

تأملی بر رابطه قانون مسئولیت مدنی با موجبات ضمان قهری در حقوق ایران

رضا دریائی* مصطفی کربلائی آقازاده**

چکیده

با تصویب قانون مسئولیت مدنی در نظام حقوقی ایران، جایگاه موجبات ضمان قهری در قانون مدنی که بر بنیاد فقه امامیه به رشته تحریر درآمده است، همراه با ابهام گشت. قانون جدید پرسش‌های متعددی را برانگیخت که بنیادی‌ترین آن، رابطه این قانون با قانون مدنی و فقه امامیه است. آیا موضوعات مطروحه در قانون مسئولیت مدنی، ماهیت یکسانی با قواعد پیش‌بینی شده در قانون مدنی و فقه امامیه دارد؟ علت تصویب قانون جدید چه بود؟ آیا قانون جدید با فقه امامیه همخوانی دارد؟ نویسندگان حقوقی جهت توجیه قلمرو این قوانین، نظرات مختلفی بیان داشته‌اند؛ برای نمونه از تخصیص و یا نسخ مباحث ضمان قهری در قانون مدنی توسط قانون مسئولیت مدنی سخن گفته‌اند. در این نوشتار، ضمن تأکید بر تمایز ماهوی میان ضمان قهری و مسئولیت مدنی، چرایی وضع قانون مسئولیت مدنی و قلمرو اعمال آن تبیین خواهد شد و آشکار می‌گردد که منطق حاکم بر این قوانین و قلمرو اعمال آن‌ها، دارای تفاوت اساسی است. این تحقیق نشان می‌دهد که بر بنیاد توسعه کاربرد تعزیر در حقوق خصوصی و همچنین قاعده حرمت عقلی نهی اضرار به غیر، می‌توان بر پایه فقه امامیه، مبانی تحقق مسئولیت مدنی در حقوق ایران را طرح‌ریزی کرد.

واژگان کلیدی: تعزیر، حرمت عقلی اضرار به غیر، دین، ضمان قهری، مسئولیت مدنی، ملکیت.

مقدمه

جلد اول قانون مدنی در تاریخ ۱۳۰۷/۲/۱۷ تصویب و از نظر بسیاری از اندیشمندان حقوقی شاهکار قانون نویسی است. در این قانون، موجبات ضمان قهری تحت تأثیر نظر مشهور در فقه امامیه در ماده ۳۰۷ بیان و در مواد بعدی تشریح شد. تبع و جستجو در موجبات ضمان قهری در فقه و قانون مدنی نظیر قاعده اتلاف (بالمباشرت یا بالتسبیب) حاکی از آن است که ضمان قهری، «حکم وضعی» محسوب و با استقرار مثل یا قیمت «مال» تلف شده در ذمه زیان زنده، زیان دیده مالک «مافی الذمه» زیان زنده می‌شود. تحقق ضمان قهری نیازمند سه رکن «رفتار شخص»، «تلف مال» و «رابطه استناد عرفی» میان تلف مال و رفتار شخص است. بعد از گذشت قریب سه دهه، قانون مسئولیت مدنی در تاریخ ۱۳۳۹/۲/۷ تحت تأثیر حقوق آلمان و سوئیس در ۱۶ ماده به تصویب رسید (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ج ۱: ۱۳۸؛ بابائی، ۱۳۹۴: ۳۶). این قانون ضمن پذیرش «تقصیر» عامل زیان، به عنوان مبنای مسئولیت مدنی و با نادیده گرفتن ارکان ضمان قهری؛ نظیر عدم نیاز به تلف «مال» (عین و منفعت) در مواردی مانند خسارت معنوی و یا عدم نیاز به احراز رابطه استناد عرفی بین فعل شخص و ضرر در مسئولیت کارفرما و مسئولیت والدین و سرپرستان که در آن‌ها دست‌کم «رابطه استناد عقلی» وجود دارد، شخص را «مسئول» جبران خسارت وارد به دیگری دانست. مواردی که با توجه به نگاه حاکم بر قواعد ضمان قهری علی‌الظاهر نباید شخص را ملزم به جبران خسارت کرد.

همین امر سبب شد برخی از استادان حقوق بیان دارند «ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی که عامل معنوی تقصیر را شرط ضمان قرار داد، به علت معارضه صریح با شرع، فاقد اعتبار است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱: ۲۵۶) و برخی دیگر این احتمال را مطرح کردند که «ماده اول قانون مسئولیت مدنی، قواعد اتلاف را نسخ ضمنی کرده است، زیرا رابطه علیت عرفی بین کار شخص و تلف مال را کافی نمی‌داند و تقصیر را شرط ایجاد مسئولیت می‌داند؛ بنابراین با قاعده اتلاف به‌ویژه در موردی که به طور غیر عمد انجام می‌شود، تعارض دارد و چون قانون جدیدتر است، قوانین پیشین مخالف را نسخ

می‌کند» (قائم‌مقامی، ۱۳۸۵، ج ۱: ۲۱۵). گروهی دیگر در توجیه این رویکرد دوگانه، بر این باورند که «ماده ۳۲۸ قانون مدنی ناظر به تلف مستقیم مال است، ولی ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی به تلف غیرمستقیم و با واسطه مال و همچنین لطمه به جان و سلامت و حیثیت و همه حقوق مالی و معنوی نظر دارد» (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ج ۱: ۲۱۸؛ تقی‌زاده و هاشمی، ۱۳۹۲: ۶۰-۶۱) در نهایت، برخی هم این‌گونه بیان می‌دارند: «ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی که مبنای تقصیر را پذیرفته است یک قاعده عام است که بیشتر موارد مسئولیت مدنی را در بر می‌گیرد؛ ولی در مواردی، مسئولیت مدنی نوعی یا بدون تقصیر است ... از جمله اطلاق موضوع مواد ۳۲۸ تا ۳۳۰ قانون مدنی» (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۵: ۸۳). آنچه آمد، نمونه‌ای از تلاش اندیشمندان حقوقی در توجیه قواعد دوگانه قانون مدنی و قانون مسئولیت مدنی و تلاش جهت همسو کردن این مقررات با فقه امامیه است.^۱

به باور نگارندگان برای شناسایی پاسخ صحیح و توجیه این قواعد دوگانه، باید ماهیت این دو قانون مورد مطالعه قرار گیرد تا آشکار شود که آیا آثار و احکام این دو قانون واحد است یا متفاوت؟ بر فرض پذیرش تفاوت، آیا با وجود پیش‌بینی موجبات ضمان قهری تحت تأثیر فقه امامیه در قانون مدنی، نیازی به تصویب قانون مسئولیت مدنی تحت تأثیر حقوق آلمان و سوئیس بود؟

فرضیه نویسندگان مقاله حاضر آن است که قواعد و احکام مورد پذیرش در «نظریه ضمان قهری» حاکم از سوی قانون مدنی به عنوان قانون مادر، به علت تغییر و تحولات اجتماعی در طول زمان، دیگر قادر به پاسخگویی به نیازهای جدید اجتماع نبود. در چنین وضعی، مداخله دانش حقوق به عنوان قسمی از علوم اعتباری که برای «رفع نیاز» وضع شده است، ایجاب می‌کند با وضع قواعد و احکام جدید، همسو با حقوق اسلامی به نیازهای اشخاص که حیات اجتماعی جامعه به آن وابسته بود پاسخ دهد. از این رو قانون‌گذار به جای تحول در نظریه ضمان قهری، راه را در این دید تا

۱. یادآور می‌شویم مواد ۴۹۲ تا ۵۳۷ قانون مجازات اسلامی نیز تحت عنوان «موجبات ضمان»، همانند موجبات ضمان قهری در قانون مدنی، بر پایه فقه امامیه به رشته تحریر درآمده است و دارای منطبق مشترک با آن است.

با بیان «نظریه مسئولیت مدنی»، طرحی نو در اندازد و از این طریق «رفع نیاز» کند؛ اما از آن جهت که مفاد نظریه مسئولیت مدنی به عنوان قاعده حقوقی دارای ضمانت اجرا، نیازمند شناسایی دولت است، چرایی و چگونگی تقنین این نظریه جدید مستلزم مطالعه نظری آن است که در این مقاله به آن پرداخته خواهد شد.

از این رو، در این مقاله ضمن تحلیل ماهیت ضمان قهری و مسئولیت مدنی، علت وضع قانون مسئولیت مدنی بیان و با نقد نظرات ابرازی از سوی اندیشمندان حقوقی، قلمرو شمول و اعمال قانون مسئولیت مدنی به موازات و در کنار قانون مدنی ترسیم خواهد شد. همچنین تلاش می‌شود بر بنیاد فقه امامیه، مبانی تحقق مسئولیت مدنی مورد مطالعه قرار گیرد. بدین منظور، امکان توسعه قلمرو اعمال تعزیر در حقوق خصوصی به همراه قاعده حرمت عقلی نهی اضرار به غیر، معرفی و مورد واکاوی قرار می‌گیرد.

۱. مفهوم و ماهیت ضمان قهری

ضمان از مصدر «ضمنت شیء» ریشه «ضم ن» در کتب لغت در معانی «قرار گرفتن چیزی در شیء به نحوی که آن را پوشش دهد»، «التزام»، «کفالت» و «غرامت» آمده است (فیومی، بی تا، ج ۲: ۳۶۴؛ طریحی، ۱۴۱۶، ج ۶: ۲۷۵؛ محمود عبد الرحمان، بی تا، ج ۲: ۴۱۴). در فقه، ضمان در معانی مختلف بکار رفته است؛ از آن جمله می‌توان به معنای «وجوب الرد» (طوسی، ۱۴۰۷، ج ۳: ۴۰۸)، «وجوب الحفظ» (نراقی، ۱۴۱۷: ۳۱۸)، «درک المضمون علیه، بمعنی کون خسارته و درکه فی ماله الاصلی» (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳: ۱۸۳)، «المال فی الذمه» (نائینی، ۱۳۷۳، ج ۱: ۱۱۸)، «الشیء فی العهده ... فی کل مقام لها آثار تکلیفیة أو وضعیة» (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۱: ۳۰۷)، «عهده الخسارة للمال بالتلف أو نحوه» (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱: ۵۰۸) اشاره داشت که بر اساس آن با توجه به «مضمون»، معنا و ماهیت ضمان مختلف می‌شود (هاشمی، ۱۳۸۹: ۱۶). گاهی به معنای «التزام در عهده» به عنوان تکلیف و گاهی به معنای «مال در ذمه» که وضع است، به شمار می‌آید.

اندیشمندان حقوق داخلی تحت تأثیر طبقه‌بندی حق به عینی و شخصی در نظام

حقوقی رومی ژرمنی،^۱ ماهیت ضمان قهری را «تکلیف» می‌دانند. این در حالی است که از نظر تحلیل فقهی از آنجایی که زیان زننده «سبب» از بین رفتن یا نقصان «ملک» غیر می‌شود و ضمان در ازاء تلف یا نقصان «مال» مزبور اعتبار می‌شود، مطابق نظر مشهور و حاکم در فقه که بیان خواهد شد و مورد متابعت قانون مدنی نیز قرار گرفته است، ماهیت ضمان بیش از آن که تکلیف باشد، «ملکیت مال» به عنوان یک حکم وضعی است. بر همین اساس بسیاری از فقها، ضمان را «وضع» و «اشتغال ذمه» تعریف می‌کنند که تدارک و جبران خسارت از آثار آن است (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۳: ۱۸۳؛ نائینی، ۱۳۷۳، ج ۱: ۱۱۸؛ حکیم، ۱۴۱۶، ج ۴: ۴۶-۴۷؛ خمینی، ۱۴۲۱، ج ۱: ۵۰۸).^۲ از آنجایی که انسان دارای کرامت ذاتی است، روابط حقوقی نباید بر روی جسم و شخصیت انسان قرار گیرد؛ (شهیدی، ۱۳۸۲: ۱۱۴-۱۱۵) لذا به منظور جعل ملکیت، ظرفی اعتباری به نام «ذمه» طراحی شد تا محل استقرار «اموال اعتباری» همچون مثل یا قیمت مال باشد (جمعی از مؤلفان، بی-تا، ج ۵: ۵؛ نعمت‌اللهی، ۱۳۹۱: ۱۶۳؛ قربان‌پور، ۱۳۹۱: ۵۱). بر این اساس، معنای «ضمان مصطلح» در فقه که از آن در حقوق به «اشتغال ذمه» یا «ملکیت دین» تعبیر می‌شود (نعمت‌اللهی، ۱۳۸۹: ۳۰) عبارت است از «قرار گرفتن مال در ذمه که تسلیم و پرداخت مال به عنوان تکلیف از آثار آن است».

۲. ارکان ضمان قهری در فقه و قانون مدنی

از نظر فقهی برای تحقق ضمان قهری بر اساس قواعد موجب ضمان نظیر اتلاف

۱. برای مطالعه در این خصوص رک. (نعمت‌اللهی، ۱۳۸۹: ۱۰۹-۱۳۲).

۲. از آن جایی که از نگاه مشهور فقهای امامیه ماهیت ضمان چیزی غیر از «ملکیت» نیست، زیان‌دیده مالک مافی‌الذمه زیان‌زننده می‌شود. مشهور فقهای امامیه در تحلیل ضمان ناشی از «علی‌الید»، ماهیت آن را نیز کماکان حکم وضعی ملکیت دین می‌دانند، اما نه ملکیت دین به صورت منجز، بلکه ملکیت شأنی و تقدیری که در آن رد بدل، معلق به تلف مال است (قربان‌پور، ۱۳۹۱: ۵۱؛ نعمت‌اللهی، ۱۳۹۱: ۱۶۳-۱۶۴). بر این تحلیل آثار مهمی مترتب است؛ از آن جمله اینکه اگر غاصب فوت کند و عین مال مغضوب موجود باشد و وراثت وی استیلائی بر آن نداشته باشند، امکان الزام وراثت او به رد مال مزبور از محل ترکه نیست؛ زیرا از یک سو تکلیف به رد عین مغضوبه قائم به شخص غاصب بوده است و از سوی دیگر نظر به عدم استیلاء وراثت بر عین مغضوب موجب می‌شود تکلیف وجوب رد مال متوجه آن‌ها نشود. این در حالی است که اگر رابطه میان غاصب و مالک را قبل از تلف به رابطه «ملکیت دین یا حق ذمی» تحلیل کنیم، این حکم وضعی با فوت غاصب به ترکه او تعلق می‌شود و وراثت او مکلف به ادای آن از محل ترکه هستند.

(بالمباشرت یا بالتسبیب) اجتماع سه رکن «فعل زیان زننده»، «تلف مال» و «رابطه استناد» لازم است. در ادامه، نظر به اهمیت موضوع به اختصار این موارد تشریح می‌شود.

اول، فعل زیان زننده می‌تواند به صورت فعل یا ترک فعل انجام شود. در اینکه آیا لازم است فعل زیان‌بار در ضمان قهری همراه با تقصیر باشد؟ تردیدهایی وجود دارد. همان‌طور که در ادامه خواهد آمد بر پایه اصالت قائل شدن بر ملکیت از احکام وضعی در حقوق اسلامی و لزوم احترام به مال مسلمان، صرف استناد تلف به رفتار اشخاص موجب ضمان به شمار می‌آید.

دوم، با وجود اینکه در ادله اصلی ضمان قهری در فقه نظیر «من اضر بشی من طریق المسلمین»، واژه ضرر بکار رفته است، اما فقها در قواعد موجب ضمان مانند اتلاف، به جای به کارگیری واژه «ضرر» از کلمه «مال» استفاده می‌کنند. به این صورت که در نزد آن‌ها صرف تحقق ضرر، برای ایجاد ضمان قهری کافی نیست؛ بلکه ملاک قابلیت تبدیل «ضرر به مال» است (حکمت‌نیا، ۱۳۸۹: ۲۹۶؛ وحدتی‌شیری، ۱۳۸۸: ۱۸۹). بر همین اساس، بسیاری از مواردی که در عرف مانند عدم‌النفع و خسارت معنوی مصداق ضرر به شمار می‌آید از آنجایی که مطابق نظر حاکم در فقه مصداق «مال» محسوب نمی‌شود، موضوع ضمان (ملکیت) قرار نمی‌گیرد (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۱: ۳۷؛ نراقی، ۱۴۱۷: ۵۰). سیر تحول مفهومی مال در فقه این‌گونه است که در بادی امر مال در معنای عین، مورد استعمال قرار می‌گرفت؛ سپس با توسعه این مفهوم، علاوه بر عین، شامل منفعت نیز شد و در نهایت حقوق مالی را نیز در بر گرفت. به این صورت که هر آنچه در برابر آن عوضی پرداخت می‌شود و به بیان دیگر دارای ارزش اقتصادی است، مال محسوب می‌شود (جعفری خسروآبادی، ۱۳۹۵: ۵۱۱). با این وجود، قانون مدنی در قواعد موجب ضمان در موادی همچون ۳۲۸ تا ۳۳۰، مال را در معنای عین و منفعت به کاربرد و تنها تلف عین و منفعت را موجب ضمان می‌داند. از این رو بسیاری از مواردی که در عرف مصداق ضرر محسوب می‌شود، از آنجایی که عین و منفعت به شمار نمی‌آید، از شمول قواعد موجب ضمان خارج است.

سوم، در خصوص رابطه استناد تلف مال با عمل زیان زننده در ضمان قهری، اعم از اینکه ضمان را حکم تأسیسی از طرف شارع بدانیم یا حکم امضایی؛ این پرسش قابل طرح است که معیار رابطه استناد کدام یک از ضوابط «شرعی»، «عرفی» و «عقلی»^۱ است؟ در این باره هر سه احتمال از سوی صاحب نظران مطرح شده است (برای مطالعه بیشتر، ر ک: حکمت نیا، ۱۳۸۹: ۲۰۰). به باور نگارندگان، در هر موردی که موضوعی مورد حکم قانون گذار قرار می گیرد، مقصود او بیان واقعیت است مگر اینکه خلاف آن را بیان دارد؛ از این رو در رابطه استناد نیز منظور رابطه استناد واقعی است. با این حساب اصرار بر هر کدام از ضوابط شرعی و عرفی، پایه علمی ندارد و آنچه صحیح است اصرار بر دقت در احراز استناد و رد تسامح در آن است. به بیان دیگر از آنجایی که در رابطه استناد مقصود رسیدن به واقع است، نمی توان از ضوابطی استفاده کرد که در احراز انطباق آن ها با واقع تردید وجود دارد؛ از این رو تقدم با ضابطه عقلی است که دقیق و مطمئن تر است. با این حال در بسیاری از موارد، نظر به اینکه تعیین استناد عقلی بسیار پیچیده است، ضابطه عرفی در این خصوص قابل اتکاتر است. قانون مدنی بر همین اساس و با توجه به نظر مشهور فقهای امامیه در قسمت پایانی ماده ۳۳۲، این نتیجه را پذیرفته است؛ البته در خصوص چگونگی احراز این رابطه در استناد عرفی، مقرر مزبور ساکت است.

۳. مفهوم و ماهیت مسئولیت مدنی

واژه مسئولیت در زبان عربی از مصدر جعلی «مسئول» در کتب لغت به معانی «۱- عهده دار و وظایف، افعال و اعمال ۲- سرپرستی» آمده است (معین، ۱۳۷۶، ج ۳: ۴۰۷۷) که ممکن است این مسئولیت در برابر خداوند، در مقابل خود، دیگران و یا سایر

۱. بر اساس «ضابطه عقلی» دو قرائت متفاوت از «رابطه استناد» قابل بیان است: مطابق «عقل محض فلسفی» که غالباً در تحلیل های فقهی مورد توجه قرار می گیرد؛ منظور از استناد آن چیزی است که اگر نباشد حادثه اتفاق نمی افتد؛ ولی علت تلف چیز دیگری است. مطابق «عقل عرفی» ناشی از «مستقلات عقلی»؛ منظور از استناد مواردی همچون «سود بری» و «ایجاد خطر» از سوی عامل زیان است که باعث می شود خسارت متناسب به شخصی گردد. به نظر می رسد قانون مسئولیت مدنی در مسئولیت کارفرما و مسئولیت والدین و سرپرستان، رویکرد اخیر را مورد پذیرش قرار داده است.

موجودات باشد (مصباح یزدی، ۱۳۸۱: ۱۳۸-۱۴۰). در نتیجه، مسئولیت به معانی عام عبارت است از پاسخگویی. حقوق دانان، مسئولیت مدنی را «الزام شخص به جبران خسارت دیگری» تعریف کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ج ۱: ۳۴؛ حسینی نژاد، ۱۳۸۹: ۲۴؛ تقی‌زاده و هاشمی، ۱۳۹۲: ۳). در اینکه در اصطلاح حقوقی، مفاد مسئولیت بر روی افعال اشخاص قرار می‌گیرد یا به عنوان وضع بر روی شیء جای می‌گیرد؛ باید گفت با توجه به آنکه از یک سو، مسئولیت به مفهوم امروزی ساخته حقوقدانان نظام حقوقی رومی ژرمنی است (بادینی، ۱۳۸۴: ۲۷) و از سوی دیگر، در این نظام حقوقی، روابط حقوقی به «حق عینی» و «حق شخصی» تقسیم می‌شود؛ مفاد مسئولیت یک «حق شخصی» است که ریشه آن لزوماً یک تکلیف است و بر روی افعال اشخاص (مضاف) قرار می‌گیرد (قربان‌پور، ۱۳۹۱: ۴۳-۴۴).^۱ از این منظر می‌توان مسئولیت را به «مواخذه» و به‌عنوان تکلیف ثانوی، اثر «تعهد به معنای اسم مصدری^۲ در حقوق» تعبیر کرد (عمید زنجانی، ۱۳۸۲: ۳۸).

در کشورهای عربی «التزام» و در فقه «ضمان» به جای واژه مسئولیت بکار رفته است (عمید زنجانی، ۱۳۸۲: ۳۸؛ قربان‌پور، ۱۳۹۱: ۳۳؛ تقی‌زاده و هاشمی، ۱۳۹۲: ۳). در اینکه مسئولیت و ضمان در حقوق دارای معنای یکسان است یا خیر، اتفاق‌نظری وجود ندارد. به عقیده برخی از اندیشمندان حقوقی در زبان فارسی و قانون مدنی، اصطلاح «مسئولیت» جای اصطلاح فقهی و قدیمی «ضمان» را گرفته است (صفائی و رحیمی، ۱۳۹۵:

۱. یادآور می‌شویم در حق عینی، مضاف عین معین است. بنا بر دیدگاه حقوق رومی ژرمنی، ملکیت دارای دو طرف است و از آن دو عنوان متزع می‌شود: اول؛ مضاف که از آن عنوان مملوک انتزاع می‌شود و دوم؛ مضاف‌البه که از آن عنوان مالک انتزاع می‌شود. این در حالی است که در فقه امامیه، ملک، اضافه اعتباری است که از آن سه عنوان انتزاع می‌شود: اول، مضاف که از آن عنوان مملوک، دوم، مضاف‌البه؛ که از آن عنوان مالک و سوم، نفس اضافه که از آن عنوان ملکیت انتزاع می‌شود. نباید از نظر دور داشت ماهیت اضافه مزبور در نظام حقوقی رومی ژرمنی، از نوع اضافه حقیقی و از مقولات فلسفی است و در فقه امامیه از نوع اضافه اعتباری است.

۲. مصدر در لغت اسمی است که فعل، از آن گرفته می‌شود و فقط دلالت بر وقوع چیزی می‌کند. مصدر به آنچه از ذات یا فاعل سرچشمه می‌گیرد یا اصل کلمه‌ای که از افعال از آن صادر می‌شوند دلالت دارد. در کنار مصدر، اسم مصدر که به آن «حاصل مصدر» یا «اسم مفعولی» هم گفته می‌شود قرار دارد که بر معنی حاصل از مصدر و نتیجه مصدر دلالت دارد. در مصدر انتساب به فاعل لازم است؛ اما در اسم مصدر انتسابی به فاعل لازم نیست؛ بلکه مراد از آن حاصل از مصدر و نتیجه مصدر بدون انتساب معنای حدثی به ذات (فاعل) است. واژه تعهد گاه در معنای مصدری و گاه در معنای اسم مصدری یا مفعولی به کار می‌رود. مقصود از تعهد در معنای مصدری «به عهده گرفتن انجام یا ترک عملی در برابر است» و در معنای اسم مصدر منظور از تعهد «به تکلیفی قانونی اطلاق می‌شود که بر عهده شخص قرار دارد» که حاصل مصدر است (شهیدی، ۱۳۸۲: ۴۲).

۷: تقی‌زاده و هاشمی، ۱۳۹۲: ۶). اگر این سخن درست باشد، از آن برمی‌آید که در حقوق مدنی ما «ضمان قهری» همان‌طوری که گفته شده است معادل «مسئولیت مدنی» در حقوق فرانسه و حقوق کامن‌لا محسوب شود (بادینی، ۱۳۸۴: ۳۱). از آثار تحلیل فوق آن است که برخی بر این باورند «ماده اول قانون مسئولیت مدنی، قواعد اتلاف را نسخ ضمنی کرده است» (قائم‌مقامی، ۱۳۸۵، ج ۱: ۲۱۵) و یا آنکه «ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی... به علت معارضه صریح با شرع فاقد اعتبار است» (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱: ۲۵۶). در حالی که به نظر می‌رسد قانون مدنی در ماده ۱۴۰، به پیروی از نظر حاکم در فقه که ضمان را عمدتاً در «کتاب ضمان» یا «کتاب دین» مطرح می‌کنند؛ «ضمان قهری» و اسباب آن را در فصل دوم از باب دوم تحت عنوان «اسباب مالکیت» بکار برد که در نتیجه ضمانات قهری رابطه «ملکیت» بین زیان‌دیده و بدل مال حاصل می‌شود (حکمت-نیا، ۱۳۹۶: ۸) به این صورت که مضمون‌له، مالک مافی‌الذمه ضامن می‌شود که در اثر آن، ذمه زیان‌زننده در برابر زیان دیده مشغول می‌شود. حال آنکه ماهیت مسئولیت مدنی در حقوق، تکلیف یعنی رابطه زیان‌دیده با زیان‌زننده است. از این‌رو تعبیر مسئولیت به جای ضمان در نوشته‌های حقوقدانان ترجمه صحیحی از کلمه عربی ضمان نیست (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۲۸-۲۹؛ عمید زنجانی، ۱۳۸۲: ۳۸؛ قربان‌پور، ۱۳۹۱: ۲۹-۴۴)، چه اینکه مسئولیت به معنای مواخذه، «تکلیفی» است که به دستور قانون برای رفع تجاوز متجاوز مقرر می‌شود (جعفری لنگرودی، بی‌تا: ۲۹۷)^۱ ولی در مقابل؛ ضمان قهری، ملکیتی است بین زیان‌دیده و بدل مال که مثل یا قیمت مال تلف‌شده در ذمه زیان‌زننده قرار می‌گیرد.

بنابراین می‌توان گفت این دو قانون از حیث ماهیت متفاوت از هم هستند؛ به این صورت که در اثر موجبات ضمان در قانون مدنی، «دین» به عنوان وضع و در اثر قانون مسئولیت مدنی، «مسئولیت» به عنوان تکلیف ایجاد می‌شود. چنین امری ریشه در منبع اقتباس متفاوت این دو قانون دارد که قانون مدنی بر مبنای فقه امامیه و قانون

۱. البته این امر مانع از آن نشده است که فقها ضمان را در غیر معنای مصطلح خود به عنوان «مسئولیت» به کار برند؛ گرچه کاربرد این معنا از ضمان به عنوان حکم تکلیفی در فقه چندان مرسوم نبوده و به همین علت از آن در فقه به ضمان غیر مصطلح یاد می‌شود (نعمت‌اللهی، ۱۳۸۹: ۳۲).

مسئولیت مدنی با الهام از حقوق اروپایی وضع شده‌اند و در ادامه توضیحات بیشتری در این خصوص خواهد آمد.

۴. چرایی وضع قانون مسئولیت مدنی

موجبات ضمان قهری همان‌طور که بیان شد مطابق نگاه حاکم در فقه، از اسباب دین است و دین نیز جزء موضوعات ملک و از اقسام وضع به شمار می‌آید (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۲۸). به بیان دیگر از نظر فقهی، موجبات ضمان از اسباب تملیک و رابطه دائن و دین از نوع رابطه اعتباری مالک و مملوک است که محل قرارگیری دین، ذمه ضامن است. رابطه ملکیت، اضافه‌ای اعتباری بین شخص و شیء است که در حقوق اسلامی و نظر به نگاه حاکم در قانون مدنی به جهت آن‌که خداوند مالک تمام جهان است و اموال همچون امانتی از سوی وی در اختیار بندگان قرار دارد؛ ایجاد و اسقاط آن در ید شارع است (خویی، ۱۴۰۹، ج ۱: ۵۰).^۱

مطابق نگاه مشهور حاکم در فقه امامیه، برخلاف حقوق اروپایی که موجبات حقوقی از اسباب تکلیف‌اند، ضمان قهری و عموماً عقود، منتج به ملکیت می‌شوند؛ چه اینکه بر پایه فطری بودن اندیشه مالکیت خصوصی، اصالت در آن با تئوری «ملکیت» است. طرح این نظریه در حقوق مدنی از بند ۲ ماده ۱۴۰ قانون مدنی که «عقود و تعهدات»^۲ را جزء اسباب تملک به شمار آورد نیز به دست می‌آید. تملیک در فقه به

۱. با وجود اینکه این سخن از لحاظ مبنای نظام حقوقی اسلام و در معنای عام صحیح است؛ اما از نظر نهاد حقوقی و فلسفه نظام حقوقی باید میان آن‌ها در معنای خاص قائل به تفکیک شد؛ زیرا رابطه میان حکم، ملک و حق، تباین است. معتبر در هنگام وضع «ملک» و «حق»، به شخص و حدود اختیار او نگاه می‌کند؛ اما در «حکم» به امور دیگری همچون نظم عمومی، اخلاق و مانند آن توجه می‌کند (حکمت‌نیا، ۱۳۹۰: ۴۱؛ حکمت‌نیا، ۱۳۸۷: ۱۲۹)؛ بنابراین ضابطه تمیز ملک و حق از حکم، آن است که در ملک و حق، یک «مصلحت خاص برای ذی‌حق یا مالک» در نظر گرفته می‌شود؛ این در حالی است که حکم، تابع ملاکات کلی است و در آن مصلحت خاصی از اشخاص مورد ملاحظه قرار نمی‌گیرد (حائری، ۱۴۲۳، ج ۱: ۱۳۶)؛ از این‌رو حق و ملک برخلاف حکم، قابل اسقاط‌اند.

۲. اندیشمندان حقوقی، «تعهدات» را در این مقرر در معنای اسمی، همانند Obligation در حقوق رومی ژرمنی معنا کردند؛ (کاتوزیان، ۱۳۸۲: ۱۹) در صورتی که به نظر می‌رسد تعهد در معنای اسمی، حاصل مصدر و اثر موجبات حقوقی، مقصود از آن در فقه «تکلیف» است که آن را نمی‌توان سبب تملیک دانست. از این‌رو به نظر می‌رسد منظور قانون‌گذار از تعهد که آن را در کنار عقود همانند سببی از اسباب تملیک قرار داده است، «جعل» به عنوان سبب تملیک است. مقنن اسباب تملک را در

معنای آن عملی است که «موجب تعلق داشتن چیزی به شخصی» می‌شود که در نتیجه آن «ملکیت» در معنای اسم مصدری به دست می‌آید. بر پایه نظریه ملکیت که برگرفته از رابطه حقوقی ملک است، زیان‌زننده نه به دلیل تعهد و تقصیری که کرد، بلکه به واسطه آن‌که با رفتار خود احترام «مال» تحت مالکیت غیر را از بین برد، ضامن بدل مال غیر می‌شود، بدون آنکه در آن شرایط تکلیف لازم باشد؛ چه اینکه ملکیت، برخلاف مسئولیت که منتزع از تکلیف و دایر مدار شرایط تکلیف است، به‌عنوان حکم وضعی و مستقل از احکام تکلیفی، مستقیماً ارتباطی به افعال مکلفین ندارد و همانند دیگر احکام وضعی دایر مدار شرایط تکلیف نیست (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۲۹؛ قربان‌پور، ۱۳۹۱: ۶۶). در تعقیب همین تفکر که ایجاد و اسقاط «ملکیت» در دست شارع است (خویی، ۱۴۰۹، ج ۱: ۵۰)، مشهور فقها به‌منظور ایجاد ضمان قهری، از تأسیس اصلی که سبب جامعی بین تمام موجبات ضمان باشد امتناع ورزیده و ضمان را در غیر موارد منصوص، نظر به اصل برائت و عدم اشتغال ذمه قابل تحقق نمی‌دانند و آن را تنها از موجبات خاص به دست می‌آورند (عمید زنجانی، ۱۳۸۲: ۴۹).

بنابراین از آن جایی که موجبات ضمان قهری در قانون مدنی منطبق با «نظریه ضمان، ملکیت دین» است، دیگر نمی‌توان بسیاری از موارد نظیر خسارت معنوی را از مجرای قاعده اتلاف که بر مبنای احترام «مال» طراحی شده است، قابل جبران دانست و یا مسئولیت کارفرما و سرپرست را به دلیل عدم وجود رابطه استناد عرفی توجیه کرد.^۱

کتاب دوم مطرح و سپس هر یک از این اسباب چهارگانه را در چهار قسم احیای اراضی موات و حیازت اشیای مباحه، در عقود و معاملات و الزامات، در اخذ به شفعه و در وصایا و ارث در ذیل کتاب دوم بیان می‌کند. قانون مدنی قسمت دوم را به سه باب تقسیم کرد و در باب دوم به جای عنوان تعهدات از «الزاماتی که بدون قرارداد حاصل می‌شود» استفاده کرد که همان اسباب اشتغال ذمه مدیون و مالکیت دائن است که در ذیل نظریه تملیک قرار می‌گیرد؛ بنابراین اینکه گفته می‌شود تعهد موجب مالکیت می‌شود، منظور همان «الزاماتی که بدون قرارداد حاصل می‌شود» است که در فقه جزء اسباب تملیک دین آمده است.

۱. لازم به ذکر است امکان تمسک به مسئولیت مدنی در مواردی وجود دارد که رابطه «استناد عقلی» با ابتناء بر ابزارهایی نظیر «سود بری» یا «ایجاد خطر» محقق باشد و غیر این موارد خارج از بحث مسئولیت مدنی است. در مواردی که «استناد عرفی» و «تلف مال» (عین و منفعت) وجود دارد به دلیل آنکه عناوینی چون اتلاف که از موجبات ضمان قهری است صدق می‌کند، دیگر نیازی به تمسک به مسئولیت مدنی نیست؛ اما اگر تلف مال (عین و منفعت) نباشد و یا استناد عرفی رابطه محقق نباشد؛ ولی عقل حسب ابزارهای فوق رابطه استناد را احراز کند، در این صورت است که عنوان مسئولیت مدنی صادق است. در حقیقت در این موارد است که خلأ قواعد موجب ضمان قهری در قانون مدنی، نیازمند تکمیل از طریق قانون مسئولیت مدنی

مواردی که از نظر «مستقلات عقلی» تردیدی در جبران آن‌ها نیست و اگر قرار باشد این خسارت‌ها جبران نشود، بسیاری از خسارات بدون جبران باقی می‌ماند.

قانون‌گذار با تصویب قانون مسئولیت مدنی برای رهایی از این وضعیت و قرار نگرفتن در برابر نگاه مشهور حاکم در شرع و نظریه ضمان مال یا همان قرار گرفتن مال در ذمه ضامن، چاره را در این دید که به جای گسترش قلمرو «نظریه ضمان بر مبنای ملکیت»، با ابتناء بر «نظریه مسئولیت بر مبنای تعهد»، زیان‌زننده را مسئول جبران خسارت کند (حکمت‌نیا، ۱۳۹۶: ۱۰)؛^۱ به عبارت دیگر به جای اینکه همانند ضمان، رابطه حقوقی را به ملکیت تعبیر کند آن را به تعهد در مسئولیت مدنی تعبیر کرد. بر این اساس جهت اجتناب از تقابل با نظر مشهور فقهای امامیه، بدون اینکه الزاماً ضمان قهری مورد نظر در فقه، «ملکیت» حاصل شود، زیان‌زننده را در برابر زیان‌دیده مسئول جبران خسارت شمرد. موضوعی که از دید فقهای امامیه نیز دور نمانده است؛ زیرا از نظر آن دسته از فقیهانی که ضمان در معنای «اشتغال ذمه» را حکم شرعی تلقی و رفع و وضع آن را در اختیار شارع می‌دانند؛ جبران خسارت به نحو تعهد و الزام بدون اینکه ذمه شخص مشغول شود، مورد پذیرش قرار گرفته است (خوبی، ۱۴۰۹، ج ۱: ۵۰).

اختلاف این دو صرفاً در عبارت و اصطلاح نیست و تفاوت‌های مهمی در مبنا و ارکان تحقق، همچنین آثار مترتب بر آن را در پی دارد. برای نمونه می‌توان به تقصیر به عنوان مبنا در قانون مسئولیت مدنی و موضوعیت نداشتن تقصیر در ضمان قهری و یا تفاوت در قلمرو خسارت قابل جبران میان این دو اشاره داشت. همچنین ضمان از اسباب «ملکیت»، رابطه شخص و شیء است که به ترکه تعلق می‌گیرد، در حالی که مسئولیت مدنی، رابطه شخص با فعل شخص دیگر و یک تکلیف است که بر اساس

است. برای نمونه در این خصوص می‌توان به مسئولیت مدنی کارفرما در ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی اشاره داشت. با وجود اینکه عرفاً خسارت وارد به زیان‌دیده، متناسب به کارگر است، حسب آنچه بیان شد قانون استناد عقلی خسارت مزبور را به کارفرما در نظر گرفته است.

۱. آنچه بیان شد در تحلیل رابطه «قانون» مسئولیت مدنی و موجبات ضمان قهری در قانون مدنی و فقه امامیه است. با این وجود، در موارد متعددی شاهد استعمال «عبارت» ضمان و مسئولیت مدنی در معنای واحد نیز هستیم. برای نمونه می‌توان به موادی نظیر ماده ۴۵۲ ق.م.ا. اشاره داشت.

نظر مشهور در فقه در اثر آن زیان دیده یک امتیاز به نام «حق مطالبه» در برابر دیگری به دست می‌آورد که بقا و دوام آن بر اساس نگاه مشهور فقهای امامیه، وابسته به حیات و ممات متعهد است (خویی، ۱۴۱۸، ج ۲۷: ۱۰۹؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۱۲: ۲۸۶؛ سیستانی، ۱۴۱۷، ج ۲: ۳۵۱؛ جهت مطالعه تفصیلی رجوع شود: عبدی‌پور فرد و جعفری خسروآبادی، ۱۳۹۱: ۸۱-۱۰۸).^۱

به باور نگارندگان، قانون‌گذار می‌توانست به جای اعتبار نظریه مسئولیت مدنی در قانون مسئولیت مدنی، با اصلاح قواعد عمومی ضمان قهری در قانون مدنی، قلمرو «نظریه ضمان» قهری را در حقوق گسترش دهد و به همان «رفع نیاز» ناشی از فقدان مسئولیت مدنی دست یابد. کما اینکه مطابق نظر برخی از فقهای متأخر، ضمان عبارت است از: «شیء در ضمن عهده» (اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۱: ۳۰۸) که این شیء در ضمن عهده، می‌تواند حسب مورد بنا بر نیاز، «مال» یا «فعل اعم از مثبت یا منفی» باشد. به این نحو که اگر در ضمان، متعلق عهده فعل باشد؛ ضمان ظهور در تکلیف دارد و اگر متعلق آن مال باشد، ضمان ظهور در وضع دارد.^۲

دلیل نقد مزبور آن است که از یک سو محدود کردن قلمرو موضوعی قاعده اتلاف به از بین رفتن «مال» و عدم شمول آن نسبت به مواردی نظیر خسارت معنوی، همراه با اشکال است، زیرا نخست، عبارت «من أتلف مال الغير فهو له ضامن» مدلول روایت نیست تا نظر به استعمال کلمه «مال» در آن، مجبور به محدود کردن قلمرو ضمان به اتلاف مال باشیم (بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۲: ۲۸). همان‌طور که گفته شده است قاعده اتلاف با این کیفیت و خصوصیت در هیچ روایت خاص و مشخصی نیامده است و به عنوان یک قاعده کلی از موارد خاص و متعددی اصطیاد شده است. از آنجایی که این موارد

۱. در نظام حقوقی نوشته با توجه به نظریه قائم مقامی و توسل به دیدگاه موضوع گرایان و عینی کردن تعهدات، فوت عامل زیان تأثیری بر بقای حق شخصی زیان دیده نمی‌گذارد. اجمالاً اینکه در ماده ۲۳۱ قانون مدنی ایران نیز از منطق قائم مقامی پیروی شده است که تحلیل مبنایی و انتقادی مقرر مزبور و نظر مشهور فقهای امامیه، نیازمند تحقیق مستقلی است که در نوشتار دیگری صورت پذیرفته است.

۲. تفاوت مهم این گسترش قلمرو ضمان با نظر غالب فقها آن است که بنا بر نظر غالب، ضمان در همه حال، روی فرض تلف یا نقض مال، حکم وضعی و جعل ملکیت است؛ در حالی که مطابق نظر مرحوم اصفهانی، ضمان «شیء در ضمن عهده» است که بنا بر جعل معتبر و رفع نیاز، می‌تواند گاهی «تکلیف» و گاهی «حق» و گاهی نیز «ملکیت» باشد و اختلاف آثار بین آنها موجب تفاوت در معنای ضمان نمی‌شود.

خاص، دارای خصوصیتی در اثبات حکم ضمان نیست می‌توان به این قاعده در هر موردی که نیاز باشد استناد کرد (خویی، بی‌تا، ج ۳: ۱۳۲-۱۳۳). دوم، اگر دلیل قاعده اتلاف را بنای عقلا نیز در نظر آوریم، عقلا قلمرو مال را در قاعده اتلاف به عین و منفعت محدود نمی‌دانند (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۲: ۴۵۸). سوم، در ادله اصلی ضمان در حقوق اسلامی نظیر «من أضر بشيء من طريق المسلمين فهو له ضامن» (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۹: ۲۴۱)، از کلمه «ضرر» استفاده شده است، نه «مال» و لذا می‌تواند برای مثال شامل ضرر معنوی نیز گردد.

از سوی دیگر، از آیه اعتداء^۱ که از ادله اصلی ضمان به شمار می‌آید و متضمن آن است که اگر شخصی به دیگری تجاوز کرد، رفتاری معادل رفتار او باید صورت پذیرد؛ این‌گونه مستفاد است که ماهیت ضمان حسب مورد می‌تواند تکلیف و یا وضع باشد.

۵. چگونگی تحقق مسئولیت مدنی بر بنیاد فقه امامیه

مطابق نگاه حاکم در حقوق اسلامی همان‌طور که آمد مباحث مسئولیت مدنی ذیل عنوان «نظریه ضمان» مطرح می‌شود. با یک نگاه دقیق می‌توان «نظریه مسئولیت» مدنی را از «نظریه ضمان» قهری در فقه با توجه به مفاهیم تکلیف یا وظیفه به عدم اضرار دیگری، مدیونیت یا ضمان و الزام به پرداخت خسارت یا مسئولیت که در ادامه به آن اشاره خواهیم داشت تمیز داد.

در نظام حقوقی رومی ژرمنی، اسباب مسئولیت مدنی از موجبات «تکلیف» یعنی تعهد در معنای اسم مصدری است. بر این اساس رابطه حقوقی بین متعهد و متعهدله از نوع رابطه حق شخصی است که باعث می‌شود متعهدله به عنوان دارنده «حق مطالبه»، الزام متعهد به جبران خسارت را بخواهد. بر پایه اینکه اسباب مسئولیت مدنی از موجبات تعهد است، لازمه عقلی آن نقض همراه با تقصیر تعهد پیشین یا وظیفه نهی اضرار به غیر است؛ از این‌رو مادامی که تعهد پیشین نقض نشود، نمی‌توان شخص را مسئول جبران خسارت وارد به غیر دانست (عبدی‌پور فرد و جعفری خسروآبادی، ۱۳۹۱:

۱. «... فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ...» بقره/۱۹۴.

۱۰۱). در حقیقت مبنای مسئولیت، «تقصیر» نامبرده است که در مواد مختلفی از قانون مسئولیت مدنی مورد توجه قرار گرفته است. بر این بنیاد از میان سه مطلب فوق به منظور تحقق مسئولیت مدنی در نظام رومی ژرمنی، عنصر اساسی، تکلیف یا وظیفه به عدم اضرار دیگری است که مسئولیت مدنی از تقصیر انتزاع می‌شود. به این صورت که اشخاص وظیفه و تکلیف دارند به دیگران خسارت وارد نکنند و در صورتی که خسارتی از سوی آن‌ها وارد شود بدون اینکه «اشتغال ذمه‌ای یا ملکیتی» حادث شود به دلیل تقصیر و نقض تعهد پیشین، زیان‌زننده مسئول جبران خسارت است (حکمت‌نیا، ۱۳۸۹: ۲۸).

در اینکه همانند حقوق غرب، از نظر فقهی چگونه و بر پایه چه قواعدی می‌توان بدون ایجاد ضمان (ملکیت) و در غیر عناوین موجبات ضمان قهری، در راستای نظریه مسئولیت و بر مبنای تقصیر، شخص را ملزم به جبران خسارت وارد به دیگری کرد و به اهدافی نظیر بازدارندگی در خسارت تنبیهی، توییح یا عذرخواهی در خسارت معنوی دست‌یافت؛ لازم است همانند نظریه ضمان که مبتنی بر قواعد موجبات ضمان قهری است، در نظریه مسئولیت مدنی نیز قواعدی وجود داشته باشد تا بتوان بر اساس آن بر مبنای تقصیر در چنین وضعی مداخله «نظریه مسئولیت مدنی» را اثبات کرد. به نظر نگارندگان، بر اساس قواعدی همچون «التعزیر به مایراه الحاکم من المصلحه» و «حرمت عقلی نهی اضرار به غیر» می‌توان بر مبنای تقصیر، به مسئولیت مدنی مدنظر در حقوق دست‌یافت که در ادامه خواهد آمد.

۵-۱. اعمال تعزیر در مسئولیت مدنی

مطابق نظریه ضمان حاکم در حقوق، مثل یا قیمت مال تلف‌شده به عنوان «عوض یا معادل» آن بر اساس «معاوضه قهری» داخل در ملکیت زیان‌دیده می‌شود که الزام به پرداخت آن از آثار این اعتبار ملکیت است. مطابق این دیدگاه، اعتبار نظریه ضمان منبعث از «معاوضه قهری» است تا از طریق آن زیان‌دیده «معادل یا عوض» مال تلف شده، مالی دیگری در عوض آن به دست آورد (الشریف و سعیدی، ۱۳۹۷: ۱۲)؛ در حالی که

اعتبار «نظریه مسئولیت» در حقوق علاوه بر دستیابی به «عوض»، به دنبال «بازدارندگی از رفتار خسارت‌آمیز»، «خشنودی زیان‌دیده»، «مجازات مدنی» و «اصلاح رفتار زیان‌زننده» است (بابائی، ۱۳۹۴: ۲۰-۲۱) که دستیابی به این نیازها دیگر از طریق اعتبار نظریه ضمان مبتنی بر ملکیت به دست نخواهد آمد و به جعل اعتبار دیگری نیازمند است. حقوق به عنوان قسمی از علوم انسانی که مبتنی بر «بایدها و نبایدها» است به علت ماهیت اعتباری آن، واسطه بین دو امر حقیقی «احساس نیاز» و «رفع نیاز» می‌شود تا انسان از طریق و به واسطه آن از احساس نیاز به رفع نیاز دست یابد. نیازهای پیش‌گفته در مسئولیت مدنی از مستقلات عقلی به شمار می‌روند که نه تنها مورد نهی عقل نیست؛ بلکه مورد تایید آن نیز است که لازم است علم حقوق با خلق ابزار اعتباری، زمینه دستیابی به آن‌ها را فراهم کند. صرف‌نظر از کارکردی که تعزیر به عنوان مجازات در حقوق جزا دارد و ماده ۱۸ قانون مجازات اسلامی در تعریف آن بیان می‌دارد: «تعزیر مجازاتی است که مشمول عنوان حد، قصاص یا دیه نیست و به موجب قانون در موارد ارتکاب مجرمات شرعی یا نقض مقررات حکومتی تعیین و اعمال می‌شود...»^۱ نکته حائز اهمیت در اینجا، تحلیل اعتبار تعزیر برای حقوق مسئولیت مدنی است (حکمت‌نیا، ۱۳۹۴: ۸۹) تا از طریق آن به نیازهای «دستیابی به عوض»، «بازدارندگی از رفتار خسارت‌آمیز»، «خشنودی زیان‌دیده»، «مجازات مدنی» و «اصلاح رفتار زیان‌زننده» در حقوق خصوصی دست یابیم.

برای دستیابی به این نیازها، از یک‌سو باید آشکار شود آیا اعتبار تعزیر محدود به حقوق جزا است؟ و از سوی دیگر باید بررسی کرد حاکم در مقام اعمال تعزیر چه اقداماتی می‌تواند انجام دهد؟ آیا در مقام تعزیر تنها می‌توان مرتکب را به تحمل تازیان محکوم کرد یا مواردی نظیر جبران خسارت و بازدارندگی از رفتارهای خسارت‌بار را

۱. از برخی از مواد قانون مجازات اسلامی نظیر تبصره ۲ ماده ۱۱۵، این مهم قابل فهم است که تعزیرات به دو دسته تعزیرات منصوص شرعی و غیر آن، قابل تقسیم است و در حقوق جزا حسب تبصره مزبور، آثار زیادی بر آن مترتب می‌شود. آنچه به بحث حاضر مرتبط است اینکه مطابق ذیل تبصره ۲ ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری، اگر عملی مستوجب تعزیر از نوع منصوص شرعی یا پرداخت دیه باشد، پرداخت خسارت معنوی به صورت مستقل، با مانع مواجه است؛ البته در سایر موارد نظیر تعزیرات غیر منصوص شرعی، محدودیتی در پرداخت خسارت معنوی وجود ندارد.

هم به عنوان کارکرد و اهداف مسئولیت می‌توان مورد لحوق حکم قرار داد؟ برای نیل به پاسخ شایسته باید به ترتیب مفهوم تعزیر و نحوه و محل اعمال آن مورد مطالعه قرار گیرد.

۵-۱-۱. مفهوم تعزیر

تعزیر از مصدر «عزر» در کتب لغت در معانی مشابه و متفاوت نظیر رد و منع، سرزنش، تأدیب، ادای احترام، الزام به اجرای عمل، توقیف به جهت بازداشتن از ترک واجبات و مخالفت با احکام و زدن کمتر از حد به کار رفته است (ابن منظور، ۱۴۱۴، ج ۴: ۵۶۱؛ راغب اصفهانی، ۱۴۱۲: ۵۶۴). قدر مشترک و جامع این معانی آن‌گونه که فقها بر آن تأکید دارند همان «رد و منع» است (حلبی، ۱۴۰۳: ۴۱۶؛ ابن ادریس، ۱۴۱۰، ج ۳: ۵۳۴-۵۳۵)، زیرا با هر امری که شخص را از انجام دوباره عمل بازدارند، «رد و منع» که مراد از آن تعزیر است محقق می‌شود. در اصطلاح فقهی گاهی به عنوان وصف عمل؛ «نسبت به گناهمانی است که برای آن‌ها حدی مشخص نشد» و گاهی به عنوان وصف عقوبت؛ «عقوبت یا نکوهشی که در شرع مقدس برای آن در غالب موارد میزان خاصی مشخص نشد»، به کار رفته است (حسینی، ۱۳۹۶: ۸۵) که با ملاحظه تعاریف مختلف می‌توان گفت تعزیر «عقوبتی است که بر هر امری که در آن حد شرعی جاری نیست، حاکم است».

۵-۱-۲. نحوه و محل اعمال تعزیر

طبق قاعده کلی، میزان عقوبت ناشی از تعزیر «بما دون الحد» است. در اینکه نوع و مقدار عقوبت به چه میزانی است، بین فقها اختلاف نظر وجود دارد. صاحب جواهر با بیان «بما دون الحد»، تعزیر را منحصر به تازیانه می‌داند (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۱: ۴۴۸). در مقابل، برخی نظیر علامه حلی قائل به عدم انحصار تعزیر بر تازیانه‌اند و شامل مواردی نظیر توبیخ هم می‌دانند (علامه حلی، ۱۴۲۰، ج ۵: ۳۴۹).^۱ از این میان، نظر دوم از قوت

۱. «التعزیر یکون بالضرب، أو الحبس، أو التوبیخ، أو بما یراه الإمام و لیس فیہ قطع شیء منه و لاجرحه و لا أخذ ما له».

بیشتری برخوردار است، زیرا نخست، در روایت متعددی از پیامبر اسلام و حضرات معصومین که در ادامه خواهد آمد از تعزیر مالی به عنوان عقوبت ناشی از تعزیر استفاده شده است؛ دوم، کلمه «دون» در سه معنای پایین تر، نزدیکی و غیر بکار می رود که از این معانی نظر به برخی از روایات،^۱ منظور از آن «غیر از حد» است نه اینکه تعزیر منحصر به تازیانه باشد؛ سوم، مطابق روایت داود بن فرقد از امام صادق (ع)، پیامبر اسلام (ص) فرمود: «... بدون شک خداوند برای هر چیزی حکمی قرار داد و برای کسی که از آن حدود تجاوز کند، مجازاتی در نظر گرفت» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۸: ۱۷)؛^۲ منظور از حد اول و دوم، «ابتدا و آخر هر چیزی است که آن را محدود می کند و قابل تعدی و تجاوز است» و مراد از حد سوم، «عقوبت» است که اعم از حد و تعزیر است؛ بنابراین نتیجه ای که از آن گرفته می شود این که تعزیر مصادیق دیگری غیر از ضرب و مجازات بدنی نظیر حبس، خسارت تنبیهی، عذرخواهی، اعلام عمل حرام و ترک واجبات، جریمه مالی و مانند آن نیز دارد که حاکم می تواند با الغای خصوصیت، تعزیر را به هر شکلی که مصلحت بداند و مانع از تکرار عمل گناهکار شود، تجویز کند (شیرازی، ۱۴۲۵: ۸۱).

در فقه، در رابطه با اینکه تعزیر در کدام دسته از گناهان قابل اعمال است اختلاف نظر وجود دارد. برای نمونه صاحب جواهر معتقد است از آنجایی که در سیره حضرات معصومین (ع) مشاهده نشد که مردم را در تمام گناهان صغیره شلاق بزنند؛ لذا تعزیر فقط در گناهان کبیره جاری است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۴۱: ۴۴۸). در مقابل، برخی افزون بر امکان اعمال تعزیر در گناهان کبیره، تعزیر را در گناهان صغیره هم قابل اعمال می دانند (ابن ادریس، ۱۴۱۰، ج ۳: ۵۳۴-۵۳۵). به نظر می رسد تعزیر در هر دو نوع گناه جاری است، زیرا در روایت معتبر داود بن فرقد از امام صادق (ع)، به طور مطلق متجاوزین از قوانین و احکام شرعی مستحق تعزیر دانسته شدند. اطلاق روایت مزبور

۱. «سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَنِ الرَّجُلِ يَأْتِي نَهِيمَةً - أَوْ شَاةً أَوْ نَاقَةً أَوْ بَقْرَةً - فَقَالَ ع عَلَيْهِ أَنْ يَجْلِدَ حَدًّا غَيْرَ الْحَدِّ - ثُمَّ يُنْفِي مِنْ بِلَادِهِ إِلَى غَيْرِهَا وَ ذَكَرُوا أَنَّ لَحْمَ تِلْكَ الْبَهِيمَةِ مُحَرَّمٌ وَ لَبَنُهَا» (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۴: ۱۷۰)

۲. «قال (ص) ... ان الله قد جعل لكل شيء حدا و جعل لمن تعدى ذلك الحد حدا».

شامل هر دو نوع گناه می‌شود. همان‌گونه که تعزیر ضمانت اجرایی برای جلوگیری از گناهان کبیره تلقی می‌شود، ضمانت اجرایی در گناهان صغیره نیز است. افزون بر آن، روایات و احادیث خاصی نیز موجود است که در آن به امکان اعمال تعزیر در گناهان صغیره تصریح دارد. برای نمونه در روایت اسحاق بن عمار از امام باقر (ع) آمده است که حضرت علی (ع) همواره کسانی که هجو می‌کردند را تعزیر می‌کرد (حرّ عاملی، ۱۴۰۹، ج ۲۸: ۲۰۴).

نظر به آنچه بیان شد از یک‌سو، شیوه اعمال تعزیر محدود به تازیانه نیست و از سوی دیگر، قلمرو اعمال آن شامل گناهان صغیره هم می‌شود. اینک اضافه می‌شود از مفهوم تعزیر می‌توان به عنوان شیوه‌ای برای مقابله با عامل زیان جهت جبران خسارت زیان‌دیده بهره برد و به بیان دیگر از این طریق به اهداف مسئولیت مدنی دست یافت. در حقیقت برخلاف این احتمال که تعزیر را محدود به تحقق جرم و اعمال آن به عنوان مجازات می‌داند؛^۱ به نظر می‌رسد در صورت انجام عمل زیان‌بار همراه با تقصیر که گناه به شمار می‌آید و موجب اخلال در نظم جامعه می‌شود، می‌توان با اعمال تعزیر به طریق توبیخ، جریمه مالی یا روش‌های دیگر، به اهداف مسئولیت مدنی نظیر جبران خسارت، بازدارندگی، خشنودی زیان‌دیده، تنبیه و اصلاح رفتار مقصر دست یافت، زیرا نخست، مفهوم تعزیر حقیقت شرعی، متشرعه و فقهیه ندارد (شیرازی، ۱۴۲۵: ۲۵) و در کلمات فقها در همان معنای لغوی خود که «رد و منع» است بکار رفته است تا به هر وسیله‌ای که حاکم مصلحت ببیند، شخص و دیگر مکلفین را از انجام دوباره فعل حرام یا ترک واجب باز دارد که از آن جمله می‌تواند اجرای آن در مسئولیت مدنی باشد کما اینکه مرحوم خوئی معتقدند در هر فعل حرام یا ترک واجبی که عالمأ و عامداً از سوی شخص سر بزند حاکم برحسب آنچه مصلحت بداند وی را تعزیر می‌کند و تعزیر در اعم از واجبات و محرّمات شرعی اجرا می‌شود (خوئی، ۱۴۲۲، ج ۴۱: ۴۰۷). در حقیقت اینکه تعزیر در قوانین جزایی آمده است، نباید مانع استفاده از آن در مسئولیت

۱. برای نمونه مرحوم علامه حلی معتقد است «تعزیر در مورد هر جنایت که حد ندارد واجب است» (علامه حلی، ۱۴۲۰، ج ۵: ۴۱۰؛ همچنین ر.ک. جزیری، غروی، مازح، عریض، ۱۴۱۹، ج ۵: ۵۹۵).

مدنی شود.

دوم، همان‌طور که علامه طباطبائی بیان می‌دارد، علوم و ادراکات انسان به دو دسته ادراکات حقیقی و ادراکات اعتباری تقسیم می‌شود و قیاس ادراکات اعتباری با ادراکات حقیقی، خطایی است که موجب می‌شود ادراکات اعتباری، تابع قواعد امور واقعی شود. مراد از اعتبار آن است که مُعْتَبَر چیزی را که در خارج مصداق خارجی ندارد با هدف ترتب اثر صحیح، در جایگاه چیزی قرار دهد که همانند آن در عالم خارج است (طباطبائی، ۱۳۹۳، ج ۲: ۱۶۳ به بعد). کیفر در حقوق از آن جایی که مابه‌ازای خارجی ندارد از جمله مفاهیم حقیقی نیست و نباید آن را الزاماً محدود به حقوق جزا کرد، بلکه از مفاهیم اعتباری است که معتبر حسب نیاز آن را وضع یا جعل کرده تا از طریق آن بتواند به نیازهای واقعی ناشی از کیفر دست یابد. از این‌رو اینکه در حقوق جزا، جزای نقدی به دولت پرداخته می‌شود، مانع از اعتبار جزای نقدی در حقوق خصوصی و پرداخت آن به اشخاصی نظیر زیان‌دیده نیست. همان‌گونه که دیه نیز در قوانین جزایی آمده است؛ اما کارکرد آن در مسئولیت مدنی نیز همواره مورد تأیید و توجه بوده است (کاتوزیان، ۱۳۹۱، ج ۱: ۵۵). تعزیر از ادراکات حقیقی نیست که در آن روابط حقیقی حاکم باشد و تنها بتوان از آن در حقوق جزا استفاده کرد بلکه از امور اعتباری است و تا جایی که بتوان بر آن اثر صحیحی مترتب و نیازی از نیازهای انسان را برطرف کرد ایرادی به کاربرد آن در حقوق خصوصی به نظر نمی‌رسد. کما اینکه گروهی از اندیشمندان حقوقی از «وجه التزام» تحت عنوان «تعزیر مدنی یا شرط کیفری» یاد می‌کنند (عابدی، ۱۳۹۲: ۵۷؛ آهنگران، ملاکریمی خوزانی، ۱۳۸۹: ۱۸۲؛ مقصدی، ۱۳۹۰: ۱۰۵). اینکه غالب اندیشمندان حقوقی، کیفر را منحصر به حقوق جزا می‌کنند ریشه در حقوق غرب دارد که در آن ماهیت‌های حقوقی را از قسم مقولات فلسفی می‌دانند و لذا امکان به‌کارگیری آن در دیگر روابط حقوقی وجود ندارد. این در حالی است که در فقه اسلامی ماهیت کیفر نه از جنس مقولات فلسفی بلکه از جنس ماهیت‌های اعتباری است و مادامی که بر به‌کارگیری آن در دیگر روابط حقوقی اثر صحیحی مترتب شود، مانعی در اعمال آن نیست. بر همین اساس در فقه شاهد آن

هستیم که در بعضی از موارد فقها موضوعات و فروعاتی که حسب ظاهر مرتبط با ضمان یا مسئولیت مدنی در حقوق است و از سنخ حقوق جزا نیست را در حدود، قصاص، تعزیرات و دیات مورد بحث قرار می‌دهند و منطق مزبور از طریق قانون مجازات اسلامی به قوانین موضوعه نیز راه یافته است.

سوم، برخی از روایات^۱ به روشنی حکایت از آن دارد که تعزیر بدان منظور است که با معصیت عاصی که موجب ایذاء، آزار و اذیت مردم می‌شود، از طرقی نظیر تازیانه، حبس، توبیخ، جریمه مالی یا روش‌های دیگر مقابله شود. از علتی که در این روایت آمد می‌توان با الغای خصوصیت استفاده کرد و بیان داشت: تعزیر مراتبی دارد که یکی از آن‌ها توبیخ، جریمه مالی یا روش‌های دیگر است که می‌توانند در مسئولیت مدنی جریان داشته باشند. اینکه در فقه آمده است: «تعزیر نوعی تأدیب است که خدای سبحان آن را برای جلوگیری گناهکار از تکرار گناه و دیگران را از آلوده شدن به آن وضع کرده است و تمام کسانی که واجبی را ترک می‌کنند، یا مرتکب حرامی می‌شوند که حد شرعی ندارد، مستوجب تعزیر هستند» (ابن ادریس، ۱۴۱۰، ج ۳: ۵۳۴-۵۳۵) می‌تواند مرجعی عام برای گناه یا مواردی شود که به مرور زمان ایجاد می‌شوند و در قلمرو ضمان شرعی قرار نمی‌گیرند؛ اما در مسئولیت مدنی جریان دارد. اگر در زمینه مسئولیت مدنی که هدف اصلی آن «منع ضرر زدن به دیگری» است، اقدام مؤثری صورت نپذیرد هرج و مرج روی می‌دهد و نظام اجتماعی و اقتصادی مختل می‌شود. از آنجایی که از جمله اهداف اسلام، حفظ نظام مادی و معنوی مردم و اجرای احکام است، این مهم می‌تواند با انجام تعزیر محقق می‌شود (خویی، ۱۴۲۲، ج ۴۱: ۴۰۸) و مصلحت مدنظر برای اعمال تعزیر را فراهم آورد؛ از این رو نمی‌توان معصیت و تعزیر را منحصر به جرم کرد.

چهارم، برخلاف نظر مرحوم صاحب جواهر که با بیان «بما دون الحد»، تعزیر را منحصر به تازیانه می‌داند، حاکم در مقام اعمال تعزیر محدود به انتخاب تازیانه نیست و اقدامات دیگری نظیر تکلیف شخص به جبران خسارت یا خسارات نمادین و تنبیهی

۱. به عنوان نمونه در روایت حسین بن ابی العلاء که از امام صادق (ع) نقل می‌کند: «حضرت فرمود: ... من او را تأدیب می‌کنم تا بار دیگر با چنین سخنانی برادران دینی‌اش را آزار ندهد».

که موجب تشفی زیان‌دیده و بازدارندگی زیان‌زننده می‌شود را هم می‌تواند مورد حکم قرار دهد. کما اینکه عبارت مرحوم علامه حلی در این خصوص سابقاً بیان شد.

پنجم، به کارگیری تعزیر از سوی فقها در موضوعات مدنی، فاقد سابقه به نظر نمی‌رسد؛ برای مثال حاکم در تکالیفی همچون نفقه اقارب، به منظور وادار کردن متعهد، از طریق «حبس» یا «تأدیب» وی را ملزم به اجرای تعهد می‌کند (علامه حلی، ۱۴۱۳، ج ۳: ۱۱۵) یا در مزاحمت ایجاد شده از سوی سمره بن جندب برای انصاری که منجر به قضاوت پیامبر (ص) شد، ایشان با دستور به قلع درخت، فرد خاطی را تأدیب و تعزیر کرد. همان‌طور که بیان شده است کندن درخت بهترین تعزیر است «زیرا هم او به کیفر کار خلاف شرعش رسید و هم با قلع ماده نزاع، شاکی از مزاحمت راحت شده است» (محمدی، ۱۳۸۳: ۱۶۰).

افزون بر آن، منطق مزبور در وضع برخی مقررات قانونی هم قابل مشاهده است. به عنوان نمونه، می‌توان به ماده ۷۲۹ قانون آیین دادرسی مدنی سابق اشاره داشت. در این ماده آمده بود: «در موردی که موضوع تعهد عملی است که انجام آن جز به وسیله شخص متعهد ممکن نیست، دادگاه می‌تواند به درخواست متعهدله در حکم راجع به اصل دعوی یا پس از صدور حکم، مدت و مبلغی را معین کند که اگر محکوم‌علیه مدلول حکم قطعی را در آن مدت اجرا نکند مبلغ مزبور را برای هر روز تأخیر به محکوم‌له بپردازد». همچنین در ماده ۲۱ قانون نحوه اجرای محکومیت‌های مالی مصوب سال ۱۳۹۴ که با حصول شرایطی امکان گرفتن مثل یا قیمت مال موضوع معامله با انگیزه فرار از دین «به عنوان جریمه» از منتقل‌الیه پیش‌بینی شده است، ریشه در منطق مزبور دارد.

نتیجه این‌که تعزیر به معنای «رد» و «منع» و مانند آن است. گاهی با جعل اشخاص در مواردی مانند وجه التزام و گاهی با جعل شارع در حقوق جزا یا بر بنیاد مستقلات عقلی در مواردی نظیر غرامات و کیفر مدنی به کار می‌رود. حاکم می‌تواند به هر طریقی که نظر به وضع عاصی و زیان‌دیده، مصلحت بداند و مانع از تکرار عمل گناهکار شود، آن را تجویز کند (شیروازی، ۱۴۲۵: ۸۱) و بر همین اساس در مسئولیت مدنی نیز از آن

استفاده کند (بابائی، ۱۳۹۴: ۷۳). ضابطه کلی در اعتبار تعزیر، انجام فعل حرام یا ترک واجبات است که طبق نظر حاکم به منظور دفع فساد بنا بر مصلحت از سوی او انجام می‌گیرد تا شخص و دیگر مکلفین را از انجام دوباره عمل باز دارند (سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۲۸: ۳۵). یادآور می‌شویم در موادی نظیر ماده ۴ و ۷ قانون مسئولیت مدنی، قانون‌گذار به عواملی نظیر وضعیت زیان زنده، اعم از قابل اغماض بودن غفلت صورت گرفته از سوی او، نحوه همکاری او پس از وقوع حادثه یا حتی ملائت نام‌برده، در جهت تعیین میزان خسارت قابل جبران و عوامل مخففه مسئولیت توجه کرده است. منطقی که بی-گمان با قواعد ضمان قهری مدنظر مشهور فقهای امامیه سازگار نیست؛ اما بر بنیاد کاربرد تعزیر در مسئولیت مدنی قابل تحلیل است.

تحلیل به عمل آمده دارای ثمرات مهمی است؛ برای نمونه در خسارت معنوی، خسارت صرفاً اقتصادی^۱ نظیر عدم النفع یا خسارت از دست رفتن فرصت که از یک‌سو، تلف مال در معنای مدنظر قاعده اتلاف به شمار نمی‌آید و از سوی دیگر، ارزیابی دقیق آن نیز همراه با دشواری است، می‌توان با ابتناء بر این کارکرد از تعزیر، عامل زیان را از جمله نظر به شدت و ضعف عمل او به پرداخت مبلغی پول به‌عنوان خسارت محکوم کرد و یا با اجرای طریقی دیگر همچون خسارت نمادین یا توبیخ به اهداف مسئولیت مدنی در حقوق دست یافت.

در حقیقت اعمال تعزیر در این موارد جزء واجبات عقلی است و همچنان که صاحب کتاب سرائر می‌گوید: امکان اعمال تعزیر در تمام مواردی که واجبات اعم از عقلی و شرعی مورد اخلال واقع می‌شود؛ مانند رد مال مورد ودیعه و ادای دین، وجود دارد.^۲

۱. برای مطالعه در خصوص خسارت صرفاً اقتصادی برای نمونه ر.ک. (امینی و دریائی، ۱۳۹۸: ۱۶۹-۱۹۲).

۲. «التعزیر تأدیبه تعبد الله سبحانه به لردع المعزور و غیره من المكلفین و هو مستحق بكلّ إخلال بواجب و إتيان كلّ قبيح لم يرد الشرع بتوظيف الحد عليه و حكمه يلزم بالإقرار مرتين، أو شهادة عدلين، فمن ذلك ان يخل ببعض الواجبات العقلية، كرد الوديعة و قضاء الدين، أو الفرائض الشرعية، كالصلاة و الزكاة و الصوم و الحج الى غير ذلك من الواجبات و الفرائض المبتدأة أو المسببة و المشتركة فيلزم سلطان الإسلام أو نائبه تأديه بما يردعه و غيره عن الإخلال بالواجب و يحمله و سواء على فعله و من ذلك أن يفعل بعض القبائح» (ابن ادریس، ۱۴۱۰، ج ۳: ۵۳۵).

۵-۲. قاعده حرمت عقلی نهی اضرار به غیر

آنچه در این بند به آن پرداخته می‌شود، تحلیل «نهی» ضرر زدن به دیگری به عنوان یک حکم تکلیفی است. همان‌طور که بیان شد، مسئولیت مدنی از موجبات تعهد است و مقدمه آن نقض همراه با تقصیر تعهد پیشین، مبنی بر نهی اضرار به غیر است که مسئولیت مدنی به‌عنوان لازمه عقلی این تعهد پیشین از آن انتزاع می‌شود؛ به این صورت که تا مادامی که در اثر تقصیر، تعهدی نقض نشود نمی‌توان شخص را مسئول خسارت وارد به غیر دانست.

از جمله قواعد پرکاربرد در فقه امامیه قاعده «لاضرر و لااضرار» است. در فقه پیرامون این قاعده مباحث مفصلی بیان گشته که بررسی آن از موضوع نوشتار حاضر خارج است. مرحوم میرفتاح مراغی از «لا» موجود در قاعده مستفاد نمود؛ منظور از «لا»، نهی ضرر زدن به دیگری است که در دستگاه شریعت به دلالت ملازمه عقلی، بدون اینکه نیاز به وجود امر دیگری باشد، ضمان از آن منتزع می‌گردد (میرفتاح مراغی، ۱۴۱۸: ۱۹۸). مشهور فقهای امامیه بر مبنای این پیش‌فرض که از یک‌سو؛ ضمان قهری از موجبات ملکیت است و اسباب ایجاد تملیک در ید شارع بوده، نه حکم عقلایی و از سوی دیگر؛ از آنجایی که برای لاضرر توانایی اثبات حکم قائل نمی‌باشند (اصفهانی، ۱۴۱۰: ۱۸-۱۹؛ نراقی، ۱۴۱۷: ۵۰-۵۲)؛ به مخالفت با این دیدگاه پرداخته‌اند.

آنچه در این باره قابل بیان است اینکه معنای مدنظر میرفتاح از قاعده لاضرر؛ بیش از آنکه بر پایه قاعده لاضرر که اصولاً مبتنی بر ادله روایی است، قابل طرح باشد، بر بنیاد «حرمت عقلی نهی اضرار به غیر» استوار است که ریشه در مستقلات عقلی دارد. از جمله پرسش‌های مطرح در این خصوص این است که آیا بر اساس عقل و بنای عقلاء می‌توان عمل زیان‌زننده را حرام و او را مکلف به جبران خسارت دانست؟ همچنین آیا در میان منابع استنباط احکام، بر اساس عقل و بنای عقلاء می‌توان به صورت مستقل و بی‌آنکه از منابع دیگر استمداد گردد، بر پایه حرمت عقلی نهی اضرار به غیر، مسئولیت مدنی عامل زیان را شناسایی نمود؟

در پاسخ به پرسش نخست باید گفت در نزد عقل و بنای عقلاء، صغری این مهم

به اثبات رسیده است که اضرار به غیر حرام و پرداخت خسارت واجب است. در پاسخ به سوال دوم؛ برخی از فقهای متقدم به صورت قاعده‌ای عمومی تحت عنوان «حرمت عقلی نهی اضرار به غیر» به این مهم اشاره نمودند (ابن ادریس، ۱۴۱۰، ج ۲: ۴۹۴). کما اینکه صاحب عناوین نیز مطابق اظهاراتش در ذیل قاعده لا ضرر، حرمت عقلی نهی اضرار به غیر را پذیرفته است و بر این باور است که به دلالت ملازمه عقلی در دستگاه شریعت، بدون اینکه به موجبات دیگری نظیر اتلاف و تسبیب نیاز باشد، از این حرمت عقلی، حکم وضعی «ضمان» انتزاع می‌شود. این درحالی است که مطابق نظر مشهور^۱ نمی‌توان از حرمت عقلی نهی اضرار به غیر، حکم وضعی ضمان را استنباط نمود؛ چه اینکه ضمان به‌عنوان ملکیت، نیازمند سبب شرعی برای تملیک است و نظر به اینکه نهی اضرار به غیر، حکمی ناشی از عقل و بنای عقلاء است و در نظام وحیانی حقوق اسلامی، عقل و بنای عقلاء به‌عنوان ابزار استنباط کاربرد دارد، نه صدور حکم، باید اعتبارات حقوقی را در اراده شارع جستجو کرد و نمی‌توان از «مستقلات عقلی» بدون دلیل شرعی، ملکیت دین را اثبات نمود.

این اختلاف دیدگاه‌ها، بیش از آنکه متأثر از مفاد «قاعده نهی اضرار به غیر» باشد؛ متأثر از اختلاف عقیده‌ای است که اندیشمندان اسلامی پیرامون امکان صدور حکم بر پایه «مستقلات عقلی» دارند که در جای خود به آن پرداخته شده است (رحیمی بالوئی، ۱۳۹۲: ۱۵۷-۱۸۹). از آن جایی که از نظر بسیاری از فقهای اسلامی، عقل یکی از منابع احکام در طول دیگر منابع است،^۲ مطابق قاعده «کل ما حکم به الشرع حکم به العقل»، حکم عقل مورد پذیرش شرع نیز است. بر این اساس می‌توان بیان داشت در مواردی مانند الزام به جبران خسارت معنوی و خسارت تنبیهی که نیازی به جعل تملیک نیست، می‌توان بر مبنای عقل، از نهی اضرار به غیر، حکم تکلیفی مسئولیت را برداشت کرد. این مهم موضوعی متفاوت است با آنچه مشهور فقها در ضمان قهری با آن مواجه‌اند.

۱. «الأذن الشرعیة لا تنافی حکم الوضع الذی هو الضمان» (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۷: ۶۰).

۲. به این معنا که اگر در موردی از کتاب و سنت حکمی به دست نیامد و عقل در آن مورد، حکم قطعی و یقینی داشت، به آن عمل می‌شود.

همان‌طور که بیان شد موجبات ضمان قهری مبتنی بر «ملکیت دین» است که در آن مُعْتَبِر در مواردی که نیاز به جعل تملیکات است و اعیان خارجی وجود ندارد، ملکیت را روی مفهوم آلی ذمه که همچون آینه‌ای از عالم خارج است، ایجاد می‌کند تا همان آثاری را که بر اموال خارجی مترتب می‌شود بتوان بر این اموال نمادین مترتب کرد. در مقابل، مسئولیت مدنی به عنوان تکلیف، از این جهت که حقیقت شرعیه ندارد و مبتنی عقلانیت فطری است، در مواردی که نیاز به جعل «تکلیف» است، معتبر آن را روی مفهوم عهده^۱ وضع می‌کند تا به همان آثار و احکامی که در تکالیف نیاز است دست یابد.

به عبارت دیگر آنچه شرع در آن تردید دارد، ثبوت «ملکیت مال» در غیر موارد ضمان قهری است؛ اما اینکه در جایی که نقض تعهد شده است و به دلالت ملازمه عقلی، متعهد مسئول به جبران خسارت دیگری است حکمی شرعی و ناشی از مستقلات عقلی است که معتبر می‌تواند برای «رفع نیاز» اشخاص در جامعه آن را وضع کند. موضوعی که از نظر فقهایی همچون مرحوم خوئی با وجود اینکه ملکیت را حکم شرعی می‌دانند نیز دور نمانده است و به اشخاص امکان توافق در آن راستا را می‌دهند (خوئی، ۱۴۰۹، ج ۱: ۵۰) که به طریق اولی برنامه‌ریزان جامعه نیز می‌تواند برای تنظیم امور جامعه آن را اعتبار کنند.

نتیجه‌گیری

با تصویب قانون مسئولیت مدنی تحت تأثیر حقوق آلمان و سوئیس، رابطه این قانون با قواعد مربوط به ضمان قهری در قانون مدنی که با توجه به فقه امامیه نگاشته شد مورد چالش جدی میان حقوق‌دانان قرار گرفت. تحقیق نشان داد برای ترسیم جایگاه اعمال این قوانین باید به تفاوت ماهوی حاکم میان مفاهیم ضمان قهری و مسئولیت مدنی توجه داشت. از این‌رو تحلیل‌هایی که بدون توجه به این مهم احتمالاتی نظیر نسخ یا تخصیص را در رابطه میان قوانین مزبور مطرح کرده‌اند، محل اشکال است.

۱. برای مطالعه مفهوم عهده و رابطه آن با ذمه ر.ک. (نعمت‌اللهی، ۱۳۹۱: ۱۵۵-۱۷۶).

ضمان قهری مورد نظر قانون مدنی حکم وضعی و رابطه ایجاد از آن میان شخص و شیء است که در اثر آن، بدل مال تلف شده در ذمه زیان زنده قرار می‌گیرد و زیان دیده مالک مافی‌الذمه ذمه زیان زنده می‌شود. این در حالی است که ماهیت مسئولیت مدنی در حقوق، حکم تکلیفی و رابطه زیان دیده با زیان زنده است. در اثر موجبات ضمان در قانون مدنی، رابطه ملکیت به عنوان حکم وضعی که نیازمند شرایط عامه تکلیف نیست، ایجاد می‌شود و در اثر قانون مسئولیت مدنی، مسئولیت به‌عنوان حکم تکلیفی محقق می‌شود.

این امر ریشه در منبع اقتباس متفاوت این دو قانون دارد. قانون مدنی بر مبنای فقه امامیه و قانون مسئولیت مدنی با الهام از حقوق اروپایی وضع شد که در این نظام حقوقی روابط حقوقی به حق عینی و حق شخصی تقسیم می‌شود. در این نظام، مسئولیت حق شخصی است و ریشه آن تکلیفی است که متوجه افعال اشخاص قرار می‌گیرد. به بیان دیگر مسئولیت به عنوان تکلیف، اثر تعهد به معنای اسم مصدری در حقوق است.

بر اساس نگاه حاکم در حقوق اسلامی، ایجاد و اسقاط ملکیت در ید شارع است. ضمان قهری به عنوان یکی از اسباب ملکیت، در صورت جمع ارکان آن که شامل فعل زیان بار، تلف مال و رابطه استناد است حاصل می‌شود. در خارج از موجبات ضمان، اصل برائت حاکم است و نمی‌توان حکم به مدیونیت زیان زنده کرد. از این رو در برخی از مصادیق نظیر خسارت معنوی، به دلیل اینکه ارکان مزبور محقق نیست، نمی‌توان تحقق ضمان قهری را پذیرفت. قانون‌گذار با تصویب قانون مسئولیت مدنی برای رهایی از این وضعیت و عدم تقابل با نگاه مشهور حاکم در شرع، به جای گسترش قلمرو نظریه ضمان، با ابتناء بر نظریه مسئولیت، زیان زنده را مسئول جبران خسارت دانست. در حقیقت به جای اینکه همانند ضمان، رابطه حقوقی را به ملکیت تعبیر کند، آن را به تعهد در مسئولیت مدنی تعبیر کرد و از این طریق موجب توسعه چتر حمایتی خود، و رای قلمرو تحت شمول موجبات ضمان قهری شد. به عبارت دیگر جهت اجتناب از تقابل با نظر مشهور فقهای امامیه، بدون اینکه ضمان قهری

موردنظر در فقه حاصل شود، زیان‌زننده را در برابر زیان‌دیده مسئول جبران خسارت کند. با این حساب قانون مسئولیت مدنی به عنوان مکملی برای موجبات ضمان قهری در قانون مدنی، طریقی دیگری برای حمایت زیان‌دیده مقرر داشته است. شایان ذکر است از نظر تحلیلی همان‌طور که بیان شد این امکان نیز وجود داشت که قانون‌گذار برای پاسخ به نیازهای موجود، به جای طراحی نظریه مسئولیت مدنی، راه توسعه نظریه ضمان را در پیش گیرد.

برای راه‌حل قانون‌گذار از نظر فقهی نیز می‌توان مبنا شناسایی نمود؛ به بیان دیگر می‌توان راه‌حل فقهی برای جبران خسارت زیان‌دیده در مواردی که شرایط ضمان قهری وجود ندارد، یافت. تحقیق نشان داد که بر بنیاد قواعدی همچون «التعزیر به مایراه الحاکم من المصلحه» و «حرمت عقلی نهی اضرار به غیر» می‌توان بر مبنای تقصیر، به مسئولیت مدنی در حقوق دست‌یافت، بدون آنکه نیاز به تحقق موجبات حصری ضمان قهری باشد.

منابع

الف. فارسی

- ابراهیم، تقی‌زاده، هاشمی، احمدعلی (۱۳۹۲) مسئولیت مدنی (ضمان قهری)، تهران: انتشارات دانشگاه پیام نور.
- الشریف، محمدمهدی، سعیدی، سمیه (۱۳۹۷) «تحلیل ضمان بر مبنای معاوضه قهری و آثار آن در دعاوی مسئولیت مدنی»، فقه و اصول، سال پنجاهم، شماره ۴، شماره پیاپی ۱۱۵، صص ۹-۲۴.
- امینی، منصور، دریائی، رضا (۱۳۹۸) «تحلیل اقتصادی خسارت صرفاً اقتصادی»، تحقیقات حقوقی، دوره ۲۲، شماره ۸۶، صص ۱۶۹-۱۹۱.
- آهنگران، محمدرسول، ملاکریمی خوزانی، فرشته (۱۳۸۹) «بررسی فقهی و حقوقی وجه التزام بانکی»، اقتصاد اسلامی، دوره ۱۰، شماره ۴۰، صص ۱۷۹-۲۰۸.
- بابائی، ایرج (۱۳۹۴) حقوق مسئولیت مدنی و الزامات خارج از قرارداد، تهران: نشر

میزان.

بادینی، حسن (۱۳۸۴) فلسفه مسئولیت مدنی، تهران: شرکت سهامی انتشار.
 جعفری خسروآبادی، نصرالله (۱۳۹۵) «تحلیل فقهی و حقوقی مالیت استقلالی اوراق
 بهادار»، پژوهش‌های فقهی، دوره ۱۲، شماره ۳، صص ۵۰۹-۵۳۶.
 جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۱) مجموعه محشای قانون مدنی، تهران: گنج
 دانش.

جعفری لنگرودی، محمدجعفر (بی‌تا) تاریخ حقوق ایران، کانون معرفت، تهران: بی‌نا.
 جمعی از مؤلفان (بی‌تا) مجله فقه اهل بیت علیهم‌السلام (فارسی)، ج ۵، قم: مؤسسه
 دائره‌المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم‌السلام.
 حسینی، سید مهدی (۱۳۹۶) «بررسی قاعده قابل تعزیر بودن هر عمل حرام در فقه
 امامیه و حنفی»، مطالعات فقه اسلامی و مبانی حقوق، سال یازدهم، شماره ۳۵،
 صص ۸۳-۱۰۱.

حسینی نژاد، حسینقلی (۱۳۸۹) مسئولیت مدنی، تهران: انتشارات مجد.
 حکمت‌نیا، محمود (۱۳۸۹) مسئولیت مدنی در فقه امامیه، قم: پژوهشگاه علوم و
 فرهنگ اسلامی.

حکمت‌نیا، محمود (۱۳۹۰) فلسفه نظام حقوق زن، تهران: سازمان پژوهشگاه انتشارات
 فرهنگ و اندیشه اسلامی.

حکمت‌نیا، محمود (۱۳۸۷) مبانی مالکیت فکری، تهران: سازمان پژوهشگاه انتشارات
 فرهنگ و اندیشه اسلامی.

حکمت‌نیا، محمود (۱۳۹۴) «چرایی و چگونگی تقنین اخلاق»، فصلنامه تخصصی دین
 و قانون، دوره ۳، شماره ۹، صص ۶۷-۹۲.

حکمت‌نیا، محمود (۱۳۹۶) «مسئولیت مدنی پیشرفته»، جزوه دوره دکتری حقوق
 خصوصی، قم: دانشگاه مفید.

رحیمی بالوئی، ابوالقاسم (۱۳۹۲) «بررسی کارآمدی عقل مستقل در گستره احکام»،
 قیسات، سال هجدهم، صص ۱۵۷-۱۸۹.

شهیدی، مهدی (۱۳۸۲) تشکیل قراردادها و تعهدات، انتشارات تهران: انتشارات مجد.
شیرازی، ناصر مکارم (۱۴۲۵) تعزیر و گستره آن، در یک جلد، قم: انتشارات مدرسه
الإمام علی بن ابی طالب علیه السلام.

صفائی، سید حسین، رحیمی، حبیب‌الله (۱۳۹۵) مسئولیت مدنی (الزامات خارج از
قرارداد)، تهران: انتشارات سمت.

طباطبائی، سید محمدحسین (۱۳۹۳) اصول فلسفه و روش رئالیسم، ج ۲، تهران:
انتشارات صدرا.

عبدی پور فرد، ابراهیم، جعفری خسروآبادی، نصرالله (۱۳۹۱) «خلط نظری ناشی از خطا
در واژه‌شناسی (بازشناسی و تطبیق نسبت میان سه مفهوم دین، تعهد و حق
شخصی)»، حقوق خصوصی، دوره ۱۱، شماره ۱، صص ۸۱-۱۰۸.

عابدی، محمد (۱۳۹۲) «تحلیل اقتصادی و حقوقی اعتبار شرط کیفی»، دوفصلنامه
دانشنامه حقوق اقتصادی، سال بیستم، شماره چهارم، صص ۵۷-۷۷.

عمید زنجانی، عباسعلی (۱۳۸۲) موجبات ضمان، تهران: نشر میزان.

قائم‌مقامی، عبدالحمید (۱۳۸۵) حقوق تعهدات، ج ۱، تهران: نشر میزان.

قربان‌پور، امیرمهدی (۱۳۹۱) مسوولیت قراردادی (ماهیت و مبانی)، تهران: انتشارات
مجد.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۱) مسئولیت مدنی، ج ۱، تهران: دانشگاه تهران.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۲) نظریه عمومی تعهدات، تهران: نشر میزان.

محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۸) «تحولات اجتهاد شیعی: مکتب‌ها،
حوزه‌ها و روش‌ها (۴)، احکام وضعی و احکام تکلیفی از نظر محقق خراسانی»،
مجله تحقیقات حقوقی، دوره ۱۲، شماره ۵۰، صص ۲۵-۴۸، ۳۵.

مقصودی، رضا (۱۳۹۲) «تعديل وجه التزام و نتایج آن در حقوق فرانسه، انگلیس و
ایران»، پژوهشنامه حقوقی، سال دوم، شماره دوم، صص ۱۰۳-۱۲۹.

محمدی، ابوالحسن (۱۳۸۳) قواعد فقه، تهران: نشر میزان.

مصباح یزدی، محمدتقی (۱۳۸۱) فلسفه اخلاق، تهران: شرکت چاپ و انتشار بین‌المللی.

معین، محمد (۱۳۷۶) فرهنگ فارسی، ج ۳، تهران: امیرکبیر.
 نعمت‌اللهی، اسماعیل (۱۳۸۹) «ضمان به‌مثابه حکم تکلیفی»، حقوق اسلامی، سال هفتم،
 شماره ۲۷، صص ۲۹-۵۵.

نعمت‌اللهی، اسماعیل (۱۳۸۹) «تحلیل فقهی حق عینی و حق دینی و مفاهیم مرتبط»،
 مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال دوم، شماره ۳، صص ۱۰۹-۱۳۲.

نعمت‌اللهی، اسماعیل (۱۳۹۱) «ذمه و عهده در فقه شیعه»، مطالعات اسلامی: فقه و
 اصول، سال چهل و چهارم، شماره ۹، صص ۱۵۵-۱۷۶.

وحدتی شبیری، سید حسن (۱۳۸۸) «مبنای مسئولیت مدنی یا ضمان ناشی از تخلف از
 اجرای تعهد»، مجله فقه و اصول، دوره ۱، شماره ۸۲، صص ۱۶۹-۲۰۴.

هاشمی، احمدعلی (۱۳۸۹) دامنه مسئولیت مدنی، تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق.

ب. عربی

ابن ادریس، محمد بن منصور بن احمد (۱۴۱۰ هـ ق) السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی،
 ج ۲ و ۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

ابن منظور (۱۴۱۴ هـ ق) لسان العرب، ج ۴، بیروت: بی‌نا.

اصفهانى، محمدحسین کمپانی (۱۴۱۸ هـ ق) حاشیه کتاب المکاسب (للأصفهانی، ط -
 الحدیثه)، ج ۱، قم: أنوار الهدی.

انصاری، مرتضی بن محمدامین (۱۴۱۵ هـ ق) کتاب المکاسب (للشیخ الأنصاری، ط -
 الحدیثه)، ج ۳، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.

بجنوردی، سید حسن بن آقا بزرگ موسوی (۱۴۱۹ هـ ق) القواعد الفقہیہ، ج ۲، قم: نشر
 الہادی.

جزیری، عبد الرحمن، غروی، سید محمد، مازح، یاسر، عریض، علی حسن (۱۴۱۹ هـ
 ق) الفقه علی المذاهب الأربعة و مذهب أهل البيت علیهم السلام، ج ۵، بیروت:
 دار الثقلین.

حائری، سید کاظم حسینی (۱۴۲۳ هـ ق) فقه العقود، ج ۱، قم: مجمع اندیشه اسلامی.
 حرّ عاملی، محمد بن حسن (۱۴۰۹ هـ ق) وسائل الشیعه، ج ۲۸ و ۲۹، قم: مؤسسه آل

البيت عليهم السلام.

حکیم، سید محسن طباطبایی (۱۴۱۶ هـ ق) مستمسک العروة الوثقی، ج ۴، قم: مؤسسه دار التفسیر.

حلبی، ابوالصلاح، تقی الدین بن نجم الدین (۱۴۰۳ هـ ق) الکافی فی الفقه، در یک جلد، اصفهان: کتابخانه عمومی امام امیرالمؤمنین علیه السلام.

خمینی، سید روح الله موسوی (۱۴۲۱ هـ ق) کتاب البیع (للإمام الخمينی)، ج ۱ و ۲، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره.

خویی، سید ابوالقاسم موسوی (۱۴۲۲ هـ ق) مبانی تکملة المنهاج، ج ۴۱، قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئي ره.

خویی، سید ابوالقاسم موسوی (۱۴۱۸ هـ ق) موسوعة الإمام الخوئي، ج ۲۷، قم: مؤسسه إحياء آثار الإمام الخوئي ره.

خویی، سید ابوالقاسم موسوی (۱۴۰۹ هـ ق) مبانی العروة الوثقی، ج ۱، قم: منشورات مدرسه دار العلم - لطفی.

خویی، سید ابوالقاسم موسوی (بی تا) مصباح الفقاهة (المکاسب)، ج ۳، بی جا.

راغب اصفهانی، حسین بن محمد (۱۴۱۲ هـ ق) مفردات الفاظ قرآن، بیروت: بی نا.

سبزواری، سید عبدالأعلى (۱۴۱۳ هـ ق) مهذب الأحكام (للسبزواری)، ج ۱۲ و ۲۸، قم: مؤسسه المنار - دفتر حضرت آیه الله.

سیستانی، سیدعلی حسینی (۱۴۱۷ هـ ق) منهاج الصالحین (للسیستانی)، ج ۲، قم: دفتر حضرت آیه الله سیستانی.

طریحی، فخرالدین (۱۴۱۶ هـ ق) مجمع البحرین، ج ۶، تهران: کتابفروشی مرتضوی.

طوسی، ابوجعفر، محمد بن حسن (۱۴۰۷ هـ ق) الخلاف، ج ۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۲۰ هـ ق) تحریر الأحكام الشرعیة علی مذهب الإمامیة (ط - الحدیثة)، ج ۵، قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.

علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی (۱۴۱۳) قواعد الأحكام فی معرفة الحلال

- و الحرام، ج ۳، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
- فیومی، احمد بن محمد مقرئ (بی تا) المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، ج ۲، قم: منشورات دار الرضی.
- وجدانی فخر، قدرت الله (۱۴۲۶ هـ ق) الجواهر الفخریة فی شرح الروضة البهیة، ج ۱۲، قم: انتشارات سماء قلم.
- محمود عبد الرحمان (بی تا) معجم المصطلحات و الألفاظ الفقهیة، ج ۲: بی نا.
- مراغی، سید میر عبد الفتاح بن علی حسینی (۱۴۱۸ هـ ق) العناوین الفقهیة، قم: موسسه النشر الاسلامی.
- نائینی، میرزا محمد حسین غروی (۱۳۷۳ هـ ق) منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، ج ۱، تهران: المكتبة المحمدیة.
- نجفی، صاحب الجواهر، محمدحسن (۱۴۰۴ هـ ق) جواهر الکلام فی شرح شرائع الإسلام، ج ۳۷ و ۴۱، بیروت: دار إحياء التراث العربی.
- نراقی، مولی احمد بن محمد مهدی (۱۴۱۷ هـ ق) عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحکام، در یک جلد، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.