

# مبنای فقهی مسئولیت مدنی با نگاهی به قاعده لاضرر

(تاریخ دریافت ۱۳۹۷/۰۵/۱۵، تاریخ تصویب ۱۳۹۷/۱۰/۱۵)

## داریوش مقامی نیا

پژوهشگر و محقق

### چکیده

دقت، صحت و حجیت احکام فقهی یکی از مهم ترین ارکان آنهاست و رسالت فقهای اسلام در طول تاریخ، همین بوده است که با طراحی اصول و قواعد دقیق، مستدل و متقن برای تفسیر دین، از گرفتار شدن دین و احکام دینی در دام خرافات، تحریفات و انحرافات پیشگیری کنند؛ ولی علاوه بر این، مطلب دیگری که نباید از آن غفلت شود، میزان کارآمدی و چگونگی کاربرد این قواعد در مرحله عمل است و اگر اهتمام فقها به مبانی نظری و بنیادهای قواعد و احکام اختصاص یابد و از چگونگی به کارگیری و میزان کارآمدی آنها غفلت شود، ممکن است قواعد ارائه شده در عمل، کارآمدی چندانی نداشته باشند و چنین احساس شود که فقهای معظم فرصت گرانیهای خود را صرف کلی گویی و توضیح واضحات می کنند و قواعدی را به طور مداوم به بحث می گذارند که نتیجه چندانی در عمل ندارد و یا در عمل، به اندازه ای با موانع نظری و عملی، تعدد برداشت ها، اختلاف نظرها و مشکلات مواجه می شود که به تدریج از کارآمدی می افتد و یا حذف شده و به انزوا کشیده می شود و قواعد عرفی، عقلی و تجربی جای آنها را می گیرد، قاعده ی «لاضرر» از جمله قواعدی است که با وجود دقت های بسیار در مبانی و بنیادها و وجود آثار مبسوط در این باره، از نظر کاربردی و میزان کارآمدی و مبنای مسئولیت مدنی بودن، چندان مورد توجه قرار نگرفته، بحث های مبسوطی درباره آن ارائه نشده است و این تحقیق درصدد پرداختن به این جنبه از قاعده است.

۴۰۵



واژگان کلیدی: مسئولیت مدنی، قاعده لاضرر، قاعده تسلیط، ورود خسارت، تقصیر

## بخش اول: کلیات

عده ای ضرر را به « سوء حال » تفسیر می کند؛ اعم از این که سوء حال نفس به سبب قلت علم و فضل یا سوء حال بدن به سبب فقدان عضوی از اعضا یا به علت قلت مال و آبرو باشد. (راغب اصفهانی، ۱۴۰۴، صص ۳۹۷-۳۹۸) بعضی ضرر را ضد نفع دانسته و فرموده است: معامله ای که ضرر رساند و غذایی که ضرر رساند و کسی که به دیگری هتک حرمت و اهانت بکند نمی گویند فلانی به دیگری ضرر زد، همچنان که به کسی که تعظیم و تجلیل از دیگری بکند، نمی گویند که به او نفع رساند. می توان گفت جامع معنای ضرر همان « ضیغ » است یعنی تنگی، شدت، سختی و سوء حال و مکروه همچنان که در «صحاح اللغه»، « القاموس المحيط»، « المنجد» و « مصباح المنیر» آمده است. همچنین در معنای ضرر گفته شده: «ضرر خلاف نفع است و به حکم عرف و لغت ضرر در اموال، تلف شدن مقداری از مال خود شخص یا دیگری است؛ چه عین باشد و چه منفعت بدون عوض و نفعی در مقابل آن و اگر فعل غیر باشد، عبارت است از اتلاف مقداری از مال خود یا دیگری بدون عوض و نفعی در مقابل آن. پس هرچه صرف و اتلاف آن به خاطر جلب نفع یا عوض حاصل باشد، ضرر محسوب نمی شود و نفع و عوض اعم است از این که دینی باشد یا دنیوی یا به دنیا باشد یا در آخرت و نفع در اموال، حصول زیادت در مالیه است چه عین باشد چه منفعت و اگر نفع فعل غیر باشد ایصال آن در زیادت است. حاصل آن که هر عملی یا حکمی که از کسی در مورد مال خودش یا مال دیگری صادر شود، یا به سبب آن حکم یا عمل تغییر یا تبدیلی در آن مال حاصل نمی شود و یا می شود. اگر تغییر و تبدیلی حاصل شود و عین و نفعی که از آن حاصل می شود عرفاً و عادتاً مساوی آن مال قبلی باشد، در این جا نه نفعی است و نه ضرری؛ و اگر به سبب آن تغییر و تبدیل، ما به ازایی بیشتر از قبل در آن مال حاصل شود، آن زیادت « نفع » نامیده می شود و اگر به سبب تغییر، ما به ازای کمتری حاصل شود، آن نقص « ضرر » نامیده می شود. پس اگر کسی کالایی داشته باشد به قیمت بیست دینار و خودش یا دیگری آن را به پانزده دینار بفروشد او ضرر کرده است و اگر به بیست و پنج دینار بفروشد، به او نفع رسانده و اگر به همان بیست دینار بفروشد، نه نفع به او رسد و نه ضرر؛ مگر این که مالک خواسته



باشد آن را بفروشد و دیگری آن را به همین مبلغ بیست دینار که قیمت آن است به دیگری بفروشد که نفس همین بیع منفعت حاصله ای است برای مالک. همچنین اگر مانعی از فروختن کالای کسی منع کند، این « اضرار » نیست بلکه « منع در نفع » است. به همین ترتیب، اگر کسی ملکی داشته باشد بدون نفع، مانند قنات بایر، و بخواهد آن را مرمت و اصلاح کند و کسی او را از این کار منع کند، او مانع از تحصیل نفع به صاحب قنات شده است، نه این که به او ضرر زده باشد بر خلاف این که کسی قنات دایری داشته باشد و دیگری آب وارد آن کند و قنات خراب شود، این ضرر رساندن به صاحب قنات است؛ همچنان که اگر کسی صاحب قنات را از تمیز کردن و مرمت چاهی از چاه های آن قنات منع کند تا این که سایر چاه ها نیز خراب شوند باز به او ضرر رسانده است و اگر کسی قسمتی از مال خود را به نیت قربت در راه خدا صرف کند، او به خودش ضرر نرسانده است، زیرا در مقابل این عمل صالح، چند برابر آن چه خرید کرده است ثواب می برد و درجات اخروی و مقامات معنوی اش بالا می رود. ولی اگر مالی را به خاطر ریا و امثال آن، به فقیری بدهد و نفع دنیوی هم نبرد، چنین کسی به خودش ضرر زده است. « (نراقی، ۱۴۱۷، صص ۴۸-۵۰) البته مرحوم نراقی جلوگیری از رسیدن نفع به دیگران را ضرر ندانسته که خود محل تأمل است.

### بند اول: معنای « اضرار »

« اضرار » بر وزن « فعال »، مصدر باب « مفاعله » است؛ مانند « قتال » و « جهاد » و امثال آن ها و در لغت، دارای معانی مختلفی است که به آن ها اشاره می شود.

۱- « اضرار » اسم و مرادف « ضرر » و به همان معنی است و آمدن آن به دنبال ضرر به لحاظ تأکید است. (آخوند خراسانی، ۱۴۰۳، ج ۲، ص ۲۶۷)

۲- اضرار به معنای ضیق است. (سبحانی، ۱۴۲۳، ج ۳، ص ۹۴)

۳- « اضرار » به معنی اعمال مجازات بر ضرری است که از جانب دیگری به انسان می رسد. به عبارت دیگر، واکنش بر ضرر را گویند. و نیز اضرار را از آن جا که مصدر باب مفاعله است، به معنای ضرر رساندن متقابل دو نفر به یکدیگر است همچنین معنای دیگر « ضرر » در مواردی است که شخص به دیگری ضرر برساند و خودش سود ببرد، ولی « اضرار » در مواردی





است که با ضرر رسانیدن به دیگری نفعی عاید خودش نشود. (محقق داماد، ۱۳۹۲، صص ۱۳۸ و ۱۳۹)

۴- معنای دیگر اینکه ضرر فقط شامل اضرار عمدی است؛ ولی ضرر شامل اصرار عمدی و غیر عمدی هر دو می‌شود. (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۲ ص ۱۹۹)

۵- بعضی معتقد اند ضرر از باب مفاعله نیست؛ زیرا در مفاعله تکرار و صدور از دو نفر است ولی قضیه ی سمره، صدور فعل از یک نفر یعنی سمره بن جندب است. لکن بعضی دیگر جواب می‌دهند که در مفاعله، تکرار و صدور از فاعل شرط است نه از دو فاعل، دو فاعل در باب تفاعل شرط است مانند «تضاربَ زیدٌ و عمرو» چنان که در قرآن آمده است که «إِنَّ مَنَافِقِينَ يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَهُوَ خَادِعُهُمْ» ۱۱ «همانا منافقین به خدا مکر و حيله می‌کنند و خدا نیز به آن‌ها مکر می‌کند.» طبیعی است که خدا به آن‌ها خدعه وارد نمی‌کند. بلکه مکر و خدعه ی آن‌ها را خنثی و باطل می‌کند و این منافقین هستند که بر خدعه اصرار می‌ورزند و آن را تکرار می‌کنند. پس اشکالی ندارد که ضرر از باب مفاعله این امر را تکرار می‌کند و «کثیر الضّر» است و بر ضرر اصرار می‌ورزد، به قرینه ی این که پیامبر اکرم (ص) به او فرمودند: «أَنَّكَ رَجُلٌ مُضَارٌّ». (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۲، صص ۵۵-۵۶)

۶- همچنین این که ضرر طرفینی باشد یا به معنای اعمال مجازات بر ضرر گرفته شود صحیح به نظر نمی‌رسد. ظاهر روایت هارون بن حمزه ی غنوی از امام صادق (ع) در مورد شتر مریضی که بعداً خوب می‌شود و امام رضا (ع) در آن حدیث می‌فرمایند «هذا الضّرار» نیز این نکته را تأکید می‌کند که «ضرر» معنی اثنبی و اعمال مجازات را ندارد و همان طور که گفته شد، به معنی «ضرر» است. (نراقی، ۱۴۱۷، ص ۴۹)

۷- امام خمینی (ره) در «الرسائل» می‌فرمایند: «غالب استعمالات ضرر و اضرار مالی یا نفسی است؛ ولی ضرر و مشتقاتش در تضييق، احوال، حَرَج، سختی و کلفت شایع و رایج است و در قرآن نیز هر جا که کلمه ی ضرر آمده به معنای ضرر مالی یا نفسی است؛ ولی هر جا که کلمه ی ضرر آمده است به معنای تضييق و ایصال حَرَج است؛ مانند آیه ی مبارکه ی «لَا تُضَارُّ وَالِدَهُ بَوْلِدِهَا ...» ۱۲ و آیه ی شریفه در خصوص مسجد ضرار «وَالَّذِينَ اتَّخَذُوا

مسجداً ضرراً ...» ۱۳ که در آن جا ضرار معنای نفسی و مالی نمی دهد و منافقین قصد تلف مال و صدمه ی بدنی به کسی نداشتند بلکه می خواستند با استقرار ابوعامر در آن ، عقاید مسلمانان را مشوش و آنان را دچار تفرقه و نفاق و مکروه روحی کنند . « (امام خمینی ( ره )، ۱۳۸۵، صص ۲۸-۳۳)

### بخش دوم: مبنای مسئولیت مدنی و جایگاه قاعده لا ضرر در آن

در این بخش به بررسی نظریه های مسئولیت مدنی پرداخته شده و اینکه مبنای مسئولیت در حقوق ایران با کدامیک از مبانی مطرح همخوانی دارد و در نهایت به این سوال پاسخ داده شد که آیا می توان مبنای مسئولیت مدنی را قاعده ی «لا ضرر» دانست.

#### بند اول: نظریه ی تقصیر

تقصیر در لغت از قصر و به معنای کوتاه کردن و یا کوتاهی کردن آمده است. (عمید، ۲۵۳۶، ص ۳۲۲) در کتاب ترمینولوژی لنگرودی آمده : «تقصیر یعنی خودداری از انجام عملی با وجود توانایی صورت دادن آن عمل» (جعفری لنگرودی ، ۱۳۷۲ ، ص ۱۷۵ ) قاسم زاده می گویند: «حقوق دانان مشهور نیز تاکنون تعریف های گوناگونی از تقصیر ارائه کرده اند ، برخی آن را تجاوز از تعهد پیشین دانسته اند . تجاوز از رفتار شخص محتاط و آگاه یا رفتار انسان متعارف ، تجاوز از تکلیف قابل شناسایی و مراعات ، تجاوز از رفتاری که رعایت آن برای حمایت از دیگران لازم است» (قاسم زاده ، ۱۳۷۶، ش ۳۴ به بعد) در حقوق روم مبنای تقصیر به عنوان مبنای مسئولیت پذیرفته شده بود (بهرامی احمدی ، ۱۳۹۰ ، ص ۶۰) مبنای نظریه ی تقصیر این فکر بود که انسان در جایی مسئول است که «خطا» یا «تقصیری» مرتکب شده باشد و به تعبیری دیگر ، مسئولیت انسان در جایی است که احساس ناراحتی وجدان کند و از نظر اخلاقی مسئول باشد. در این مورد بین مسئولیت کیفری و مسئولیت مدنی وحدت مبنا بود. به این معنی که انسان در هر دو عرصه کیفری و مدنی در جایی مسئول شناخته می شد که از نظر اخلاقی مسئول بود و به همین علت پیدایش نظریه ی تقصیر را تحت تاثیر دو جریان دانسته اند :

اول: وحدت مسئولیت کیفری و مسئولیت مدنی که در بالا گفته شد.



دوم: آرمان اخلاق گرایی که تحت تاثیر تعالیم کلیسا شکل گرفته بود، بودان ورودیر می گوید براساس این مبنا انسان در جایی مسئول است که ناراحتی وجدان داشته باشد. شالوده ی این نظریه در بخش پایانی حکومت روم ریخته شد و پس از انقراض تمدن رومی در قرون وسطی دانشمندان کشورهای اروپایی، به ویژه حقوق دانان کشور فرانسه با الهام از مبانی طرح شده در حقوق روم مسئولیت را براساس تقصیر بنا نهادند. (قاسم زاده، ۱۳۹۰، ص ۲۵) سرانجام در سال ۱۸۰۴ میلادی قانون مدنی فرانسه تدوین شد و به تصویب رسید. قانون مدنی فرانسه محتوی اندیشه ی اصیل انقلاب فرانسه (۱۹۷۸ میلادی) و نظریات دوران بلافصل انقلاب بوده و مخصوصاً تحت تاثیر اندیشه های حقوقی دو حقوق دان عهد کهن این کشور یعنی دوما (۱۶۲۷-۱۶۹۷) و پوتیه (۱۶۹۵-۱۷۷۲) استاد حقوق دانشگاه اُرلئان تدوین شد. (الیوت و ورنون، ۱۳۸۲، ص ۸۳) قانون مدنی فرانسه بخش تعهدات و حقوق قراردادها را از حقوق رم اقتباس کرد و «تقصیر» به عنوان مبنای مسئولیت مدنی از این طریق وارد قانون مدنی فرانسه راه یافت. در آنجا که بهره گیری از قالب «تقصیر قراردادی» میسر یا مناسب نبود، دیوان کشور فرانسه در اوائل قرن بیستم در حکم خود اعلام کرد که از اگر اشیاء منقول خسارتی به دیگری وارد شود علیه محافظ این اشیاء اماره ی تقصیر وجود دارد لذا اوست که باید بی تقصیری خود را ثابت کند. و بعداً دیوان کشور رای داد که محافظان اشیاء منقول و محافظان حیوانات جز با اثبات قوه ی قاهره از مسئولیت مبرا نمی شوند. نتیجه این نظر با «مسئولیت عینی» تفاوت چندانی ندارد. توجه مهم روی آوردن حقوق دانها به نظریه ی «تقصیر» عنصر اخلاقی آن بود و آن را دریچه ای برای ورود اخلاق در حقوق می دانستند؛ ولی ناتوانی فزاینده ی نظریه ی مزبور در حل مشکلات در حال گسترش حقوق ناشی از پیشرفت علم و صنعت باعث شد که حقوق دانها و قاضیان از توجه اخلاقی «تقصیر» دست کشیدند و گفتند برای آن که کسی مقصر باشد لازم نیست که رفتار او را با ویژگی های خودش بسنجیم. با در نظر گرفتن این ویژگی ها قابل سرزنش بدانیم بلکه باید او را با یک انسان معمولی مقایسه کنیم، یعنی باید دید که یک انسان معمولی در همان شرایط چگونه رفتار می کند. در نتیجه بند ۲ ماده ی ۴۸۹ اصلاحی قانون مدنی فرانسه مسئولیت دیوانه را در اضرار



به دیگران پذیرفت ، در حالی که اصولاً تقصیر ، قابل انتساب به دیوانه نیست . به این ترتیب ، نظریه ی تقصیر به نظریه ی « مسئولیت موضوعی » نزدیک شد تا آنجا که رپیر که از پیش آهنگان نظریه ی اخلاقی حقوق بود از نظریه ای شبیه نظریه ی موضوعی دفاع کرد و برای محافظ اشیا بی جان فرضی از تقصیر را مطرح کرد که قابل اثبات خلاف نیست . مازوها که طرفدار جدی نظریه ی تقصیر بودند از نظریه ی « تقصیر نوعی » دفاع کردند و ساواتیه ، ایشان را از طرفداران « نظریه ی خطر » می شمارد.

### بند دوم: نظریه مسئولیت محض

از جمله نظراتی که نظریه ی تقصیر را مورد تعدیل قرار می دهد نظریه مسئولیت محض است، حقوق دانانی که قائل به این نظریه هستند معتقدند ، گسترش روز افزون تحولات در زندگی اجتماعی و توسعه صنایع و افزایش ارتباطها در زمینه های اقتصادی در سطح داخلی و خارجی موجب شد تا نظام حقوقی که براساس نیازهای گذشته به وجود آمده است پاسخ گو نباشد و لزوم تحول در قواعد و قوانین حقوقی مطرح شود. حقوق مجموعه قواعد و قوانینی است که زندگی اجتماعی انسان بر اساس آن اداره می شود؛ پس باید حقوق دانان و رویه قضایی به دنبال حقوقی باشند که عدالت را برقرار سازد و قواعدی را بیابند که عادلانه باشد و بتواند عدالت را در منازعات شهروندان برقرار کند. تغییر و تحول در زندگی، تحول در قواعد حقوقی را می طلبد؛ پس نبود فاصله بین نظام حقوقی و نیازهای جامعه امری ضروری است. باید نظام حقوقی کهن با همه غنایی که داشته و دارد با نگرشی نو مطالعه شده و پاسخ نیازهای حقوقی جدید در آن یافته شود (کاتوزیان، ۱۳۷۸ ه. ش، ص ۶۳۹) پرچم دار تئوری مسئولیت محض، ایالات متحده ی امریکاست و این تئوری برای اولین بار در سال ۱۸۵۲ میلادی در پرونده ی قضایی Thomas.V.Winchester مطرح شد. اما آغاز مفهوم تئوری مسئولیت محض در امریکا به سال ۱۹۴۴ بر میگردد. سالی که دادگاه عالی کالیفرنیا به قضاوت قاضی تری نور به دعوی خانم اسکولا علیه شرکت کوکاکولا رای به مسئولیت محض شرکت مزبور داد. (مددی ، ۱۳۸۸ ، ص ۷۴) امروزه استفاده روز افزون از فنون و صنایع در زندگی بسیار چشمگیر است و می طلبد که قواعد و شرایط حقوق به گونه ای باشد که خطا کار نتواند از





شرایط سوء استفاده کند؛ نظام تولید چندان پیچیده است که با وجود این، تنها آن نوع مسئولیت می‌تواند پاسخ‌گوی نیازها و ضرورت‌ها باشد که خریداران و مصرف‌کنندگان بتوانند بر اساس آن جبران زیان‌های وارده را از عامل آن به آسانی مطالبه کنند. مسئولیت محض می‌تواند در مورد جبران خسارت توسط تولیدکنندگان و عرضه‌کنندگان کارساز باشد، با این نوع مسئولیت که تحت حکومت قانون است و آن را به نظم عمومی جامعه نسبت می‌دهند (جعفری تبار، ۱۳۸۹ هـ. ش، ص ۵۷). و یا نظام مسئولیتی شبیه به آن خواهان به آسانی می‌تواند اقامه دعوا کرده و در برابر عامل زیان از حق خود دفاع کرده و آن را مطالبه کند. نابرابری خواهان و خواننده در یک دعوا بر پیچیدگی آن می‌افزاید و اثبات تقصیر چنان مشکل است که گاه غیرممکن می‌نماید (کاتوزیان، ۱۳۷۸ هـ. ش، ص ۶۳۸). زیان و خسارتی که از یک اتومبیل معیوب ممکن است به بار آید گاهی چندین برابر قیمت اتومبیل است در حالیکه مبلغ لازم برای رفع عیب در مقایسه با آن بسیار ناچیز است (کاتوزیان، ۱۳۹۰ هـ. ش، ص ۲۰۹) که البته آنچه مطرح است جبران ضرر است و تفاوتی در میزان هزینه مورد نیاز برای پیشگیری نیست. در حمایت از مصرف‌کننده قواعد و مبانی قدیمی قانونی کارآمد نیست و تمهید مقدمات قانونی جدید را می‌طلبد. مصرف‌کننده در برابر تولیدکنندگان بزرگ اقتصادی ناتوان است و باید مورد حمایت قرار گیرد، نیز لزوم رعایت حق هر کس در اخلاق و عرف عمومی کاملاً شناخته شده است، هر کس دارای حقی است و باید این حق از جانب دیگران مورد احترام باشد. پس وجود اهرمهای قانونی کارآمد در جهت حفظ و احیای این حق در صورت لزوم در شرایط زمانی مختلف ضروری است؛ این گونه انگیزه‌ها نظام مسئولیتی جدید را می‌طلبد. از آنجا که اثبات تقصیر در موارد متعدد با مشکلاتی مواجه است و در بسیاری از موارد مصرف‌کنندگان، فروشندگان و سازندگان را نمی‌شناسند، مسئولیت محض یک ضمانت برای سلامت کالاها و تضمین رفتار صحیح تولیدی سازندگان است. این مسئولیت چهره‌ای حمایتی دارد و در آن عذر بی‌تقصیری و ناآگاهی از عیب و حتی بی‌مبالاتی قابل پیش‌بینی خواهان پذیرفته نیست و تنها انتساب و ورود ضرر به قوه‌ی قاهره می‌تواند خواننده را از نتیجه‌ی به بار آمده مبرا کند (کاتوزیان، ۱۳۹۰ هـ. ش، ص ۳۳). البته در این



نوع مسئولیت اگر چه نیاز به اثبات تقصیر نیست اما اثبات وجود عیب در تولید و رابطه آن با خسارت در کالا شرط است که این هم در بسیاری از اوقات دشوار می‌نماید. در مسئولیت محض فرض بر این است که عرضه کننده کالا در برابر همگان تحت هر شرایطی اعم از قرارداد و رابطه غیر قراردادی مسئول سلامت کالا از خطرات نامتعارف است، پس اگر کالایی معیّب و خطرناک به خریدار عرضه شود، فروشنده بر پایه ی نقض تعهد قانونی که به عهده داشته است باید خسارت ناشی از آن را جبران کند. به بیان دیگر، در این نظریه تکلیف مربوط به عرضه ی کالای سالم ریشه قانونی و اجتماعی دارد و به تراضی دو طرف و قرارداد ارتباطی پیدا نمی کند (کاتوزیان، ۱۳۹۰هـ. ش، ص ۸) در حقوق ایران لزوم دخالت قانون گذار به شدت حس می شود، در این مورد کاتوزیان معتقد است: «در نظام حقوقی ما دادرسی مجری قانون است و نه موجد آن و به همین جهت نمی تواند بخاطر حفظ نظم عمومی و حمایت از مصرف کنندگان مسئولیتی را ایجاد کند که قوانین برای آن ها شناخته اند. به ویژه که نه تنها در قانون مسئولیت مدنی و فصل تسبیب از قانون مدنی اصولاً خطاست که رابطه ی عرفی بین کار شخص و ایجاد ضرر برقرار می کند، در مقررات پزشکی و دارویی و خوراکی و آشامیدنی مصوب ۳۴/۳/۲۹ در مورد ضروری ترین کالاهای مورد نیاز عمومی از ایجاد مسئولیت محض پرهیز شده و فقط همین قدر می توان استفاده کرد که تقلب تهیه کننده ی این گونه مواد می تواند موجب مسئولیت او در برابر مصرف کننده شود. دو استدلال دیگر نیز استحسان هایی است که می تواند امکان رجوع به تولید کننده را توجیه کند، ولی برای شناخت مسئولیت محض در رویه ی قضایی کافی به نظر نمی رسد. برای رسیدن به این مقصود، دادرسی می تواند یکی از دو راه حل را انتخاب کند: ۱) با استفاده از ظاهر و امارات قضایی برای تولید کنندگان فرض تقصیر کند و آنان را آگاه به عیب بداند ۲) یا در پاره ای موارد مسئولیت تولید کننده را مبتنی بر تعهد او بر تحویل کالای سالم و تضمین ایمنی مبیع سازد» (کاتوزیان، ۱۳۹۰هـ. ش، ص ۲۲۷-۲۲۸)؛ اما در تفاوت قاعده لا ضرر با مسئولیت محض می توان به قلمرو آن اشاره کرد، کاتوزیان معتقد است: «مسئولیت محض از جهت اینکه بر جبران ضرر و توجه به زیان دیده تأکید دارد، مشابه نظریه تضمین حق استارک استاد فقید فرانسوی



است. در حقوق اسلام قاعده لا ضرر بر حمایت از حق زیان دیده تأکید داشته و ابتدای نفی ضرر در فقه اسلامی قرار گرفته است و این قاعده بیش از اینکه به مجازات عامل ضرر و یا تقصیر و بی تقصیری او بیندیشد به لزوم جبران زیان می پردازد. اما تفاوت عمده ی مسئولیت محض با قاعده ی لا ضرر و تضمین استارک در قلمرو آنهاست ، در این نظریه ها پایه ی عمومی مسئولیت مدنی بر تضمین حق مشروع زیان دیده گذارده می شود ، در حالی که مسئولیت محض قاعده ای استثنائی است که در پاره ای زمینه ها و به دلایل ویژه از سوی قانون گذار یا رویه ی قضایی مقرر می شود و قاعده ی عمومی مسئولیت مدنی همان تقصیر است» (کاتوزیان، ۱۳۹۰ هـ.ش، ص ۱۱۷)

### بخش سوم: نظریه ی عام بودن تقصیر و اخصیت قانون مدنی

علاوه بر نظریه ی مسئولیت محض ، عده ای از حقوق دانان مبنای مسئولیت مدنی در حقوق ایران را تقصیر می دانند ، ایشان معتقدند که نظریه ی تقصیر عام و قانون مدنی اخص از آن است. بر اساس این نظر ، قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹ هجری شمسی که تحول چشمگیری در حقوق مسئولیت مدنی ایران ایجاد کرده به طور کلی « تقصیر » را مبنای مسئولیت قرار داده است . ماده ی یک قانون مزبور مقرر می دارد : « هر کس بدون مجوز قانونی عمدا یا در نتیجه ی بی احتیاطی به جان یا سلامتی یا مال یا آزادی یا حیثیت یا شهرت تجاری یا به هر حق دیگری که به موجب قانون برای افراد ایجاد گردیده لطمه ای وارد نماید که موجب ضرر مادی شود ، مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود می باشد» این ماده با عبارت « عمدا یا در نتیجه ی بی احتیاطی » به وضوح مبنای « تقصیر » را پذیرفته است ، مواد دیگری از این قانون نیز به مبنای « تقصیر » اشارت دارد. (صفایی و رحیمی ، ۱۳۹۱ ، ص ۸۳) حال باید دید مبنای مسئولیت در حقوق کنونی ایران با توجه به قانون مسئولیت مدنی چیست ؟ یک نظر این است که قانونگذار مبنای « تقصیر » را بدون تفکیک بین اتلاف و تسبیب پذیرفته و به طور کلی در حقوق کنونی ایران ، مسئولیت چه در اتلاف و چه در تسبیب مبتنی بر تقصیر است. (امیری قائم مقامی ، ۱۳۷۸ ، ص ۲۱۵ ؛ عاملی ، ۱۳۳۸ ، ص ۷۸ ؛ صفایی ، ۱۳۵۱ ، ص ۵۴۳) نظر دیگری که اقوی می نماید و با فقه اسلامی و مبنای قانون مدنی هم بیشتر سازگار



است و از جمع بین قوانین موضوعه بدست می آید و امروز ظاهراً قول مشهور حقوقدانان را تشکیل می دهد آن است که ماده یک قانون مسئولیت مدنی که مبنای « تقصیر » را پذیرفته ، یک قاعده ی عام است که بیشتر موارد مسئولیت مدنی را در بر می گیرد ، ولی در مواردی ، مسئولیت نوعی یا بدون تقصیر در قوانین ما پذیرفته شده که استثناً بر قاعده ی عام مذکور و در واقع مخصص آن به شمار می آید . از جمله ی این موارد ، مسئولیت ناشی از اتلاف موضوع مواد ۳۲۸ تا ۳۳۰ قانون مدنی و مسئولیت ناشی از وسایل نقلیه زمینی موتوری موضوع قانون بیمه ی اجباری مسئولیت ۱۳۸۷ است . این نظر با حقوق تطبیقی نیز هماهنگی دارد ؛ زیرا در اکثر کشور های پیشرفته بویژه فرانسه اصل مسئولیت مبتنی بر تقصیر پذیرفته شده و در عین حال در موارد استثنایی مسئولیت بدون تقصیر یا مسئولیت نوعی در قانون یا رویه ی قضایی منعکس گردیده است . در میان علمای حقوق غربی هم گاهی تفکیک بین ایراد ضرر به طور مستقیم ( اتلاف ) و ایراد ضرر به طور غیر مستقیم ( تسبیب ) از لحاظ عدم لزوم یا لزوم اثبات « تقصیر » مطرح شده است که نمونه ی بارز آن نظریه ی پل لوکلرک دادستان کل بلژیک است. (صفایی و رحیمی ، ۱۳۹۱ ، ص ۸۳-۸۴) قاسم زاده نیز همین نظر را تأیید می کند و می گوید : با توجه به منبع اصلی حقوق ایران (فقه امامیه) به روشنی مشهود است که قانون گذار ایران با تصویب قانون مسئولیت مدنی در صدد نسخ قوانین معایر نیست . بطلان این نظر با تصویب ق.م.ا و تأیید ضمان اتلاف که مشابه مبانی مسئولیت در قانون مدنی است و اصلاح قانون مدنی ( در سال های ۱۳۶۱ و ۱۳۷۰ به بعد ) و ابقای همان مقررات ، معلوم می گردد . اصولاً مسئولیت بر پایه ی تقصیر است و گاه بدون تقصیر نیز محقق می شود. ولی قانون گذار به تدریج بر تعداد و آمار مسئولیت های بدون تقصیر می افزاید. (قاسم زاده ، ۱۳۹۰ ، صص ۵۶ و ۵۸)

### بند اول: بررسی و تحلیل نظریه ی خطر

این نظریه دارای شکل ها و گونه های مختلفی است :

برخی بر آن اند شخصی که از فعالیتی سود می برد ، باید ضررهای ناشی از آن را نیز تحمل کند و این امر طبیعی و موافق با اخلاق و عدالت است. این نظریه به نظریه ی خطر-نفع معروف است . بنا بر این نظر ، مقصود از نفع ، سود مالی و اقتصادی است و فعالیت اقتصادی سود آور





موجب مسئولیت می شود، هر چند تقصیری در میان نباشد. (صفایی و رحیمی، ۱۳۸۹، ص ۶۸) عده ای دیگر از حقوق دانان معتقدند، مبنای مسئولیت مدنی «خطر ایجاد شده» است و منتفع شدن عامل زیان از فعالیت، نباید معیاری برای تحقق مسئولیت باشد. از این رو هر کسی، به صرف اینکه در فعالیت خود خطری ایجاد کند، باید پیامد های ناشی از آن را تحمل کند، طرفداران این نظریه معتقدند هیچ فعالیت بی بدون نفع نیست، اما نفع ممکن است مادی یا معنوی باشد. (حیاتی، ۱۳۹۲، ص ۳۸) در هر صورت نتیجه ی پذیرش هر یک از مبانی در توجیه نظریه خطر صرف نظر نمودن از نقش تقصیر عامل زیان در تحقق مسئولیت است. در این نظریه، درستی یا نادرستی فعلی که باعث ورود ضرر شده مطرح نیست بلکه آنچه اهمیت دارد انتساب ضرر به خواننده است. بنابراین، نظریه ی مزبور محدود به جایی می شود که شخصی کارگاه یا کارخانه یا موسسه ی انتفاعی دیگر را راه می اندازد یا مدیریت می کند. چنین فردی را بدون آنکه تقصیری مرتکب شده باشد مسئول زیان های وارده به دیگران می دانند (بهرامی احمدی، ۱۳۹۰، ص ۶۴)

در ارتباط با نظریه ی خطر ذکر دو نظریه ضروری است:

نکته اول: اگر چه نظریه ی خطر جزو مسئولیت های بدون تقصیر به حساب می آید و در واقع هم چنین است ولی نظریه ی خطر با مسئولیت عینی یا لا ضرر مطرح در حقوق اسلام، یکی نیست. در حقوق اسلامی هر زیانی که به دیگری وارد آید، عامل آن زیان، حتی اگر در خواب باشد ضامن است، ولی در نظریه ی خطر تنها زیانی جبران می شود که عامل آن از کار خود سودی انتظار داشته باشد.

نکته دوم: بعضی از اساتید (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص ۱۰۰) نظریه ی خطر را با این شعار که «هر کس سود کاری می برد، زیان آن را نیز باید تحمل کند» مترادف ضابطه ی حقوق اسلامی دانسته اند که: «من له الغنم فعلیه الغرم». در اینکه این جمله می تواند ترجمه ی خوبی برای بازگو کردن محتوای «نظریه ی خطر» حرف و ایرادی نیست، ولی باید توجه داشت که ضابطه ی «من له الغنم فعلیه الغرم» که می تواند از قواعد فقه نیز به حساب آید با آنچه از «نظریه ی خطر» مفهوم می شود ارتباطی ندارد. در حقوق اسلامی ضابطه ی «من له الغنم فعلیه الغرم» مدلول روایت «الخراج الضمان» است و منظور از آن تلازم ملک و نمائات است

و بر اساس آن می گویند: منافع مبیع در بیع شرط مال مشتری است، زیرا اگر مبیع تلف شود از مال مشتری تلف شده است به این تلامز « من له الغنم فعلیه الغرم » می گویند. یعنی: هرکس منافع مالی را می برد، غرامت، یعنی تلف شدن آن مال نیز به زیان او و به حساب او خواهد بود (بهرامی احمدی، ۱۳۸۸، ج ۱ ص ۲۵۹)

### **بند دوم: بررسی نظریه ی مختلط**

با توجه به اشکالاتی که بر نظریه ی تقصیر وارد بود و هیچ یک از آنها برای رفع نیازهای جامعه کافی نمی نمود، نظریه ی مختلط یا دوگانه که آمیخته ای از دو نظریه ی یاد شده بود پدید آمد. (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۱، صص ۶۹ و ۷۰) بنابراین، در حقوق خارجی این دو نظریه به عنوان مبنای مسئولیت مدنی مورد قبول واقع شد ولی اختلاف باقی مانده در قلمرو و حکومت آن دو بود. (باریکلو، ۱۳۹۲، ص ۵۳) برای حل این مشکل دو راهکار ارائه شد، راهکار نخست این بود که مسئولیت مبتنی بر تقصیر به عنوان اصل و قاعده و مسئولیت بدون تقصیر (نظریه ی خطر) به صورت فرعی و جنبی و به صورت استثناء در مواردی که عدل و انصاف اقتضاء می کند به موقع اجرا گذاشته شود. مقررات و قوانین مسئولیت مدنی در غالب نظام های حقوقی قابل تطبیق با این نظریه است.

راهکار دوم این که چون حوزه ی مسئولیت، به مسئولیت ناشی از فعل شخصی، مسئولیت ناشی از فعل غیر و مسئولیت ناشی از مالکیت و تصرف اشیاء و حیوانات تقسیم می گردد، مصلحت در این است که مسئولیت ناشی از فعل شخص بر مبنای تقصیر مسئولیت در دو قسم اخیر بر مبنای خطر گذاشته شود. بنابراین در قسم نخست خواهان باید تقصیر خوانده را به اثبات برساند، ولی در قسم اخیر خواهان به اثبات تقصیر خوانده نیاز ندارد. (قاسم زاده، ۱۳۹۰، ص ۴۰)

### **بخش چهارم: بررسی و نقد نظریه ابتنای مسئولیت مدنی بر قاعده ی «لا ضرر»**

در این بخش ابتدا به بیان نظرات حقوق دانانی که قائل به ابتنای مسئولیت مدنی بر قاعده ی «لا ضرر» هستند پرداخته شده و در ادامه به نقد این نظریه و دلایل نقد وارد بر آن پرداخته شده و در نهایت نظریه ی منتخب بیان گردیده شده است.



## بند اول: ابتدای مسئولیت مدنی بر قاعده ی «لا ضرر»

بسیاری از حقوق دانان معتقد به ابتدای مسئولیت مدنی بر قاعده ی «لا ضرر» هستند، بر طبق نظر جعفری تبار قاعده ی «لا ضرر» می تواند مبنای مسئولیت مدنی در حقوق ایران باشد، ایشان می فرمایند: بی گمان موشکافی های بیش از حد بر ابهام «لا ضرر» افزوده است، باریک بینی هایی که حقوق دانان برای شناخت مفهوم این قاعده کرده اند و آن را از معنی محصل خود خالی کرده اند و بیش از آن که دلالت گر باشند گمراه کننده اند، گویی به این نکته عنایت نکرده اند که احکام شرع برای متفاهم عرف است و نه برای موشکافی های عقلانی. این که آیا در این اصل، نفی ضرر شده و یا نفی حکم ضرری بحث هایی است که اصل را از معنی ساده و مفیدی که از این قاعده فهم می شود تهی می سازد. باید گفت نظام مسئولیت در تاریخ حقوق ایران مبتنی بر «لا ضرر و لا ضرار» است نه تقصیر و نه تضمین و نه مسئولیت محض و اگر هر آینه باید مقایسه ای میان این نظام ها انجام داد باید لا ضرر را با مسئولیت محض بیشتر سازگار دانست، در تاریخ حقوق ایران، ورود ضرر، خود تقصیر است چنان که در مسئولیت قراردادی انجام ندادن تعهد را تقصیر می شمرند. هر کجا ضرری (در مفهوم عرفی) در کار هست مسلم است که مسبوق بر تقصیری بوده و باید آن را جبران کرد مگر آن که رابطه ی سببیتی میان ضرر و عامل ورود آن نتوان یافت، به دلیل عواملی چون فورس ماژور یا تقصیر زیان دیده و یا تقصیر شخص ثالث، ایشان در مورد نظریه محض معتقدند: مسئولیت محض در حقوق ایالات متحده ی امریکا شکلی دیگر از اصل دیرین لا ضرر و لا ضرار در تاریخ ایران است و نباید لا ضرر را تقویم پارینه ای دانست که به کار امسال نمی آید و قاعده ای کهنه که با عصر نو سازگار نیست. (جعفری تبار، ۱۳۸۹، صص ۸۱-۸۴) ضروری است که در اینجا از مرحوم موسی جوان یاد کنیم که قبل از دیگر اساتید به این نکته توجه داده و بعد از اینکه مبنای مسئولیت مدنی (اعم از قراردادی و خارج از قرار دادی) را «نفی ضرر» و مسئولیت موضوعی دانسته به برتری این مبنا بر مبنای «تقصیر» تصریح کرده است. (موسی جوان، ۱۳۲۶، صص ۳۲۶-۳۲۷). دیگر اساتید بزرگ و صاحب نام حقوق مدنی ایران از جمله حسین صفایی نیز نظر مشابهی دارد. (صفایی، ۱۳۷۵، ص ۳۴۸) بهرامی



احمدی نیز معتقد است: «قاعده ی نفی ضرر مبنای متین و اساسی برای مسئولیت مدنی است و می تواند وسیله ای مناسب برای پاسخ گویی به نیاز های جدید و روز افزون جامعه ، در راه حل های سازنده برای مسئولیت مدنی باشد.» (بهرامی احمدی ، ۱۳۹۱ ، ص ۱۴۱) حتی آقای کاتوزیان که همواره حامی و مدافع استوار نظریه ی تقصیر بوده اند گفته اند: « هر چند که امروز چنین نیست ، ولی به زودی زمانی فرا می رسد که بیشتر خسارت ها از راه « مسئولیت محض » جبران شود و این نظریه بر « نظریه ی تقصیر » حکومت می کند» (کاتوزیان ، ۱۳۷۴ ، ص ۲۴۰) اخیرا نیز اصل « ضرر » و « نفی ضرر » توجه جرم شناسان و دانشمندان علوم اجتماعی را نیز در کشورهای پیشرفته ی دنیا به خود جلب کرده است . بسیاری از فیلسوفان کیفری و فلاسفه ی لیبرال بر این باورند که دولت تنها در جایی می تواند در حقوق و آزادی های فردی دخالت کند و منع کیفری نماید که رفتار فرد باعث ورود ضرر به اشخاص شود و حتی کسانی که ورود ضرر را تنها ضابطه نمی دانند آن را از مهم ترین ضوابط می دانند. از جمله اینکه آیا برای جلوگیری از رفتاری که متضمن « ضرر محتمل » است نیز امکان جرم انگاری وجود دارد. (محمودی، ۱۳۸۲ ، ص ۱۷۵) قابل ذکر است که وجوب دفع الضرر المحتمل نیز قواعد فقهی است. (بهرامی احمدی، ۱۳۸۸، ج ۱ ص ۳۳۱)

### بند دوم: نقد نظریه ی ابتدای مسئولیت مدنی بر قاعده «لا ضرر»

به نظر می رسد که بر نظر حقوق دانانی که قائل به ابتدای مسئولیت مدنی بر قاعده ی « لا ضرر » هستند اشکال وارد است ، چرا که نمی توان بر این اساس که احکام شرع برای متفاهم عرف است کلیه نظرات فقها در این مورد را کنار گذاشت و قاعده را بر اساس نیاز خود تفسیر کرد ، چه اینکه این قاعده ، قاعده ای فقهی است و باید نظر شارع مقدس از آن درک شود ، بنابراین باید ابتدا منظور شارع از قاعده فهمیده شود و سپس بر اساس آن عمل شود ، با توجه به نظرات آورده شده در تحقیق و دسته بندی تفاسیر به دو بخش نهی و نفی و بیان نظرات مشاهیر فقها ، استدلال شد که بر همه ی نظرات نقد و اشکال وارد است، کما اینکه در مورد نهی اولی و الهی بیان شد که این اشکالات وارد است: طبق قواعد ادبیات عرب ، اگر مدخول « لا » اسم و نکره بود ، « لا » در حقیقت در معنای نفی است و اگر جایی در معنای نهی به کار رود ،



نیازمند قرینه است که در این حدیث وجود ندارد، و مثال های مذکور همه به معنای نفی است نه نفی (ص ۲۷ تحقیق)، در مورد نظریه نفی حکم ضرری نیز این اشکالات وارد شده است: از مهمترین اشکالاتی که به این نظریه علاوه بر « تخصیص اکثر » گرفته شده است این که نظریه مبتنی بر این پیش فرض است که در حدیث نبوی، پس از جمله « لا ضرر و لا ضرار »، قید « فی الاسلام » نیز ذکر شده باشد، حال آنکه در معتبرترین طرق روایت حدیث مذکور، این قید وجود ندارد و فقط در یک روایت مرسل از صدوق این قید مطرح شده است (شیخ صدوق، ۱۴۰۱، ص ۵۹؛ ابن اثیر، ۱۳۱۱، ص ۸۲) و روایت مرسل نیز حجیتی ندارد. (عاملی، ۱۴۰۹، ص ۴۸) گرچه این نقد به تنهایی کافی نیست که بنیان این نظریه را فرو ریزد؛ ولی ایراد های مهم دیگری نیز بر آن وارد شده است؛ از جمله اینکه این نظریه می تواند همه ی احکام دینی را به تعطیلی کشاند و باعث تولد فقه جدیدی شود (ص ۳۶ تحقیق) در مورد نظریه ی نفی حکم به لسان نفی موضوع بیان شد که: به نظر می رسد بازگشت این نظریه همان نظریه ی شیخ است (مکارم شیرازی، ۱۴۱۱، ص ۵۹) و در عمل، تفاوت چندانی ندارند؛ زیرا تفکیک موارد میان موضوع ضرری و حکم ضرری، بسیار دشوار است و تقریباً می توان گفت هرگاه موضوع ضرری باشد، حکم ضرری است؛ همچنان که حکم ضرری باشد و اگر بنا باشد حکم موضوع ضرری قابل نفی باشد، به طریق اولی، حکمی که خود ضرری باشد نیز قابل نفی است؛ بنابراین فرق آشکاری میان آنها متصور نیست. (ص ۴۱ تحقیق) نظریه ی نفی ضرر غیر متدارک نیز مورد نقد قرار گرفت و بیان گردید: - این معنا حتی مورد خود (قضیه سمره) را هم در بر نمی گیرد ۲- اگر این مبنا صحیح باشد، مفاد حدیث « لا ضرر »، جعل حکمی است که بوسیله آن، ضرر تدارک شود و حال آنکه لسان حدیث « لا ضرر » نفی حکم است و نه اثبات حکمی که ضرر بوسیله آن تدارک شود. (ص ۴۲ تحقیق) همچنین بیان شد که بر نظریه ی ارث وارث مسلم از مورث کافر به این بیان اشکال وارد است: چرا که ایشان روایت « لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام » را چنین معنی کرده اند که در اسلام آوردن و مسلمان شدن ضرری نیست و فرد مسلمان شده نباید ضرر کند، در صورتی که منظور از « اسلام » در حدیث « لا ضرر » احکام اسلامی است و اسلام در حدیث به مجموعه احکام و قوانین در این





مکتب اطلاق شده است. گذشته از این، در بعضی از روایات اصلاً « فی الاسلام » نیامده، مانند موثقه زراره، و در بعضی « علی مومن » آمده است، مانند مرسله زراره. (ص ۴۳ تحقیق) در مورد نظریه ی تخصیص عموماً و تقیید مطلقاً اولیه بیان گردید که: بین این مبنا و مبنای شیخ اعظم در نتیجه ی حاصله از آن تفاوتی نیست، چه اینکه در اینجا نیز به نظر آقای موسوی بجنوردی حکم ضرری در اسلام تشریح نشده و اگر وضو یا روزه ضرری بود دلیل عام که اراده ی استعمالی شارع است به وسیله ی دلیل «لا ضرر» که اراده جدی شارع مقدس است تخصیص می خورد، بنابراین در اینجا نیز اشکالات مبنای شیخ که قائل به عدم تشریح حکم ضرری بود وجود دارد. (ص ۴۵ تحقیق) همچنین در نقد نظریه ی عدم حکم الزامی بیان گردید: که این نظریه همان نظر شیخ اعظم است و فقط محدوده ی آن کمتر شده و فقط شامل معاملات است (ص ۴۶ تحقیق) در مورد نظریه ی نفی مشروعیت اعمال ضرری نیز این اشکال بیان گردید که: تصور و قبول این مطلب به آسانی میسر نیست که حکم ضرر مردم به یکدیگر در اسلام، نفی شده باشد، ولی احکام ضرری خدا بر مردم، نفی نشده باشد. اگر ضرر زدن مردم به یکدیگر در اسلام، منتفی و غیر مشروع باشد، ضرر زدن خداوند به مردم به طریق اولی منتفی است و توجیه به خروج تخصیص احکام الهی از دایره ی ضرر، گرچه در بسیاری از موارد مانند جهاد و حج، قابل قبول است، ولی در مواردی چون وضو و روزه، ضرری و در مثال هایی مانند تکثر اولاد و معامله غبنیه، خلاف وجدان و اعتبار عقلی و منطقی است. (ص ۴۸ تحقیق) در نقد نظریه ی نفی مشروعیت مطلق ضرر نیز بیان گردید: این نظر، همان نظر شیخ اعظم انصاری (ره) است و تفاوت چندانی با آن ندارد، زیرا وقتی مرحوم شیخ اعظم، حکم شرعی و قرآنی را در صورت ضرری بودن منتفی می دانند، اعم از حکم تکلیفی و وضعی خواهد بود (شیخ انصاری، ۱۴۰۷، ص ۵۳۳) و به طریق اولی ضرر های مردم به یکدیگر را نیز شامل می شود و اعمال مردم هرچه باشد دارای یکی از اعمال خمسسه تکلیفی است و اگر به دلیل ضرری بودن، حرام و ممنوع اعلام شوند، به منزله لغو حکمی از احکام شرع است این نظر، همان نظر شیخ اعظم انصاری (ره) است و تفاوت چندانی با آن ندارد، زیرا وقتی مرحوم شیخ اعظم، حکم شرعی و قرآنی را در صورت ضرری بودن منتفی می دانند



، اعم از حکم تکلیفی و وضعی خواهد بود (شیخ انصاری، ۱۴۰۷، ص ۵۳۳) و به طریق اولی ضرر های مردم به یکدیگر را نیز شامل می شود و اعمال مردم هر چه باشد دارای یکی از اعمال خمسه تکلیفی است و اگر به دلیل ضرری بودن، حرام و ممنوع اعلام شوند، به منزله لغو حکمی از احکام شرع است، پس انتقاد های وارد بر آن نظر، بر این نظر نیز وارد خواهد بود و میزان کارآمدی و کاربرد آن نیز از نظر شیخ انصاری تبعیت خواهد کرد (صص ۴۸-۴۹ تحقیق) بنابراین می توان گفت تنها نظریه ی نهی ثانوی و سلطانی امام خمینی (ره) اشکال دیگر نظرات را ندارد و به این ترتیب قابل دفاع بوده و نظر شارع از این قاعده است و از آنجا که بر اساس تفسیر نهی ثانوی، قاعده ی «لا ضرر» کمترین کارآمدی را داشته و تنها بر قاعده تسلیط حاکم است، نمی توان ابتدای مبنای مسئولیت بر قاعده ی «لا ضرر» در حقوق ایران را پذیرفت. امام خمینی (ره) در خاتمه بحث «لا ضرر» می فرماید: بر فرض که دلیل دیگری (غیر از لا ضرر) هم نداشتیم، باشد چراباید اول حکمی را مسلم بگیریم و سپس در صدد دلیل تراشی برای آن برآیم، بلکه در این موارد حق نداریم آن را به شرع نسبت دهیم یا دلیلی برای آن اختراع کنیم. (محقق داماد، ۱۳۹۲، ۱۵۳-۱۵۴)

### بند سوم: نظریه ی منتخب

از آنجا که مبانی مختلفی همچون نظریه ی تقصیر، خطر و مختلط و قابلیت استناد عرفی به عنوان مبنای مسئولیت مدنی در حقوق ایران توسط حقوق دانان مختلفی مطرح گردیده، اما می توان گفت که بهترین نظر، نظریه ی قابلیت استناد عرفی به عنوان مبنای مسئولیت در حقوق ایران است، چرا که اولاً مبانی دیگر وام گرفته از حقوق کشورهای غربی بوده و با فقه اسلامی که شالوده حقوق ایران را تشکیل می دهد سازگار نیستند، از طرف دیگر می توان اشکالات وارده بر این نظریه را پاسخ داد و اشکالات ظاهری بیان شده بر آن را توجیه کرد، کما اینکه حقوق دانانی چون باریکلو و حیاتی و مبین در دفاع از این نظریه آن را توجیه کرده اند و این نظر را با فقه امامی سازگار می دانند (باریکلو، ۱۳۹۲، ص ۵۶؛ حیاتی، ۱۳۹۲، ص ۷۲؛ مبین، ۱۳۹۰، صص ۲۰۹-۲۱۰) که در تحقیق به این نظرات اشاره گردید. این نظر با فقه امامی سازگار است و مبنای مسئولیت در حقوق ایران نظریه قابلیت استناد عرفی می باشد. اما در ادامه



پیشنهاد می‌گردد که با همت قانون‌گذار نظریه مسئولیت محض در مواردی مشخص، چون حمایت از مصرف‌کننده، بکار گرفته شود و به این ترتیب حتی رنج اثبات استناد عرفی نیز از زیان دیده برداشته شود و به این ترتیب زیان دیده به سرعت و آسانی به حق و حقوق خود برسد.

### نتیجه‌گیری

از کلیه‌ی مباحث گفته شده، مطالب زیر نتیجه‌گیری و جمع‌بندی شده و پیشنهاداتی نیز داده شده است:

۱- با توجه به رشد روزافزون جوامع بشری و پیشرفت آن، ناکارآمدی نظریه‌ی «تقصیر» که مبنای مسئولیت مدنی است آشکارتر می‌شود، نظریه‌ی ای که وام‌دار حقوق روم بوده و بعد از انقلاب فرانسه، در سال ۱۸۰۴ میلادی در کشور فرانسه تصویب گردید و سپس به دیگر کشورها راه یافته، حقوق دانان اروپایی و ایرانی نیز به ناکارآمدی این نظریه اذعان دارند و سیر تحولی حقوق اروپا نشان‌دهنده‌ی تعدیل این نظریه و یا حتی حذف آن است.

۲- در حقوق اسلامی نیز قاعده‌ی «لا ضرر» به معنای نفی ضرر به عنوان یک قاعده‌ی فقهی در حدود ۱۴۰۰ سال پیش توسط رسول اکرم (ص) در ماجرای سمره بن جندب مطرح شده، حال بحث شده است که با توجه به گرایش‌های جدید حقوقی مبنی بر حذف نظریه‌ی تقصیر، قاعده‌ی «لا ضرر» چگونه می‌تواند مبنای مسئولیت مدنی باشد.

از آنجا که قاعده‌ی «لا ضرر» قاعده‌ای فقهی است لازم می‌آید که نظر شارع مقدس از آن حاصل گردد و براساس نظر شارع قاعده تفسیر گردد، به نظر می‌رسد تفسیر نهی ثانوی و سلطانی، نظر شارع مقدس از این روایت بوده، چرا که قول و رفتار پیامبر در قضیه سمره در جهت رفع مزاحمت و ظلم و تعدی سمره نسبت به مرد انصاری بوده که بر اساس شئونات حکومتی و اجرایی ایشان بوده، بنابراین این نهی، نهی در اجرا و حکومت و از احکام ثانویه است، در نتیجه قلمرو قاعده بسیار محدود بوده و در غیر این مورد باید به سراغ قواعد دیگر رفت. در نتیجه این تفسیر اشکال دیگر تفاسیر را ندارد و به این ترتیب، قاعده‌ی «لا ضرر» نمی‌تواند مبنای مسئولیت مدنی قرار گیرد و این قاعده دارای این ظرفیت فقهی نیست، در نتیجه



مبنای مسئولیت مدنی نظریه ی «استناد عرفی» است ، چرا که این مبنا با شالوده ی حقوق ایران که همان فقه امامی است سازگارتر می باشد و معایب نظریه ی «تقصیر» را نیز تا حد زیادی تعدیل می نماید ، گرچه پیشنهاد گردید که به حکم قانون و همت قانون گذار در مواردی چون حمایت از حق مصرف کننده از نظریه ی مسئولیت محض استفاده شود و به این ترتیب با فرض مسئولیت تولید کننده حتی نیاز به اثبات استناد عرفی ضرر توسط مصرف کننده نبوده و حقوقش بیشتر رعایت گردد.



## منابع و ماخذ

۱. ارسطو، ۱۳۷۸ هـ. ش، اخلاق نیکو ماخوس، ترجمه ی محمد حسن لطفی، چ دوم، تهران: طرح نو
۲. الیوت، کاترین؛ ورنون، کاترین، ۱۳۸۲ هـ. ش، نظام حقوقی فرانسه، ترجمه ی صفر بیگ زاده، ج ۵، تهران: مرکز پژوهش های مجلس شورای اسلامی
۳. امیری قائم مقامی، عبدالمجید، ۱۳۷۸ هـ. ش، حقوق تعهدات، ج ۱، تهران: انتشارات نشر میزان
۴. ایروانی، باقر، ۱۴۱۷ هـ. ق، القواعد الفقہیہ، چ اول، ج ۱، قم: موسسه الفقه للطباعه و النشر
۵. پاکتچی، احمد، ۱۳۸۰ هـ. ش، دایره المعارف بزرگ اسلامی، ج ۸، تهران، مرکز دائره المعارف
۶. پژوهشکده ی فقه و حقوق مرکز مطالعات و تحقیقات اسلامی، ۱۳۷۹ هـ. ش، ماخذ شناسی قواعد فقهی، چ اول، قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی
۷. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۶۷ هـ. ش، مبسوط ج ۱، تهران، انتشارات گنج دانش
۸. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ۱۳۷۲ هـ. ش، ترمینولوژی حقوق، چ ششم، تهران: گنج دانش
۹. جعفری تبار، حسن، ۱۳۸۹ هـ. ش، مسئولیت مدنی کالا، چاپ اول، تهران: موسسه ی انتشار دادگستر
۱۰. جناتی، محمد ابراهیم، ۱۳۶۹ هـ. ش، جایگاه اسصلاح و مصالح مرسله در منابع اجتهاد، تهران: کیهان اندیشه
۱۱. جوادی آملی، عبدا...، ۱۳۸۱ هـ. ش، نسبت دین و دنیا، قم: انتشارات اسراء
۱۲. جوان، موسی، ۱۳۲۶ هـ. ش، مبانی علم حقوق، تهران: چاپ رنگین



۱۳. حیاتی ، عباس ، ۱۳۹۲ هـ. ش ، حقوق مدنی (۴) مسئولیت مدنی ، چ اول ، تهران : نشر

میزان

۱۴. سبحانی ، جعفر ، ۱۳۸۴ هـ. ش ، درس خارج اصول ، جلسه اول ، قم ، مسجد اعظم

۱۵. سیستانی ، علی ، ۱۳۸۹ هـ. ش ، تقریرات قاعده ی لا ضرر و لا ضرار ، ترجمه ی دکتر

اکبر نایب زاده ، چ اول ، تهران : انتشارات خرسندی

۱۶. مبین ، حجت ، ۱۳۹۰ هـ. ش ، نظریه ی قابلیت استناد ، چ اول ، تهران : انتشارات دانشگاه

امام صادق (ع)

۱۷. محقق داماد ، مصطفی ، ۱۳۹۲ هـ. ش ، قواعد فقه (بخش مدنی) ، ج ۱ ، تهران : مرکز

نشر علوم اسلامی

۱۸. مددی ، صادق ، ۱۳۸۸ هـ. ش ، مسئولیت مدنی تولید کنندگان و فروشندگان کالا ، چ

اول ، تهران : موسسه مطالعات و مشاوره حقوقی و کلای ایران زمین با همکاری نشر میزان

۱۹. مطهری ، مرتضی ، ۱۳۷۶ هـ. ش ، آشنایی با علوم اسلامی ، ج ۳ ، قم : انتشارات صدرا

۲۰. بادینی ، حسن ؛ مومنی ، خسرو ، ۱۳۹۲ هـ. ش ، رویکردی نو در اثبات جریان قاعده ی

لا ضرر در احکام عدمی در زمینه ی مسئولیت مدنی ، فصلنامه ی حقوق ، مجله ی دانشکده ی

حقوق و علوم سیاسی ، دوره ی ۴۳ ، شماره ی ۳ ، صص ۱۹-۳۱

۴۲۶

