



جایگاه تقصیر در مسئولیت مدنی

پدیدآورنده (ها) : نباتی، مریم؛ احمدزاده، عبدالمطلب

حقوق :: نشریه پژوهشنامه حقوق اسلامی :: بهار و تابستان ۱۳۸۹ - شماره ۳۱ (ISC)

صفحات : از ۱۹۹ تا ۲۲۳

آدرس ثابت : <https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/899246>

تاریخ دانلود : ۱۴۰۲/۰۷/۱۳

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) جهت ارائه مجلات عرضه شده در پایگاه، مجوز لازم را از صاحبان مجلات، دریافت نموده است، بر این اساس همه حقوق مادی برآمده از ورود اطلاعات مقالات، مجلات و تألیفات موجود در پایگاه، متعلق به "مرکز نور" می باشد. بنابر این، هرگونه نشر و عرضه مقالات در قالب نوشتار و تصویر به صورت کاغذی و مانند آن، یا به صورت دیجیتالی که حاصل و بر گرفته از این پایگاه باشد، نیازمند کسب مجوز لازم، از صاحبان مجلات و مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) می باشد و تخلف از آن موجب پیگرد قانونی است. به منظور کسب اطلاعات بیشتر به صفحه [قوانین و مقررات](#) استفاده از پایگاه مجلات تخصصی نور مراجعه فرمائید.



- تاثیر میزان تقصیر در مسئولیت مدنی در فقه امامیه و حقوق ایران
- هدف مسئولیت مدنی
- نقش تقصیر در مسئولیت مدنی و مقایسه آن با حقوق کامن لا
- مسئولیت محض؛ مبنای و مصادیق
- مراتب تقصیر در حقوق مسئولیت مدنی ایران و آثار مترتب بر آن
- تقسیم مسئولیت مدنی
- نگرشی انتقادی به چالش های حقوق عمومی مسئولیت مدنی حاکمیت تقنینی(قوه مقننه)
- اصالت ضمان قهری و تقدم آن بر مسئولیت قراردادی در فقه امامیه
- مسئولیت مدنی در نظام حقوقی کامن لاو مصادیق مسئولیت مدنی کدامند؟
- مسئولیت مدنی ناشی از بی احتیاطی در حقوق ایران وانگلستان
- نقش قابل پیش بینی بودن خسارت در مسئولیت مدنی قراردادی و قهری
- تقصیر در مسئولیت مدنی و عدالت

عناوین مشابه

- دفاع در برابر مسئولیت مدنی ناشی از خطای بی احتیاطی بر مبنای تقصیر زیان دیده با تاکید بر حقوق آمریکا
- نقش تقصیر در مسئولیت به جبران خسارت مشترک در حقوق دریایی در مقایسه با فقه و حقوق مدنی
- بررسی تطبیقی مبنای مسئولیت مبتنی بر تقصیر و بدون تقصیر در حقوق مسئولیت مدنی ایران و انگلستان
- جایگاه قاعده اکراه در مسئولیت مدنی دولت
- مقایسه تقصیر در مسئولیت مدنی و کیفری
- بررسی جایگاه عنصر معنوی در مسئولیت مدنی با رویکرد تطبیقی
- مقاله: تقصیر و رابطه سببیت در نظام مسئولیت مدنی
- بررسی جایگاه عدالت توزیعی در مسئولیت مدنی
- نقش تقصیر در مسئولیت مدنی و مقایسه آن با حقوق کامن لا
- بررسی و تحلیل مصادیق فرض تقصیر در دعاوی مسئولیت مدنی

جایگاه تقصیر در مسئولیت مدنی

مریم نباتی*

سید عبدالمطلب احمدزاده**

تاریخ دریافت: ۱۳۸۹/۰۵/۰۱

تاریخ پذیرش: ۱۳۸۹/۶/۲۱

چکیده

مسئولیت مدنی نهادی برای جبران خسارت و تسکین آلام زیان دیده است. نهادی کارا که هرچند عقل سلیم و منطق حقوقی وجود شرایط و مقضیاتی را برای قوام و ثبوت آن لازم می‌داند، به نظر می‌رسد، که روشی که برخی حقوق‌دانان در رسیدن به این اقتضا لازم دانسته‌اند مانعی برای کارآیی آن شده باشد، سدی در برابر تحقق عدالت و جریان روح حقوق در آن خواهد بود. رکن تقصیر که به‌عنوان یکی از ارکان ضروری این نهاد از طرف برخی حقوق‌دانان ذکر شده و ضرورت اثبات آن از طرف زیان‌دیده به‌عنوان شرطی از شرایط ضروری تحقق این سبب (مسئولیت مدنی) عنوان نموده است. که البته اثبات این امر و رکن مسأله‌ای است، که بعد از اثبات انتساب فعل مضر به فاعل ضرورت می‌یابد، به‌راستی این نگرش تا چه حد به منبع اصیل آن راهنمایی می‌نماید؟ با مطالعه‌ای در فقه، این مسأله به ذهن متبادر می‌شود، که با وجود قواعدی چون لاضرر و اتلاف و تسبیب که مثبت رابطه انتسابی است، بدون تأکید بر اثبات تقصیر و یا به‌عبارت بهتر موضوعیت قائل شدن بر آن، هرچند ممکن است، در برخی موارد در اثبات رکن انتساب مؤثر باشد، چه دلیل محکم و قانع‌کننده‌ای وجود دارد، که بعد از ثبوت حقی مشروع بر زیان دیده، در جبران خسارت مانعی به‌عنوان اثبات ضروری تقصیر را در راه احقاق حق وی قرار دهیم.

واژگان کلیدی

مسئولیت مدنی، تقصیر، لاضرر، اتلاف، تسبیب

مقدمه

آنچه به نظر می‌رسد، در ابتدا برای تنقیح عنوان به جهت اختلاف نظرانی که در این حیطه وجود دارد لازم باشد، بیان این مسأله است، که منظور ما از مسئولیت مدنی در عنوان مقاله، مسئولیت مدنی به معنای عام آن نبوده، بلکه مراد مسئولیت مدنی به معنای خاص و به عبارت دیگر مسئولیت قهری است. در پی آن هستیم، که عنصر تقصیر در مسئولیت‌های غیر قراردادی (مسئولیت قهری) چه جایگاهی دارد؟ در این خصوص نیازمند بیان تعریفی از مسئولیت مدنی و تقصیر بوده، تا نکته ابهام در بیان نظرات باقی نماند و پیش فرض‌های تحقیق مشخص گردد.

در بسیاری از کتبی که با عنوان مسئولیت مدنی نگاشته شده است، در بیان ارکان آن علاوه بر وجود ضرر و ارتکاب فعل زیان‌بار و رابطه سببیت، تقصیر را به‌عنوان رکنی مستقل و جداگانه ذکر می‌نمایند. این عبارت به این معنی است، که چنانچه فردی با انجام (عمل زیان‌بار) باعث (رابطه سببیت) ورود (ضرر) به فردی گردد، وی مسئول نیست. زیرا اگرچه همه این ارکان ثابت شده و مشخص است، که فردی با اعمال خود سبب ورود خسارت به دیگری را فراهم آورده است و لیکن این به تنهایی کافی نبوده، زیرا تقصیر وی ثابت نشده است.

البته با توجه به حس عدالت‌خواهی که در روح حقوق نقش بسته است، این مسأله اندکی سخت و بعید به نظر رسیده، اما این نتیجه‌ای گریزناپذیر از بیان رکن تقصیر به‌عنوان رکنی مستقل و در کنار رکن رابطه سببیت می‌باشد. تعبیری که ذهن عدالت‌خواه را برای کشف حقیقت و چرایی این مسأله به منبع و به عبارتی منشأ این نهاد می‌کشاند، تا بلکه راه‌گیزی از این وادی بیابد. پس در این مورد به سه قاعده مهم فقهی اتلاف تسبیب و لاضرر پرداخته شده است.

در این مقاله سعی شده است، بعد از ذکر قواعد و تحلیل آن، نظرات فقها در هر مورد بررسی شده و در بخش دیگر، عباراتی از فقها و برخی حقوق‌دانان که مؤید نظر نگارنده نیز است، آورده شده است. تا علاوه بر این که ارزشمندی تقصیر به‌عنوان یکی از ضوابط اثبات رابطه بیان می‌شود، این نهاد به جهت موضوعیت قائل شدن بر این عنصر از جایگاه واقعی خود خارج نشود. پس سعی بر آن داریم، که به این سؤال مهم پاسخ داده شود، که با توجه به فقه، که منبع اصلی نهاد مسئولیت مدنی است، جایگاه تقصیر در

نظام مسئولیت مدنی چه می‌باشد؟ و آیا می‌توان مبنای شایسته‌ای برای موضوعیت قائل شدن برای عنصر تقصیر پیدا نمود؟ در این مقاله به دنبال یافتن پاسخ این پرسش در فقه هستیم زیرا: این نهاد، نهادی مستقل از فقه نبوده، فلذا ناگزیر از استنباط شرایط از خواستگاه آن خواهیم بود؛ علاوه بر آن، پاسخ به این سؤالات می‌تواند تغییرات اساسی در رابطه زیان دیده و زیان زننده ایجاد نماید.

۱. تعیین قلمرو و بیان تعاریف موضوع

۱-۱. مسئولیت مدنی

در ابتدا ذکر این نکته لازم است، که در این مقاله صرفاً به مسئولیت شخصی پرداخته و در حیطه مسئولیت ناشی از فعل غیر وارد نخواهیم شد. هرچند مجال بحث در این مختصر وجود نداشته و این موضوع به جهت عمق مطلب نیاز به فحوصی جداگانه دارد.

چنانچه دو شخص هیچ پیمانی با یکدیگر نداشته و یکی از آن دو به طور عمد و یا به خطا به دیگری زبانی رساند، مسئولیت ایجاد شده را غیرقراردادی و یا خارج از قرارداد گویند. (کاتوزیان ۱۳۷۴ ج ۱، ص ۷۲)

مسئولیت مدنی به دو شاخه مهم تقسیم شده است:

۱- مسئولیت قراردادی ۲- مسئولیت خارج از قرارداد.

هرچند موضوع در بخش دوم (مسئولیت خارج از قرارداد) قرارداد بوده، و تمام آن را در بر نمی‌گیرد، زیرا طبق ماده ۳۰۷ ق.م. موجبات ضمان قهری عبارت است از ۱- غصب ۲- اتلاف ۳- تسبیب ۴- استیفا، که مطابق ارکان و تعریفی که از مسئولیت مدنی ذکر می‌شود، غصب و استیفا خارج خواهد شد، زیرا در غصب نیازی به اثبات رابطه سببیت نمی‌باشد. (ماده ۳۱۵ ق.م.) و نیز در استیفا نیازی به اثبات ورود ضرر بر فرد مقابل وجود ندارد (ماده ۳۳۶-۳۳۷ ق.م.) می‌توان گفت، ضمان قهری در فقه از جهتی عام و از جهتی خاص از مسئولیت مدنی بوده، زیرا، از جهتی عناوین خاص چون ضمان مقبوض به عقد فاسد را در بر می‌گیرد و از طرف دیگر بیش‌تر فقها خسارت بدنی را که در حقوق اسلام از طریق دیه و ارش جبران می‌شود را جزء مباحث ضمان قهری تلقی نموده‌اند. (بادینی، ۱۳۸۴، ص ۳۳)

۲-۱. تقصیر

برخی مفاهیم حقیقت شرعیه نداشته و آنچه که فقها بیان داشته‌اند، به‌عنوان فردی عرفی و در واقع بیان تعریف موجود در بین مردم می‌باشد، تقصیر نیز از این موارد می‌باشد. متفاهم عرفی از واژه تقصیر، تعدی و تفریط می‌باشد. (بجنوردی، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۵۰) تعدی زمانی است، که شخص کاری را که ترک آن کار لازم است، را انجام دهد و تفریط ترک عملی است، که فعلش لازم است. (بجنوردی، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۱۵۱)؛ (مکارم‌شیرازی، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص ۲۷۸) برخی از حقوق‌دانان در تعریفی که ارائه داده‌اند، هر فعل یا ترک فعل مغایر با مقررات کشور عرف یا قرارداد را تقصیر دانسته‌اند. (درویدیان، ۱۳۸۷، ص ۱۲۰) یا وضعیتی اعتباری دانسته، که شخص در اثر ارتکاب عمل بدون مجوز قانونی، عمداً یا در نتیجه بی‌احتیاطی یافت می‌شود. (امامی، ۱۳۷۸، ج ۱، ص ۵۸۷) علاوه بر موارد مذکور دسته‌بندی‌هایی نیز در این باب در بین حقوق‌دانان وجود دارد، که به نظر می‌رسد بیشتر وارداتی از حقوق رومی-ژرمنی باشد که عبارت است از:

۱- تقصیر عمدی یا نیرنگ‌آمیز

۲- تقصیر غیر عمدی مشدد که عبارت است از تقصیر سنگین و تقصیر نابخشودنی. (ژوردن، ۱۳۸۲، ص ۷۳) و نیز تعابیر دیگری در بیان مفهوم تقصیر از طرف حقوق‌دانان بیان شده است، به‌عنوان مثال؛ کار نامشروع قابل انتساب

- تجاوز از تعهد یا اجرا نکردن تعهد

- تجاوز از رفتار عادی مرتکب

- فریب اعتماد مشروع دیگران

- تجاوز از رفتاری که لازمه حمایت قانون از دیگران است

- تجاوز از متعارف یا هنجار اجتماعی

که به هر کدام از این تعاریف ایراداتی وارد شده است. (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ج ۱، صص ۳۳۵-۳۴۷) صرف‌نظر از تعاریفی که برای تقصیر بیان شده است، برای بیان مفهوم تقصیر ناگزیر از مراجعه به اهداف و کارکردهای نهاد مسئولیت مدنی خواهیم بود؛ (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۳۵۰) هدف عقوبت زیان‌زننده نیست، تا به دنبال شرایط جسمی

و روحی وی باشیم، فلذا می‌توان گفت در مسئولیت مدنی ملاک تقصیر نوعی می‌باشد و نه شخصی.

۲. قواعد فقهی مستند مسئولیت مدنی

برای ایجاد مسئولیت در فقه قواعد و دلایل متعددی وجود دارد، که همه آن‌ها به جهت عدم انطباق با موضوع بحث در این مقال قابل بررسی نخواهد بود. به عنوان مثال؛ هر چند قاعده ید یکی از منابع مهم مسئولیت در فقه است، ولیکن از آن‌جا که یکی از شرایط استناد به آن وجود استیلا بر مال است در اینجا قابل استفاده نخواهد بود.

علی ایحال قواعدی که منطبق بر حیطه مورد بررسی ما می‌باشد قواعد اتلاف تسبیب و لاضرر می‌باشد. همچنان‌که برخی از حقوق‌دانان نیز در بیانات خود به آن اشاره داشته‌اند. (کاتوزیان ۱۳۷۴، ج ۱ ص ۱۴۳ تا ۱۶۵)

۲-۱. قاعده اتلاف

برای استفاده از هر قاعده‌ای ناگزیر هستیم تا به دلایل آن رجوع نماییم و در این مورد می‌توان به دلایل قرآنی و روایی پرداخت.

۲-۱-۱. مدارک قاعده

۲-۱-۱-۱. قرآن

(فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ) (قرآن کریم، سوره مبارکه بقره، آیه شریفه ۱۹۴) یکی از آیاتی که در باب این قاعده به آن استناد شده، آیه اعتدا است. برای استناد به آن باید، اتلاف مال دیگران بدون اذن صاحب آن از مصادیق اعتدا می‌باشد. (بجنوردی، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۱۷) و مؤاخذه متعدی به پرداخت مثل یا قیمت آن به معنای ضمان وی می‌باشد. (ابن‌قدامی، بی‌تا، ص ۳۷۴) این از لفظ مثل، از متن آیه استنباط می‌شود. پس این آیه صرفاً به نفی اعتدا اشاره نداشته، بلکه اعتدا را موجب ضمان می‌داند. (الموسوی‌الخمنی، ۱۳۶۸، ص ۵۲) ولی به هر حال استناد به این آیه از باب ضمانات شایع است. (حلی، ۱۳۴۰، ج ۲، ص ۴۸۰؛ طوسی، ۱۳۵۱، ج ۲، ص ۶۰؛ بجنوردی، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۲۵) و شأن نزول در این مورد مخصوص نبوده و نمی‌تواند مانع در استناد به این آیه باشد. (مکارم شیرازی، ۱۴۱۶ق.، ج ۲، ص ۱۹۴؛ بجنوردی، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۲۵)

۲-۱-۱-۲. روایات

جمله مشهوری که در این باب وجود دارد، عبارت است از: من اتلف مال الغير فهو له ضامن. در خصوص این جمله اختلاف نظر وجود داشته، برخی آن را روایت و برخی عبارتی اصطیادی دانسته‌اند. (مکارم شیرازی، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص ۱۹۴؛ بجنوردی، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۲۵)

اگر جمله فوق را عبارتی اصطیادی دانسته و به عموم و اطلاق آن تمسک نجویم، روایات دیگری وجود دارد که می‌توان به آن استناد نمود. به عنوان نمونه: «حُرْمَةُ مَالِ مُسْلِمٍ، كَحُرْمَةِ دَمِهِ»

این جمله بیان‌گر آن است، که اولاً؛ اتلاف مال غیر حرام است و ثانیاً اگر کسی مال دیگری را تلف کند، ضامن تدارک آن خواهد بود. (محقق داماد، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۱۱۰؛ بجنوردی، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۱۷) حتی اگر قائل شویم که عبارت تنها بیان‌گر حرمت تصرف در مال است، عدم جبران ضرر بعد از تصرف در آن استمرار ضرر و استمرار تصرف بوده، پس حرام است و لازمه رفع مزاحمت جبران و تدارک آن است. (محقق داماد، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۲۱۵) در این مورد نیز اشاره‌ای به ضرورت وجود تقصیر نشده، متلف را صرف نظر از شرایط آن مسئول می‌داند.

۲-۱-۱-۳. بناء عقلا

زمانی که به بنا عقلا مراجعه می‌شود، مشاهده می‌گردد که ورود ضرر به دیگری امری مقبوح و ناپسند و جبران آن امری ضروری می‌باشد. (بجنوردی، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۳۲) صرف نظر از تمامی این مواردی که ذکر شد، برخی از فقها این قاعده را از ضروریات دین دانسته و آن را ثابت فرض نموده، که فحش در خصوص مدارک در جهت ایصال به قاعده را امری غیر ضروری دانسته‌اند. (الحسینی المرآغی، ۱۴۱۸، ج ۱، ص ۴۳۵)

«فالأیه تدل دلالة واضحة علی أن من اتلف مال الغير بدون اذنه و رضا فهو له ضامن» (بجنوردی، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۲۵)

در انتها نیز باید بیان داشت، که آنچه از این دلایل استنباط می‌شود، این است که فردی که موجب ایجاد ضرر برای دیگری شود، باید ضرر وارده را جبران نماید همچنان که در هیچ‌یک از دلایل اشاره‌ای به لزوم اثبات تقصیر مشاهده نشده است.

۲-۲. قاعده تسبیب

در ابتدا باید اشاره داشت، که اصولاً تمایز بین اتلاف و تسبیب بعد از قرن پنجم هجری شایع شد، که به نظر می‌رسد یکی از علل مهم آن تفاوت در صدق عرفی و احراز رابطه انتسابی باشد. (بجنوردی، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۷۰۵) در اتلاف به معنای خاص، فرد مباشر تا اقدام به ورود ضرر به دیگری کند. در حالی که در اتلاف بالتسبیب، تلف به همراه آن اما به علت دیگری حاصل می‌شود. به عبارت دیگر در اتلاف بالتسبیب مسبب، علت مستقیم حادثه نیست، بلکه زمینه‌ساز علت است. (نجفی، ۱۴۰۴ ق.، ص ۳۷) در شناسایی مسبب واقعی و قابل انتساب است، که تفکیک بین این دو اتلاف شایع شده و به جهت شمول ادله‌ای که در باب قاعده اتلاف بیان شد، منعی از استفاده از آنان در این قاعده نیز متصور نیست، همچنان که برخی از فقها نیز مبادرت به این امر نموده و دلایل فوق‌الذکر را ذیل عنوان واحد اتلاف اعم از بالمباشره و بالتسبیب بیان داشته‌اند. (بجنوردی، ۱۳۷۱، ج ۲، صص ۲۶-۲۸) در این قسم از اتلاف مسلمین و بلکه عقلای عالم از مسلمین و غیرمسلمین نظر بر ضمان متلف دارند. (بجنوردی، ۱۳۷۱ ص ۳۱)

و لیکن علاوه بر مواردی که ذکر شد، دلایلی نیز وجود دارد، که عمدتاً بیان‌گر اتلاف بالتسبیب است، که به چند مورد از آن‌ها اشاره خواهیم کرد.

۲-۲-۱. روایات

«کل شی یضر بطریق المسلمین فصاحبه ضامن لما یصیبه»
 یا «من اخرج میزابا او کنیفا او اوتد وتدا او اوتق دابة او حفر شی فی طریق المسلمین
 فأصاب ففطب فهو له ضامن»

(اللهمی ۲۰۰۴، ص ۵۴؛ بجنوردی، ۱۳۷۱، ج ۲، صص ۳۲-۳۳؛ محقق داماد، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۱۱۹) این روایات جزء شایع‌ترین روایات موجود است.

بطور کلی مفهوم این سه روایت چنان است که، فردی عملی را انجام دهد که موجب ورود خسارت به دیگری گردد، ضامن بوده، اعم از این که به راه مسلمین آسیبی رساند، مانند حفر چاه و یا گذاشتن ناودان خانه به سمت بیرون منزل و در محل عبور مردم، و یا انداختن پوست موز بر سر راه مردم که موجب سر خوردن آن‌ها و ورود ضرر به آنها گردد. در این که این موارد موجب ضمان افراد می‌باشد، تردیدی وجود ندارد. (بجنوردی، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۳۲؛ محقق داماد، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۱۱۹) اما آنچه در این

بین قابل ذکر است، این است، که روایات به تنهایی بیانگر چه چیز خاصی است؟ که به ما در احراز رکن تقصیر به عنوان رکن مستقل کمک نماید؟ آیا جز این است، که تنها به بیان موارد شایع در جامعه پرداخته است و این که از باب غلبه در تمامی این موارد فرد متعددی می باشد و چه بسا بتوان گفت، چون موجب ایراد ضرر نامشروع به دیگری شده است، ضامن می باشد و نه چیز دیگر. ذکر این موارد و مانند آن از باب تمثیل بوده و نه تحدید، (نجفی، ۱۴۰۴ق.، ج ۳۷، ص ۵۱) تا از باب منحصر بودن آن بتوان تنها با در نظر گرفتن نصوص مذکوره ضابطه استخراج نمود و وضع قاعده کرد. دلایل تنها بیانگر این امر است، که در موارد مذکور فرد ضامن است. این امر مطابق نظر نگارنده بوده، اما این که چگونه بیانگر این امر است، که چنانچه فردی سبب ضرر باشد، بدون این که مقصر باشد، مسئول نخواهد بود؟ از این دلایل بر نمی آید، زیرا برای این که بتوان به این نتیجه رسید، باید از نظر منطقی بتوان شرایطی را تصور نمود، که به واسطه عمل فردی ضرری به عبورکنندگان برسد، لیکن به جهت نداشتن تقصیر نتوان فرد را ضامن دانست. (البته مواردی که فرد بنا به اذن شرعی باعث ایجاد ضرر شده است، خارج از بحث می باشد) با توجه به مفاد آیات که از باب انحصار نمی باشد، به سختی بتوان چنین شرایطی را تصور نمود. مگر این که تقصیر را به هر نوع عمل موجب ایراد ضرر نامشروع اطلاق نمود. (محقق داماد، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۱۱۸) و در تقصیر به معنایی که هم اکنون ذکر شد، که احراز آن در خود رابطه سببیت نهفته است، هیچ نیازی به آوردن رکن مستقل تقصیر نمی باشد.

مسأله ای که در این بین قابل طرح است و به نظر می رسد در راه یابی به اهداف کمک کند، این است، که منظور از تقصیر در مواردی که لزوم احراز آن به طور جداگانه شرط می باشد، چیست؟ به عبارت دیگر منظور توجه به شخص یا فعل است؟ به عنوان مثال در تحقق تقصیر و ضمان علم فرد و شرایط روحی و روانی وی مؤثر می باشد و یا نه صرف این که فرد عملی را ولو بدون قصد انجام دهد، ضامن خواهد بود؟ به نظر می رسد، نظر برخی فقها در این مورد اطلاق روایات است «...ان ظاهر الروایات التي ذكرناها بعضها فيه الاطلاق بالنسبه الى القصد موجد السبب لوقوع المسبب و عدم قصده بل ظاهرها هو ضمان» (بجنوردی، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۲۳)

مضاف بر این که عموماً زمانی که صحبت از تعریف اتلاف بالتسبیب می شود تعاریفی چون؛ «ان السبب هو كل ما يحصل التلف عنده بعلة الغير» و مشابه آن که مطلق است، از طرف فقها ذکر می شود. (مکارم شیرازی، ۱۴۱۶ق.، ج ۲، ص ۲۰۵)

همان طور که مشاهده می شود، در این تعریف ذکری از لزوم تقصیر و یا سایر قیودات به میان نیامده و به طور مطلق ذکر شده است. (بجنوردی، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۳۱) و تنها چیزی که ملاک قرار گرفته، انجام عملی است، که تلف به واسطه آن صورت گرفته باشد. پس حتی اگر بخواهیم به وجود تقصیر در این نهاد اصرار ورزیم، تنها می توان به ارتکاب عمل موجب تضرر غیر، اشاره نموده و این همان اثبات رابطه سببیت است. یعنی ضرر ناشی از فعل غیر مجاز باشد، که بتوان به فردی منتسب نمود، وی مقصر خواهد بود، هر چند این تقصیر، تقصیر با معنای شایع آن یعنی تعدی و تفریط نخواهد بود. و این نتیجه ای است، که بعد از ذکر این مقدمات از جمیع تعاریف و دلایل قاعده تسبیب برمی آید.

۲-۳. اجتماع سبب و مباشر

در باب اتلاف و تسبیب این بحث پیش می آید، که حال اگر موردی پیش آید، که هم متلف داشته و هم مسبب. مانند موردی که فردی چاهی را حفر نموده و دیگری دست فردی را گرفته و در درون چاه بیندازد، اولی سبب و دومی مباشر، ضمان تلف به عهده کیست؟

صرف نظر از اختلاف آرائی که وجود دارد، با تحلیل نظری که در صورت اجتماع سبب و مباشر و اقوی بودن سبب، سبب اقوی را ضامن می داند، (بجنوردی، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۴۳۵؛ محقق داماد، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۱۲۱) که یکی از مصادیق بارز آن را مباشر مکره می دانند. فرد مباشر را به جهت مکره واقع شدن ضعیف دانسته و وی را ضامن نمی داند. (محقق داماد، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۱۴۳) و این مسأله بیانگر این است، که هر چند اتلاف خود تقصیر است و موجب ضمان مباشر آن است، که به نظر فقها در این مورد اتفاق نظر نیز وجود دارد، به جهت این که در این شرایط نمی توان اتلاف را به وی مستند نمود، وی ضامن نمی باشد. یعنی هر چند تعدی و تفریطی موجود بوده که در اثر آن ایراد ضرری صورت گرفته و لیکن به جهت عدم امکان استناد نمی توان وی را ضامن دانست. زیرا تنها توجه و موضوعیت قائل شدن به تقصیر نمی تواند آن رابطه لارم را

برقرار نموده و آنچه مهم است، احراز رابطه سببیت مؤثر بوده خواه از طریق تقصیر و یا سایر ضوابط.

البته برخی در این خصوص وجود مباشر فاقد شعور را که اعم از حیوان و انسان و حتی عوامل طبیعی است، را لازم دانسته، در حالی که باید گفت، فقط اجتماع دو انسان تحت عناوین سبب و مباشر است، که موجب بروز این حالت شده و با مباشر بودن عوامل طبیعی به نظر می‌رسد نمی‌توان قائل به اجتماع سبب و مباشر شد.

در صورتی که فرد مکره به ارتکاب عملی گردد، به نظر احراز رابطه عرفی بین سبب و ضرر متعارف‌تر است تا مباشر و ضرر. به نظر می‌رسد، برای احراز کره، لزومی به درجات بالای آن نیست، همین مقدار که فاعل مرعوب دیگری باشد کافی خواهد بود. (محقق داماد، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۱۲۱)

به نظر می‌رسد علت آن باشد، که عرف ولو در یک کره ضعیف هم رابطه فرد مباشر را با ورود ضرر منقطع می‌داند. (الحسینی المراغی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۴۳۶) و در خصوص فردی که مغرور گشته رابطه عرفی بین وی و ضرر حادث شده، وجود دارد، زیرا ضمان دائرمدار علم و قصد نیست. فلذا مغرور بودن تالف موجب سلب ضمان از وی نیست. (بجنوردی، ۱۳۷۱، ج ۱، ص ۷۶۴) همچنین وی تنها می‌تواند به عنوان جبران خسارت از باب تسبیب به غار رجوع نماید. همان‌گونه که پیش‌تر ذکر شد، ملاک این است، که رابطه عرفی بین عامل و ضرر برقرار شود. گاهی ممکن است این رابطه بین سبب و ضرر و گاه بین مباشر و ضرر باشد. از مدلولات ادله نمی‌توان به این نتیجه رسید، که در صورت اجتماع سبب و مباشر، ضامن کیست. (الحسینی المراغی، ۱۴۱۸ق، ج ۱ ص ۴۳۵) در حالی که به عبارتی می‌توان گفت؛ هم مباشر و هم سبب مقصر بوده، لیکن این که در تشخیص ضامن به دنبال اقوی سبب هستیم، بیان‌گر اهمیت رابطه انتسابی می‌باشد، که لزوماً مقید به صرف تقصیر نیست.

۲-۴. قاعده لاضرر

در خصوص اثبات ضمان از قاعده لاضرر در بین فقها شیعه تشطط آرائی وجود دارد این که آیا می‌توان از این قاعده برای اثبات ضمان بهره جست یا نه مستلزم بررسی دلایل و مدارک آن می‌باشد که به‌طور مختصر بدانها می‌پردازیم.

۲-۴-۱. قرآن

به‌طور کلی باید اشاره داشت، که آیاتی از جمله؛ ۱۹۶-۱۹۴-۱۷۳-۲۳۳-۲۳۱-۲۸۲ از سوره مبارکه بقره، آیه شریفه ۴۰ از سوره مبارکه شوری، آیه شریفه ۱۲۶ از سوره مبارکه نحل و آیه شریفه ۱۲-۹۲ از سوره مبارکه نساء، -هرچند با اختلاف نظر- آیاتی است، که فقها برای استنباط این قاعده از آن‌ها بهره جسته و با این‌که شأن نزول هر یک در یک مورد خاص بوده و هیچ‌یک قاعده کلی ارائه نمی‌دهد، با این حال نمی‌توان مختص باشند و با توجه به این‌که هیچ‌کدام خصوصیت خاصی ندارند، می‌توان علت معمم را به سایر موارد مشابه تسری داد. (بهرامی‌احمدی، ۱۳۷۷، ص ۶۷)

۲-۴-۲. روایات

مشهورترین روایت در این زمینه، مربوط به قضیه ثمره الجندب است. که در تمامی عبارات مذکور عبارت لاضرر و لاضرار مشترک می‌باشد. (خوانساری، ۱۴۰۵ق، ج ۵، ص ۱۲۵؛ الموسوی‌الخمینی، ۱۳۶۸، ص ۷؛ الحسینی سیستانی، ۱۴۱۴ق، ص ۱۸؛ خوانساری‌نجفی، ۱۳۶۷، ج ۱، ص ۱۹۲؛ شریعت‌اصفهانی، بی‌تا، ص ۱۲) هرچند احادیث دیگری نیز در این مورد وجود دارد. (بهرامی‌احمدی، ۱۳۷۷، ص ۷۱)

برخی از فقها برای تعیین قلمرو قاعده لاضرر بر مبنای عبارت (لاضرر و لاضرار) آن را در مقام نفی حکم دانسته و کلمه حکم را تقدیر در نظر گرفته و عبارت لاضرر و لاضرار را با مفهوم لاحکم ضرری در نظر می‌گیرند. (بجنوردی، ۱۳۷۱، ص ۲۱۸؛ خوانساری‌نجفی، ۱۴۰۵ق.) برخی چنین بیان داشته‌اند، که در حقیقت شارع در این عبارت مسبب را ذکر نموده در حالی‌که هدف وی سبب بوده است. (محمدی، ۱۳۸۲، ص ۱۸۰) در این نظر قائل بر مجاز شده در حالی‌که اصل بر عدم تقدیر است.

برخی دیگر لاضرر و لاضرار را در مقام نفی حقیقت به‌صورت ادعایی دانسته و عبارت را نفی حکم به لسان نفی موضوع در نظر گرفته و نه نفی موضوع و نه نفی حکم بلکه نفی آثار حکم. (خراسانی، ۱۴۰۹ق، ج ۵، ص ۳۶۱) و نیز نظرات دیگری در این مورد وجود دارد، که «لا» را به‌معنای نفی ضرر در نظر گرفته و انتقاداتی به هر کدام وارد است. (اصفهانی، بی‌تا، ص ۲۶؛ الموسوی‌الخمینی، ۱۳۶۸، ص ۵۵)

در نهایت بعد از ذکر این مقدمات برای تحلیل و تعیین قلمرو قاعده می‌توان چنین گفت که، ظاهر کلام که در مقام نفی ضرر و ضرار است، نباید این امر را به ذهن متبادر

سازد، که به طور کلی هرگونه ضرر و ضرار نفی شده است، زیرا این عبارتی است از جانب شارع. پس در تعبیر و تفسیر آن باید شأن شارع را در نظر گرفت، فلذا نباید به طور مطلق به تفسیر آن پرداخت و این تحدید، مقتضی جایگاه کلام و شأن واضع آن است. پس این کلام مشمول ضررهای تکوینی نیست، زیرا چنانچه به صورت مطلق در نظر گرفته شود، مستلزم نفی امور تکوینی است، که جز با امر تکوینی معزول نخواهد شد و چنانچه منظور اخبار از خارجیات باشد، که بر خلاف حقیقت خواهد بود علاوه بر این که شأن شارع توصیف خارجیات نیست.

این قاعده شامل امور تشریعی است، یعنی آنچه که با توجه به جایگاه تشریعی شارع در ید قدرت وی قرار دارد و نه امور خارج از شأن وی. در واقع مؤدای این قاعده عبارت است، از این که حکم ضرری از جانب شارع وضع نمی‌گردد، زیرا جعل حکم ضرری موجب ضرر است و این امر از جانب شارع قبیح بوده و طبق قاعده نفی می‌شود و از طرف دیگر ابقا ضرر و بقای منبع ضرر در حکم رضای شارع به ادامه ضرر در آینده خواهد بود.

نکته‌ای که در این بین باید به آن اشاره نمود، جبران ضرر از لوازم نفی ضرر می‌باشد، زیرا عدم جبران ملازمه با استمرار آن را داشته و خود ضرر جدید است و این نیز به عنوان ضرر مشمول نفی ضرر بوده و قائل بودن برخلاف آن در تنافی با مؤدای حدیث است.

اگر ضرر ناشی از اجرای حکم است، اجرای حکم در آن مورد مرفوع می‌باشد. زیرا نفی ضرر در این مورد به این طریق حاصل می‌شود و اگر افراد خود موجب تضرر یکدیگر شوند، قول به جبران خسارت تضمینی برای اعمال مؤدای حدیث می‌باشد، زیرا در این خصوص اگر نفی ضرر ولو به طور حقیقی نباشد، جز با جبران خسارت حاصل نمی‌شود. که برخی از حقوق‌دانان نیز این مورد را به عنوان مبنای مسئولیت مدنی ذکر نموده‌اند. (کاتوزیان ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۱۴۷) برخی دیگر در تألیفات خود این مبنا را ذیل عنوان سوءاستفاده از حق مورد بررسی قرار داده‌اند. (بهرامی احمدی، ۱۳۷۷، ص ۶۴)

همان طور که در عبارت لاضرر و لاضرار مشاهده شد، هیچ گونه قیدی برای این نفی وجود نداشته و این قاعده، ضرر را به طور مطلق نفی می‌نماید. در واقع می‌توان گفت؛ ضرری که در این جا موجب ایجاد ضمان است، در برابر تقصیر سنجیده نشده، بلکه

منظور ضروری است که از تصرفی غیر مجاز و غیر قانونی نشأت گرفته باشد، و باز در مقابل ضروری غیر قابل جبران است، که از فعلی ناشی شده که در صورت منع مرتکب از ارتکاب آن موجب سلب حقی است، که از نظر قانون برای صاحب حق شناخته شده است. (بهرامی احمدی، ۱۳۷۷، ص ۲۱۴)

۳. احراز رابطه انتسابی عامل ایجاد ضامن

برای مشخص شدن منشأ این مفهوم بهتر است، به منابع فقهی آن مراجعه نماییم. مرحوم حسینی المراغی در کتاب عناوین خود در باب اتلاف، به این مسأله اشاره نموده است. وی اصولاً بیان اتلاف بالمباشره و تسبیب را در ضمن دو قاعده جداگانه، امری نادرست می‌داند و عامل مباشر را چیری جز سبب و عامل معالواسطه را جز سبب نمی‌داند. «أنه لا عبره بكون المتلف مباشراً أو سبباً من نحو ذلك، فانهما لا يختصان بالمرتبه، بل قد يكون سبباً و سبب سبب و...» در هر دو منشأ ضامن را تلف می‌داند و انقسام عامل را به سبب و سبب جز برای احراز رابطه انتساب عرفی ضرر به عامل زیان نمی‌داند. «...و تحدیدهم بالمباشر و سبب و نحو ذلك انما هو لضبط ما یرصدق علیه العرف» (الحسینی المراغی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۴۳۵) در هر حال برای این دو عنوان هیچ خصوصیتی قائل نیستند، تا آن را سر منشأ رعایت قواعد خاص و تبیین ضوابط ویژه برای احراز رابطه نمایند. به همین جهت است، که ایشان تقدم سبب را در اجتماع بین سبب و مباشر امر خلاف قاعده و استثنا تلقی نمی‌نمایند. برخلاف برخی فقها که در هر حال مباشر را بر سبب مقدم می‌دانند. (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۷، ص ۱۴۵) مسأله مهم دیگری که در این قاعده و در مورد ضامن متلف، خواه بالمباشره و خواه بالتسبیب ذکر نموده‌اند، که دلیلی به مدعی نگارنده است، این مسأله است که؛ ایشان حکم به جبران خسارت بر متلف را نیازمند ارائه دلیل و مدرک برای این قاعده نمی‌دانند. بلکه، ضرورت عقلی و اجماع و نیز دلایل موجود در خصوص احترام مال مسلم و از همه آن‌ها مهم‌تر ادله لاضرر را برای اثبات ضامن کافی می‌دانند. همان‌طور که در مورد قاعده لاضرر در مبحث مربوطه ذکر شد، برای اثبات ضامن با استناد به قاعده لاضرر به جهت اطلاق ادله نیازی به اثبات تقصیر نیست. این امر به‌وضوح بیان‌گر این مسأله است، که فقیه اعظم برای اثبات ضامن حداقل در این قاعده، احراز تقصیر را ضروری نمی‌دانند. (حسینی المراغی، ۱۴۱۸ق، ج ۱، ص ۴۳۵؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۷، ص ۴۳۴)

مورد دیگری که به صراحت به مدعی نگارنده اشاره می‌نماید، اظهارات فقیه معاصر جناب آقای محقق داماد است، ایشان در اقوال خود در قواعد تسبیب و غرور در قسمت‌های مختلف بیانات خود گاهی با کنایه و گاه به‌طور صریح به عدم موضوعیت تقصیر در احراز رابطه سببیت اشاره داشته‌اند. همچنان‌که در قاعده تسبیب در بخش طرح مسائل، ایشان خدمت‌کاری را مثال زده، که به امر خود منزلی را تخریب می‌نماید، و ایشان به‌طور صریح امر را مسئول دانسته و نه خدمتکار را و در توجیه نظر خود چنین بیان می‌دارند، که: هر چند مباشر مکره واقعی نیست، یعنی چنان نیست، که اراده‌اش به‌طور کلی سلب شده باشد، ولی چون عمل مستقیماً منتسب به مسبب است، نه مباشر، مسبب ضامن است، زیرا همان‌طور که گفته شد معیار انتساب عمل است، نه سلب واقعی اراده فاعل). (محقق داماد، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۱۲۳)

مرحوم بجنوردی علاوه بر ذکر این مثال و مسئول دانستن امر، مسأله دیگری را نیز در این خصوص ذکر می‌نماید: اگر کسی را مجبور کنند، که چاهی را در مسیر حرکت و رفت و آمد مردم حفر نماید و مال شخص دیگری در آن چاه بیفتد و به‌واسطه افتادن در چاه تلف شود، حفرکننده چاه ضمانتی نیست، بلکه ضمانت بر امر کننده است. آنچه که از این عبارات و مانند این برمی‌آید، این است، که صرف ارتکاب تقصیر همیشه ضمان‌آور نمی‌باشد، که اگر تقصیر موضوعیت داشت در هر حالتی وجود آن ضمان‌آور بود، زیرا اگر ایشان قائل به این امر بودند، مطمئناً خدمتکار و کننده چاه را به جهت ارتکاب تقصیر مبری از ضمان نمی‌دانستند، البته ما در این‌جا در مقام بیان مفهوم تقصیر نبوده، لیکن حتی اگر قائل باشیم، که مفهوم موردنظر از تقصیر در فقه مفهوم نوعی آن می‌باشد، عمل خدمت‌کار که تخریب ملک دیگری است، یا عمل حفر کننده چاه، که یکی از مصادیق بارز تعدی نوعی است، کافی برای استناد ضرر به عاملان بلاواسطه می‌بود.

این مسأله بیان‌گر این امر است، که ممکن است، که عملی تقصیر محسوب شود، در حالی که عرف ضرر وارده را به مقصر منتسب نداند، و این مثبت مدعای نگارنده خواهد بود، که صرف مقصر بودن موضوعیتی در نظام مسئولیت ندارد، تا در هر حال مرتکب آن را به حکم آن ضامن بدانیم و یا در انتساب ضرر بر فردی لزوماً به دنبال اثبات تقصیر وی باشیم. بلکه ملاک اصلی این است، که آیا عرف حتی با وجود تقصیر این ضرر را به وی منتسب می‌نماید یا خیر؟

علاوه بر این مورد در جای دیگر چنین ذکر شده است که: «معیار در صدق قاعده تسبیب، انتساب است و این گونه عناصر از مفاهیم عرفی است...» یا «معیار انتساب عمل است و عمل به هر کس منتسب باشد، او ضامن است» و یا در بحث تعدد اسباب، ایشان بعد از بیان نظر گروهی که سبب اقوا را ضامن می‌دانند، خود را از طرفداران این گروه معرفی می‌نمایند. (محقق داماد، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۱۲۳) به موجب این نظر، ملاک در ضمان، اقوا بودن در تسبیب است. درست همان‌گونه که در اجتماع سبب و مباشر چنان‌چه سبب، اقوا از مباشر باشد، وی ضامن خواهد بود. ایشان بعد از تحلیل و بررسی اقوال مختلف و بیان اظهارات متفاوت فقها چنین بیان داشته‌اند، که: «... به‌طور کلی در همه انواع تسبیب در حقوق اسلامی، تقصیر از ارکان مسئولیت نیست، بلکه آنچه اهمیّت دارد، وجود رابطه عرفی میان کار مسبب و ورود زیان به دیگری است. به دیگر سخن از میان دو نظریه‌ای که در حقوق غرب در مورد مبانی مسئولیت مطرح است، یعنی نظریه تقصیر و نظریه خطر، می‌توان حقوق اسلامی را به نظریه خطر معتقد دانست و آنچه را برای مسئولیت کافی می‌داند، انتساب و استناد فعل زیان‌بار به شخص زیان‌زننده است و عنصر تقصیر فقط درجایی می‌تواند، نقش داشته باشد، که موجب تحقق عنصر استناد و انتساب باشد. هر جایی احراز انتساب و استناد نیازی به تقصیر نداشته باشد، وجود تقصیر لزومی ندارد». (محقق داماد، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۱۷۱)

به نظر می‌رسد، ذکر این مطلب نیز تأییدی بر مدعای نگارنده باشد. در این مورد برخی از حقوق‌دانان نیز به‌طور صریح اظهار نظر نموده‌اند: «قاعده لاضرر از اصول عمده فقه اسلامی یا همان اصولی است، که غریبان اصول کلی حقوق می‌نامند». آنچه که در فقه اسلامی به‌عنوان هدف اصلی اهمیت دارد، لزوم تدارک ضرر نامشروع است، که در قالب قاعده لاضرر بیان شده و تأسیس سایر قواعد ضمان در فقه، تمهید راهی برای نیل به این هدف است. (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۱۶۹) استقرا در آنچه که در فقه تحت عنوان اسباب ضمان بر شمرده شده، در بر دارنده این واقعیت است، که تقصیر یا خطر یا هر ابزار دیگری که برای جبران زیان‌ها به کار گرفته می‌شود، مقصود بالذات نبوده، موضوعیت نداشته و به خودی خود واجد اهمیت نمی‌باشند. آنچه که مهم است، تدارک زبانی است، که وجدان اجتماع آن را بر نتاییده و به همین خاطر لفظ نامشروع را در مورد آن به کار می‌برد. از این حیث، قاعده لاضرر جز به نامشروع بودن ضرر به هیچ قید

دیگری مقید نیست. (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۱۶۸) یکی از مواردی را که می‌توان به‌عنوان مؤید مدعی خود مطرح نمود، نظریاتی است، که طرف‌داران نظریه تقصیر ارائه داده و یا به‌عبارتی اشکالات بنایی است، که بر نظریات ایشان وارد است، یکی از این موارد در قاعده تسبیب مطرح می‌شود، که مابعد از طی مقدماتی به آن خواهیم پرداخت. در ابتدا باید این سؤال را طرح نمود، که طرف‌داران نظریه تقصیر در نظریات خود چه نقشی را برای تقصیر قائل بوده و چه جایگاهی را برای تقصیر در نظام مسئولیتی در نظر گرفته‌اند؟ آیا از آن به‌عنوان یک رکن مستقل، یاد شده و یا به‌عنوان ضابطه‌ای برای احراز رابطه سببیت آمده است؟ چنانچه قائل به مستقل بودن تقصیر در نظام مسئولیتی بوده و به‌عبارت دیگر، آن را جزء مقتضی ضمان در نظر گیرند، باید این‌چنین سؤال نمود، که دلیل این ادعا چیست؟

چنانچه قائل به این امر باشند، که تقصیر رکن جداگانه‌ای است، و به‌طور مستقل در کنار سایر ارکان ایفای نقش می‌کند، باید گفت: علاوه بر این‌که چنین ادعایی نیاز به اثبات دارد، که از فحواى قواعد مورد استناد بر نمی‌آید، باید گفت: از ادله‌ای که برخی فقها برای قاعده اتلاف ذکر نموده‌اند، بنای عقلا است، که در بیان آن چنین ابراز داشته‌اند، که قاعده اتلاف قبل از آن‌که یک قاعده شرعی باشد، قاعده‌ای است عقلی. اهل عرف تلف مال غیر را بدون اذن صاحب آن، مستند به متلف می‌داند. (مکارم شیرازی، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص ۲۰۲) در این میان قائل به تفاوت و تمایزی بین شقوق مختلف آن نشده و افراد را ضامن امور و خساراتی دانسته‌اند. به نظر می‌رسد مبنا قراردادن تقصیر برای تحقق ضمان امری زائد و تصریح نشده باشد. زیرا در هیچ‌کدام از قواعد فقهی مستند، به چنین امری تصریح نشده است. هرچند به نظر نگارنده طرح چنین امری (قائل به رکنیت تقصیر) به جهت اهمیتی بوده است، که تقصیر در نظر این عده از نظریه‌پردازان داشته و نه این‌که قائل به رکن بودن تقصیر به معنای اخص آن باشند، که اگر مسأله برخلاف این باشد، این سؤال مطرح خواهد بود، که پس این عده چگونه رابطه سببیت را اثبات و احراز می‌نمایند؟

اگر پاسخ به واسطه احراز تقصیر و در حقیقت تقصیر را در رابطه سببیت مستغرق نماید، سخنی برخلاف مدعی خود، مطرح نموده، به این معنا که چنانچه راه اثبات سببیت احراز تقصیر باشد، که در این صورت تقصیر رکن مستقل نخواهد بود، بلکه تنها

نقش یک ضابطه را ایفا خواهد نمود. اگر احراز تقصیر را راهی برای اثبات رابطه سببیت مطرح ننمایند، باز این پرسش به جای خود باقی است که، چگونه رابطه سببیت را احراز نموده‌اند؟ اگر اشاره به صدق عرفی اتلاف به عامل نمایند، که این امر اثبات ادعای مقاله است، باید دلیل محکمی وجود داشته باشد، که با احراز وجود رابطه مؤثر با توجه به قاعده لاضرر، به‌طور مجدد حکم بر ضمان نداده، در حالی که این مسأله کاملاً با مفاد قاعده لاضرر که به‌طور مطلق ذکر شده، منافات خواهد داشت، که نگارنده در این خصوص دلیل محکمی دال بر این امر نیافته است.

اما عده‌ای در نوشته‌های خویش ابراز داشته‌اند، که تقصیر ضابطه‌ای برای احراز رابطه سببیت می‌باشد. این سؤال را باید طرح نمود که منظور از تقصیر چیست؟ مراد ایشان تقصیر شخصی و یا نوعی است؟

اگر مقصود تقصیر شخصی باشد، باید گفت: ملاک قرارداد آن بر خلاف هدف نظام مسئولیت مدنی بوده، که هدف از آن جبران خسارت می‌باشد و نه مجازات فاعل، تا این که عمد و قصد او مؤثر در امر تلقی گردد. اگر مراد تقصیر نوعی باشد، در حقیقت آنچه مورد نظر و مؤثر در مسئولیت است، فعل مرتکبه است و نه فاعل و شرایط آن. با ملاک قرارداد این امر به صرف ارتکاب تقصیر از نوع نوعی آن باید حکم بر ضمان مقصر داد. حال این سؤال در پیش رو است، که چگونه در زمانی که اجتماع سبب و مباشر داریم، در مسأله اکراه و غرور، فرد مکره و مغرور را برخی مسؤل نمی‌دانند. (بجنوردی، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۳۶؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۷، ص ۵۷) در حالی که به‌عنوان مثال، در مسأله‌ای که فردی اقدام به تخریب ملک دیگری می‌کند، این عمل به‌نفسه تقصیر نوعی می‌باشد، حال چه توجیهی وجود دارد، که بعد از ارتکاب آن طبق نظر ایشان، با وجود سایر شرایط تمام ارکان لازم برای تحقق مسئولیت وجود دارد، قائل به عدم تحقق ضمان برای مکره (به فتح) شوند و مکره (به کسر) را مسؤل بدانند. به نظر می‌رسد، دلیل آن چیزی جز عدم انتساب عرفی ضرر به مکره نمی‌تواند باشد.

مورد دیگری نیز که در این باب وجود دارد و حائز اهمیت است، قاعده غرور است. در قاعده غرور، هر چند این نظر، نظر غالب فقها نمی‌باشد لیکن برخی از فقها در پاسخ به این سؤال که، در مسأله غصب چنانچه فردی مالی را غصب نموده و در اختیار فردی قرار دهد و وی آن مال خوراکی را بخورد، که از مصادیق قاعده غرور می‌باشد، چه

کسی ضامن است؟ در شرایط چنین ذکر شده است، که «قولاً بانه یضمن الغاصب من اکل من غیر آن یشارکه الاکل، لضعف المباشره بالغرور فاخص سبب لقوته». (مکارم شیرازی، ۱۴۱۶ق، ج ۲، ص ۲۹۱)

مفاد این مثال چنین بیان می‌دارد که، چنانچه فردی مالی را غصب نماید و در اختیار فرد جاهل به غصبی قرار داده و وی از آن مال ارتزاق نماید، ضامن بر عهده کیست؟ که در این‌جا همان‌طور که اشاره شد، برخی فقها به جهت ضعف در رابطه انتساب بین اکل و ضرر وارده ضامن را بر عهده غاصب نهاده و این استنباط بیان‌گر آن است، که هرچند اکل با اکل مال غیر، مرتکب تقصیر نوعی گشته است، لیکن به جهت این‌که جاهل بوده و تغیر از جانب غاصب موجب این عمل شده است، به نظر می‌رسد بین غاصب و ضرر وارده رابطه قوی‌تری وجود داشته باشد. پس بهتر است این‌چنین بیان نمود، که ممکن است ضرری وجود داشته باشد و مقصری نیز در این بین موجود باشد، لکن به جهت وجود رابطه مؤثرتر بین ضرر و فرد دیگر نتوان ضرر را به وی منتسب نمود.

همچنین در موردی که پزشکی برای بیماری دارویی را تجویز می‌نماید و تزریق آن را به پرستار واگذار می‌کند، و اعلام می‌دارد، که در صورت مصرف منظم آن به زودی بهبود خواهد یافت. لکن بیمار به جهت تزویج اشتباه دارو، با حال بدتری مواجه شده و به‌کار رود.

برخی فقها به جهت ارتباط مؤثرتر بین پزشک و بدحالی بیمار وی را ضامن می‌دانند. (بجنوردی، ۱۳۷۱، ج ۲، ص ۱۸) پس از آنچه که بیان شد، چنین برمی‌آید، که هرچند برخی در ارائه نظریات‌شان وجود عنصر تقصیر را موجب مسئولیت مقصر می‌دانند، لکن در مسائلی مانند و موضوعاتی صرف وجود آن را ضامن‌آور تلقی نمی‌نمایند، بلکه به نظر می‌رسد، که به دنبال رابطه دیگری هستند، چندان‌که وجود تقصیر نوعی فرد مقصر را نادیده می‌گیرند و این همان بیان مطلب ذکر شده می‌باشد، که مهم احراز انتساب عرفی است، که گاه ممکن است از طریق احراز تقصیر به وجود آید و گاه ولو بدون وجود آن.

۴. شرایط احراز ضابطه

حال سؤال مهمی که در این زمینه مطرح می‌شود، این است که، چگونه می‌توان این مسأله، یعنی رابطه عرفی و به عبارتی صدق عرفی انتساب را اثبات نمود؟ احراز این ارتباط از آن‌جا که امری عرفی می‌باشد، بستگی به شرایط موجود در هر قضیه و دید عرف در آن مورد دارد، منضبط نمودن آن به طوری که، جز از طریق این ضابطه دستیابی به رابطه و استناد ضرر به فعل مضر را غیرممکن بدانیم، امری نادرست خواهد بود، که البته این مسأله مقتضای عرفی بودن امر است. همچنان‌که این امر در بسیاری از مسائل دیگر نیز که مصداق‌یابی آن‌ها به‌عهده عرف قرار داده شده است، صدق می‌کند. به‌عنوان مثال؛ مفهوم و مصداق لغاتی که حقیقت شرعیه ندارند و تعیین حیطة و قلمرو آن بسته به نظر عرف می‌باشد.

گذشته از مسائلی که ذکر شد، اگر ضابطه‌ای کلی را بیان نماییم، می‌توانیم به این نکات اشاره کنیم: «برای این‌که حادثه‌ای سبب محسوب شود، باید آن حادثه در زمره شرایط ضروری تحقق ضرر باشد». منظور از شرایط ضروری این است، که چنان‌چه حادثه موردنظر رخ نمی‌داد، هرگز ضرری حاصل نمی‌شد، از این امر چنین برداشت می‌شود، که چنان‌چه بروز حادثه‌ای موجب ایجاد ضرر گردد، لکن این رابطه به‌گونه‌ای باشد، که چنان‌چه این امر ارتکاب نمی‌یافت، به‌طور مجدد ضرر حاصل می‌شد، در این‌جا نمی‌توان این رابطه را بر قرار ساخت؛ به‌عبارت دیگر اگر این رابطه منفی بین ضرر و فعل مضر وجود نداشته باشد، نمی‌توان قائل به انتساب ضرر به آن فعل شد.» (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ج ۱، ص ۲۰۶) به‌عنوان مثال؛ چنان‌چه شخصی اقدام به تخریب منزل دیگری نماید، باید مشاهده نمود، که آیا در صورت ترک این فعل مضر، باز به زیان دیده خسارتی وارد می‌شود یا خیر؟ در این مثال چنان‌چه تصور نماییم، که این منزل از املاک کنار دریا باشد، که در لحظه تخریب، سونامی در حال رخ دادن باشد، آن‌چنان‌که اگر تخریبی از جانب عامل ضرر رخ نمی‌داد، به‌هرحال بعد از دقایقی به علت امواج عظیمی که در حال انتشار به طرف املاک ساحلی بوده است، این ملک تخریب می‌شد، از آن‌جا که رابطه منفی بین ضرر حاصله و فعل مضر وجود ندارد، نمی‌توان قائل به انتساب ضرر به عامل مضرشد. بعد از توضیح این مطلب باید گفت، ممکن است، این مسأله به ذهن خطور کند، که تکلیف فردی که به‌هرحال موجب ایجاد خسارت شده، چیست؟ این

سؤال نشأت گرفته از ذهنی است، که هر عملی را مستلزم عقاب و توبیخ فراخور آن می‌داند، که این مسأله در این‌جا متفی است. زیرا؛ هدف در مسئولیت مدنی جبران خسارت است و نه عقوبت مقصر، که عدم عقوبت آن موجب تکدر اذهان خواهد بود.

آنچه در این میان قابل تأمل خواهد بود، این است که آیا در صورت عدم ارتکاب عمل از جانب عامل، مجدداً این ضرر حاصل می‌شود؟ یا خیر؟ که در صورت عدم حصول، وی را ملزم به جبران خسارت نمود. البته آن‌چه که در این نوشته ذکر شد، در تمام موارد صدق نمی‌کند، به‌عنوان مثال؛ چنان‌چه عامل با عمل خود موجباتِ در معرض خطر قرارگرفتن مال را فراهم نموده باشد، نمی‌توان این استدلال را از وی پذیرفت، که این مال به‌رحال تلف می‌شد و اگر من در این لحظه آن را تلف نمی‌کردم، دقایقی بعد در اثر برخورد امواج دریا تلف می‌شد. (در فرض اموال منقول) پس می‌توان بیان نمود، چنان‌چه عوامل قهری به‌طور حتم، موجب ایجاد همان خسارت به فرد شود، به‌طوری‌که اگر عامل زیان خسارت وارد نمی‌نمود، به‌رحال فرد متضرر ایمن از خسارت نمی‌گشت، باید قائل به عدم ضمان فرد شویم. البته در عبارت مذکور علاوه بر این‌که باید مقید به شرط فوق‌الذکر شویم، باید به این مسأله نیز توجه نماییم که این قید نمی‌تواند دستاویزی برای افراد باشد تا بعد از تخریب اموال بتوانند باتشبهت به آن خود را از قید جبران خسارت رها نمایند. زیرا؛ اموال بالذاته در هر زمانی قابل زوال و فنا بوده و این امر نمی‌تواند موجبی برای فاقد ارزش شدن آن‌ها و به طریق اولی فقدان ارزش در خصوص مالکیت آن‌ها شود. فاصله زمانی که در این‌جا مدنظر است، زمانی است بسیار کوتاه، به حدی که در صورت اطلاع از وقوع حادثه قهری، به‌رحال نتوان تدبیری برای رهایی از آن و نجات اموال از دستبرد آن نمود. و الا چنان‌چه فاصله وقوع ضرر توسط فرد و بروز خسارت ناشی از حادثه قهری به گونه‌ای باشد، که فرد در این مدت بتواند خطر بروز خسارت توسط عامل قهری را از خود دور کند، (در اموال منقول با انتقال آن و در اموال غیرمنقول با فروش آن)، عدم ضمان فرد را نمی‌توان با این دلیل (وقوع خسارت توسط عامل قهری) توجیه نمود. ضمن آن‌که می‌توان قید دیگری را برای این موارد تصور نمود و آن، این‌که، ممکن است، فاصله این مدت کم بوده ولی برای زیان‌دیده امکان استفاده ولو اندک از مال خویش در فاصله زمانی بین وقوع خسارت توسط فرد و

عامل قهری وجود داشته باشد، در این جا نیز با این توجیه نمی‌توان فرد زیان دیده را از این نفع محروم ساخت.

یکی از ضوابط مهمی که پیش‌تر ذکر شد، وجود رابطه منفی بین ضرر حاصله و فعل فرد است. حال باید خاطر نشان شد، که قائل به وحدت ضابطه در احراز رابطه انتسابی نبوده، همچنان‌که در بسیاری از موارد ممکن است، رابطه منفی وجود نداشته باشد، لکن عرف همچنان ضرر وارده را به عامل آن نسبت دهد. پس در موارد باید قائل به این امر بود، که هرچند ضابطه شرط ضروری می‌تواند، ضابطه منصفانه و خوبی باشد، لکن کافی نخواهد بود. به همین جهت برخی از محققان پیشنهاد نموده‌اند، که معیار عامل جوهری به عنوان ضابطه احراز رابطه انتسابی در اولویت قرار گیرد.

منظور از ملاک قراردادن، عامل جوهری این است، که چنان‌چه سببی اصلی‌ترین عامل ایجاد خسارت باشد، به نحوی که عرف وی را مسبب اصلی وقوع خسارت بداند، وی ضامن خواهد بود. اعم از این‌که با آزمایش منفی (شرط ضروری) وی مسئول باشد، یا نباشد. در تأیید این نظر باید اشاره داشت، علاوه بر این‌که این مسأله با قضاوت‌های عرفی در خصوص مسبب و مسئول جبران خسارت همراستا است، مؤیداتی نیز در فقه و به تبع آن در قانون دارد. به عنوان مثال ماده ۲۱۵ قانون مجازات اسلامی چنین بیان داشته است، که: «شرکت در قتل زمانی تحقق پیدا می‌کند، که کسی در اثر ضرب و جرح عده‌ای کشته شود و مرگ او مستند به عمل همه آن‌ها باشد. خواه عمل هر یک به تنهایی برای قتل کافی بوده، خواه نباشد و خواه اثر کار آن‌ها مساوی باشد، خواه متفاوت». این ماده مصداق بارز ملاک عامل جوهری می‌باشد. هرچند این ماده در قانون مجازات ذکر شده، لیکن اشاره به آن در مسأله قتل موضوعیت نداشته و می‌توان الغای خصوصیت نموده و در سایر موارد مسئولیت نیز به کار برد. زیرا علتی را که می‌توان در این مورد استنتاج نمود، علتی معمم است، که می‌توان به سایر موارد نیز تسری داد.

نتیجه‌گیری

با استناد به قواعد فقهی چون لاضرر و اتلاف و تسبیب و نیز مؤیداتی که در کلام فقها در این خصوص وجود دارد، همچنین مطالبی که پیش‌تر در همین مقاله ذکر شد، می‌توان چنین قائل شد: با اثبات این مسأله که ضرر وارده در اثر عمل فاعل زیان به وجود آمده، می‌توان الزام وی را به جبران خسارت خواستار شود و تنها مسأله‌ای که می‌تواند مانع از

این ضمان گردد، اثبات فقدان رابطه انتسابی بین فعل زیان‌زننده و ضرر وارده است. که آن هم ادعایی است، که باید از طرف زیان‌زننده ثابت گردد.

به نظر می‌رسد، این مسأله با عدالت نیز سازگار باشد. زیرا، زمانی که خسارتی به فردی وارد می‌شود، یک طرف زیان دیده است و طرف دیگر متضرر از فعل. این سؤال مطرح می‌شود، که کدام‌یک باید آن را تحمل نمایند و این ضرر بر کدام‌یک تحمیل خواهد شد؛ زیان دیده که هیچ ارتباطی با این قضیه ندارد؟ یا زیان‌زننده‌ای که ضرر نشأت گرفته از فعل اوست؟ حتی نظریه پردازانی که لزوم احراز تقصیر را برای ضمان عامل ضروری می‌دانند، به علت مستقل دانستن رکن تقصیر از رابطه سببیت در معرض این سؤال قرار می‌گیرند، که صرف‌نظر از دلایل ارائه شده، حال که خود قائل به این امر هستید، ممکن است رابطه سببیت بین فعل مضر و فردی برقرار باشد و تنها به صرف عدم وجود تقصیر وی را مسئول نمی‌دانید، چگونه می‌توانید وی را مبری از ضمان دانسته، در حالی که این طرف زیان دیده‌ای را دارید، که حتی رابطه سببیت نیز بین وی و ضرر وجود نداشته است. آیا این امر عادلانه است، که از مرتکب ضرر رفع ضمان کنید؟ و زیان دیده‌ای را که بر اثر عمل فرد دیگر متضرر گشته به حال خود رها نمایید؟

منابع

منابع فارسی

- بادینی، حسن (۱۳۸۴)، *فلسفه مسئولیت مدنی*، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- بهرامی‌احمدی، حمید (۱۳۷۷)، *سوء استفاده از حق*، تهران: اطلاعات.
- ژوردن، پاتریس (۱۳۸۲)، *اصول مسئولیت مدنی*، تهران: میزان.
- درودیان، حسنعلی (۱۳۸۷)، *جزوه حقوق مدنی ۴*، تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۴)، *الزامات خارج از قراردادها*، جلد ۱، تهران: دانشگاه تهران.
- محقق داماد، مصطفی (۱۳۷۴)، *قواعد فقه مدنی*، جلد ۱، تهران: سمت.

منابع عربی

- ابن‌قدامی، موفق‌الدین، شمس‌الدین (بی‌تا)، *المغنی*، بیروت: دارالکتاب العربی.
- اصفهانى، شریعت (بی‌تا)، *قاعده لاضرر*، قم: نشر اسلامی.
- بجنوردی، محمد حسن (۱۳۷۱)، *القواعد الفقهیه*، قم: اسماعیلیان.

- الحسینی سیستانی، سیدعلی (۱۴۱۴ق.)، *قاعده لاضرر و لاضرار*، قم: مهر.
- الحسینی المراغی، عبدالفتاح (۱۴۱۸ق.)، *عناوین*، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- الحلی، احمد ابن الادریس (۱۳۴۰)، *سرائر*، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
- خراسانی، محمد کاظم (۱۴۰۹ق.)، *کفایت الاصول*، قم: مؤسسه آل بیت لاحیاتراث.
- خوانساری نجفی، احمد (۱۳۶۷)، *منیه الطالب*، قم: مکتب محمدی.
- خوانساری نجفی، احمد (۱۴۰۵ق.)، *جامع المدارک*، قم: اسماعیلیان.
- طوسی، محمد بن حسن (۱۳۵۱)، *المبسوط*، تهران: المکتب المرتضویه.
- اللهی، صالح محمد (۲۰۰۴م.)، *المباشر و السبب فی المسئولیه التقصیریه*، مصر: دارالثقافه.
- مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۱۶ق.)، *القواعد الفقهیه*، قم: مدرسه امام علی ابن ابیطالب.
- محمدی، ابوالحسن (۱۳۸۲)، *قواعد فقه*، تهران: بی نا.
- الموسوی الخمینی، روح الله (۱۳۶۸)، *رسائل*، قم: اسماعیلیان.
- نجفی، محمد حسن، *جواهر الکلام*، جلد ۳۷، نجف: دارالکتاب الاسلامیه.



درخواست اشتراک
دو فصلنامه علمی- تخصصی
معارف اسلامی و حقوق

نام خانوادگی: نام: محل فعالیت: رتبه علمی (اختیاری): آخرین مدرک تحصیلی (اختیاری):	الف) اطلاعات فردی: نام خانوادگی: نام: محل فعالیت: رتبه علمی (اختیاری): آخرین مدرک تحصیلی (اختیاری):
نام مؤسسه / کتابخانه: وابسته به:	ب) اطلاعات مربوط به مؤسسات و کتابخانه‌ها: نام مؤسسه / کتابخانه: وابسته به:
کد پستی: تلفن همراه: پست الکترونیک: اشتراک از شماره:	ج) نشانی (برای ارسال مجله): آدرس: کد پستی: تلفن همراه: پست الکترونیک: اشتراک از شماره:

بهای اشتراک سالانه (دو شماره):

مؤسسات: ۸۰/۰۰۰ ریال

افراد: ۶۰/۰۰۰ ریال

• اساتید و دانشجویان از تخفیف ۳۰٪ برخوردارند.

علاقه‌مندان می‌توانند بهای اشتراک سالانه را که شامل هزینه‌های جاری نیز می‌شود، به حساب ۰۲۴۳۱۲۲۸۵۶ نزد بانک تجارت، شعبه علامه طباطبایی (کد ۰۲۴۳۰) واریز و اصل فیش را به همراه برگ درخواست اشتراک به نشانی زیر ارسال کنند. (لطفاً روی فیش، عنوان معارف اسلامی و حقوق ذکر شود.)

تهران، بزرگراه شهید چمران، پل مدیریت، دانشگاه امام صادق (ع)، مرکز تحقیقات، اداره نشریات،

دو فصلنامه علمی- تخصصی معارف اسلامی و حقوق، صندوق پستی ۱۵۹-۱۴۶۵۵

تلفن: ۰۵-۸۸۰۹۴۰۰۱، داخلی ۲۴۵ - دورنگار: ۸۸۵۷۵۰۲۵

E-mail: mag@isu.ac.ir
<http://mag.isu.ac.ir>