



Civil Liability Due to Surgical Instruments Remaining in the Patient's Body

Seyyed Vahid Sadeghi¹, Mohammad Mahdi Alsharif^{1*}

1. Department of Law, Faculty of Administrative Sciences and Economics, University of Isfahan, Isfahan, Iran.

ABSTRACT

Background and Aim: Nowadays, due to the complexity of surgical operations and also the role of speed in these operations, the contracting party's doctor hires a team of assistants and nurses to fulfill his commitment; During the operation, surgical equipment such as gas sterile may remain inside the patient's body. Now the question is who is responsible for this medical error?

Methods: This essay was written with a descriptive-analytical method and using legal and jurisprudential library sources.

Ethical Considerations: This research has been carried out in compliance with ethical and trustworthy principles.

Results: Examining the following issue of coercive liability will give us the answer that the nurses (scrub and circular) are one of the responsible persons in this case because they did not perform their duty correctly regarding the task of counting, so the damage is attributed to them. In addition, the doctor or the person who is responsible for removing the surgical instruments will be jointly responsible with the nurse in case of fault.

Conclusion: As a basic rule in jurisprudence and law, the claim of damage by a third party will not create liability for the obligee or the doctor unless this responsibility is explicitly or implicitly stipulated on the obligee. Contrary to the laws of other countries, the contractual responsibility resulting from the act of another cannot be raised as a principle in the laws of Iran. As a result, only the person to whom the damage is attributed is responsible for compensation. There are similar solutions for the liability of the contractual obligee in case of damage from a third party, which can be proposed in the form of a condition in the contract and a government decree.

Keywords: Medical Liability; Contractual Liability; Contractual Liability for Third Party Action; Medical Team; Obligation

Corresponding Author: Mohammad Mahdi Alsharif; **Email:** m.alsharif@ase.ui.ac.ir

Received: December 07, 2022; **Accepted:** January 31, 2023; **Published Online:** July 01, 2023

Please cite this article as:

Sadeghi SV, Alsharif MM. Civil Liability Due to Surgical Instruments Remaining in the Patient's Body. Medical Law Journal. 2023; 17(58): e15.



انجمن علمی حقوق پزشکی ایران

مجله حقوق پزشکی

دوره هفدهم، شماره پنجاه و هشتم، ۱۴۰۲

Journal Homepage: <http://ijmedicallaw.ir>

انجمن علمی حقوق سلامت

مسئولیت مدنی ناشی از باقی ماندن وسایل جراحی در بدن بیمار

سیدوحید صادقی^۱ ID، محمدمهدی الشریف^{۱*} ID

۱. گروه حقوق، دانشکده علوم اداری و اقتصاد، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران.

چکیده

زمینه و هدف: امروزه با توجه به پیچیدگی عمل‌های جراحی و همچنین نقش سرعت در این عمل‌ها، پزشک طرف قرارداد جهت انجام تعهد خود، تیمی متشکل از دستیاران و پرستاران را به خدمت می‌گیرد؛ در حین عمل ممکن است لوازم جراحی مانند گاز استریل در داخل بدن بیمار جا مانده باشد. حال سؤال آن است که مسئول این خطای پزشکی چه شخصی است؟

روش: این جستار با روش توصیفی - تحلیلی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای فقهی و حقوقی به رشته تحریر درآمده است.

ملاحظات اخلاقی: این پژوهش با رعایت اصول اخلاقی و امانتداری انجام پذیرفته است.

یافته‌ها: بررسی مسأله ذیل مسئولیت قهری این پاسخ را به ما خواهد داد که پرستاران (اسکراب و سیرکولار)، یکی از اشخاص مسئول در این قضیه هستند، زیرا در خصوص وظیفه شمارش به درستی انجام وظیفه ننموده، فلذا خسارت منتسب به آن‌ها است. به علاوه پزشک و یا شخصی که مسئول خارج نمودن وسایل جراحی است در صورت تقصیر دارای مسئولیت اشتراکی با پرستار خواهد بود.

نتیجه‌گیری: به عنوان قاعده اولیه در فقه و حقوق، ایراد خسارت از سوی ثالث، مسئولیتی برای پزشک (متعهد) ایجاد نخواهد کرد، مگر این مسئولیت صراحتاً یا ضمناً بر شخص متعهد شرط شده باشد. برخلاف حقوق کشورهای دیگر، مسئولیت قراردادی ناشی از فعل غیر را نمی‌توان در حقوق ایران به عنوان یک اصل مطرح نمود، در نتیجه تنها کسی که خسارت منتسب به او است مسئول جبران خسارت است. راهکارهای مشابه برای مسئولیت متعهد قراردادی در صورت ورود خسارت از سوی ثالث وجود دارد که در قالب شرط ضمن عقد و حکم حکومتی قابل طرح است.

واژگان کلیدی: مسئولیت پزشکی؛ مسئولیت قراردادی؛ مسئولیت قراردادی ناشی از عمل غیر؛ تیم پزشکی؛ تعهد

نویسنده مسئول: محمدمهدی الشریف؛ پست الکترونیک: m.alsharif@ase.ui.ac.ir

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۹/۱۶؛ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۱/۱۳؛ تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۰۴/۱۰

خواهشمند است این مقاله به روش زیر مورد استناد قرار گیرد:

Sadeghi SV, Alsharif MM. Civil Liability Due to Surgical Instruments Remaining in the Patient's Body. Medical Law Journal. 2023; 17(58): e15.

مقدمه

یکی از عوارض شایع ناشی از عمل جراحی جا گذاشتن وسایل جراحی در بدن بیمار است مطابق دستورالعمل‌های مربوطه (استاندارد «مداخلات پرستاری - شمارش گازها، سواپ‌ها، اسپانچ‌ها، سوزن‌ها و سایر وسایل جراحی - آیین کار» که در شصت و ششمین اجلاس کمیته ملی استاندارد خدمات مورخ ۱۳۸۹/۱۲/۲۴ مورد تصویب قرار گرفت) در عمل‌های مهم که از یک تیم پزشکی تشکیل می‌گردد، دو نفر (پرستار اسکراب و سیرکولار) مسئول شمارش لوازم جراحی اعم از گازها، سواپ‌ها، سوزن‌ها و... می‌باشند. اولین شمارش قبل از انجام برش با صدای بلند توسط دو نفر فوق‌الذکر انجام می‌شود و در فرم مخصوص یا تخته ثبت می‌گردد، مجدداً قبل از بستن حفره عمل دو نفر (پرستار اسکراب و سیرکولار) اقدام به شماره‌گذاری مجدد می‌نمایند. در مرحله سوم نیز بعد از بستن جلد، دو نفر فوق‌الذکر اقدام به شمارش می‌کنند. در این فرض پزشک وظیفه پرسش کردن درباره خروج اشیای جراحی و یکی بودن تعداد وسایل قبل و بعد از عمل دارد در این حالت پس از شنیدن پاسخ مثبت از جانب مسئول امر اقدام به بستن محل عمل می‌نماید.

پرسش اساسی این مقاله این است که آیا متعهد در قرارداد پایه، نسبت به خساراتی که به واسطه عمل یا تقصیر ایادی زبردست خود ببار آمده مسئولیت مدنی دارد یا خیر؟ به عبارتی آیا پزشک نسبت به صدماتی که توسط پرستاران (اسکراب و سیرکولار) خود به مریض وارد می‌شود نیز هست؟ ممکن است تصور شود این مسأله، مسأله واضحی است و متعهد اصلی (پزشک) نسبت به عمل افرادی که از سوی وی برای اجرای قرارداد به کار گرفته شده‌اند، مسئولیت مدنی داشته و این مسئولیت همان است که امروزه به نام «مسئولیت قراردادی ناشی از عمل غیر» شناخته می‌شود (۱). مرحوم استاد کاتوزیان در این باره می‌نویسد: «مسئولیت انجام تعهد به وسیله کارگزاران با طرف قرارداد است. احتمال دارد که شخص او در این زمینه هیچ تقصیری نداشته باشد، ولی در هر حال مسئول افعال دیگران است و نمی‌تواند بدین بهانه خود را

عهدشکن نشمارد» (۲). ایشان در توجیه این مسأله به ماده ۳۸۸ ق.ت در باب مسئولیت متصدی حمل و نقل نسبت به عمل مأمورین خود استناد کرده و آن را ویژه حمل و نقل نشمرده، لذا در باب وکیل و تعمیرکار و پیمانکار فرعی و مسئولیت اشخاص حقوقی نسبت به عمل کارکنان نیز، مسئولیت وکیل دوم یا شاگرد تعمیرکار یا پیمانکار اول یا شخص حقوقی را مطابق قاعده می‌شمارد. از نظر ایشان ملاک مسئولیت ناشی از عمل غیر که در مسئولیت غیر قراردادی مطرح است در اینجا نیز وجود دارد (۲). واقعیت این است که برخلاف این تصور که ظاهراً ذهنیت رایج در بین حقوقدانان و قضات ایران است، پذیرش مسئولیت مدنی متعهد اصلی در قبال عمل غیر به عنوان یک قاعده عام خصوصاً در خسارات جسمانی که قانون مجازات بر آن حکومت دارد، با ابهامات و اشکالات متعددی رو به رو است و در انتساب این دیدگاه به قانونگذار ایران دشواری‌های جدی وجود دارد. در این راستا ابتدا به نقد اصل مسئولیت قراردادی ناشی از فعل غیر پرداخته و سپس به دنبال شناسایی شخص یا اشخاص مسئول در خصوص موضوع خواهیم پرداخت.

ملاحظات اخلاقی

در پژوهش حاضر جنبه‌های اخلاقی مطالعه کتابخانه‌ای شامل اصالت متون، صداقت و امانتداری رعایت شده است.

روش

مقاله حاضر به روش توصیفی - تحلیلی و با بهره‌گیری از داده‌های کتابخانه‌ای اعم از حقیقی و مجازی به نگارش در آمده است. به این ترتیب ابتدا به نقد اصل مسئولیت قراردادی ناشی از فعل غیر که مطابق آن، پزشک مسئول خطای سایر اعضای تیم پزشکی است، پرداخته و سپس با توجه به مستندات فقهی و قانونی، شخص مسئول را شناسایی خواهیم نمود.

یافته‌ها

در صورت جا گذاشتن وسایل جراحی در بدن بیمار چندین احتمال در خصوص شخص مسئول قابل طرح است. عده‌ای بر این عقیده هستند که پزشک در این خصوص مسئول بوده و مسئولیت او از نوع مسئولیت قراردادی ناشی از عمل غیر است. این پژوهش بعد از نقد دیدگاه فوق به این نتیجه رسیده است که از منظر فقهی و حقوقی تنها کسی که بین او و خسارت وارده رابطه سببیت برقرار است به عنوان ضامن شناخته می‌شود. در این خصوص، پرستاران (اسکراپ و سیرکولار)، یکی از اشخاص مسئول در این قضیه هستند، زیرا در خصوص وظیفه شمارش به درستی انجام وظیفه ننموده، فلذا خسارت منتسب به آن‌ها است. به علاوه پزشک و یا شخصی که مسئول خارج نمودن وسایل جراحی است در صورت تقصیر دارای مسئولیت اشتراکی با پرستار خواهد بود. به طور کلی ایراد خسارت از سوی ثالث مسئولیتی برای متعهد ایجاد نخواهد کرد، مگر این مسئولیت صراحتاً یا ضمناً بر شخص متعهد شرط شده باشد.

بحث

۱. مسئولیت پزشک بر مبنای مسئولیت قراردادی ناشی از فعل غیر: رویه قضایی فرانسه اصل مسئولیت قراردادی ناشی از فعل غیر را بر مسئولیت جراح ناشی از فعل دستیاران و زبردستان در جراحی مانند پرستار اعمال کرده است (۳). برخی نویسندگان حقوق ایران نیز قائل به مسئولیت پزشک از باب مسئولیت قراردادی ناشی از فعل غیر هستند (۴-۵). در این مقاله ابتدا به دلایل عدم پذیرش این اصل در حقوق ایران اشاره کرده و سپس مطابق با مبانی حقوق ایران به شناسایی مسئول خواهیم پرداخت.

۱-۱. موانع پذیرش مسئولیت قراردادی ناشی از فعل غیر در حقوق ایران

۱-۱-۱. عدم ذکر مسئولیت قراردادی ناشی از فعل غیر به عنوان قاعده عام در فرانسه: موضوعی که پذیرش مسئولیت مدنی قراردادی ناشی از عمل غیر را در حقوق ایران

با ابهام و تردید روبرو می‌سازد، وضعیت مسأله در حقوق فرانسه به عنوان منبع الهام بخش حقوق ایران در حوزه مسئولیت مدنی است. در باب پذیرش مسئولیت قراردادی ناشی از عمل غیر به صورت یک قاعده کلی، بین نظام‌های حقوقی تفاوت جدی وجود دارد. در برخی نظام‌ها همچون آلمان و سوئیس این مسئولیت به طور صریح و به عنوان قاعده آمده است (۶). ماده ۲۷۸ قانون مدنی آلمان مقرر می‌دارد: «متعهد همان‌گونه که در قبال تقصیرات شخصی خود پاسخگو است باید در قبال تقصیر نماینده قانونی خود (ولی یا قیم) و نیز تقصیر کسانی که برای اجرای تعهد خود آن‌ها را به خدمت گرفته پاسخگو باشد.» در حقوق مصر نصی که این قاعده عام را در مسئولیت قراردادی ناشی از فعل غیر پیش‌بینی کند، وجود ندارد، اما حقوقدانان مصری این قاعده را به طور ضمنی از برخی مواد قانون مدنی مصر برداشت کرده‌اند (۷). بند دوم از ماده ۲۱۷ قانون مدنی مصر بیان داشته: «متعهد می‌تواند حسب توافق، خود را از هرگونه مسئولیت مترتب بر عدم اجرای تعهد قراردادی، به جز مسئولیت ناشی از تقلب یا تقصیر فاحش، بری کند. مع ذلک متعهد می‌تواند عدم مسئولیت خود و اجرای تعهد را از جهت تقلب، تقصیر فاحش اشخاص تحت استخدام خود، شرط کند.» از ذیل ماده برمی‌آید که متعهد در قبال اعمال افرادی که برای اجرای تعهد استخدام کرده مسئولیت دارد، والا شرط عدم مسئولیت در قبال تقصیرات آنان بی‌معنا بود (۸).

اما قانونگذار فرانسه برخلاف قانونگذار آلمان و سوئیس در هیچ متن عامی، از مسئولیت مدنی قراردادی ناشی از عمل غیر سخن نگفته است و از همین رو پذیرش این امر در حقوق فرانسه از ابتدا با تردید رو به رو بوده و همواره مخالفینی نیز داشته است. مخالفین با تکیه بر اصل شخصی بودن مسئولیت (۹) قائل به ارائه تفسیر مضیقی از مسئولیت مدنی ناشی از عمل غیر هستند. موافقین این قاعده نیز کوشیده‌اند از استقرار موارد پراکنده‌ای که دلالت بر مسئولیت قراردادی ناشی از عمل غیر دارد، استخراج قاعده عام کنند (۱۰). بر همین اساس امروزه نیز در بسیاری از کتاب‌های مسئولیت مدنی

با مبانی حقوق ایران سازگار به نظر نمی‌رسد و یا دست کم نیاز به بررسی و تأمل جدی است.

وانگهی موافقان مسئولیت مدنی قراردادی ناشی از عمل غیر در حقوق فرانسه در توجیه مبانی این مسئولیت اختلافات فراوانی دارند. برخی آن را بر مبنای فرض تقصیر و برخی بر مبنای مسئولیت متبوع نسبت به عمل تابع یا همان مسئولیت قهری ناشی از عمل غیر و برخی بر مبنای نظریه نمایندگی و بالاخره برخی بر اساس نظریه تضمین استوار کرده‌اند (۷). برای پذیرش این مسئولیت به نحو عام در حقوق ایران این مبانی باید مورد تأمل قرار گرفته و سازگاری یا ناسازگاری هر یک با چارچوب نظام حقوق مسئولیت مدنی ایران و آثار پذیرش هر مبنا مورد بررسی قرار گیرد.

۱-۲. تغییر مواد قانون مدنی فرانسه در خصوص مسئولیت قراردادی ناشی از فعل غیر در قانون مدنی ایران: نکته دیگر که در تصمیم‌گیری درباره این قاعده در حقوق ایران کاملاً مهم است، بررسی مقررات قانونی ایران در این موضوع است. در حقوق ایران برخلاف مسئولیت تقصیری یا قهری ناشی از عمل غیر که به صورت قاعده کلی در ماده ۱۲ ق.م.م.آ آمده در خصوص مسئولیت قراردادی ناشی از عمل دیگری نه تنها همچون حقوق فرانسه هیچ متن عامی که دلالت بر پذیرش چنین مسئولیتی نماید وجود ندارد (۶)، بلکه از قضا برخی از مواد قانون مدنی فرانسه که در موارد خاص دلالت بر چنین مسئولیتی داشته و حقوقدانان فرانسوی برای اثبات قاعده کلی از آن‌ها استفاده کرده‌اند، در قانون مدنی ایران تغییر یافته و پذیرش قاعده از سوی قانونگذار ایران را با تردید بیشتر رو به رو ساخته است. برای مثال ماده ۱۹۹۴ قانون مدنی فرانسه وکیل اول را در فرضی که حق توکیل نداشته، مسئول اعمال وکیل دوم دانسته، در حالی که ماده ۶۷۳ ق.م. ایران که از همین ماده اقتباس شده، عبارت «وکیل پاسخگوی وکیلی است که جانشین خود کرده» که صراحتاً بر پذیرش مسئولیت در خصوص وکالت بدون حق توکیل دلالت دارد را حذف و به جای آن از مسئولیت هر وکیل نسبت به آنچه هر یک مسبب بوده، سخن گفته است. به موجب ماده

فرانسوی هیچ اشاره‌ای به مسئولیت قراردادی ناشی از فعل غیر نشده است و این مؤلفان ترجیح می‌دهند با توجه به سکوت قانونگذار فرانسوی از مسئولیت قهری متبوع نسبت به عمل تابع برای حل و فصل این موضوع استفاده کنند و به تعبیر دیگر مسئولیت کارگزاران متعهد را بر مبنای قواعد عام مسئولیت مدنی قهری و به طور خاص مسئولیت قهری ناشی از فعل دیگری تحلیل کنند (۶). به هر حال با توجه به سکوت مقنن فرانسوی از یکسو و اختلاف نظر در بین حقوقدانان فرانسوی در این زمینه، نمی‌توان به ادعای قرابت مسئولیت مدنی ایران با مسئولیت مدنی فرانسه، به سادگی حکم به وجود چنین نهادی در حقوق ایران به تبعیت از حقوق فرانسه نمود. تذکر این نکته لازم است که نظام‌های حقوقی که مسئولیت قراردادی ناشی از فعل غیر را پذیرفته‌اند، آن را محصور به مورد واگذاری تعهد از سوی متعهد به دیگری نمی‌دانند و آن را شامل موردی که قانون اجرای تعهد را بر نماینده قانونی تکلیف کرده نیز می‌دانند. در فرض متعارف مسئولیت قراردادی ناشی از فعل غیر، ثالث به موجب قرارداد با متعهد اصلی متعهد به اجرای قرارداد شده است و در فرض مورد بحث، قانون مبنای تعهد ثالث به اجرای تعهد ناشی از قرارداد است. مثال این قسم قراردادهایی است که ولی یا قیم از سوی محجور منعقد نموده‌اند و قانون نماینده قانونی را متعهد به اجرای تعهد قرارداد صغیر و محجور کرده است. حال اگر در اثر تخلف ولی یا قیم، قرارداد اجرا نشود، در حقوق فرانسه بر مبنای دکترین رایج، صغیر و محجور نسبت به خسارات ناشی از نقض قرارداد، مسئولیت قراردادی ناشی از فعل غیر دارند! قانون مدنی آلمان در ماده ۲۷۸ خود به مسئولیت متعهد در قبال «تقصیر نمایندگان قانونی خود» تصریح نموده و حقوقدانان مصری نیز بر این مصداق تصریح کرده‌اند (۷)، هرچند برخی از اساتید حقوق مدنی ایران به طور صریح یا ضمنی بر وجود چنین مسئولیتی در حقوق ایران اذعان کرده‌اند (۱۱)، اما با توجه به فقدان تکلیف محجور از یکسو و تخلف نماینده قانونی و انتساب زیان به وی از سوی دیگر، تحمیل مسئولیت ناشی از تخلف ولی و قیم بر محجور،

۶۷۳: «اگر وکیل که وکالت در توکیل نداشته انجام امری را که در آن وکالت دارد، به شخص ثالثی واگذار کند، هر یک از وکیل و شخص ثالث در مقابل موکل نسبت به خساراتی که مسبب محسوب می‌شود مسئول خواهد بود»، چنانکه از ظاهر ماده برمی‌آید نویسندگان قانون مدنی ایران به جای پاسخگو شمردن وکیل اول، هر کدام را مسئول خساراتی دانسته‌اند که سبب شده‌اند. برداشت مسئولیت تضامنی یا مسئولیت وکیل اول نسبت به خساراتی که وکیل دوم مسبب آن بوده از ظاهر این ماده بسیار دور است (۱۲)، هرچند برخی از نویسندگان حقوق ایران ماده ایرانی را مشابه و معادل فرانسوی قلمداد کرده‌اند (۱۳)، به هر حال قانونگذار ما در این فرض که به دلیل عدم حق توکیل، مسلماً وکیل اول در تفویض کار به وکیل دوم مقصر بوده، از تصریح به مسئولیت ناشی از فعل غیر اجتناب کرده و این موضع‌گیری با ادعای پذیرش مطلق مسئولیت قراردادی ناشی از فعل غیر از سوی مقنن ایران یا دست کم در قانون مدنی به دشواری قابل جمع است. مورد دیگری که نشان از مخالفت یا حداقل تردید نویسندگان قانون مدنی در پذیرش این قاعده حتی در موارد استثنایی مورد تصریح قانونگذار فرانسوی دارد، تغییراتی است که قانونگذار مدنی ایران برای تدوین ماده ۲۷۸ خود در ماده ۱۲۴۵ سابق ق.م فرانسه (که با تغییراتی در ماده ۵-۱۳۴۲ جدید منعکس گردیده) داده است. ماده مزبور مقرر می‌داشت: «بدهکار یک مال معین و معلوم با تسلیم آن در وضعی که حین تسلیم دارد، از تعهد آزاد می‌گردد به شرط اینکه نقص و خرابی حاصله در مال ناشی از عمل یا تقصیر خود وی یا عمل و تقصیر کسانی که وی مسئول عمل آنان است نباشد...». عبارت «عمل و تقصیر کسانی که وی مسئول عمل آنان است» به خوبی بیانگر مسئولیت ناشی از فعل غیر است، چنانکه اشاره شد این ماده منشأ اقتباس ماده ۲۷۸ قانون مدنی ایران است که مقرر می‌دارد: «اگر موضوع تعهد عین معینی باشد، تسلیم آن به صاحبش در وضعیتی که حین تسلیم دارد موجب براءت متعهد می‌شود، اگرچه کسر و نقصان داشته باشد، مشروط بر اینکه کسر و نقصان از تعدی و تفریط متعهد ناشی نشده باشد،

مگر در مواردی که در این قانون تصریح شده است، ولی اگر متعهد با انقضای اجل و مطالبه، تأخیر در تسلیم نموده باشد، مسئول هر کسر و نقصان خواهد بود، اگرچه کسر و نقصان، مربوط به تقصیر شخص متعهد نباشد.» در این ماده نویسنده قانون مدنی عبارت «عمل و تقصیر کسانی که وی مسئول عمل آنان است» را حذف نموده است. برخی نویسندگان برآنند که مقنن در مقام نفی مسئولیت قراردادی ناشی از فعل غیر نبوده است (۶) و فرضی را که مال به وسیله کسانی تلف می‌شود که امین مسئول اقدام آن‌ها است (مانند کارگران هنگام کار) باید به موارد ضمان امین افزوده شود، زیرا احتمال دارد امین مقصر نباشد، ولی مسئول فعل دیگران قرار گیرد (۲). با وجود این، تغییرات صورت‌گرفته در قانون مدنی ایران حداقل این احتمال را تقویت می‌کند که نویسندگان فقیه قانون مدنی در پذیرش مسئولیت قراردادی ناشی از عمل دیگری با مشکلاتی رو به رو بوده‌اند و چنانکه خواهیم دید به احتمال قوی مبانی فقهی مورد قبول نویسندگان قانون مدنی اجازه پذیرش چنین مسئولیتی را نمی‌داده است. خلاصه سخن اینکه قانون مدنی ایران نه تنها به نحو عام از وجود چنین مسئولیتی سخن نگفته، بلکه موارد استثنایی که در قانون مدنی فرانسه به عنوان مصادیقی از این مسئولیت شناخته شده را نیز چنان تغییر داده که نتوان از آن‌ها، حتی به صورت استثنایی نیز مسئولیت قراردادی ناشی از فعل غیر را برداشت نمود. با وجود سکوت یا تردید قانون مدنی در پذیرش این مسئولیت به نحو عام یا خاص، قانونگذار ایران در یکی یا دو مورد، به مصادیقی از این مسئولیت اشاره کرده، لذا در واقع بحث حول این نکته متمرکز می‌شود که آیا از این دو متن می‌توان استخراج قاعده عمومی نمود یا خیر؟ به عنوان مثال در ماده ۳۸۸ ق.ت متصدی حمل و نقل را مسئول حوادث و تقصیراتی که در مدت حمل واقع شده دانسته «اعم از اینکه خود مباشرت به حمل و نقل نموده باشد یا حمل و نقل‌کننده دیگری را مأمور کرده باشد.» مرحوم استاد کاتوزیان بدون هیچ توجیه روشنی حکم این ماده را قابل تعمیم به تمامی موارد دانسته‌اند (۲) و در تأیید وجود این قاعده در حقوق ایران به

ماده ۶۷۳ ق.م نیز در باب وکالت توکیلی استناد کرده‌اند که همان‌گونه که گذشت این ماده نه‌تنها بر چنین مسئولیتی دلالت نداشت، بلکه با توجه به تغییراتی که نویسنده قانون مدنی ایران در نسخه فرانسوی داده بود، از شواهد عدم پذیرش این قاعده از سوی قانونگذار مدنی به حساب می‌آید. از سوی دیگر به نظر می‌رسد مسئولیت مقرر در ماده ۳۸۸ قانون تجارت با مبانی حقوقی و فقهی سازگار نباشد. حکم مقرر در ماده ۳۸۸ قانون تجارت خلاف قاعده است. قانون مدنی مسئولیت متصدی حمل و نقل را در قالب عقد اجاره و بر مبنای فقه تبیین نموده است. مطابق مبانی قانون مدنی متصدی حمل و نقل امین محسوب می‌شود. در فرضی که متصدی حمل و نقل اذن در واگذاری تعهد داشته باشد و یا اطلاق قرارداد این اجازه را به او داده باشد، در صورتی که مرتکب تعدی و تفریط نشود و شخص مناسبی را برای این کار بگمارد و شخص ثالث مرتکب اتلاف مال گردد، مسئول دانستن متصدی حمل و نقل اول با مبانی سازگار نیست. نظریات شورای نگهبان در خصوص عدم مسئولیت شرکت در صورتی که تقصیر صرفاً منتسب به راننده باشد، نشان از آن دارد که حکم مقرر در ماده ۳۸۸ قانون تجارت موافق مبانی شرعی نیست (نظریات شماره ۸۴/۳۰/۱۱۴۲۶ مورخ ۱۳۸۴/۱/۲۵ و شماره ۹۹/۱۰۲/۱۶۸۱۳ مورخ ۱۳۹۹/۲/۲۱).

تنها مورد دیگری که برای اثبات وجود چنین قاعده‌ای در حقوق ایران مورد استناد قرار گرفته (۶)، بند «ب» ماده ۲۴ پیمان است که مقرر می‌دارد «... پیمانکار مسئول تمام عملیاتی است که توسط پیمانکاران جزء یا کارکنان آن‌ها انجام می‌شود...» از مستندات مسئولیت قراردادی ناشی از عمل غیر قلمداد شده است. به نظر می‌رسد تمسک به این مقرر برای پذیرش این مسئولیت به عنوان یک قاعده صحیح نباشد، زیرا اولاً این مقرر به عنوان قانون نبوده و تنها یک دستورالعمل از ناحیه سازمان مدیریت و برنامه‌ریزی است؛ ثانیاً این مقرر به عنوان یک دستورالعملی دارای مقررات آمره نبوده و تنها قراردادهای پیمان مبتنی بر آن شکل می‌گیرد. در این راستا شورای نگهبان در خصوص بند «ط» ماده ۱۷ این دستورالعمل این‌گونه مقرر داشته «مورد شکایت خلاف شرع دانسته نشد.

توضیح اینکه پیمانکار بر اساس این پیمان، از جمله بند «ط» مورد شکایت، قرارداد خود را با کارفرما منعقد نموده است و قرارداد مبنیاً بر این پیمان و شرایط منعقد شده است و با توجه به اینکه اصل مفاد بند «ط» خلاف شرع نیست، الزامات موجود در آن نیز خلاف شرع نمی‌باشد» (نظریه شماره ۱۵۷۲/۱۰۰/۹۶ مورخ ۱۳۹۶/۳/۳۱). بنابراین چون قراردادهای پیمانکار و کارفرما مبتنی بر این دستورالعمل است، نوعی شرط ضمن عقد بوده که طرفین ملزم به آن محسوب می‌شوند.

به طور خلاصه می‌توان گفت قانونگذار ایران تنها در این دو مورد به چنین مسئولیتی اشاره کرده و برای اثبات وجود قاعده باید ثابت گردد که این دو مورد، استثنایی نبوده و با مبانی کلی حاکم بر حقوق ایران سازگار است.

۱-۳-۱. اختلاف اساتید حقوق ایران در پذیرش مسئولیت قراردادی ناشی از فعل غیر: یکی از دلایلی که بررسی عمیق این موضوع را توجیه می‌کند، اختلاف بین اساتید حقوق در پذیرش این قاعده در حقوق ایران است. مرحوم استاد کاتوزیان مجموعاً دو یا سه صفحه به این موضوع اختصاص داده‌اند و چنانکه گذشت به استناد ماده ۳۸۸ ق.ت و ماده ۶۷۳ ق.م و بدون توجیه روشنی حکم به وجود قاعده مسئولیت مدنی قراردادی ناشی از عمل غیر داده‌اند (۲). استاد جعفری لنگرودی در کتاب «ترمیم‌ولوژی حقوق» بدون ذکر مبانی و به اختصار تمام از دو قسم مسئولیت قراردادی ناشی از عمل غیر، یعنی مسئولیت ناشی از عمل متعهد دوم که به موجب قرارداد مکلف به اجرای قرارداد شده و مسئولیت محجور در قبال نقض عهد نماینده قانونی خود سخن گفته‌اند (۱۱) که کاملاً مشابه با دیدگاهی است که از سوی حقوق آلمان و سوئیس و مصر و برخی حقوقدانان فرانسوی پذیرفته شده است و به ویژه ذکر قسم دوم که در حقوق ما کاملاً نامأنوس است، حکایت از تقلید از حقوق بیگانه دارد. اساتید دیگری نیز در این خصوص قائل به مسئولیت متعهد اول هستند، هرچند برخی آن را در قالب مسئولیت قهری ناشی از فعل غیر (۱۴) و برخی آن را در چارچوب مسئولیت قراردادی تحلیل نمودند (۱۵). مرحوم استاد شهیدی برخلاف اساتید

۲. امکان سنجی پذیرش مسئولیت پزشک در حقوق ایران: به نظر می‌رسد با توجه به سکوت قانونگذار ایران و وجود صرفاً یک یا دو متن قانونی، یعنی ماده ۳۸۸ قانون تجارت و بند «ب» ماده ۲۴ قرارداد پیمان که در موارد خاص خود، دلالت بر مسئولیت قراردادی ناشی از فعل غیر دارد و نیز با توجه به اختلاف نظر اساتید حقوق مدنی ایران در وجود چنین قاعده‌ای در حقوق ایران، مسأله محوری در این موضوع که باید بر آن متمرکز گردید، روشن کردن این مطلب است که آیا می‌توان برای پزشک در فرض نقض قرارداد توسط زبردستان مبنایی در حقوق ایران جستجو نمود یا نه؟ بدیهی است اگر بتوان مبنایی برای این نوع مسئولیت پیدا کرد، می‌توان مسئولیت را در غیر از موارد منصوص نیز پذیرفت و برعکس اگر مبنایی مسئولیت موجود در حقوق ایران از توجیه چنین مسئولیتی ناتوان باشد، باید حکم مواد یادشده را استثنایی و محدود به موارد خاص خود نمود.

۲-۱. مبنای مسئولیت پزشک؛ مسئولیت قراردادی یا قهری؟ مبنای مسئولیت پزشک در فرض وجود یا از نوع مسئولیت قراردادی یا از نوع مسئولیت قهری است. پس پرسش نخست این است که آیا بر اساس مبنای مسئولیت قراردادی می‌توان پزشک (متعهد اصلی) را به دلیل تخلف زبردستان وی مسئول شمرد؟ یکی از مشکلات اساسی پذیرش مسئولیت قراردادی در چنین فرضی را باید در ابهام در اصل مسئولیت قراردادی در حقوق ایران دانست، هرچند در حقوق فرانسه و اغلب نظام‌های حقوقی مسئولیت قراردادی ناشی از نقض قرارداد امری شناخته شده است، اما به نظر می‌رسد آنچه قانون مدنی ایران به عنوان مسئولیت قراردادی در مواد ۲۲۱ به بعد به رسمیت شناخته با مفهوم فرانسوی آن تفاوت اساسی دارد. نگاهی به فقه نشان می‌دهد که فقها قواعد اتلاف و تسبیب را قواعدی مطلق دانسته و محدود به فرض عدم وجود قرارداد نمی‌دانند. به بیان روشن‌تر از منظر فقهی اگر کسی سبب تلف یا مباشر تلف مال دیگری قرار گیرد، مشمول قواعد اتلاف و تسبیب می‌گردد و وجود قرارداد مانع از شمول قواعد ضمان قهری نمی‌گردد. بر همین اساس فقها مسأله اتلاف از

یادشده، اولاً مسئولیت قراردادی را نسبت به متعهد نمی‌پذیرد، زیرا به حسب فرض، ثالث سبب نقض قرارداد شده نه متعهد اصلی و عمل او در حکم فورس‌ماژور برای متعهد اصلی بوده است؛ ثانیاً مسئولیت قراردادی نسبت به ثالث را نیز به دلیل عدم وجود قرارداد بین متعهد اصلی و ثالث منتفی می‌دانند و بالاخره مسئولیت قهری و از باب تسبیب را نیز صرفاً متوجه متعهد فرعی یا همان ثالث می‌دانند (۱۶)، هرچند در خصوص مسئولیت مدنی قراردادی ناشی از عمل غیر سخن‌چندانی در حقوق ما یافت نمی‌شود، اما تعداد اندکی از اساتید حقوق مسئولیت مدنی ایران به نحو مستوفی به این موضوع پرداخته‌اند و در نهایت جانب وجود چنین قاعده عامی را ترجیح داده‌اند (۶)، البته یادآوری این نکته خالی از لطف نیست که حتی این حقوقدانان باورمند به وجود قاعده در حقوق ایران نیز به تفاوت‌های حقوق ایران و فرانسه توجه داشته‌اند و حکم ماده ۱۷۳۵ ق.م فرانسه که مستأجر اول را مسئول زیان و خرابی ناشی از مستأجر دوم دانسته و به نوعی می‌توان آن را از مصادیق مسئولیت قراردادی ناشی از فعل غیر در حقوق فرانسه دانست، مغایر با مبنای قانون مدنی ایران دانسته و معتقدند در حقوق ایران، اگر مستأجر حق اجاره به دیگری را داشته باشد، مسئولیتی در قبال خسارات مستأجر دوم ندارد (۶). به نظر می‌رسد تفاوت‌های حقوق ایران و فرانسه در این موضوع به این حد محدود نبوده و در موارد بسیار دیگری نیز باید از پذیرش این مسئولیت چشم پوشید که یکی از نمونه‌های نسبتاً روشن آن مسئولیت مجبور در قبال تقصیر نماینده خود در اجرای قرارداد است و نمونه دیگر نیز که مرتبط با موضوع مقاله است خسارت جسمانی است که به دلیل حکومت بلامنازع قانون مجازات اسلامی، دبه یا ارش بر کسی مستقر می‌گردد که مسبب ورود آسیب بوده و مثلاً جراح طرف قرارداد که نقشی در ورود آسیب به بیمار نداشته، در قبال اعمال زانیار سایر اعضای تیم جراحی مثلاً متخصص بیهوشی به صرف اینکه طرف اصلی قرارداد بوده، به دبه یا ارش محکوم نخواهد شد (۱۷).

سوی صانع و اجیر را بر مبنای قواعد اتلاف و تسبیب حل می‌کنند و حتی در روابط پزشک و بیمار نیز آنچه بر مسأله حکومت می‌کند قواعد اتلاف و تسبیب است (۱۸). آری در برخی موارد قرارداد مصحح رابطه سببیت می‌گردد، مثلاً باغبانی که تخلف کرده و باغ را آبیاری نکرده، عرفاً مسبب تلف درختان به حساب می‌آید و از باب تسبیب ضامن است منتهی قرارداد مبنای ضمان باغبان نیست، بلکه سببیت وی برای خشک‌شدن درختان مبنای مسئولیت اوست. برخی از مؤلفان این احتمال را کاملاً قوی دانسته‌اند که در حقوق ایران آنچه تحت عنوان مسئولیت قراردادی مطرح است، دقیقاً ناشی از قرارداد و به عبارت دیگر برگرفته از شرط ضمن عقد و تراضی طرفین است و تغییرات صورت‌گرفته در ماده ۲۲۱ قانون مدنی و افزودن شروط سه‌گانه‌ای به انتهای ماده و تأکید بر ضرورت آن‌ها در مواد ۲۲۲ و ۲۲۸ را از دلایل این ادعا می‌شمارند (۱۹)، به گفته این مؤلفان ماده ۲۲۱ قانون مدنی معادل ماده ۱۱۴۲ سابق قانون مدنی فرانسه است، اما نویسنده قانون مدنی ایران نه تنها آن را واژگونه ساخته، بلکه سه شرط برای آن مقرر داشته است. بر اساس ماده فرانسوی «هر تعهد به انجام کار یا ترک کار، در صورت تخلف متعهد به جبران خسارت بدل می‌شود.» بر اساس این ماده مسئولیت به جبران خسارت، همان تعهد اولیه است که در فرض تخلف مبدل به جبران خسارت شده است. نویسنده قانون مدنی ایران این قاعده را واژگون نموده و مقرر داشته در صورت تخلف، متعهد مسئول خسارت نیست، مگر صراحتاً یا ضمناً شرط شده یا قانون چنین حکمی را مقرر داشته باشد (۱۹). اغلب اساتید حقوق مدنی ایران سه شرط ذیل ماده ۲۲۱ را زائد و غیر قابل توجیه دانسته‌اند (۲) و یا دست کم مقصود واقعی نویسندگان قانون مدنی از افزودن این شروط را نامعلوم دانسته‌اند. تردیدی نیست که نویسنده قانون مدنی در پذیرش اصل مذکور در ماده ۱۱۴۲ ق.م فرانسه با مشکلی رو به رو بوده است و از منظر نویسنده قانون مدنی ماده فرانسوی با شکل موجود با فقه ناسازگار بوده است. ظاهراً علت ناسازگاری این بوده که از یکسو صرف تخلف از قرارداد به خودی خود نمی‌تواند ضمان‌آور باشد و در فقه به عنوان موجب ضمان شناخته نمی‌شود و از

سوی دیگر اگر نقض قرارداد موجب خسارت مالی شده باشد، در این صورت نیز قواعد ضمان قهری همچون اتلاف و تسبیب بر مسأله حکومت داشته و مبنای مسئولیت اتلاف و تسبیب است نه نقض قرارداد. در نگاه فقهی ضمانت اجرای تخلف از قرارداد اصولاً اموری همچون فسخ یا انفساخ یا امکان الزام قضایی است و تنها در صورتی می‌توان برای صرف نقض قرارداد مسئولیتی بر دوش متخلف از قرارداد بار نمود که صراحتاً یا ضمناً چنین شرطی بین آن‌ها شده باشد، مانند شرط وجه التزام یا قانون چنین شرطی را به قرارداد آن‌ها تحمیل نماید (۱۹). بنابر این دیدگاه در فرضی که خود متعهد اصلی (پزشک) از قرارداد تخلف می‌کند، در فرض ورود خسارت، مبنای مسئولیت وی تحقق یکی از اسباب ضمان قهری است و اگر خسارتی ببار نیامده باشد تنها در صورت اشتراط می‌توان از نقض‌کننده مبالغی را به عنوان وجه التزام یا شرط کیفری مطالبه نمود. حال در فرض ما که نقض تعهد از سوی کسی جز متعهد قراردادی صورت گرفته اشکال مسئولیت قراردادی شدیدتر است و اگر نقض قرارداد منجر به آسیب به بیمار گردد، مسلماً مسبب این خسارات از باب ضمان قهری مسئولیت دارد و اطلاق قواعد اتلاف و تسبیب چنین فرضی را نیز دربر می‌گیرد، اما مسئولیت متعهد اولیه تنها در فرضی ممکن است که متعهد، با شرط صریح یا ضمنی یا به حکم قانون، جبران خسارات ناشی از فعل دیگری را به عهده گرفته باشد. بنابراین مطابق قواعد ضمان قهری، مسببان حادثه (زیردستان پزشک) از باب اتلاف و تسبیب مسئول پرداخت دیه یا ارش به متعهدله هستند و پزشک حداقل در فرضی که هیچ تقصیری در انتخاب و واگذاری کار به دیگری مرتکب نشده باشد، مسئولیتی در قبال اعمال او ندارد، مگر اینکه بموجب شرط صریح یا ضمنی و ارتکازی، پاسخگویی در قبال زبان‌های وارده از ناحیه زیردستان و تیم پزشکی را نیز بر عهده گرفته باشد. خلاصه اینکه اگر همچون سایر نظام‌های حقوقی نفس عدم انجام تعهد را تقصیر به شمار آوریم و متعهد را از باب مسئولیت قراردادی مسئول زیان وارده به حساب آوریم، می‌توان در فرض واگذاری تعهد به دیگری نیز از مسئولیت قراردادی ناشی از واگذاری تعهد به دیگری سخن

دارد در این حالت پس از شنیدن پاسخ مثبت از جانب مسئول امر اقدام به بستن محل عمل می‌نماید. بنابراین در فرض شنیدن پاسخ مثبت از سوی مسئولین امر، ضمانی برای پزشک وجود ندارد، زیرا مسبب وقوع جنایت شخص مسئول است و برای پزشک سببیتی متصور نیست. مطابق قواعد پیش‌گفته نیز اگر شخصی انجام کاری را به عهده بگیرد و از تقصیر و یا حتی ترک فعل او خسارتی وارد شود عرف خسارت را منتسب به اجیر می‌داند. بنابراین مطابق قواعد اتلاف و تسبیب در این فرض پرستاران (اسکراب و سیرکولار) مسئول جبران خسارت هستند. ماده ۹۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ چنین مقرر می‌دارد: «هرگاه کسی فعلی که انجام آن را بر عهده گرفته یا وظیفه خاصی را که قانون بر عهده او گذاشته است، ترک کند و به سبب آن، جنایتی واقع شود، چنانچه توانایی انجام آن فعل را داشته است جنایت حاصل به او مستند می‌شود» در موضوع مسأله نیز پرستار با قبول این سمت در واقع انجام فعل را بر عهده گرفته است و با انجام اشتباه این فعل سبب ورود خسارت شده در نتیجه جنایت به او منتسب است.

در فرضی که مسئول خارج نمودن وسایل از بدن بیمار پزشک یا شخص خاصی از تیم پزشکی باشد، این اشخاص نیز ممکن است در کنار تقصیر پرستار سبب وقوع جنایت شوند. در خصوص وسایلی مانند گاز و پانسمان با توجه به اینکه این وسایل بعد از داخل شدن در بدن بیمار قابل تشخیص نیستند و تنها راه تشخیص خروج آن از بدن، شمارش است، شاید نتوان برای پزشک و یا مسئول خارج نمودن وسایل تقصیری متصور شد، ولی در برخی موارد مانند قیچی و... که خارج نکردن آن بی‌احتیاطی از سوی پزشک یا مسئول خارج نمودن آن محسوب می‌شود، می‌توان حکم به مسئولیت اشخاص اخیر داد. در این فرض با دو مسئول و سبب مواجه هستیم. پزشک و پرستار که هر دو مرتکب تقصیر شدند. یکی در شمارش و دیگری در عدم خروج وسیله. با توجه به اینکه در این فرض، حالت اجتماع اسباب رخ داده است، تمام عوامل و اسباب مؤثر در حادثه مسئول شناخته می‌شوند (۲۰)، زیرا معیار در ضمان

گفت منوط به اینکه عمل ثالث را به عنوان قوه قاهره برای متعهد به حساب نیاوریم، اما اگر ادعای بالا مبنی بر اینکه در حقوق ایران در جایی که از نقض قرارداد خسارت به بار آمده، مبنای مسئولیت ضمان قهری است نه مسئولیت قراردادی و تنها در جایی می‌توان از مسئولیت قراردادی سخن گفت که مبنای مسئولیت متعهد، ریشه در قرارداد و تراضی داشته باشد که مصداق آن دریافت وجه التزام قراردادی و نظایر آن است، مسئولیت متعهد تنها می‌تواند بر مبنای تضمین خسارات کارگزاران فرعی توجیه گردد که چنین تضمینی نیز باید در قرارداد ذکر شده باشد یا عرف در آن مورد آنچنان روشن و قوی باشد که در حکم تصریح و اشتراط باشد و یا قانونگذار بنابه مصالحی در آن حوزه خاص چنین شرطی را به قرارداد تحمیل کند.

۲-۲. بررسی مسأله طبق مبانی مسئولیت قهری: مطابق مطالب پیش‌گفته حکم قضیه را باید مطابق احکام مسئولیت قهری و یا همان اتلاف و تسبیب بررسی نمود. در این راستا اگر مسئولیت خارج کردن اشیاء مورد استفاده در جراحی بر عهده پزشک جراح بوده و فرد دیگری در این خصوص مسئولیتی نداشته باشد، خسارت منتسب به پزشک بوده و تنها او مکلف به جبران ضرر است.

فرض اصلی دیگری که در مسأله قابل طرح است و دستورالعمل‌های مربوطه حکایت از این رویه دارد، این است که در عمل‌های مهم که از یک تیم پزشکی تشکیل می‌گردد دو نفر (پرستار اسکراب و سیرکولار) مسئول شمارش لوازم جراحی اعم از گازها، سوپاها، سوزن‌ها و... می‌باشند. اولین شمارش قبل از انجام برش با صدای بلند توسط دو نفر فوق‌الذکر انجام می‌شود و در فرم مخصوص یا تخته ثبت میگردد. مجدداً قبل از بستن حفره عمل دو نفر (پرستار اسکراب و سیرکولار) اقدام به شماره‌گذاری مجدد می‌نمایند. در مرحله سوم نیز بعد از بستن جلد، دو نفر فوق‌الذکر اقدام به شمارش می‌کنند.

در این فرض پزشک تنها وظیفه پرسش کردن درباره خروج اشیاء جراحی و یکی بودن تعداد وسایل قبل و بعد از عمل

انتساب و استناد است (۲۱) و در این میان می‌توان قائل شد که این جنایت به هردو استناد دارد.

البته در مقابل قول تساوی اسباب که مورد پذیرش برخی فقها است، اقوال دیگری نیز مانند ضمان سبب اقوی در تأثیر، ضمان سبب مؤخر در تأثیر، ضمان سبب مؤخر در وجود و نیز ضمان سبب مقدم در تأثیر وجود دارد که از شرح و تفصیل آن در اینجا خودداری می‌گردد (۲۲).

مسئول دیگری در این فرض قابل تصور است و آن ضمان شخصی است که وسایل را داخل بدن بیمار گذاشته است، زیرا او مباشر در جنایت است. به نظر می‌رسد بر گذارنده وسیله در بدن بیمار مباشر در جنایت صدق نمی‌کند. این شخص مطابق قرارداد و مقررات وسیله را در بدن بیمار گذاشته و این عدم اخراج وسیله از بدن بیمار است که سبب وقوع جنایت شده و نه گذاردن وسایل.

۳. راهکار ضمان متعهد اصلی: مسأله دیگری که باید بدان پرداخته شود، این است که اگر مسئولیت قراردادی ناشی از فعل غیر در حقوق ایران به عنوان یک قاعده قابل پذیرش نباشد، چه راهکار یا راهکارهای وجود دارد که بتوان در صورت وجود مصلحت جامعه، پزشکان را مسئول اعمال زیردستان قرار داد. یکی از راهکارهایی که قانونگذار پس از انقلاب برای رعایت مصالح روز در عین رعایت قواعد اولیه شرعی استفاده نموده است، استفاده از مکانیسم الزام افراد به درج شرط در قراردادها است. به عنوان مثال قانونگذار در قانون پیش‌فروش ساختمان ابتکارات جدیدی را وارد نموده که به حسب ظاهر اولیه خود با اصول و قواعد مدنی و فقه سازگار نیست، اما با دقت در قانون معلوم می‌شود که این احکام منوط به درج شرط در قرارداد اولیه است، چنانچه ماده ۲ قانون پیش‌فروش بیان می‌دارد «در قرارداد پیش‌فروش حداقل باید به موارد ذیر تصریح شود: ...» یکی از این موارد، درج حکم ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش است. مطابق ماده ۲۰ قانون پیش‌فروش کلیه اختلافات توسط هیأت داوران انجام می‌پذیرد. این مقرر از این جهت که طرفین را به داوری اجباری ملزم می‌کند خلاف شرع است. به همین دلیل شورای نگهبان با الزام به درج حکم این

ماده در قرارداد با تصویب ماده موافقت به عمل آورده است. نمونه دیگر استفاده از این مکانیسم را در قانون تجارت الکترونیکی و در مورد حق انصراف مصرف‌کننده می‌توان مشاهده کرد. از یکسو با توجه به اصل لزوم و استثنایی بودن خیارات، جعل خیار جدید با عنوان حق انصراف حداقل ۷ روزه با ضوابط شرعی سازگار نیست از سوی دیگر اقتضانات معاملات از راه دور وجود مهلتی برای مصرف‌کننده را برای تصمیم‌گیری ایجاب می‌کند. قانونگذار ایران برای حل این مسأله تهیه‌کننده را ملزم به پیش‌بینی حق فسخ حداقل ۷ روزه به نفع مصرف‌کننده در قرارداد نموده و از آنجا که نمی‌توانسته مستقیماً به جعل خیار اقدام کند، در فرض عدم انجام این تکلیف، ننده را به جرمه محکوم نموده است (۲۳). بنابراین یکی از راهکارها می‌تواند الزام افراد حرفه‌ای به درج شرط تضمین از سوی متعهد در فرض تخلف ایادی وی باشد. راهکار مشابه دیگر منوط‌نمودن اعطای مجوز پزشکی به پذیرش شرط ضمان ناشی از فعل دستیاران و پرستاران تحت تابعیت توسط پزشکان است (شورای نگهبان در نظریه شماره ۹۵/۱۰۲/۲۱۹۵ مورخ ۱۳۹۵/۶/۱۶ در خصوص مسئولیت تضامنی اعضای شرکت مدنی در ماده ۲۶ قانون احکام دائمی کشور این راهکار را پیشنهاد داده که اعضا در حین ثبت شرکت مسئولیت تضامنی را بپذیرند).

یکی دیگر از راهکارها استناد به شرط ضمنی عرفی در خصوص برخی حرفه‌ها است، مثلاً در جایی که خیاطی که مباشرت او شرط نشده، عمل را به خیاط امین و صالحی واگذار کرده و در اثر عمل اجیر دوم خسارت وارد شده، وجود چنین شرط عرفی محل تردید است، اما در موردی که بیمار با پزشک جراح خاصی قرارداد بسته است و از منظر عرف، بیمار تنها پزشک جراح را مسئول حوادث ناشی از جراحی می‌داند، می‌توان شرط ضمنی تضمین خسارات ناشی از کارگزاران را شرطی ارتكازی قلمداد کرده و از باب وجود شرط ضمنی، در دعوی مطالبه خسارت علیه پزشک طرف قرارداد، حکم به محکومیت وی داد (روایت زراره و ابوبصیر در خصوص اجاره عبد (۲۴) نیز می‌تواند مؤید این نظر باشد. امام (ع) در فرض

اشتراکی با پرستار خواهد بود. به طور کلی ایراد خسارت از سوی ثالث مسئولیتی برای متعهد ایجاد نخواهد کرد، مگر این مسئولیت صراحتاً یا ضمناً بر شخص متعهد شرط شده باشد.

مشارکت نویسندگان

سیدوحید صادقی: نگارش مقاله و جمع‌آوری داده‌ها و اطلاعات. محمد مهدی الشریف: نگارش مقاله، نظارت و راهنمایی بر مقاله. نویسندگان نسخه نهایی را مطالعه و تأیید نموده و مسئولیت پاسخگویی در قبال پژوهش را پذیرفته‌اند.

تشکر و قدردانی

ابراز نشده است.

تضاد منافع

نویسندگان هیچ‌گونه تضاد منافع احتمالی را در رابطه با تحقیق، تألیف و انتشار این مقاله اعلام نکرده‌اند.

تأمین مالی

نویسندگان اظهار می‌نمایند که هیچ‌گونه حمایت مالی برای تحقیق، تألیف و انتشار این مقاله دریافت نکرده‌اند.

اجاره‌دادن عبد و به دنبال آن اتلاف نمودن چیزی توسط عبد، مولا را ضامن جبران خسارت می‌داند).

نتیجه‌گیری

۱- عده‌ای بر این عقیده هستند که پزشک در این خصوص مسئول بوده و مسئولیت او از نوع مسئولیت قراردادی ناشی از عمل غیر است، اما گفته شد قانون مدنی ایران برخلاف برخی از کشورها اقدام به وضع قاعده عام در خصوص پذیرش مسئولیت قراردادی ناشی از فعل غیر ننموده است. قانون مدنی نه تنها به مصداقی از این مسئولیت، در قانون مدنی اشاره نکرده است، بلکه برخی مواد قانونی که در قانون مدنی فرانسه به عنوان مصادیقی از مسئولیت قراردادی قابل استناد بوده است را تغییر داده است. سکوت قانون و اختلاف اساتید حقوق دو مانع اصلی در قبول مسئولیت قراردادی ناشی از فعل غیر در حقوق ما است.

۲- حال در فرض سکوت قانون باید به سراغ مبانی قانون مدنی در خصوص مسئولیت متعهد اصلی رفت. مسئولیت پزشک بر یکی از دو نوع مسئولیت قراردادی و یا قهری قابل پذیرش است. مسئولیت قراردادی برخلاف مفهوم فرانسوی آن دقیقاً ناشی از قرارداد و به عبارت دقیق‌تر برگرفته از شرط ضمن عقد و تراضی طرفین است. به عبارت دیگر مسئولیت قراردادی به این معنی که صرف عدم انجام تعهد تقصیر تلقی شود و موجب جبران خسارت باشد مورد پذیرش قانون مدنی نیست. در مقابل از منظر فقه و حقوق ایران اگر کسی سبب تلف یا مباشر تلف مال دیگری قرار گیرد، مشمول قواعد اتلاف و تسبیب می‌گردد و وجود قرارداد مانع از شمول قواعد ضمان قهری نمی‌گردد.

۳- بنابراین بررسی مسأله ذیل مسئولیت قهری این پاسخ را به ما خواهد داد که پرستاران (اسکراپ و سیرکولار)، یکی از اشخاص مسئول در این قضیه هستند، زیرا در خصوص وظیفه شمارش به درستی انجام وظیفه ننموده، فلذا خسارت منتسب به آن‌ها است. به علاوه پزشک و یا شخصی که مسئول خارج نمودن وسایل جراحی است، در صورت تقصیر دارای مسئولیت

References

1. Carbillac R. Law of obligations. Paris: Dalloz; 2008. 8th ed. p.120. [France]
2. Katouzian N. General Principles of Contracts. Tehran: Enteshar Publication Co; 2008. Vol.4 p.40, 161-162, 168, 269. [Persian]
3. Jordan P. Principles of Civil Responsibility. Translated by Adib M. Tehran: Mizan Publications; 2013. p.177. [Persian]
4. Yazdani A. General rules of civil liability. Tehran: Mizan Publications; 2015. Vol.4 p.437. [Persian]
5. Shujapourian S. Civil liability caused by medical professional error. Tehran: Ferdowsi Publications; 2013. p.212. [Persian]
6. Yazdani A. General rules of civil liability. Tehran: Mizan Publications; 2015. Vol.3 2015-217, 223-224, 231, 249. [Persian]
7. Sanhoury ARA. Al-Wasit in the description of the civil law. Beirut: Ehya al-Toras al-Arabi; No Date. p.668-670. [Arabic]
8. Sultan A. Sources of Obligation in the Civil Law. Jordan: Dar al-Taqfah and Publishing and Distribution; 2005. p.236. [Arabic]
9. Stark B. Droit civil obligation. 1st ed. Paris: Librairies Techniques; 1992. p.85. [France]
10. Saint P, Jean C. Right to Repair Conditions of contractual liability generating non-performance attributable to the debtor. Jurisclasseur Civil liability and Insurance. 2013; 171-120. [France]
11. Jafari Langroudi MJ. Legal Terminology. Tehran: Ganj-e Danesh; 2019. p.672. [Persian]
12. Safai SH, Jawahar al-Kalam MH. Advanced Civil Right. Tehran: Institute of Legal Studies and Research, Shahr-e Danesh; 2021. Vol.2 p.125. [Persian]
13. Katouzian N. Moin Contracts. Tehran: Publishing Company; 2012. Vol.4 p.168. [Persian]
14. Hikmatnia M. Civil liability in Imami jurisprudence. Qom: Islamic Science and Culture Research Institute; 2010. p.274. [Persian]
15. Babaei I. Civil liability rights and non-contractual requirements. Tehran: Mizan Publications; 2014. p.150. [Persian]
16. Shahidi M. Works of contracts and obligations. Tehran: Majd Publications; 2016. p.216, 219. [Persian]
17. Jawaherkalam MH. Basics and Principles of Compensation for Physical Damage. Tehran: Enteshar Publication Co; 2021. p.707. [Persian]
18. Yazdi MK. Al-Arwa al-Wathqi. Qom: Al-Nashar al-Islami Publishing House; 2000. Vol.5 p.68. [Persian]
19. Alsharif MM. The logic of rights. Tehran: Sherkat Sahami Enteshar; 2012. p.649. [Persian]
20. Rouhani Qommi SS. Minhaj al-Salehin. Beirut: Dar Bilal for Printing and Publishing; 2014. Vol.3 p.390. [Arabic]
21. Tabrizi J. Tanqih Mbani al-Ahkam. Qom: Dar al-Sadiqah al-Shahida (peace be upon them); 2008. p.111. [Arabic]
22. Makarem Shirazi N. Al-Qasas al-Fiqhiyyah. Qom: Madrasah of Imam Ali bin Abi Talib (peace be upon him); 1991. Vol.2 p.208. [Arabic]
23. Al-Sharif MM, As'adi SH. Reflection on the nature of the right of withdrawal in electronic contracts. Comparative Law Studies. 2014; 5(1): 133-153. [Persian]
24. Hor Ameli M. Details of the methods of Shia in the study of Shari'ah issues. Qom: Al al-Bayt Institute (peace be upon him) Lahia al-Tarath; 1995. Vol.19 p.114. [Arabic]