولاً طبق منطق حقوقی، اصل اولی، تکمیلی بودن قوانین است و امری بودن نیازمند بیان است. دلیل نفوذ شرط به عنوان قاعده این است که اشخاص در قراردادها آزادند که دامنه حق و تکلیف خود را در برابر یکدیگر معین کنند. قواعدی که در قوانین برای آثار عقود معین آمده است به طور معمول چهره امری ندارد و مفاد تراضی را تکمیل می کند. مگر اینکه ارتباط با نظم عمومی احراز شود یا مقتضای عقد را بیان کند (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۴، ص ۳۲۰).

ثانیاً همان گونه که طرفین قبل از ورود خسارت می توانند روی میزان خسارت در وجه التزام باهم توافق نمایند چرا نتوانند در معافیت از مسئولیت با هم توافق نمایند. در وجه التزام طرفین قرارداد می توانند میزان خسارت را به طور مقطوع تعیین نمایند گرچه ممکن است تعیینشان کمتر از زیان وارده باشد که بازگشت آن به سلب بخشی از مسئولیت می شود؛ بنابراین اعتبار شرط عدم مسئولیت را باید مطابق قواعد عمومی حاکم بر شروط دانست و نباید آن را یک شرط جدا از بقیه شروط فرض کرد و حکم خاص برای آن لحاظ نمود (اصغری، ۱۳۹۰، ص ۱۷۰).

ه) مانعیت نقش حمایتی قانونگذار از پذیرش این شرط

باتوجه به اینکه در امور حرفه ای شخص متعهد معمولاً طرف قوی است و اماره تخلف به ویژه

در تعهدات به نتیجه، موجب مسئولیت مدنی او است مگر آنکه بتواند سبب عامل خارجی را اثبات نماید (حاجی نوری، ۱۳۹۷، ص ۵۰) تنها یک ایراد قابل تصور دیگر می ماند تا بر شرط عدم مسئولیت مهندس ناظر وارد شود چراکه در عقود که یک طرف ضعیف تر از سوی دیگر است و انحصار دست یکی از سویین است، قانونگذار موظف است نقش حمایتی خود را در حمایت از طرف ضعیف تر قرارداد انجام دهد و بدین ترتیب شروط تحمیلی را مردود یا مضیق نماید. در شرط عدم مسئولیت مهندس ناظر نیز با وجود ضعف طرف دیگر قرارداد، قانونگذار باید از او حمایت کند و در این راستا این شرط را باطل تلقی کند.

و) پاسخ به این دلیل

پاسخ به اشکال آخر در سه قسمت ارائه می گردد:

مسئول دانستن مهندس ناظر بدون محدوده زمانی خلاف عدل و انصاف است از آنجا که مهندسیین ناظر بعد از اتمام کار پروژه و تحویل آن بر نحوه استفاده از ساختمان نظارت ندارند، مسئول دانستن آنها علی الدوام خلاف انصاف می باشد. همچنین از آنجا که اجزاء ساختمان هر چقدر هم که با کیفیت باشند به مرور و با گذشت زمان کیفیت خود را از دست داده و فرسوده می شوند دائمی دانستن مسئولیت مهندسیین ساختمان خلاف عدل است؛ لذا در قوانین کشورهای توسعه یافته مسئولیت بیمه کیفیت ساختمان دارای محدودیت زمانی است. بر همین اساس شیوه نامه نظامات اداری موضوع ماده ۳۳ قانون نظام مهندسی و کنترل ساختمان حداقل مدت بیمه کیفیت را مشابه آنچه در مواد ۱۷۹۲ تا ۱۷۹۷ قانون مدنی فرانسه آمده است به شرح ذیل توضیح داده است:

الف) سازه های ساختمانی شامل پی، اسکلت، سقف و سفتکاری، حداقل ۱۰ سال

ب) نمای ساختمان، حداقل ۵ سال

ج) عایق های رطوبتی ساختمان، حداقل ۵ سال

د) تجهیزات و تأسیسات مکانیکی حداقل ۲ سال (همان، ص ۴۴).

مقصود از شرط عدم مسئولیت مهندس ناظر، شرط مطلق و بی قید و حد نیست. به نظر می رسد در صورتی که مقصود از محدوده جعل و اعتبار این شرط تصور شود، تصور آن همراه با تصدیق خواهد بود و دیگر اشکالی نخواهد ماند.

اولاً موارد ذیل از این شرط خارج بوده و در هر صورت مهندس ناظر نسبت به آنها مسئول است:
الف) همان طور که در ضمن مباحث گذشت موارد عمد، تساهل فاحش و صدمه نسبت به اشخاص.

ب) بر اساس تبصره ماده ۵۱۷ قانون مجازات اسلامی^۱ اگر خسارت ناشی از عمل غیر مجاز و مستند به مهندس ناظر باشد.

ثانیاً از آنجا که این شرط ضمن قرارداد گنجانده می شود تنها نسبت به مالک یا کارفرما و سازمان نظام مهندسی که تعهد مهندس ناظر نسبت به آنها قراردادی است معنا می یابد و به این دو مورد محدود می گردد اما در مورد اشخاص ثالث، شهرداری و سازمان مسکن و شهرسازی و اداره تعاون، کار و امور اجتماعی که نسبت به آنها تعهد غیر قراردادی دارد تصور نمی یابد.
ثالثاً آغاز شرط عدم مسئولیت مهندس ناظر از زمانی محاسبه می گردد که مصالح ساختمانی و سازه ها عمر مفید خود را از دست داده باشند.

به این توضیح که در قرارداد باید جزئیات دقیق مشخصات فنی اجزائی که در ساختمان در قسمت های مختلف به کار رفته است مانند اسکلت، تیر آهن و غیره ذکر گردد و میزان مقاومت آنها در شرایط عادی و حوادث طبیعی نیز مشخص گردد. حاصل آنکه شرط مذکور ناظر به بعد از این زمان و این میزان از مقاومت خواهد بود. همچنین باید دوره های زمانی گارانتی و وارانتی قطعات و تجهیزات ساختمان معلوم گردد تا در صورت بروز حادثه در زمان های مذکور علاوه بر مهندس ناظر شرکت های تأمین کننده این وسایل نیز مسئولیت پذیر باشند.
این شرط بر اساس توافق طرفین و تراضی فی مابین می باشد؛ لذا اساساً تحمیلی بودن آن بی معناست و تصور ندارد.

اعتبار شرط عدم مسئولیت مهندس ناظر، ادله فقهی و حقوقی

در مورد صحت و نفوذ شرط عدم مسئولیت در فقه و حقوق موضوعه دلایل متفاوتی ارائه شده که در اینجا ابتدا دلایل فقهی و سپس ادله قانونی مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۱. تبصره ماده ۵۱۷ ق م ا: اگر عمل غیر مجاز به گونه ای باشد که نتوان آن را به مالک مستند نمود مانند آنکه مستند به مهندسان ذیربط ساختمان باشد ضمان از مالک منتفی و کسی که عمل مذکور مستند به اوست ضامن است.

۱. ادله فقهی اعتبار شرط عدم مسئولیت مهندس ناظر

در منابع فقهی شرط عدم مسئولیت تحت عنوان «شرط عدم ضمان»، «اشترای عدم ضمان»، «شرط سقوط ضمان» و «شرط براءة از ضمان» به کار رفته است (نکوئی، ۱۳۸۹، ص ۱۶) که ادله اعتبار آن از قرار ذیل است.

۱-۱. اصل لزوم

لزوم وفای به عهد و پیمان‌ها که از آیه «یا ایها الذین آمنوا أوفوا بالعقود: ای کسانی که ایمان آورده‌اید! به عهد و پیمان‌های خود وفادار باشید» (مائده: ۱) استنباط می‌شود، مؤید التزام به پای بندی به شرط مذکور می‌باشد.

واژه العقود افاده عموم می‌کند و شامل همه عقود می‌شود اعم از اینکه عقود معین و متداول در زمان شارع باشند یا اینکه عقلاء و عموم مردم آن را به جهت نیاز خود تأسیس نموده باشند. همین که توافقی در عرف «قرارداد» نامیده شود و مخالفتی با احکام شرع نداشته باشد، لازم الوفاء می‌باشد (خویی، ۱۹۵۹، ج ۱، ص ۱۴۲) بنابراین توضیح قراردادی که ضمن آن شرط عدم مسئولیت گنجانده شده نیز از این اصل مستثنی نبوده و صحیح و لازم الوفا خواهد بود.

۱-۲. نقد این دلیل

این قاعده وفای به عموم عقود را لازم دانسته است نه صحت شرط ضمن عقد را. آیه «اوفوا بالعقود» دلالت می‌کند بر اینکه وفای به عقد لازم است اما از صحت شرط بیگانه است و چنین چیزی را نمیتوان از آن استنباط نمود.

۱-۳. اصل وفای به شرط

بر اساس قاعده «المؤمنون (المسلمون) عند شروطهم» (حرّ عاملی، ۱۴۱۳، ج ۱۶، ص ۱۸ و ج ۶۸، ص ۲۱ / طوسی، ۱۳۶۴، ج ۷، ص ۲۸)، وفا به همه شروط واجب است. این عموم شامل شرط عدم مسئولیت نیز می‌شود و وجوب وفا، فرع بر صحت است بنابراین منکشف می‌گردد شرط عدم مسئولیت صحیح می‌باشد. به تعبیر دیگر این قاعده بر همه شروط قابل تطبیق است و شرط مزبور هم ویژگی خاصی ندارد که سبب استثناء شدن از حکم سایر شروط شود. وفای به آن نیز از نشانه‌های ایمان می‌باشد و بر اساس آن مسلمین به آنچه ملتزم شده‌اند وفا دارند مگر اینکه خلاف

آن ثابت شود و در مورد شرط برائت هم چنین چیزی ثابت نشده است (عاملی، ۱۴۲۸، ج ۱۰، ص ۱۲۷۳).

۱-۴. نقد این دلیل

این قاعده نمی تواند صحت برائت و سلب مسئولیت را ثابت کند زیرا نهایت چیزی که از قاعده شروط فهمیده می شود وفا به شرط است اما اینکه چه نوع شرطی صحیح است و منشاء اثر می باشد قاعده از بیان آن قاصر است و به عبارت دیگر قاعده شروط دلالت نمی کند که شارط، مشرع باشد (اصغری، ۱۳۹۰، ص ۱۵۱).

۱-۵. اصل سلطنت

حدیث «الناس مسلطون علی اموالهم» (مجلسی، ۱۴۰۳، ج ۲، ص ۲۷۳) که مستند یکی از قواعد مسلم فقهی با عنوان های «قاعده تسلط»، «قاعده تسلیط» و یا «قاعده سلطنت» به کار می رود (محقق داماد، ۱۳۹۲، ج ۱، ص ۲۲۷/انصاری، ۱۴۱۱، ج ۱۰، ص ۱۶۶) و مفاد قاعده این است که هر مالکی نسبت به مال خود تسلط کامل داشته و حق هرگونه تصرف مادی و حقوقی را در آن دارد مگر آنکه به موجب دلیل شرعی خلاف آن ثابت گردد و چون حق مطالبه و اسقاط خسارت یک حق مالی است و در فقه حکم تلقی نمی گردد، فلذا با درج شرط عدم مسئولیت و اسقاط هرگونه خسارت ممانعتی دیده نمی شود.

۱-۶. نقد این دلیل

مفهوم روایت مستند قاعده این است که مالک می تواند در ملک خود هرگونه تصرفی بنماید اما درباره اینکه چه نوع شرطی صحیح است ساکت است. این روایت نفرموده «الناس مسلطون علی احکامهم» یعنی نفرموده مردم بر احکام تکلیفی و وضعی خود مسلطند. دلیل سلطنت در مقام تشریح سبب تصرف نیست که اسقاط حق، تصرفی از اسباب تصرفات است و در مقام تشریح مسبب (برائت مدیون) هم نیست بلکه دلیل سلطنت در مقام اثبات سلطه بر تصرفات و اسبابی اموری است که مشروعیت آن در شرع ثابت شده است (سبحانی، ۱۳۹۸، ص ۹۳) به عبارت دیگر عموم دلیل سلطنت دلالت بر جواز تصرفات وارده بر مال در مرحله مسببات دارد مانند بیع نه سلطنت راجعه به مرحله اسباب به اینکه مالک مسلط بر ایجاد بیع باشد به هر سبب که خواسته

باشد.

۱-۷. اصل صحت

اصل صحت به معنی حمل کردن معاملات برصحت است (محقق داماد، ۱۳۹۲، ج ۱، ص ۱۹۵) یعنی زمانی که در صحت عقد یا شروط مندرج در آن تردید حاصل شود اصل صحت، حکم به صحیح بودن آن می‌نماید مگر آنکه خلاف یا فساد آن ثابت شود. بنابر این اگر در صحت شرط ضمن عقد عدم مسئولیت مهندس ناظر نیز تردید گردد بنا بر اصل مذکور، محکوم به صحت خواهد بود.

۱-۸. اصل اباحه

بر اساس این اصل، در صورت نبود الزام صریح مبنی بر منع، اصل بر مباح و روا بودن هر نوع تصرف می‌باشد و در هر مورد نیاز به تجویز از طریق قانون آسمانی نمی‌باشد مگر اینکه شارع به وضوح در مورد خاصی استفاده از چیزی را منع کرده باشد (جعفری لنگرودی، ۱۳۵۷، ج ۱، ص ۱۹۷) در واقع مبنای اصلی آزادی اراده در فقه همین اصل اباحه است که بر اساس آن فقها فتاوی متعددی صادر نموده‌اند از جمله شیخ انصاری آن را دلیل بر عدم حرمت نقاشی بی‌جان قرار داده است (انصاری، ۱۴۱۱، ج ۲، ص ۲۲۷).

بنابراین اصل می‌توان نتیجه گرفت اصل بر اباحه و بی‌اشکال بودن قراردادان شرط عدم مسئولیت در ضمن عقد می‌باشد زیرا در این زمینه منع خاصی از طرف شارع وارد نشده است.

۱-۹. اصل اقدام

یکی از عوامل سقوط ضمان، اقدام است به این توضیح که وقتی مالک بر عدم ضمان مالش اقدام کرد، به تصرف بلا عوض دیگران در آن رضایت داده؛ لذا دیگر وجهی برای ضمان باقی نخواهد ماند. مانند جایی که مشتری با علم فضولی بودن معامله، اقدام به آن کند که در صورت تلف ثمن، حق رجوع به فروشنده را نخواهد داشت (حسینی مراغی، ۱۳۹۳، ج ۳، ص ۱۱-۱۲).

بر اساس قاعده اقدام هرگاه کسی به ضرر خود نسبت به مال خود اقدام می‌کند در مورد اقدام وی کسی به نفع او مسئولیت مدنی ندارد (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸، ص ۷۰). برای مثال وقتی شخصی با علم به غبن فاحش اقدام به خرید و فروش یا اجاره چیزی کند نه حق خیار فسخ دارد و

نه حق مطالبه خسارت؛ زیرا خودش به زیان خود اقدام نموده است (طباطبایی یزدی، ۱۳۴۲، ج ۵، ص ۳۵).

بنا بر توضیح مذکور قاعده اقدام می‌تواند یکی از ادله صحت شرط عدم مسئولیت در نظر گرفته شود زیرا بنا بر قاعده اقدام وقتی متعهد له، ضمان متعهد را بری می‌نماید و به اراده و رضایت خویش وی را از مسئولیت مبرا می‌سازد، مصداق بارز قاعده اقدام بوده و مشروع و موجه می‌باشد.

۲. ادله حقوقی اعتبار شرط عدم مسئولیت مهندس ناظر

علاوه بر مبانی فقهی از جهت حقوقی نیز میتوان ادله مختلفی در تایید شرط عدم مسئولیت قراردادی مهندس ناظر ارائه نمود.

۲-۱. اصل آزادی قراردادها

مطابق ماده ۱۰ ق.م.ا آزادی قراردادها به‌عنوان یک اصل شناخته شده است و به‌استناد این اصل طرفین قرارداد می‌توانند ضمن عقد در مورد خسارت، پیش‌بینی لازم را به‌عمل بیاورند و از طریق درج شرط عدم مسئولیت در قرارداد از متعهد یا مشروط‌علیه مثل مهندس ناظر در صورت ورود خسارت رفع مسئولیت کنند لذا در صورت رعایت ممنوعیت‌های قانونی و فقهی، اراده اشخاص به‌عنوان یک اصل می‌تواند حاکم بر سرنوشت پیمان‌های آنها باشد.

۲-۲. عدم مغایرت با نظم عمومی و اخلاق حسنه

الف) عدم مغایرت با نظم عمومی: یکی از دلایلی که برای بطلان شرط عدم مسئولیت اقامه شده، مغایرت آن با نظم عمومی است. با این توضیح که قواعد حاکم بر مسئولیت اعم از قراردادی و غیر قراردادی جزو قواعد آمره بوده و توافق برخلاف آنها بر خلاف نظم عمومی و باطل است. اما عده‌ای دیگر از حقوقدانان این موضوع را به‌صورت منجز و کلی قبول ندارند. آقای کاتوزیان به نقل از مارتی و رینو و کاربونیو و دیگر حقوقدانان خارجی اذعان می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ج ۱، ص ۳۲۰) «باید به طبیعت تعهدی که مسئول از اجرای آن کوتاهی کرده است توجه داشت و نظم

۱. ماده ۱۰ ق.م.ا: «قراردادهای خصوصی نسبت به کسانی که آن را منعقد نموده‌اند در صورتی که مخالف قانون نباشند نافذ است».

عمومی را به‌عنوان حربه عمومی در تمام قراردادها به کار نبرد»

طرفداران این نظریه معتقدند (نکسویی، ۱۳۹۰، ص ۸۴ / صفایی، ۱۳۵۱، ج ۲، ص ۵۶۱ / امامی، ۱۳۷۸، ج ۵، ص ۱۰) شروط عدم مسئولیت در مسئولیت قراردادی به‌دلیل آنکه قواعد مربوط به مسئولیت در زمره قوانین امری نیست، صحیح است مگر در مواردی که صریحاً منع قانونی وجود داشته باشد.

بهترین ملاک امری بودن، حفظ نظم عمومی است و در صورتی که غرض از قانون تنها حفظ منافع خصوصی افراد باشد تکمیلی است لذا شرط عدم مسئولیت مهندس ناظر را نمی‌توان از این قاعده منطقی خارج کرد و چنانچه در جهت منافع خصوصی باشد و مغایرتی با نظم عمومی و قوانین امری نداشته باشد مجاز است و نمی‌توان با ترسیم یک حکم کلی تمام موضوعات جزئی و اساسی و گوناگون را در شرط عدم مسئولیت برای مهندس ناظر مردود اعلام کرد.

ب) عدم مغایرت با اخلاق حسنه: اخلاق حسنه در هر قوم، ترکیبی از رسوم اجتماعی، تعالیم مذهبی و داوری‌های عقلی است که وجدان عمومی را تشکیل می‌دهد (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ج ۱، ص ۱۹۱) باتوجه به این تعریف مشخص می‌شود، شرط عدم مسئولیت با اخلاق حسنه منافاتی ندارد زیرا اخلاق حسنه با مسئولیت قراردادی دو موضوع مختلف دارند چون موضوع مسئولیت قراردادی را اراده طرفین قرارداد در چارچوب قانون ایجاد می‌کند و فرهنگ و فطرت و مذهب و... موضوع آن را ایجاد نمی‌کند تا مخالفت با آن، مخالفت با اخلاق حسنه محسوب شود.

۲-۳. عدم انطباق شرط عدم مسئولیت مهندس ناظر با شروط باطل

با احصاء از مواد ۲۳۲ و ۲۳۳ ق.م. و توجه ویژه به تحلیل فقهی شیخ انصاری در المکاسب که شرط صحت را برای شروط ضمن عقد ۹ مورد اشاره داشته‌اند (انصاری، ۱۴۱۱، ج ۱۰، صص ۱۲۱ و ۱۸۶) چنانچه در مفهوم مخالف ماده ۲۳۲ شرطی که مقدر و سودمند و مشروع باشد و در تطبیق با ماده ۲۳۳، چنانچه شرطی، مخالف با مقتضای ذات عقد و یا شرط مجهول نبوده و موجب جهالت در عوضین و تعهد طرفین نباشد باید مجاز تلقی شود.

الف) شرط عدم مسئولیت مهندس ناظر، نامشروع نیست.

ب) شرط عدم مسئولیت مهندس ناظر خلاف مقتضای عقد نیست.

ج) شرط عدم مسئولیت مهندس ناظر از مصادیق شرط مجهولی نیست که جهل به آن موجب

جهل عوضین شود.

بنابراین هیچ اشکالی بر صحت آن از این منظر باقی نمی ماند.

۳. مؤیدات صحت شرط عدم مسئولیت مهندس ناظر

در این قسمت چهار مورد را نه به عنوان دلیلی مستقل بلکه به عنوان مؤیدی بر ادله گذشته بر صحت شرط عدم مسئولیت مهندس ناظر ارائه می دهیم.

۳-۱. مؤیدات قانونی شرط عدم مسئولیت مهندس ناظر

شرط عدم مسئولیت در برخی از موارد قانونی پذیرفته شده که در جهت اثبات و اعتبار این شرط می توان استفاده کرد.

الف) شرط عدم مسئولیت پزشک و صحت آن.^۱

ب) شرط عدم مسئولیت بایع در فروش مال معیوب.^۲

ج) شرط عدم مسئولیت در قانون تجارت.^۳

۳-۲. مقایسه شرط عدم مسئولیت با صلح

مطابق ماده ۷۵۴ ق.م. «هر صلح نافذ است جز صلح بر امری که غیر مشروع باشد» در صلح

۱. ماده ۳۱۹ ق.م.ا.: «هرگاه طبیبی گرچه حاذق و متخصص باشد در معالجه هایی که شخصا انجام می دهد یا دستور آن را صادر می کند هر چند با اذن مریض یا ولی او باشد باعث تلف جان یا نقص عضو یا خسارت مالی شود، ضامن است».

۲. ماده ۶۰ ق.م.ا.: «چنانچه طبیب قبل از شروع درمان یا عمل جراحی از مریض یا ولی امر او بابت حاصل نموده باشد ضامن خسارت جانی یا مالی یا نقص عضو نیست و در موارد فوری که اجازه گرفتن ممکن نباشد طبیب ضامن نمی باشد».

ماده ۳۲۲ ق.م.ا.: «هرگاه طبیب یا .. و مانند آن قبل از شروع به درمان از مریض یا ولی او یا از صاحب حیوان بابت حاصل نماید عهده دار خسارت پدید آمده نخواهد بود».

۳. ماده ۴۳۶ ق.م.ا: اگر بایع از عیوب مبیع تبری کرده باشد به این که عهده عیوب را از خود سلب کرده یا با تمام عیوب بفروشد، مشتری در صورت ظهور عیب حق رجوع به بایع نخواهد داشت و ...

۴. مواد ۳۱۸ و ۳۸۶ و ۳۸۷ قانون تجارت: در ماده ۳۸۱ ق.ت، قانونگذار در ارسال عدل ها اصل را بر مسئولیت متصدی حمل و نقل می گذارد اما چنانچه شرط عدم مسئولیت کرده باشد متصدی مسئول آواری و هرگونه عیب و نقص عدل ها نخواهد بود و در ماده ۳۸۷ ق.ت مجدداً اصل مسئولیت متصدی می گذارد و در نظر پایانی ماده چنانچه توافق دیگری مثل شرط عدم مسئولیت متصدی کرده باشند متصدی ضامن هیچگونه عیب و نقصی نخواهد بود.

معمولاً نابرابری صالح و متصالح در امر مصالحه کاملاً محسوس است و هر صلحی که در مقام دعوی و اسقاط حقی باشد و با شرع مغایرتی نداشته باشد مجاز و قانونی است و در اینجا می‌توان قیاس کرد شرط عدم مسئولیت مهندس ناظر را با صلح اسقاطی که حقی یا دینی را کاملاً ساقط نماید.

۳-۳. جایگزینی و اعتبار بیمه مسئولیت به جای شرط عدم مسئولیت

به راحتی می‌توان مکانیزم شروط عدم مسئولیت را به بیمه مسئولیت تشبیه کرد و از درستی قرارداد بیمه مسئولیت، درستی شرط عدم مسئولیت را نتیجه گرفت (نکوئی، ۱۳۹۰، ص ۹۰)؛ یعنی به عبارتی دیگر اگر نظم عمومی در چهره اخلاقی خود به دنبال بطلان شرط عدم مسئولیت است اعتبار بیمه مسئولیت دلیل خوبی بر اعتبار شرط عدم مسئولیت می‌باشد زیرا هر دو به دنبال تسهیل در کار مدیون و متعهد یا مشروط‌علیه می‌باشد.

۳-۴. اعتبار شرط عدم مسئولیت در حقوق خارجی

علاوه بر حقوق داخلی شواهد متعددی از حقوق کشورهای خارجی اعم از حقوق نوشته و یا عرفی بر جواز شرط عدم مسئولیت قراردادی دلالت مینمایند.

الف) اعتبار شرط عدم مسئولیت در حقوق انگلیس

شرط عدم مسئولیت در انگلیس بر اساس اصل عدم مداخله دولت در اقتصاد و آزادی قرارداد از دیرباز مجاز بوده و اعتبار و نفوذ آن به عنوان یک اصل در حقوق این کشور پذیرفته شده و شرط عدم مسئولیت قراردادی در آن پیش‌بینی شده است.

در حقوق انگلیس که نماینده نظام حقوق کامن‌لا بود، با استناد به اصل آزادی قراردادها، شرط عدم مسئولیت مورد حمایت قرار گرفت ولی پس از آزمون و خطاهای زیاد و سوء استفاده برخی اشخاص از موقعیت‌های برتر اقتصادی و انحصاری، مجلس قانون‌گذاری قانون «شروط ناعادلانه قراردادی» را به عنوان مانع اصلی و عامل کنترل‌کننده شرط عدم مسئولیت وضع کرد (ایزابلو، ۱۳۸۲، ص ۱۶-۱۷).

ب) اعتبار شرط عدم مسئولیت در حقوق فرانسه

مواد ۱۱۰۱ و ۱۱۳۴ق.م. دو ماده شاخص و مهم یعنی آزادی قرارداد و اصل الزام آور بودن

تعهدات قراردادی را مورد تاکید قرار می دهد که به موجب آنها تمام قراردادهای مبنی بر توافق هستند و این توافقات برای طرفین الزام آور بوده و آنها را ملزم به انجام تعهد می نماید. در حقوق فرانسه، به عنوان یک اصل پذیرفته شده که شروط عدم مسئولیت می تواند هرگونه مسئولیت ناشی از قرارداد را اصلاح یا آن را اسقاط نماید (Bell & Co, 1998, p.351).

همچنین وضعیت شرط عدم مسئولیت در حقوق آلمان در قراردادی و غیرقراردادی نافذ است و رژیم معمول و مجری در زمینه مسئولیت قراردادی برای غیرقراردادی عیناً اعمال می گردد. با اینکه قانون شروط قرارداد استاندارد در سال ۱۹۷۷ میلادی در مورد مصرف کننده و قراردادهای تجاری وضع گردید اما در سال ۲۰۰۲ میلادی این قانون نسخ و ماده ۳۰۵ ق.م. آلمان جایگزین گردیده است (German Civil Code, 2015, Arc.305).

نتیجه

باتوجه به اینکه مهندس ناظر به صورت قراردادی نسبت به افراد حقیقی و حقوقی مسئولیت های مهم و اساسی دارد و ممکن است برای رهایی از این همه مسئولیت سنگین و متعدد، مبادرت به درج شرط عدم مسئولیت ضمن عقد نظارت نماید. در این تحقیق سعی بر این بود تا جهات صحت و بطلان چنین شرطی را از منظر فقه و قانون و عرف بسنجیم.

حاصل بررسی این که در قراردادن شرط عدم مسئولیت مهندس ناظر در قرارداد فی مابین وی و مالک و کارفرما اشکالی از جهت مبانی فقهی و قانون ثابت نمی گردد.

اهم ادله مخالفین شرط عدم مسئولیت، اسقاط ما لم یجب بود که بررسی نشان داد نه متکی به دلیل نقلی است و نه توجیه عقلانی دارد علاوه بر اینکه ماهیت این شرط، دفع مسئولیت است نه رفع آن تا اشکال اسقاط ما لم یجب وارد شود، بر فرض تسلیم هم، در مانحن فیه مقتضی و سبب ضمان وجود دارد و همین مقدار برای مایجب بودن و رهایی از اشکال کفایت می کند.

اشکال عمده دیگر مخالفین، مانعیت حمایت قانونی از طرف ضعیف در قرارداد بود که آنها با در نظر گرفتن موارد ذیل مدفوع است: مسئولیت مهندس ناظر باتوجه به مستهلک بودن ابزار و سازه ها به طور نامحدود و بدون قید زمانی خلاف عدل و انصاف است، این شرط محدود به غیر از موارد عمد و تساهل و صدمه به اشخاص و خسارات ناشی از عمل غیر مجاز و مستند به مهندس ناظر است آنها تنها نسبت به مالک و کارفرما و سازمان نظام مهندسی مطرح بوده و شروع آن از

آغاز زمان استهلاك مصالح است، و به صورت توافقی و رضائی است نه تحمیلی. در مورد ادله موافقین هم اگرچه برخی از آنها مانند اصل لزوم و قاعده شروط و اصل تسلیط، قابل نقد و مناقشه اند اما می توان آنها را با ادله دیگری چون اصل اباحه، اصل صحت و قاعده اقدام تقویت نمود.

اینکه فقها و قانونگذار در برخی موارد مشابه درج این شرط را ضمن عقد پذیرفته اند - اگرچه قیاس فی نفسه باطل است اما - می تواند به عنوان مؤیدی بر صحت این شرط در باب مسئولیت مهندس ناظر باشد. مؤید دیگر نتیجه این پژوهش، حقوق بر مبنای عرف کشورهای غربی به ویژه فرانسه و انگلیس و آلمان است که با اندک تفاوت و محدودیت هایی این شرط را مورد قبول قرار داده اند.

در نهایت اینکه پذیرش شرط عدم مسئولیت مهندس ناظر در پروژه هایی که پیمانکار و کارفرما و مهندس ناظر به نحوی در انجام، مدیریت و نظارت بر آن دخیل هستند میتواند از ایجاد اختلافات پیچیده میان نشان جلوگیری نماید و مسئولیت نامحدود مهندس ناظر را محدود نماید.

منابع

* قران کریم.

۱. ابراهیم پوراسنجان، عادل، سید نصرالله ابراهیمی و محمود باقری؛ «تحلیلی بر شرط پذیرش مسئولیت و جبران خسارت (مورد کاوی قراردادهای نفت و گاز)»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی؛ ش ۳، پاییز ۱۳۹۵، ص ۱-۲۶.
۲. ابن زهره حلبی، حمزه بن علی؛ غنیه النزوع؛ قم: مؤسسه امام صادق، ۱۴۱۷ق.
۳. اصغری، محمدجواد؛ «شرط عدم مسئولیت در فقه امامیه و حقوق افغانستان»، پژوهش‌نامه فقهی؛ ش ۴، تابستان ۱۳۹۰، ص ۱۳۷-۱۸۴.
۴. افشار، حسن؛ کلیات حقوق تطبیقی؛ چ ۴، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۵۵.
۵. امامی، اسدالله و صادق عبدی؛ «تحلیل مبانی فقهی - حقوقی شرط عدم مسئولیت قراردادی»، مجتمع آموزش عالی قم؛ ش ۲، تابستان ۱۳۷۸، ص ۷۷-۱۰۶.
۶. امامی، سیدحسن؛ حقوق مدنی؛ چ ۴، تهران: انتشارات اسلامیه، ۱۳۶۳.
۷. انصاری، مرتضی؛ المکاسب؛ چ ۱، قم، انتشارات دارالذخائر، ۱۴۱۱ق.
۸. ایزانلو، محسن؛ شروط محدودکننده و ساقطکننده مسئولیت در قراردادها؛ تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۲.
۹. پیشرو، نیما؛ نظارت بر ساختمان‌سازی در آینه تجربه؛ تهران: شباهنگ، ۱۳۹۲.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ ترمینولوژی حقوق؛ چ ۴، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۶۸.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ دایره‌المعارف حقوق مدنی تجارت؛ چ ۱، تهران: چاپخانه مشعل آزادی، ۱۳۵۷.
۱۲. حاجی‌نوری، غلامرضا؛ «معیارهای تشخیص انتساب زیان به مهندسان ذی‌ربط ساختمان با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه»، فقه و حقوق اسلامی؛ ش ۱۷، پاییز و زمستان ۱۳۹۷، ص ۳۳-۵۵.
۱۳. حرّ عاملی، محمدبن حسن؛ وسائل‌الشیعه؛ چ ۱، قم: مؤسسه آل‌البیت، ۱۴۱۳ق.

۱۴. حسینی مراغی، میرعبدالفتاح؛ العناوین؛ ترجمه عباس زراعت؛ چ ۶، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۹۳.
۱۵. حلی، حسن بن یوسف؛ تذکرة الفقهاء؛ قم: المكتبة المرتضوية، [بی تا].
۱۶. خویی، سید ابوالقاسم؛ مصباح الفقاهة؛ چ ۲، قم: مطبعة سیدالشهدا، ۱۹۵۹ م.
۱۷. زرگوش نسب، عبدالجبار؛ «تبری از عیوب مبیع در فقه اسلامی و حقوق مدنی ایران»، دوفصلنامه فقه مقارن؛ ش ۱۰، پاییز و زمستان ۱۳۹۶، ص ۱۳۱-۱۵۰.
۱۸. سبحانی، محمدحسین؛ نخبة الأزهار؛ قم: چاپخانه علمیه انتشارات، ۱۳۹۸ ق.
۱۹. صفایی، حسین؛ دوره مقدماتی حقوق مدنی تعهدات و قراردادها؛ تهران: مؤسسه عالی حسابداری، ۱۳۵۱.
۲۰. صفایی، محمدحسین و اسدالله امامی؛ حقوق خانواده؛ تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۰.
۲۱. طباطبایی یزدی، محمدکاظم؛ العروة الوثقی؛ نجف: مطبعة الآداب، ۱۳۴۲ ق.
۲۲. طوسی، محمدبن حسن؛ الخلاف؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۳ ق.
۲۳. طوسی، محمدبن حسن؛ المبسوط؛ قم: مكتبة مرتضوية، ۱۳۸۷ ق.
۲۴. طوسی، محمدبن حسن؛ تهذیب الاحکام؛ تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۶۴.
۲۵. عاملی، سید محمدجواد؛ مفتاح الكرامة؛ قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۲۸ ق.
۲۶. کاتوزیان ناصر؛ حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها؛ چ ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۰.
۲۷. کاتوزیان، ناصر؛ الزامهای خارج از قرارداد ضمان قهری؛ چ ۳، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۲.
۲۸. کاتوزیان، ناصر؛ قانون مدنی در نظم کنونی؛ چ ۴، تهران: انتشارات بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۳.
۲۹. کاتوزیان، ناصر؛ مقدمه علم حقوق؛ چ ۴، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۴.
۳۰. کاتوزیان، ناصر؛ وقایع حقوقی؛ چ ۱، تهران: نشر یلدا، ۱۳۷۱.
۳۱. مجلسی، محمد باقر؛ بحار الأنوار؛ چ ۲، بیروت: مؤسسة الوفاء، ۱۴۰۳ ق.
۳۲. محقق داماد، سیدمصطفی؛ قواعد فقه بخش مدنی؛ چ ۳۱، تهران: مرکز نشر علوم

اسلامی، ۱۳۹۲.

۳۳. مکی عاملی (شهید ثانی)، محمد بن جمال الدین؛ الروضة البهية فی شرح اللمعة

الدمشقيه؛ ج ۳، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۷۵.

۳۴. میرزای قمی، میرزا ابوالقاسم؛ جامع الشتات؛ تهران: مؤسسه کیهان، ۱۳۷۱.

۳۵. نجفی، محمدحسن؛ جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام؛ بیروت: دار إحياء

التراث العربی، ۱۹۸۱م.

۳۶. نکوئی، محمد؛ «ماهیت شرط عدم مسئولیت در حقوق ایران و انگلیس»، فصلنامه

تحقیقات حقوقی؛ ش ۲، زمستان ۱۳۸۹،

۳۷. نکوئی، محمد؛ شرط عدم مسئولیت؛ تهران: نشر میزان، ۱۳۹۰.

38. Bell, John, Boyron, Sophie, Whittaker, Simon; **Principles of French Law**; Oxford University Press, 4th ed, 1988.

39. Ernest E, Smith; **Materials on International Petroleum Transactions**, Rocky Mountain Mineral law Foundation, 2010.

40. Kenneth A. Adams, **A manual Of Style For Contract Drafting**, Second Edition, American Bar Association, 2012.

41. **The German Civil code**; Arkose Press, 2015.