



Original Article

Tort Law (zaman qahri) or civil liability

Jalil Ghanavati¹

ABSTRACT

civil liability law (tort law) in Iranian legal system has a three-pronged structure and is based on a variety of principles: A structure in the civil code with the title of zaman qahri, a structure called "civil liability" in the civil liability Act and a structure entitled "causes of liability" in the Islamic Penal Code. In fact, the civil liability law system in Iran is eclectic from Islamic law (shariah), French law, and Germany and Switzerland law. An eclecticism that not only did not solve the problems of tort law, but also added to the problems and conflicts and made the civil liability law system inefficient and incapable of solving problems. The main reason is that in contract and tort law the Islamic legal system is based on the theory of ownership and the French and German legal system are based on the theory of obligations. The difference between these legal systems is fundamental and it does not seem possible to resolve the conflicts of legal provisions in systems that have different bases. Inevitably, Iranian legal system either has to accept the system of civil liability based on the theory of obligations or the system of zaman qahri which accepted by Islamic jurisprudence based on theory of ownership. In this article, we consider first the distinction between these two systems of tort law and then the solutions to eliminate the challenges in Iranian law in this field.

KeyWords: zaman qahri, sources of liability, title theory, obligation theory.

How to Cite:

DOI: <https://doi.org/10.29252/JLR.2022.227031.2214>

Received: 05/09/2022-Accepted: 09/04/2023

1. Faculty Member of the Faculty of Law at Farabi Campus, University of Tehran
Corresponding Author Email: ghanavaty@ut.ac.ir



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).



ضمان قهری یا مسئولیت مدنی

جلیل قنواتی^۱

چکیده

حقوق مربوط به ضمان قهری و مسئولیت مدنی در ایران ساختاری سه‌گانه دارد و بر مبنای متنوعی شکل گرفته است. ساختاری با عنوان «ضمان قهری» در قانون مدنی، ساختاری با عنوان «مسئولیت مدنی» در قانون مسئولیت مدنی و ساختاری با عنوان «موجبات ضمان» در قانون مجازات اسلامی. در واقع نظام حقوق مسئولیت مدنی در ایران التقاطی است از نظام حقوقی اسلام، فرانسه، آلمان و سوئیس. التقاطی که نه فقط مشکلات مسئولیت مدنی را حل نکرد، بلکه بر مشکلات و تعارضات افزود و نظام حقوق مسئولیت مدنی را ناکارآمد و ناتوان از حل مشکلات کرد. دلیل اصلی آن است که نظام حقوق اسلامی بر مبنای نظریه تملیک و ضمان قهری و نظام حقوقی ژرمنی بر اساس نظریه تعهدات و مسئولیت مدنی شکل گرفته است و اختلاف این دو نظام اساسی و بنیادین است و حل تعارضات احکام قانونی در نظام‌هایی که مبنای مختلفی دارند ممکن به نظر نمی‌رسد. ناچار یا باید نظام مسئولیت مدنی را اقتباس کرد و از بسیاری مبنای دست کشید یا نظام ضمان قهری (مورد قبول فقه اسلامی) را پذیرفت و برخی نواقص را با سایر روش‌های موجود در این نظام حقوقی، مانند نهاد تعزیر مدنی، قاعده لاضرر، بنای عقلا و غیره برطرف کرد. در این تحقیق با مطالعه منابع فقهی و حقوقی و بررسی قوانین، به روشی توصیفی تحلیلی، نخست تمایز این دو نظام و سپس راه‌حل‌های رفع نقایص بررسی شده است.

کلید واژگان: ضمان قهری، موجبات ضمان، نظریه تملیک، نظریه تعهدات.

استناد به این مقاله: ...

DOI: <https://doi.org/10.29252/jlr.2022.227031.2214>

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۶/۱۴ - تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۱/۲۰

۱. دانشیار، دانشکده حقوق، دانشکدگان فارابی، دانشگاه تهران
ایمیل نویسنده مسئول: ghanavaty@ut.ac.ir



Copyright: © 2024 by the authors. Submitted for possible open access publication under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY) license (<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

مقدمه

شاید خواننده برخی آثار حقوقی^۱ چنین استنباط کند که در عصر حاضر، پذیرش نظریه مسئولیت مدنی (که در نظام حقوقی رومی ژرمنی اصولاً مبتنی بر نظریه تعهدات است) و طی طریق با آن برای حل غوامض حقوقی در جبران‌های غیرقراردادی تنها ابزار فائق آمدن بر همه مشکلات در این قلمرو مهم حقوقی است و نظریه ضمان قهری در قانون مدنی و قانون مجازات اسلامی هرگز ما را به مطلوب نمی‌رساند. گاه چنان اغراق می‌شود که اگر اندیشه و تأمل نباشد، شدت اغراق ممکن است مخاطب را به قبول این سخن اغوا کند. آیا این ادعا می‌تواند بهره‌ای از حقیقت داشته باشد یا صرفاً ادعایی غیردقیق است؟ آیا نظریه ضمان قهری عاجز از حل مسائل در این قلمرو حقوقی است و نظریه مسئولیت مدنی توانا؟ آیا به‌ناچار باید کل نظام حقوقی خود را کنار زد و نظامی جدید را پذیرفت؟ آیا باید مبانی حقوقی خود را به کل، کهنه و عقب‌مانده انگاشت و کنار نهاد و مسائلی جدید مبتنی بر بنیان‌های رومی یا ژرمنی ارائه کرد؟ در این تحقیق نشان داده می‌شود که پاسخ به این پرسش‌ها مثبت نیست. نظریه ضمان قهری می‌تواند تا حد مطلوبی پاسخگوی مسائل و مشکلات حقوقی باشد و آنگاه که به‌عنوان نظریه‌ای در قلمرو حقوق اسلامی مطرح می‌شود می‌تواند با به‌کارگیری ظرفیت‌های این نظام، مشکلات را حل کند. بدین منظور، نخست دو نظریه تملیک و تعهد به‌طور اجمال تبیین می‌شود و با تحلیلی از ماده ۱۴۰ قانون مدنی ایران، تمایزات دو نظریه ضمان قهری و مسئولیت مدنی با تأکید بر تفاوت حکم تکلیفی و وضعی بررسی و ویژگی‌های آن نظریات تحلیل و پس‌از آن راه‌حل‌های رفع نواقص در نظریه ضمان قهری ارائه می‌شود. نشانه‌هایی از این بحث که دارای آثار مهمی در نظام حقوقی است در آثار برخی حقوق‌دانان قابل ردیابی است.^۲ در منابع دیگری هم مطالبی که به نحوی در ارتباط با موضوع‌شناسی بحث متضمن نکاتی‌اند، وجود دارد. بدیهی است طرح این دیدگاه که موضوع ضمان قهری در راستای نظریه تملیک در فقه اسلامی توجیه می‌شود و از نظام مسئولیت مدنی مبتنی بر نظریه تعهدات رومی ژرمنی فاصله می‌گیرد، از ویژگی‌های این نوشته است.^۳

۱. نظریه تعهد و شاخصه‌های آن

۱. قائم‌مقامی، عبدالمجید، *حقوق تعهدات*، تهران: میزان، ۱۳۸۵، صص ۳۶-۵۳.

۲. کاتوزیان، ناصر، *نظریه عمومی تعهدات*، چاپ اول، تهران: نشر بیدا، ۱۳۷۴، ص ۲۱؛ جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *حقوق تعهدات*، جلد ۱، ۱۳۵۴، ص ۳۶؛ جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *الفارق*، جلد ۲، چاپ دوم، تهران: گنج دانش، ش ۱۶ تا ۱۸، ۱۳۹۲.

۳. سنهوری، عبدالرزاق، *مصادر الحق فی الفقه الاسلامی*، در اسه مقارنه بالفقه العربی، بیروت: دار احیا التراث العربی، جلد ۱، ۱۹۹۷، ص ۱۰۹؛ عبدالرزاق، *الوسیط فی شرح القانون المدنی*، جلد ۱، قاهره: دارالنهضة العربیه، ۱۹۷۰، ص ۱۰۳؛ محقق داماد، مصطفی، *نظریه شروط و التزامات*، چاپ اول، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۰، ص ۸۳؛ بیگدلی، عطاءالله، «تفاوت مبانی نظریه تعهدات در دو نظام رومی ژرمنی و فقه امامیه و آثار آن در حقوق قراردادهای ایران و فرانسه»، رساله دکتری دانشگاه امام صادق، تهران، ۱۳۹۲، ص ۳۶؛ یزدانیان، علیرضا، «مطالعه تطبیقی آثار تقسیم قراردادهای ناقله به عهدی و تملیکی در فقه، حقوق ایران و فرانسه»، *پژوهشنامه حقوق اسلامی*، ۱۳۹۷، شماره ۴۸، ص ۳۴۳؛ الشریف، مهدی، «از تملیک تا تعهد: تاملی بر تاثیر حقوق فرانسه بر تحلیل ماهیت اجاره در حقوق ایران (نقدی بر عهد انکاری اجاره اشیا)»، *فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب*، سال اول، ۱۳۹۳، شماره ۲، ص ۳۰.

پیش از این در مقاله‌ای گفته شد ویژگی‌های نظریه‌های عمومی تعهدات عبارت‌اند از: ۱- تقسیم حق به عینی و شخصی با پذیرش اصالت حق شخصی؛ ۲- تلقی تعهد به رابطه حقوقی؛ ۳- تلقی عقد، شبه عقد، جرم، شبه جرم و قانون به عنوان منابع تعهد و نه تملیک؛ ۴- ابتنای مسئولیت مدنی (حکم تکلیفی) بر تقصیر و اضرار نه اتلاف و تسبیب و ضمان ید.^۱

۲. نظریه تملیک و شاخصه‌های آن

در همان مقاله ویژگی‌های نظریه عمومی تملیک (به عنوان گفتمان غالب و مورد پذیرش در فقه اسلامی) موارد ذیل دانسته شده است: ۱- تقسیم حکم به وضعی و تکلیفی؛ ۲- تلقی عقد، ضمانات قهری، جرم به عنوان منابع تملیک نه منابع تعهد؛ ۳- ابتنای ضمان قهری (حکم وضعی) بر تملیک و مالکیت ناشی از اتلاف، تسبیب، ضمان ید و استیفا؛ ۴- تقسیم مال به عین و دین که موضوع رابطه حقوقی هستند، نه خود رابطه حقوقی؛ ۵- تقسیم رابطه حقوقی به حق و ملک؛ ۶- پذیرش مفهوم ذمه برای تملیک و تملک غیراعیان.^۲

۳. تحلیل ماده ۱۴۰ قانون مدنی

ماده ۱۴۰ قانون مدنی ایران مبنای اصلی حقوق مدنی ایران را در زمینه عقود، ایقاعات و ضمان قهری مشخص کرده است. براساس این مقررہ قراردادهای الزامات خارج از قرارداد و ایقاعات مانند شفعه و ارث اسباب ایجاد تملک محسوب و این اسباب موجب تملیک مال تلقی می‌شوند و نه اسباب ایجاد تعهد. بر همین مبنا ساختار قانون مدنی شکل گرفته است. این قانون که در سه جلد تنظیم شده است، جلد اول را به اموال اختصاص داده که حاوی سه کتاب است: کتاب اول در بیان اموال و مالکیت به طور کلی، کتاب دوم در اسباب تملک و کتاب سوم در مقررات مختلفه. در کتاب اول دو باب (در بیان انواع اموال، در حقوق مختلفه که برای اشخاص نسبت به اموال حاصل می‌شود: مالکیت، حق انتفاع و حق ارتفاق و در کتاب دوم چهار قسمت: در احیای اراضی موات و حیزات اشیای مباحه، در عقود و معاملات و الزامات، در اخذ به شفعه و وصایا و ارث) مورد بحث قرار داده است. در واقع در کتاب دوم عقود، ایقاعات و الزامات خارج از قرارداد را اسباب تملک دانسته است.

این دیدگاه تملیکی که مبتنی بر فقه امامیه و مغایر با نظریه تعهدات رومی ژرمنی است، آشکارا نظریه مالکیت را ارائه می‌کند. بنابراین، برخلاف نظر کسانی که دیدگاه قانون مدنی را مبتنی بر نظریه تعهدات تحلیل می‌کنند. این در حالی است که قانون مدنی فرانسه در ماده ۱۱۰۰ در راستای نظریه تعهدات، اعمال حقوقی، وقایع حقوقی و قانون را از اسباب ایجاد تعهد معرفی می‌کند. ماده ۱۱۰۱ سابق نیز اثر اصلی قرارداد را ایجاد تعهد می‌داند. همین امر با اندک تغییری در ماده ۱۱۰۱ اصلاح قانون مدنی ۲۰۱۶ مبتنی بر نظریه کلی تعهدات، قرارداد را از اسباب ایجاد تعهد می‌داند. ماده ۷۱۱ نیز بیان می‌کند مالکیت از طریق ارث، هبه یا وصیت و از طریق اثر تعهدات حاصل می‌شود. حتی در عقد بیع نیز که در نظام‌های حقوقی مهم‌ترین عقد ناقل مالکیت دانسته می‌شود، در ماده ۱۵۸۲ قانون مدنی فرانسه بیع عقدی عهدی تلقی شده است. هر چند با توجه به ماده ۱۵۸۳ بیع عین معین عقدی عهدی است که فوراً اجرا شده و مالکیت با انعقاد منتقل می‌شود. ماده ۱۱۹۶ پس از اصلاحات ۲۰۱۶ نیز هر چند تمایل مقنن فرانسوی را به سوی تملیکی دانستن عقود مانند بیع عین معین نشان می‌دهد، اما با وجود مقررات یادشده چنین تمایلی نمی‌تواند دلیل روشنی بر پذیرش این دیدگاه باشد.^۳

۴. ضمان قهری در (قانون مدنی و مجازات) و مسئولیت مدنی در (قانون مسئولیت مدنی)

۱. قنواتی، جلیل، «نظریه تعهد یا نظریه تملیک»، مجله تحقیقات حقوقی، دوره ۲۴، ۱۳۹۹، شماره ۹۳، صص ۲۴۶-۲۱۵.

۲. همان منبع.

۳. این امر به‌ویژه با توجه به تقسیم عام عقود به دو تعهدی و یک تعهدی در ماده ۱۱۰۶ قانون مدنی فرانسه بیشتر تأیید می‌شود.

قانون مسئولیت مدنی مبتنی بر نظریه تعهدات تنظیم و تدوین شده است.^۱ بر همین اساس نظام مسئولیت مدنی در نظام تعهدات، اضرائی، قاعده‌گرا و تقصیری است. از این جهت اضرائی است که بر اساس ماده یک قانون مسئولیت مدنی: «هر کس بدون مجوز قانونی لطمه‌ای وارد نماید که موجب ضرر مادی یا معنوی به جان یا سلامتی یا مال یا آزادی یا حیثیت یا شهرت تجاری یا به هر حق دیگر که به موجب قانون برای افراد ایجاد گردیده لطمه‌ای وارد نماید که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شد مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود است».

این ماده که همان قاعده مقرر در ماده ۱۳۸۲ قانون مدنی فرانسه قبل از اصلاحات ۲۰۱۶ را منعکس می‌کند و اکنون در ماده ۱۲۴۰ منعکس شده است، مبتنی بر نظریه کلی تعهدات وضع و تدوین شده است. در واقع، مسئولیت درجایی مطرح می‌شود که ضرری تقصیری به دیگری وارد شود تا به جبران خسارت آن زیان حکم شود. دو حکم کلی و دو قاعده از این مقرر استنتاج می‌شود: اولاً؛ هر ضرری باید جبران شود، ثانیاً؛ بدون ورود ضرر (هر چند به اتلاف نینجامد) مسئولیت مدنی مطرح نمی‌شود.

این وضعیت نشان می‌دهد که نظام مسئولیت مدنی مبتنی بر نظریه تعهدات بدون اینکه به منبع ضرر توجه داشته باشد بر خود ضرر تأکید می‌کند و از همین رو، می‌توان آن را نظامی قاعده‌گرا در مقابل نظام منبع‌گرا تحلیل کرد. قاعده‌گرایی به این معناست که به عنوان قاعده کلی هر ضرر تقصیری باید جبران شود.^۲ این در حالی است که در نظام منبع‌گرا آنچه مورد توجه است، منابع ضمان مانند اتلاف و تسبیب و ضمان ید است. بررسی منابع ضمان و ادله اتلاف و قاعده ید نشان می‌دهد که برای اثبات ضمان، عنصر تقصیر ضرورت ندارد و در ضمان ید صرف استیلا کافی است و تقصیر عنصر ضمان نیست.^۳ در اتلاف مباشری و تسبیبی نیز تقصیر عنصر تعیین‌کننده ضمان تلقی نمی‌شود و صرف استناد کفایت می‌کند.

۵. حکم تکلیفی و وضعی در مسئولیت مدنی

با توجه به آنچه گفته شد، در نظام حقوقی منعکس در قانون مسئولیت مدنی، مسئولیت مدنی ضرورتاً دو مرحله‌ای است؛ در مرحله اول حکم به ممنوعیت ورود ضرر می‌شود. تخطی از هنجارهای جامعه و نادیده گرفتن نظم و تجاوز از قواعد آمره و عدول از موازین اخلاقی شناخته شده و ورود ضرر و زیان به دیگران از روشن‌ترین ممنوعیت‌های قانونی است. شهروندان مکلف به رعایت این قاعده مسلم هستند. بنابراین در مرحله اول در مقابل اضرار به غیر، حکم تکلیفی ممنوعیت اضرار وجود دارد.

اما در جامعه منظم امروزی صرف حکم تکلیفی ممنوعیت ورود ضرر کافی نیست و مقنن بر اساس نظریه عمومی تعهدات حکم تکلیفی دیگری را وضع و جعل می‌کند؛ حکم به وجوب و لزوم پرداخت خسارت. حکم دوم نیز از قبیل احکام تکلیفی

^۱ قنوتی، جلیل، منبع پیشین.

^۲ بابایی، ایرج، کشاورز، اسماعیل، «مفهوم خطا و نقش آن در ساختار طبقه‌بندی مسئولیت مدنی: مقایسه حقوق رومی ژرمنی، کامن لا و اسلام»، دو فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، ۱۳۹۶، شماره ۷۹ و ۸۰.

^۳ نجفی جواهری، شیخ محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، جلد ۳۷، چاپ هفتم، بیروت: دار احیاء التراث العربی، مؤسسه النشر الإسلامی التابعه لجماعه ۱۳۶۲، ص ۴۳۴؛ حسینی مراغی، سید میرعبدالفتاح، *العناوین الفقهیه*، جلد ۱، چاپ دوم، قم: المدرسین، ۱۴۱۷، ص ۴۳۵؛ نباتی، مریم و سید عبدالمطلب احمدزاده، «جایگاه تقصیر در مسئولیت مدنی»، مجله پژوهش‌های حقوق اسلامی، شماره ۳۱، ۱۳۸۹.

است. نتیجه سخن آن است که در نظام مسئولیت مدنی جبران خسارت مبتنی بر دو حکم تکلیفی انجام می‌شود، بدون اینکه حکم وضعی ضمان مورد توجه مقنن قرار گرفته باشد.

به تعبیری می‌توان گفت نظام مسئولیت مدنی نظام دو حکمی (تکلیفی) است. حکم ممنوعیت و حرمت ورود ضرر و حکم وجوب و لزوم پرداخت خسارت. ماده یک قانون مسئولیت مدنی این ادعا را تأیید می‌کند؛ با این تحلیل که هرکس سبب صدمه و زیان به دیگری شود که امری ممنوع و حرام است (حکم تکلیفی اول)، باید خسارت آن را بپردازد (حکم تکلیفی دوم). بر این اساس جبران همه زیان‌ها اعم از مادی و معنوی و حتی عدم‌النفع قابل توجیه است؛ زیرا بر این مبنا توجهی به تحقق یا عدم تحقق حکم وضعی ضمان نمی‌شود و صرفاً بر وجود دو حکم تکلیفی تأکید می‌شود که در همه زیان‌ها و ضررها مطرح می‌شوند و برای زیان‌های معنوی و حیثیتی و عدم‌النفع نیازی به حکم وضعی ضمان نیست؛ زیرا به صرف نقض حکم تکلیفی اول، حکم به جبران خسارت می‌شود. درواقع رابطه عامل زیان و زیان‌دیده رابطه‌ای شخصی از نوع تعهد و التزام است نه رابطه‌ای عینی از نوع مالکیت بر مال کلی فی‌الذمه.

۶. حکم تکلیفی و وضعی در ضمان قهری

درحالی‌که نظام تعهدات، مسئولیت مدنی را در دو مرحله تحلیل می‌کند و لزوم جبران خسارت و مسئولیت مدنی را نتیجه مستقیم حکم ممنوعیت ضرر می‌داند، نظام قانون مدنی و قانون مجازات اسلامی با الهام از فقه اسلامی نظام ضمان قهری را عمدتاً سه مرحله‌ای و سه‌حکمی تحلیل می‌کند. مرحله اول حکم تکلیفی حرمت و ممنوعیت ایراد ضرر به غیر، براساس مبانی و ادله خاص است: هیچ‌کس نباید به دیگری ضرر وارد کند (حکم تکلیفی)؛ مرحله دوم حکم وضعی ضمان است که براساس ادله ضمان و اسباب و موجبات ضمان، حکم به اشتغال ذمه فاعل زیان در قبال زیان‌دیده می‌شود؛ مرحله سوم نیز نتیجه منطقی مرحله دوم، یعنی حکم به پرداخت دین ناشی از نقض تکلیف است.

باید توجه داشت که مرحله اول (حکم تکلیفی) در فقه اسلامی مربوط به فعل مکلفان است و به‌طور طبیعی ضمانت اجرای آن را باید در مقررات جزایی جست‌وجو کرد. باوجوداین، براساس آموزه‌های فقهی برخی مصادیق ضرر، علاوه‌بر حکم تکلیفی و ضمانت اجرای جزایی، می‌تواند موضوع حکم وضعی ضمان (مرحله دوم) قرار گیرند. موارد اضرائی که مشمول ادله ضمان قهری و اتلاف قرار می‌گیرند چنین‌اند.

اصولاً از نظر تحلیل حقوقی نمی‌توان بدون تصور حکم وضعی، حکم بر وجوب فراغ ذمه و پرداخت خسارت داد. بنابراین، باید براساس ادله و قواعد ضمان، حکم ضمان را اثبات و سپس جبران خسارت را به‌عنوان نتیجه منطقی حکم ضمان مطرح کرد.

۷. ویژگی‌های ضمان قهری در فقه اسلامی

برخلاف نظام مسئولیت مدنی مبتنی بر نظریه تعهدات، نظام ضمان قهری موردپذیرش قانون مدنی و قانون مجازات اسلامی، نظامی منبع‌گرا، اتلافی و انتسابی است. منبع‌گراست زیرا بدون وجود اسباب و منابع و موجبات ضمان حکم به ضمان نمی‌شود. تنها راه پذیرش ضمان و مشغول‌الذمه شدن، اثبات آن از طریق ادله و قواعد ضمان و پس از تحقق اسباب و موجبات ضمان است. موجباتی که تعیین آنها صرفاً توسط قانون‌گذار اسلامی امکان دارد. اسباب و موجبات ضمان در فقه اسلامی عبارت‌اند از: اتلاف (اعم از اتلاف مباشری یا تسبیبی)، غصب، ضمان ید، غرور، تلف قبل از قبض، مقبوض به عقد فاسد، ضمان مأخوذ بالسوم، تعدی و تفریط و استیفا که درواقع غرور و استیفا به اتلاف مباشری یا تسبیبی برمی‌گردند. غصب، ضمان مقبوض به عقد فاسد، ضمان مأخوذ بالسوم نیز در عنوان ضمان ید جمع می‌شوند. بنابراین، می‌توان مجموع اسباب و موجبات ضمان را اتلاف و تلف و ضمان ید دانست. درنتیجه، حکم وضعی ضمان فقط در صورتی مطرح می‌شود که اسباب مذکور محقق شوند و بدون تحقق اتلاف و ضمان ید، ضمانی مورد حکم قرار نخواهد

گرفت. فقیهان بر این امر اصرار دارند و فقط در صورت تحقق اتلاف و ضمان ید، مسئولیت و مشغول‌الذمه شدن فاعل زیان را می‌پذیرند و مواردی را که اقدام شخصی نسبت به دیگری اضراری است، اما مشمول عنوان اتلاف و ضمان ید نیست، حکم ضمان را نپذیرفته‌اند.

تدوین‌کنندگان قانون مدنی ایران بر همین اساس، با آنکه در تدوین قانون مدنی توجه خاصی به مقررات قانون مدنی فرانسه داشته و به همین دلیل بسیاری از مقررات در بخش تعهدات به‌طور کلی را از آن قانون اقتباس کرده‌اند، بدون توجه به مقررات مندرج در قانون مدنی فرانسه از جمله مواد ۱۳۸۶ تا ۱۳۷۰، از دیدگاه فقه اسلامی پیروی کرده و از موجبات و اسباب ضمان سخن گفته‌اند؛ تدبیری که قانون مجازات اسلامی از جمله قانون مصوب ۱۳۹۲ نیز از آن تبعیت کرده است. بر این اساس هر اقدام اضراری ضمان آور نیست، بلکه اقداماتی که مصداقی از اسباب ضمان مندرج در ماده ۳۰۷ قانون مدنی باشند ضمانت‌آورند. در نتیجه، مواردی مانند عدم‌النفع، از کارافتادگی و زیان‌های معنوی به دلیل اینکه نه مشمول ادله ضمانت‌اند و نه اتلاف درمورد آنها صادق است و نه ضمان ید و استیلا بر مال غیر، هرچند اضراری و زیان‌بارند، ضمان آور نیستند.

۸. منبع‌گرایی در ضمان در فقه اسلامی

تأکید مشهور فقیهان بر این امر نشان از دیدگاه غالب در فقه امامیه دارد. به‌عنوان مثال صاحب‌جوهر در تعبیری آورده است: «اگر سازنده‌ای را زندانی کند، تا زمانی که از آن بهره‌ای نبرد، ضامن دستمزد او نیست چه رسد به غیرسازنده، بدون اینکه اختلافی در این حکم وجود داشته باشد؛ بلکه در کتاب کفایه گفته شده است که فقیهان امامیه این نظر را قطعی می‌دانند، هرچند علامه حلی در تذکره الفقها واژه اقوی را به کار برده است که دلالت بر احتمال ضمان دارد؛ بلکه در مجمع‌البرهان این دیدگاه قوی ارزیابی شده است. دلیل این امر قاعده لا ضرر و ظالم بودن حبس‌کننده ذکر شده است. بنابراین حکم به ضمان به دلیل مذکور است نه به دلیل غصب که چنین اقتضایی ندارد... [این در حالی است که] تسبیب مذکور در عبارت او در صورتی مقتضی ضمان است که مال تلف شود؛ حال آنکه منفعت شخص آزاد معدوم است و تلف درمورد آن متصور نیست. همچنان که قاعده لا ضرر و مانند آن از جمله آیات مذکور اگر دلالتی بر ضمان داشته و فرض بحث را شامل شوند، فقه جدیدی را رقم خواهند زد؛ زیرا چنین دیدگاهی مفهومی این است که اگر کسی را از عملش منع کنی یا از انتفاع بردن از مالش جلوگیری نمایی، ضامن خواهی بود؛ حال آنکه این نظر را فقیهان عامه که فقهایشان بر قیاس و استحسان استوار است نمی‌پذیرند، چه رسد به امامیان که فقه آنها مبتنی بر قواعدی است که از سوی ائمه (ع) مقرر شده است. بنابراین حکم ضمان دلیلی ندارد و فقیهان شیعی نیز قطع دارند که شخص آزاد به‌گونه‌ای تحت ید قرار نمی‌گیرد که منافع او همراه وی همانند مالش ولو از نظر شرعی تحت ید تلقی شوند، بلکه منافع او همانند لباسی که بر

۱. کرکی، محقق ثانی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، سیزده جلد، جلد ۶، قم: مؤسسه آل‌البیت ع، ۱۴۱۴.^۱
صص ۱۲ و ۲۰۶؛ طباطبایی، سید علی بن محمد، *ریاض المسائل*، شانزده جلد، جلد ۸، قم: مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام، ۱۴۱۶، ص ۳۲۶؛ اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح اِرشاد الأذهان*، چهارده جلد، جلد ۱۰، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۳، صص ۲۸۴ و ۴۹۵؛ حکیم، سید محسن، *مستمسک العروة الوثقی*، چهارده جلد، جلد ۱۳، قم: مؤسسه دارالتفسیر، ۱۴۱۶، ص ۳۵۶؛ سبزواری، سید عبد‌الاعلی، *مهذب الأحکام*، سی جلد، جلد ۲۰، چاپ چهارم، قم: مؤسسه المنار، ۱۴۱۳، ص ۲۹۰؛ عاملی، سید محمدجواد، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه للفقیه*، هجده جلد، جلد ۱۴، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعة المدرسین، ۱۴۱۹، ص ۷.

تن دارد در اختیار خود اوست و از این رو منافعی به دلیل اصالت عدم ضمان تحت ضمان قرار نمی‌گیرد؛ هر چند به او ظلم شده و حبس‌کننده گناه‌کار است.^۱

بر همین مبنا و با توجه به همین استدلال است که در قوانین پس از انقلاب عدم‌النفع به‌عنوان امری خلاف موازین شرعی از قوانین حذف یا بی‌اثر گردید و در مواردی به‌صراحت عدم‌النفع سبب ضمان شناخته نشده است. قانون آیین دادرسی مصوب ۱۳۱۸ در ماده ۷۲۸ تفویض منفعت را از اقسام ضمان تلقی می‌کرد. اما در قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹ در تبصره ۲ ماده ۵۱۵ به‌صراحت خسارت ناشی از عدم‌النفع قابل مطالبه دانسته نشد. همین حکم در ماده ۲۶۷ این قانون اعلام شده است. شورای نگهبان نیز بر همین اساس پیشنهاد ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری را اصلاح کرد.^۲

۹. منابع ضمان و نظریه تملیک

چنان‌که گفته شد اسباب انحصاری ضمان قهری براساس دیدگاه مشهور فقیهان عبارت‌اند از: اتلاف (اعم از اتلاف مباشری یا تسبیبی)، غصب، ضمان ید، غرور، تلف قبل از قبض، مقبوض به عقد فاسد، ضمان مأخوذ بالسوم، تعدی و تفریط و استیفا، موجبات و اسباب مزبور در قلمرو مالکیت و تملیک تحلیل می‌شوند و دلیل اصلی تمایز مسئولیت مدنی در نظریه تعهدات و ضمان قهری در نظریه تملیک همین ویژگی اساسی است که اسباب انحصاری ضمان قهری همانند عقود تملیکی هستند که بر مبنای نظریه مالکیت تحلیل می‌شوند.

در فقه اسلامی مالکیت ماهیتی اعتباری است که به‌علاقه یا اضافه بین مالک و مملوک تعریف می‌شود.^۳ به‌همین دلیل، ایجاد و زوال ملکیت به‌واسطه سببی است که عقلا و شارع بیان می‌کنند. در واقع ایجاد و اسقاط مالکیت به دلیل خاصی از سوی معتبر و به تعبیری به سبب شرعی و قانونی نیازمند است.^۴ به دیگر سخن، همان‌گونه که ایجاد ملکیت نیازمند دلیل قانونی است، اسقاط آن نیز به دلیل عقلایی و شرعی نیازمند است. این وضعیت یا با از بین رفتن مالک ایجاد می‌شود (ارث) یا با از بین رفتن مال (ضمان قهری).

البته برخی فقیهان همه اسباب ملکیت را به سبب واحدی برمی‌گردانند و معتقدند سبب اصلی ملکیت حیات است و سایر اسباب مذکور در آثار فقیهان و حقوق‌دانان در طول آن سبب اصلی هستند. شهید صدر با الگوگیری از محقق نائینی و محقق ایروانی این دیدگاه را مطرح کرده است. به اعتقاد او سبب اصلی و اساسی ملکیت انسان نسبت به اموال خارجی، حیات است و سایر اسباب ملکیت، اسباب ثانوی ناشی از سبب اول‌اند و این اسباب در طول آن سبب اصلی و نه در عرض آن به شمار می‌روند. او بر این باور است که عقلا حیات را از چهار جنبه توسعه داده‌اند: توسعه

۱. نجفی، منبع پیشین، ص ۳۹؛ حسینی مراغی، منبع پیشین، جلد ۲، ص ۴۳۸؛ رشتی، میرزا حبیب‌الله، کتاب الغصب، قم: بی‌تا، ص ۲۱.

۲. مقررات دیگری وجود دارد که دیدگاه نظام حقوقی ایران را نسبت به موضوع عدم‌النفع بیشتر آشکار می‌سازد و در برخی موارد به نحوی جبران عدم‌النفع را پذیرفته است: ماده ۱۳۳ قانون تجارت، ماده ۱۸ قانون کار، ماده ۵۳۶ قانون مدنی، ماده ۴۹ قانون ثبت علائم و اختراعات، ماده ۵ قانون مسئولیت مدنی، ماده ۸ قانون مسئولیت مدنی، ماده ۱۴ قانون آیین دادرسی کیفری.

۳. انصاری، شیخ مرتضی، المکاسب، جلد ۴، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۹، ق، ص ۶۳؛ نیز ر. ک به: قنواتی جلیل، جاور، حسین، جعفری^۳

هرندی، مهشید، «بررسی دیدگاه محقق اصفهانی، درباره مالکیت، حق و حکم»، مجله مطالعات اسلامی فقه و اصول، ۱۳۹۲، شماره ۹۲.

۴. انصاری، همان منبع، ج ۵، ص ۳۴۰.

در حائز (مانند ارث)، توسعه در محاز (مانند نمائات)، توسعه در توارد حيازت (مانند عقود) و توسعه در ضمان غرامت؛ والا همه این اسباب چهارگانه عقلایی به سبب واحدی که حيازت است برمی گردند. این سخن را پیش از شهید صدر به نحوی محقق ایروانی نیز مطرح کرده است.^۲

با توجه به آنچه گذشت، براساس نظریه مشهور، ضمان قهری مانند عقد و ارث از جمله اسباب ایجاد مالکیت است. اصطلاح ضمان متناسب با همین دیدگاه استفاده شده و در واقع با از بین رفتن یک طرف یا از بین رفتن مال، رابطه مالکیت بدون مستند و دلیل شرعی و عقلایی برای دیگری ایجاد نمی شود؛ بلکه ایجاد مالکیت که امری اعتباری است نیازمند دلیل خاص از سوی معتبر است. از جمله این اسباب مقرر از سوی معتبر (شارع و عقلا) موجبات ضمان قهری اند.

به دیگر سخن، در موارد ضمان ید و اتلاف (موجبات اصلی ضمان)، مال اعتباری، جایگزین مال زیان دیده و در زمره اموال قرار می گیرد. این موجود اعتباری دقیقاً چیزی است که بر ذمه فاعل زیان قرار گرفته و در واقع زیان دیده آن را تملک کرده است.^۳

در قانون مدنی و قانون مجازات اسلامی ضمان قهری مبتنی بر وجود حکم وضعی ضمان بر ذمه فاعل زیان و مالکیت زیان دیده نسبت به دین مستقر در ذمه فاعل آن و اشتغال ذمه فاعل زیان تحلیل و توجیه می شود. تعهد و التزام به پرداخت و تأدیه مال در ذمه که محقق ملکیت زیان دیده است، امری ثانوی و فرعی است. در حقیقت حکم وضعی اصیل است نه متفرع بر حکم تکلیفی. برخلاف نظریه مسئولیت مدنی در نظریه عمومی تعهدات که حکم تکلیفی اصالت دارد و حکم تکلیفی الزام به پرداخت خسارت محور اساسی مسئولیت مدنی تلقی می شود.

یکی از فقیهان در تحلیل اصیل بودن حکم وضعی در ضمان ید می گوید: استناد به واژه «علی» برای طرح ادعای ظهور در حکم تکلیفی وجوب رد عین و عدم دلالت بر ضمان، ضعیف است؛ زیرا ظهور «علی» در حکم تکلیفی در جایی است که این حرف به اعمال نسبت داده شود نه اموال؛ اما در صورتی که به مال (عین یا دین) نسبت داده شود، مانند آنکه گفته شود «علیه دین» این تعبیر صرفاً مبین استقرار مال در عهده شخص است (که حکمی وضعی است).^۴

۱. ایروانی، میرزاعلی، *حائثیه المکاسب*، جلد ۲، تهران: انتشارات کیا، ۱۳۸۴، ص ۷۲؛ صدر، محمدباقر، *محاضرات تاسیسیه*، قم: دار الصدر، ۱۴۳۱ ق، ص ۱۹۶؛ غفوری شیخ خالد، «نظریه التوسع العقلایی فی الحیازه عند الشهید محمدباقر الصدر، تحلیل و نقد»، *مجله الاستنباط*، العدد الاول، السنه الاولی، ۱۴۳۹ ق، ص ۸۳.

۲. ایروانی، میرزاعلی، منبع پیشین.

۳. محقق اصفهانی، محمدحسین، *حائثیه المکاسب*، جلد ۱، قم: دارالاحیاء التراث، ۱۴۱۹ ق، صص ۳۰۲ و جلد ۴، ص ۳۱۷ و جلد ۵، ص ۲۸۸؛ بحر العلوم، سید محمد، *بلغه الفقیه*، جلد ۲، تهران: مکتبه الصادق، ۱۴۰۳ ق، ص ۳۴۸؛ محقق داماد، سید مصطفی، *قواعد فقه*، چاپ دوازدهم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ ق، ص ۶۶.

۴. انصاری، منبع پیشین، جلد ۳، ص ۱۸۱.

این دیدگاه را محقق اصفهانی به تعبیر دیگری تأیید کرده و می‌گوید: «بهتر از دیدگاه قبل این است که گفته شود منظور از ضمان فعلی، عهده است و به مجرد وضع ید و تصرف بر مال، در عهده متصرف داخل می‌شود. بنابراین مفاد روایت علی‌البد آن است که آن مال بر عهده متصرف است که البته عهده آثار تکلیفی و وضعی دارد.»^۱

محقق بحرالعلوم در *بلغه الفقیه* در تعبیر واضح‌تری این دیدگاه را چنین تبیین می‌کند: «ید و سایر اسباب ضمان سبب می‌شوند که عین در عهده متصرف داخل شده و مفهوم این سخن وجود رد به طور مطلق است... این نوع تعهد مطلق همان ضمان عهده است و به محض اینکه مالی مورد استیلا و تصرف قرار می‌گیرد می‌گویند آن عین مضمونه است و در عهده متصرف است... در حقیقت، عهده وضعیتی است که برای شخص در اثر تصرف در عین متعلق به غیر ایجاد شود.»^۲

۱۰. نظریه تملیک در ضمان قهری در فقه اسلامی

یکی از حقوق‌دانان فقیه با تحلیل این دیدگاه فقیهان در این زمینه می‌گوید: «... به موجب این حدیث وقتی انسان چیزی را می‌گیرد و یا به تعبیر دیگر بر مالی استیلا می‌یابد آن چیز به عهده او قرار می‌گیرد و چون عهده به معنای ذمه است و عین خارجی نمی‌تواند در ذمه قرار بگیرد، پس وجود اعتباری آن چیز موردنظر است که در ذمه قرار می‌گیرد. بعد از آنکه در ذمه قرار گرفت، فرد مشغول‌الذمه باید از عهده آن برآید و ا فراغ ذمه کند بر آمدن عهده و ا فراغ ذمه در فرض وجود مال به پرداخت عین آن است که باید به شکل سالم به صاحبش برگردد و اگر تلف بشود یا به جهتی برگرداندن عین ممکن نباشد برآمدن از عهده و براءت ذمه با پرداخت مثل یا قیمت چیزی است که تحت استیلا قرار گرفته نه عمل بازگرداندن که صرفاً یک حکم تکلیفی است و به عبارت دیگر وقتی کسی مال را اخذ می‌کند وجود اعتباری آن مال در ذمه قرار می‌گیرد و به اصطلاح ذمه‌اش مشغول می‌شود و باید از این اشتغال ذمه بری گردد. پس تا وقتی که عین موجود است باید مسترد شود و اگر تلف شود مثل یا قیمت آن باید پرداخت گردد. در عرف نیز مشاهده می‌شود که از ضمان ید مفهوم اخیر استنباط می‌شود و به صرف تلف مال ذمه آخذ بری نمی‌شود، بلکه باید مثل یا قیمت مال تالف بپردازد.»^۳

نتیجه روشن دیدگاه‌های بالا این است که در عهده (به تعبیر شیخ انصاری و محقق اصفهانی و صاحب بلغه الفقیه و سایرین) نیز مانند ذمه، حکم وضعی ملکیت برای ذی‌نفع وجود دارد؛ هر چند در مورد عهده، چون ملکیت عینی که در دست متصرف قرار دارد به مالک عین تعلق دارد فرض ملکیت جدیدی برای وی معنا ندارد و ملکیت او همان سلطه و توانایی استرداد عین متعلق به خود اوست، درحالی که مالکیت فی‌الذمه مدیون عبارت است از مالکیت و سلطه

۱. اصفهانی، منبع پیشین؛ محقق داماد، منبع پیشین، ص ۳۰۲.

۲. بحر العلوم، منبع پیشین.

۳. محقق داماد، منبع پیشین، ص ۶۶ موسوی بجنوردی، سید حسن، *القواعد الفقهیه*، جلد ۱، قم: نشر الهادی، ۱۳۷۷، ص ۱۷۸؛ مکارم^۳

شیرازی، ناصر، *القواعد الفقهیه*، جلد ۴، قم: مدرسه الامام علی بن ابی‌طالب (ع)، ۱۳۷۰، ص ۲۳۷.

اعتباری داین بر اموال مدیون^۱ یا به تعبیر دیگر، وجود اعتباری شیء تحت استیلا در ذمه مستولی قرار می‌گیرد و مالک مال نسبت به این موجود اعتباری مالکیت دارد^۲.

تحلیل بالا در مورد نظریه تملیک در ضمان ید، به طور بسیار واضح‌تری در مورد اتلاف مطرح می‌شود. با تلف کردن مال، ذمه فاعل زیان نسبت به زیان‌دیده مشغول می‌شود و زیان‌دیده مالک مثل یا قیمت در ذمه فاعل زیان می‌شود و پس از آن تعهد به تأدیه مطرح می‌شود. در واقع بعد از ترتب حکم وضعی ضمان و مالکیت در ذمه، حکم تکلیفی الزام به پرداخت مال مطرح می‌شود.

با این تحلیل، معلوم می‌شود ضمان قهری در فقه اسلامی، قانون مدنی و قانون مجازات اسلامی صرفاً بر مبنای نظریه تملیک قابل توجیه است و مسئولیت مدنی مبتنی بر نظریه تعهدات که در قانون مسئولیت مدنی سال ۳۹ مطرح شده است در مغایرت مبنایی، رویکردی و حکمی با قوانین مدنی و مجازات و فقه اسلامی است.

در سایر اسباب ضمان قهری یعنی استیفا، غرور، تلف مبیع قبل از قبض، مقبوض به عقد فاسد، ضمان مأخوذ بالسوم، تعدی و تفریط و نحوه تحلیل آن در قلمرو نظریه تملیک، چنانکه پیش از اینکه گفته شد استیفا و غرور به نحوی به اتلاف تسبیبی برمی‌گردند؛ ضمان مقبوض به عقد فاسد و ضمان مأخوذ بالسوم نیز به ضمان ید راجع هستند و با توجه تحلیل ضمان ید و اتلاف در چارچوب نظریه تملیک، سایر اسباب ضمان نیز در قالب این نظریه تحلیل می‌شوند.

۱۱. وحدت مبنا

با توجه به شمول نظریه تملیک، هم نسبت به ضمانات قهری و هم ضمان قراردادی، بر همین اساس، مبنای ضمان در هر دو وضعیت، دارای وحدت خواهد بود. توضیح آنکه، بررسی رابطه مسئولیت قراردادی و مسئولیت مدنی در نظام حقوقی رومی ژرمنی پیشینه‌ای طولانی دارد. حقوق دانان ایرانی نیز با تأسی از حقوق دانان غربی این موضوع را مورد بررسی قرار داده‌اند. دیدگاه تفکیک مبنایی که در حقوق اولیه فرانسه دیدگاه غالب بوده و در قانون مدنی فرانسه در مقررات ۱۱۴۲-۱۱۴۵ منعکس شده است، در دوره‌های بعدی مورد مخالفت برخی حقوق دانان قرار گرفته است. با وجود این، به نظر می‌رسد قانون مدنی پس از اصلاحات سال ۲۰۱۶ نیز در مواد ۱۲۱۷ و ۱۲۲۱ و ۱۲۳۱ آن دیدگاه را انکار نکرده است و مسئولیت قراردادی و غیر قراردادی را جداگانه مورد بررسی قرار داده است.

در حقوق ایران، ماده ۲۲۱ قانون مدنی با اقتباس از ماده ۱۱۴۲ قانون مدنی قبل از اصلاحات فرانسه تخلف از انجام تعهد را، موجب پرداخت خسارت می‌داند هر چند در ذیل ماده مقرر شده است مشروط بر اینکه جبران خسارت تصریح شده و یا تعهد عرفاً به منزله تصریح باشد و یا برحسب قانون موجب ضمان باشد. ماده ۲۲۱ با توجه به این ذیل، از قانون مدنی فرانسه و نظریه تعهدات فاصله گرفته و به این وسیله دیدگاه قانون مدنی را به نحوی به فقه امامیه نزدیک کرده است.

^۱. نعمت الهی، اسماعیل، «ذمه و عهده در فقه شیعه»، مجله مطالعات اسلامی فقه و اصول، ۱۳۹۱، شماره ۹۰، ص ۱۶۳.

^۲. محقق داماد، منبع پیشین، ص ۶۶؛ بجنوردی، منبع پیشین، ص ۱۷۸.

بنابراین برخلاف برخی دیدگاه‌ها^۱ که قانون مدنی ایران را نیز مانند قانون مدنی فرانسه براساس نظریه تفکیک مبنای مسئولیت قراردادی و قهری تحلیل می‌کنند، به نظر می‌رسد با توجه به دیدگاه فقه اسلامی که به نحوی ذیل ماده ۲۲۱ قانون مدنی منعکس شده، وحدت مبنای مسئولیت قابل فهم است. در فقه امامیه چه در مسئولیت قراردادی و چه نقض تکالیف غیر قراردادی، خسارت ناشی از نقض در صورتی مورد حکم قرار می‌گیرد که یا مالی از بین رفته و استیلائی غیرمجاز بر مال دیگری محقق شود یا شرط ضمان و مسئولیت در مواردی شود که ممنوعیت قانونی و شرعی ندارد.

به تعبیر دیگر، در روابط اشخاص با یکدیگر اصل بر ضمان قهری است و از این اصل فقط در صورت وجود قرارداد صحیح و شرط معتبر قانونی و شرعی می‌توان خارج شد. این ادعا را می‌توان در تعبیر محقق نائینی، امام خمینی و گروهی دیگر از فقیهان جست‌وجو کرد.^۲ صرف نقض قرارداد در صورتی که مالی از بین نرفته و استیلائی غیرمشروعی به وجود نیامده، ضمانت‌آور نیست، همچنان که صرف نقض قرارداد بدون اتلاف، مصداق عدم‌النتفع است که بر مبنای دیدگاه فقیهان ضمانتی برای ناقض ایجاد نمی‌کند.

در حقیقت مبنای ضمان، چه در موارد نقض قرارداد و چه در موارد نقض تعهدات قانونی، این است که آیا قواعد و ادله ضمان قهری چنین موارد نقضی را می‌پوشاند یا شامل آنها نیست و این سخن مفهومی غیر از وحدت مبنای مسئولیت و ضمان ندارد.

بدیهی است دلیل این امر ابتدای ضمانت قراردادی و قهری بر نظریه مالکیت است. در هر موردی که اقدام ضمان‌آور به مالکیت صاحب مال خدشه وارد کند، فاعل زیان در قبال زیان‌دیده مدیون و مشغول‌الذمه شده و ذمه او تحت مالکیت زیان‌دیده قرار خواهد گرفت. این وضعیت در صورت نقض قرارداد یا نقض تکالیف قانونی در مواردی که قواعد ضمان قهری اجرا نمی‌شوند و حکم وضعی ضمان مترتب نشده و ذمه فاعل زیان در مقابل زیان‌دیده مشغول نمی‌شود، صادق نخواهد بود.

۱۲. راه‌حل‌های جبران زیان در موارد غیرمشمول

با توجه به مطالب بالا این پرسش مطرح می‌شود که آیا در فقه اسلامی که گفتمان تملیک مبنای موردپذیرش مشهور فقیهان است، راه‌حل مناسبی برای حکم به جبران در موارد عدم‌النتفع، زیان‌های معنوی، زیان‌های از کارافتادگی، زیان‌های ناشی از دست رفتن فرصت‌ها وجود دارد؟ گروهی از فقیهان با استفاده از شیوه‌هایی مانند تعمیم مفهوم ضرر و استناد به نهاد تعزیر مدنی و بنای عقلا به این پرسش پاسخ داده‌اند.

۱۲.۱. تعمیم مفهوم ضرر

۱. وحدتی شبیری، سید حسن، «ضمان ناشی از خسارت عدم‌النتفع در نظریه فقهی وحید بهبهانی»، *مجله فقه و مبنای حقوق اسلامی*، ۱ سال ۴۹، ۱۳۹۵، شماره ۲، ص ۳۴۴.

۲. نعمت‌اللهی، اسماعیل، «اصالت ضمان قهری و تقدم آن بر مسئولیت قراردادی در فقه امامیه»، *مجله حقوق اسلامی*، ۱۳۹۵، شماره ۲، ص ۵۱، ص ۱۰۳.

گفته شد مشهور فقیهان امامیه حکم به ضمان را منوط به شمول ادله ضمان می‌دانند و در صورت عدم صدق اتلاف و ضمان ید و قصور دلالت ادله ضمان در موردی، حکم به ضمان را خلاف موازین شرعی تلقی می‌کنند. بنابراین مشهور فقیهان قاعده لاضرر را در قلمرو حکم تکلیفی تحلیل می‌کنند و حکم وضعی را از لاضرر استنباط نمی‌کنند. به تعبیر دیگر لاضرر از جمله اسباب و منابع ضمان^۱ تلقی نمی‌شود.^۲

با وجود این، برخی فقیهان تلاش کرده‌اند تا با ارائه راه‌حل‌هایی حکم ضمان را از قاعده لاضرر استنباط کنند. فاضل تونی با ارائه راه‌حل «نفی ضرر غیرمتدارک در شریعت» این هدف را دنبال کرده است. به عقیده او از شرایط استناد به اصل برائت ذمه، استدلال به قاعده لاضرر است. او می‌گوید با توجه به اینکه ضررهای خارجی واقع می‌شوند، منظور از ضرر در قاعده لاضرر این نیست که ضرری واقع نمی‌شود، بلکه منظور این است که ضرر بدون جبران وجود ندارد.^۳

برخی نیز تلاش کرده‌اند با طرح دلالت نفی بر نهی، دلالت بر منع و تحریم ورود ضرر را استنباط کنند و بگویند صرف حکم به حرمت اضرار کافی نیست و باید به دنبال ارائه طریقی برای رفع ضرر باشیم. اگر ضرری جبران داشته باشد، دیگر ضرر نخواهد بود. در واقع به مقتضای دلیل لاضرر، در جایی که ضرر واقع شود، رافع ضرر وجود دارد و این امر سبب می‌شود که ضرر صدق نکند و در واقع ضرر رفع شود.^۴

دیدگاه دیگری که مستند به قاعده لاضرر اثبات ضمان (حکم وضعی) می‌کند، تسری لاضرر به احکام عدمی است؛ به این معنا که لاضرر همان‌گونه که احکام وجودی را در برمی‌گیرد و ضرر ناشی از حکم شرعی را نفی می‌کند، اگر به دلیل عدم حکم نیز ضرری وارد شود، مثلاً اگر در موردی به دلیل عدم حکم به ضمان، دیگری متضرر شود، با توجه به اینکه قاعده لاضرر حکم عدم ضمان را نفی می‌کند، حکم به ضمان فاعل زیان می‌شود. در حقیقت از نفی عدم حکم به ضمان، وجود ضمان استنباط می‌شود.^۵

۱۲.۲. تعزیر مدنی

در فقه اسلامی مجازات به مجازات حدی، مجازات مستلزم قصاص و دیه و مجازات تعزیری تقسیم شده است. قانون مجازات اسلامی نیز با توجه به فقه اسلامی در ماده ۱۴ و ۲۰، دیدگاه فقیهانی که مجازات تعزیری را صرفاً زدن تازیانه دانسته‌اند، نپذیرفته است^۶؛ هر چند تازیانه می‌تواند مصداقی از مصادیق مجازات تعزیری باشد.^۷

^۱ . حسینی مراغی، منبع پیشین، جلد ۱، ص ۳۱۷.

^۲ . صاحب عناوین در تعبیری می‌گوید: «...من هذا يظهر فساد ما ارتكبه بعضهم من الحكم بضمان الضار و المتلف بحديث نفی الضرر، فإن عدم كون ما ارتكبه شرعياً لا يدل على الضمان و لا على الجبران مطلق...».

. تونی، فاضل، *الواقیه فی الاصول الفقهیه*، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۲، ص ۱۹۳.

^۴ . حسینی مراغی، منبع پیشین، ج ۱، ص ۳۱۱.

تأ، ص ۲۹۵.. مکارم شیرازی، منبع پیشین، جلد ۱، ص ۸۰؛ حیدری، سید کمال، *لاضرر ولا ضرار*، موسسه الامام الجواد، بی^۵

. صافی گلپایگانی، لطف‌الله، *التعزیر احکامه و حدوده*، قم: دفتر آیت‌الله صافی گلپایگانی، بی تا، ص ۶۰.

. محقق داماد، سید مصطفی و هانی حاجیان، «نظریه عمومی تعزیر»، *مجله حقوقی دادگستری*، دوره ۸۵، ۱۳۹۹، شماره ۱۱۴، ص ۱۹۳.

از همه این تعاریف واژه‌شناسان و فقیهان در تبیین تعزیر، این اصل استفاده می‌شود که تعزیر، چه تعزیر مدنی چه تعزیر کیفری، در صورتی مطرح می‌شود که شخص از روی عمد و به قصد ارتکاب عملی حرام یا ترک واجب، مرتکب فعل یا ترک فعلی شده است. نتیجه این سخن آن است که تعزیر صرفاً در مواردی جریان دارد که عمل شخص از روی عمد و قصد باشد و خطای غیرعمدی قابل تعزیر نیست. تعابیر تعزیر لکل محرم یا التعزیر فی کل معصیه یا التعزیر لکل قبیح این ادعا را اثبات می‌کند.^۱

با توجه به این نکات چه در قلمرو قراردادها و چه ضمان قهری در برخی وضعیت‌ها، استناد به اصل تعزیر قابل توجیه است؛ اما در مواردی که انجام عملی از روی عمد و قصد نباشد و باوجود این، منتهی به ورود خسارت و زیان به دیگری شود، نمی‌توان به نهاد تعزیر استناد کرد.

بنا بر آنچه گفته شد، آنچه در حقوق مسئولیت مدنی در قوانین جدید بدون اتنا بر اتلاف و تسبیب و ضمان ید، قابل جبران تلقی شده است، در فقه اسلامی، در موارد متعددی، بر مبنای اصل کلی تعزیر قابلیت جبران پیدا می‌کند. بدیهی است دامنه این اصل تا جایی است که فاعل زیان در زیان‌های غیر اتلافی و غیر تسبیبی، عمد و قصد داشته است.

بنابراین جبران زیان در خسارات معنوی، زیان‌های مازاد بر دیه، زیان‌های ناشی از دست رفتن فرصت و کارافتادگی و مانند آنکه بر مبنای قاعده اتلاف بالمباشره و اتلاف بالتسبیب و ضمان ید قابل اثبات نیست، در موارد عمد و قصد بر مبنای تعزیر قابلیت توجیه پیدا می‌کند. بدیهی است حاکم در ارزیابی زیان بر مبنای تعزیر مدنی همه اوضاع و احوال از جمله وضعیت زیان‌دیده را مورد نظر قرار خواهد داد.

از جمله قوانینی که حکم به جبران زیان‌های وارده را علی‌رغم عدم جریان ادله اتلاف و تسبیب و ضمان ید پذیرفته است، ماده ۵ قانون تشدید مجازات اسیدپاشی^۲ و حمایت از بزه‌دیدگان ناشی از آن است که زیان‌های مازاد بر دیه و زیان‌های معنوی را بر مبنای تعزیر به نحوی قابل جبران دانسته است.

ملاحظه می‌شود در حالی که شورای نگهبان در ماده ۱۴، ق.ا.د.ک با اضافه کردن واژه اتلاف به نحوی مشکل فقهی را مرتفع کرده است، در این قانون به ناچار بر مبنای تعزیر، پرداخت هزینه‌های درمان مازاد بر دیه و برخی خسارت‌های معنوی را علی‌رغم نپذیرفتن آن در ماده ۱۴ ق.ا.د.ک در قانون تشدید مجازات اسیدپاشی مورد تأیید قرار داده است.

باید توجه داشت که حکم به پرداخت هزینه‌های مازاد درمان در این قانون و برخی زیان‌های معنوی به معنای پذیرش ضامن بودن شخص فاعل زیان و ترتب حکم وضعی ضمان نیست، بلکه صرفاً به دلیل انجام دادن فعل حرام و نقض

محمدبن التوزیع، ۱۴۱۰ ق، ص ۵۶۲؛ طوسی، و النشر و للطباعه. ابن منظور، محمد بن کرم، *لسان العرب*، جلد ۴، بیروت: دارالفکر^۱
المکتبه المرتضویه لإحياء الآثار الجعفریة، ۱۳۸۷، ص ۴۷۱؛ حلبی، ابوالصلاح، حسن، *المبسوط فی فقه الإمامیه*، جلد ۸، تهران:
الکافی، اصفهان: مکتبه الامام امیر المومنین، ۱۴۰۳ ق، ص ۴۱۶؛ حلبی، ابن ادریس، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، جلد ۳، قم:
موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۰ ق، ص ۵۳۶.

^۲. رجوع کنید به اظهار نظر مجمع مشورتی حقوقی شورای نگهبان در خصوص ماده ۵ یادشده.

حکم تکلیفی حرمت اضرار و از باب تعزیر توجیه می‌شود. به‌طور طبیعی در صورتی که شخص فاعل زیان متمکن از پرداخت این هزینه‌ها نباشد، دولت از این جهت که بیت‌المال معد برای مصالح شهروندان خویش است این مبلغ را می‌پردازد، اما دولت می‌تواند برای دریافت هزینه‌های پرداخت‌شده به مرتکب رجوع کند.

۱۲.۳. بنای عقلا

به اعتقاد برخی فقیهان، سیره عقلا و روش خردمندان دلیل مشروعیت معاملات و قراردادهای متداول بین مردم نیز محسوب می‌شود. بناهای عقلایی هم در تفسیر ادله و هم به‌عنوان مستند مورد توجه فقیهان قرار گرفته است. در محل بحث نیز ممکن است از جمله مستندات حکم به ضمان در مواردی که ادله اتلاف و تسبیب و ضمان ید قابل اجرا نیست، بنای عقلا را به‌عنوان دلیل و مستند ضمان در مورد عدم‌النفع، زیان‌های مازاد بر دیه، زیان فرصت‌های از دست‌رفته، زیان‌های معنوی و مانند آن مطرح کرد.

این ادعا را می‌توان با مراجعه به مقررات مسئولیت مدنی در سایر کشورها ملاحظه کرد. در قوانین کشورهای مختلف براساس اصل جبران کامل زیان توسط فاعل زیان، وی ضامن جبران‌های زیان‌های وارده است. بنابراین صرف‌نظر از مبنای مورد قبول در اعتبار بنای عقلایی (نظریه تأیید توسط شارع، نظریه احراز عدم یا نظریه عدم احراز ردع)، بررسی قوانین سایر کشورها و ملاحظه روش خردمندان در عالم در برخورد با فاعل زیان نشان می‌دهد، بنای عقلا می‌تواند به‌عنوان مستند حکم به ضمان مورد پذیرش قرار گیرد.

بر همین مبناست که برخی فقیهان به‌درستی در فرض منع مالک در مال خودش بدون اثبات ید غاصب می‌گویند: «و در مثل منع مالک از امساک دابه خود یا قعود بر بساط خود تا واقعیت تلف عین بدون اثبات ید از متعدی بر مال غیر یا منع مالک از بیع منافع خود تا زمان نقصان قیمت، عدم غصب و عدم ضمان منسوب به مشهور است. در محکی مسالک ضمان موافق ارتکاز در عرف عام و عرف متشرعه است و الغای خصوصیت در دلیل غصب مؤید آن است و قاعده ضرر موافق تحریم و تضمین است.»^۱

این دیدگاه نشان می‌دهد که قانون‌گذار اسلامی در قلمرو ضمانات شیوه‌های خردمندان و بنای عقلایی را تأیید کرده یا از آن ردعی نکرده است. این ادعا در تعبیر دیگری به صراحت ملاحظه می‌شود. «فضمان المنافع غیر المستوفاه - بدون وقوعها تحت‌الید ولو بتبع العین هو بناء العقلاء علی ذلک مع عدم صدور ردع عن قبل الشارع، وتقريبه أن فی أبواب الضمانات غالباً امضى الشارع الطرق العرفیه وهذا دلیل قطعی علی ان تفویت المنافع علی شخص

۱. بهجت، محمدتقی، *جامع المسائل*، جلد ۴، چاپ دوم، قم: نشر دفتر آیه الله بهجت، ۱۳۸۴، ص ۵۷۸.

موجب للضمان وان كانت تلك المنافع غير مستوفاه، وحيث أن الشارع لم يردع عن هذه الطريقة العقلانية^۱
فعدم الردع دليل على إمضاءها^۲.

بدیهی است دلیل لبی بنای عقلا را باید در جایی به‌عنوان مستند پذیرفت که تردیدی در وجود نکته عقلایی وجود نداشته باشد.

۱۲.۴. عزیمت از منبع گرای به‌سوی قاعده‌گرایی

چنان‌که پیش‌ازاین گفته شد، برخلاف نظریه مسئولیت مدنی در حقوق غربی که هرگونه اضرار و ورود زیان را بدون توجه به حکم وضعی ضمان، موجب مسئولیت و جبران خسارت می‌داند، در فقه اسلامی حکم به ضمان در صورتی قابل توجیه است که براساس ادله اتلاف و تسبیب و ضمان ید قابل اثبات باشد و ضرر و اضرار و نادیده گرفتن حکم تکلیفی حرمت ورود ضرر به دیگری، موجب ضمان فاعل زیان نخواهد بود. باوجوداین، برخی فقیهان از این حکم مشهور در فقه امامیه عدول کرده‌اند و اضرار را به‌عنوان دلیل مستقلی در عرض قاعده اتلاف، تسبیب و ضمان ید موجب ضمان می‌دانند.^۳ وی می‌گوید: «براساس این نظریه هرگونه ضرری موجب ضمان می‌شود. در حقیقت نقض حکم تکلیفی حرمت ورود ضرر موجب حکم ضمان خواهد شد و برای اثبات ضمان لزوماً استناد به ادله اتلاف و تسبیب و ضمان ید ضرورت ندارد. این دیدگاه می‌تواند نظریه‌ای باشد که براساس قاعده کلی صرف ورود ضرر فاعل آن را ملزم به جبران زیان می‌کند.» (دیدگاهی مشابه با ماده ۱۳۸۲ قدیم و ۱۲۴۰ جدید قانون مدنی فرانسه).

۱۲.۵. قاعده ظلم

هرچند مشهور فقیهان بر اساس مبانی استنباط خود نتوانستند قاعده ظلم را به‌عنوان مستندی برای حکم ضمان مطرح کنند، اما برخی فقیهان به استناد قبح ظلم، ظالم را ضامن زیان ناشی از عدم‌النفع تلقی کرده و مستند به آیاتی مانند فمن اعتدى عليك فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى، و جزاء سيئه سيئه مثلها حکم وضعی ضمان را استنباط کرده‌اند.^۴ در برخی تعابیر آمده است که اگر زیان ناشی از عدم‌النفع ضمان آور تلقی نشود ظلم است که از نظر عقل امری قبیح و ناپسند است.^۵ بر مبنای دیدگاه این گروه از فقیهان، مواردی مانند فرصت‌های ازدست‌رفته، ازکارافتادگی و حتی زیان‌های معنوی با توجه به تحقق ضرر^۶ و زیان و ظلم، ضمان آور خواهند بود.

^۱ . بجنوردی، منبع پیشین، جلد ۴، ص ۱۸۴.

^۲ . محقق خویی در مورد حبس حر دلیل ضمان را سیره قطعی عقلایی می‌داند (خویی، مصباح الفقاهه، جلد ۲، ص ۳۶) همین دیدگاه را امام خمینی در کتاب البیع تأیید می‌کند: البیع، جلد ۱، ص ۳۸: «... فان الظاهر ان حبس الحر الكسوب موجب للضمان لدى العقلاء بخلاف غيره... و الظاهر عدم تعبد في المقام من قبل الشارع غير ما لدى العقلاء فتدبر.»

. وحید بهبهانی، محمد باقر، حاشیه مجمع الفأئده و البرهان، چاپ اول، قم: کنگره بزرگداشت مقدس اردبیلی، ۱۴۱۷، ص ۶۱۷^۳

^۴ . حسینی عاملی، منبع پیشین، جلد ۶، ص ۲۲۵.

. مدرسی، سید حسن، رسایل الفقیهیه، تهران: ستاد بزرگداشت پنجاهمین سالگرد شهادت مدرسی، ۱۴۰۸، ص ۱۱۰^۵

^۶ برخی فقیهان در تحلیل مفهوم و قلمرو ضرر عدم‌النفع را نیز نوعی ضرر تلقی کرده‌اند: نایینی، محمد حسن، منیه الطالب فی شرح المکاسب، جلد ۳، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸، ص ۳۷۸.

۱۲.۶. قاعده تفویض

در مواردی که به دیگری زبانی برسد بدون اینکه ائتلاف مال به مباشرت یا به تسبیب محقق شود و وضع ید غیرقانونی بر مال دیگری صدق کند و صرفاً شخص از منافع مال خود محروم شود، با فرض عدم صدق ضرر بر عدم النفع، برخی^۱ به استناد قاعده تفویض حکم به ضمان کرده‌اند.^۲ اینان با استناد به روش خردمندان یا با تمسک قاعده لاضرر، تفویض منافع را موجب ضمان دانسته‌اند.^۳ بنابراین در مواردی که منفعتی از شخصی فوت شود بدون نیاز به استناد به قاعده ائتلاف و تسبیب و ضمان ید و در عرض آنها می‌توان با تمسک به قاعده تفویض منفعت، حکم به ضمان صادر کرد.

نتیجه‌گیری

باتوجه به آنچه گفته شد، حقوق ایران در تبیین ماهیت و آثار مسئولیت مدنی/ ضمان قهری دچار چالش جدی است. ساختار سه‌گانه نظام ضمان قهری/ مسئولیت مدنی این چالش را ایجاد کرده است. نتیجه این وضعیت تعارض‌های جدی در مقررات قانونی است. قانون مدنی و قانون مجازات اسلامی مبتنی بر فقه اسلامی نظام خاصی از ضمان قهری را مطرح می‌کنند؛ درحالی که قانون مسئولیت مدنی عموماً مبتنی بر دیدگاه رومی ژرمنی و بر مبنای نظریه تعهدات، مبنا و آثار احکام دیگری را ارائه می‌دهد. این التقاط و اختلاط، نظام حقوقی را با مشکل مواجه و دچار ناکارآمدی می‌کند. فقه اسلامی به‌عنوان مبنای اساسی قانون مدنی و قانون مجازات اسلامی مبتنی بر گفتمان غالب خود، یعنی نظریه تملیک، اسباب ضمان قهری را مطرح و بر اسباب ضمان تأکید می‌کند و با منبع‌گرایی درصدد حل مسایل در این زمینه است و به همین دلیل صرفاً زیان‌هایی را قابل جبران می‌داند که از اسباب خاص ضمان ناشی شده باشد؛ درحالی که حقوق فرانسه و آلمان به‌عنوان منابع اصلی قانون مسئولیت مدنی ایران، مبتنی بر نظریه تعهدات و التزام به نگرشی قاعده‌گرایانه و بدون تأکید بر سبب خاصی، بر این اساس استوار است که هر زبانی باید جبران شود. در این نظام حقوقی هم ورود زیان منع می‌شود و هم ورود زیان سبب مسئولیت می‌شود درحالی که در فقه اسلامی ورود زیان منع می‌شود، اما هر زبانی جبران‌شدنی نیست. زبانی جبران می‌شود که از منابع ائتلاف، استیفاء ضمان ید و ... ایجاد شده باشد. در این مقاله پیشنهاد شده است که از شیوه‌هایی مانند تعزیر مدنی، تفسیر جدید از قاعده لاضرر، بنای عقلا و سایر شیوه‌های مطروحه، این نقصان جبران شود و زیان بلاجبرانی وجود نداشته باشد.

۱. یزدی، سید محمد کاظم، *عروه الوثقی*، جلد ۵، قم: موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۷، ص ۱۴۰۰.

۲. همان منبع.

۳. مع انا لا نسلمان منافع لا تضمن الا بالاستیفاء بل تضمن بالتفویض ایضاً ...؛ سیستانی، سیدعلی، *منهاج الصالحین*، جلد ۴، قم: مکتب آیه الله سیستانی، ۱۴۱۵ ق، ص ۲۷۷؛ کذا لا یضمن منافع (الحر) الا اذا کان کسوبا ... فانه یضمن اجره مثله ضمان تفویض علی الاقوی ...؛ ۲۲؛ موسوی بجنوردی، سید حسن، *قواعد الفقهیه*، جلد ۴، قم: نشر الهادی، ۱۳۷۷، ص ۵۱۸.

۴. حسینی حائری، سید کاظم، *فقه العقود*، جلد ۱، قم: مجمع الفکر الإسلامی، ۱۴۲۳، ص ۱۸۴.

منابع

الف) منابع فارسی

کتاب

۱. بهجت، محمدتقی، *جامع المسائل*، جلد ۴، چاپ دوم، قم: نشر دفتر آیه الله بهجت، ۱۳۸۴.
۲. بیگدلی، عطاءالله، *الفارق*، جلد ۲، چاپ دوم، تهران: گنج دانش، ۱۳۹۲.
۳. قائم مقامی، عبدالمجید، *حقوق تعهدات*، تهران: میزان، ۱۳۸۵.
۴. کاتوزیان، ناصر، *نظریه عمومی تعهدات*، چاپ اول، تهران: نشر یلدا، ۱۳۷۴.
۵. محقق داماد، سید مصطفی، *قواعد فقه*، چاپ دوازدهم، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶.
۶. محقق داماد، مصطفی، *نظریه شروط و التزامات*، چاپ اول، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۹۰.

مقاله

۷. بابایی، ایرج، کشاورز، اسماعیل، «مفهوم خطا و نقش آن در ساختار طبقه بندی مسئولیت مدنی: مقایسه حقوق رومی ژرمنی، کامن لا و اسلام»، دو فصلنامه دیدگاه های حقوق قضایی، شماره ۷۹ و ۸۰.
۸. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، «التملیک فی ادوار تطوره»، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۶۰، شماره ۲۲.
۹. الشریف، مهدی، «از تملیک تا تعهد: تاملی بر تاثیر حقوق فرانسه بر تحلیل ماهیت اجاره در حقوق ایران (نقدی بر عهد انگاری اجاره اشیا)»، فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، سال اول، ۱۳۹۳، شماره ۲.
۱۰. قنواتی، جلیل، جاور حسین، جعفری هرنندی، مهشید، «بررسی دیدگاه محقق اصفهانی، درباره مالکیت، حق و حکم»، مجله مطالعات اسلامی فقه و اصول، ۱۳۹۲، شماره ۹۲.
۱۱. قنواتی، جلیل، «نظریه تعهد یا نظریه تملیک»، مجله تحقیقات حقوقی، دوره ۲۴، ۱۳۹۹، شماره ۹۳، صص ۲۴۶-۲۱۵.
۱۲. محقق داماد، سید مصطفی و هانی حاجیان، «نظریه عمومی تعزیر»، مجله حقوقی دادگستری، دوره ۸۵، ۱۳۹۹، شماره ۱۱۴.
۱۳. نعمت الهی، اسماعیل، «اصالت ضمان قهری و تقدم آن بر مسئولیت قراردادی در فقه امامیه»، مجله حقوق اسلامی، ۱۳۹۵، شماره ۵۱.

۱۴. نعمت الهی، اسماعیل، «ذمه و عهده در فقه شیعه»، *مجله مطالعات اسلامی فقه و اصول*، ۱۳۹۱، شماره ۹۰.
۱۵. وحدتی شبیری، سید حسن، «ضمان ناشی از خسارت عدم النفع در نظریه فقهی وحید بهبهانی»، *مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی*، سال ۴۹، ۱۳۹۵، شماره ۲.

۱۶. یزدانیان، علیرضا، «مطالعه تطبیقی آثار تقسیم قراردادهای ناقله به عهدی و تملیکی در فقه، حقوق ایران و فرانسه»، *پژوهشنامه حقوق اسلامی*، ۱۳۹۷، شماره ۴۸.

رساله

۱۷. بیگدلی، عطاءالله، «تفاوت مبانی نظریه تعهدات در دو نظام رومی ژرمنی و فقه امامیه و آثار آن در حقوق قراردادهای ایران و فرانسه»، رساله دکتری، دانشگاه امام صادق، تهران، ۱۳۹۲.

منابع عربی

۱۸. ابن منظور، محمد بن کرم، *لسان العرب*، جلد ۴، بیروت: دارالفکر للطباعة و النشر و التوزیع، ۱۴۱۰.
۱۹. اردبیلی، احمد بن محمد، *مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان*، چهارده جلد، جلد ۱۰، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۰۳.
۲۰. انصاری، شیخ مرتضی، *المکاسب*، جلد ۳ و ۴، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۹.
۲۱. ایروانی، میرزاعلی، *حاشیه المکاسب*، جلد ۲، تهران: انتشارات کیا، ۱۳۸۴.
۲۲. بحر العلوم، سید محمد، *بلغه الفقیه*، جلد ۲، تهران: مکتبه الصادق، ۱۴۰۳.
۲۳. تونی، فاضل، *الواقیه فی الاصول الفقهیه*، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۲.
۲۴. حسینی حائری، سید کاظم، *فقه العقود*، جلد ۱، قم: مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۳.
۲۵. حسینی مراغی، سید میرعبدالفتاح، *العناوین الفقهیه*، جلد ۱، چاپ دوم، قم: مؤسسه النشر الإسلامی التابعه لجماعه المدرسین، ۱۴۱۷.
۲۶. حکیم، سید محسن، *مستمک العروه الوثقی*، چهارده جلد، جلد ۱۳، قم: مؤسسه دار التفسیر، ۱۴۱۶.
۲۷. حلبی، ابوالصلاح، *الکافی*، اصفهان: مکتبه الامام امیر المومنین، ۱۴۰۳.
۲۸. حلّی، ابن ادريس، *السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی*، جلد ۳، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۰.

۲۹. حیدری، سید کمال، **لاضر و لا ضرار**، مؤسسه الامام الجواد، بی تا.
۳۰. خویی، ابوالقاسم، **الاجاره**، جلد ۱، قم: العلمیه، ۱۳۶۵.
۳۱. خویی، ابوالقاسم، **مصباح الفقاهه**، جلد ۲، قم: مکتبه الداوری، ۱۳۷۷.
۳۲. رشتی، میرزا حبیب الله، **کتاب الغصب**، قم: بی تا.
۳۳. سبزواری، سید عبد الاعلی، **مهذب الأحکام**، سی جلد، جلد ۲۰، چاپ چهارم، قم: مؤسسه المنار، ۱۴۱۳.
۳۴. سنهوری، عبدالرزاق، **مصادر الحق فی الفقه الاسلامی، دراسه مقارنه بالفقه العربی**، بیروت: دار احیا التراث العربی، ۱۹۹۷.
۳۵. سنهوری، عبدالرزاق، **الوسیط فی شرح القانون المدنی**، قاهره: درالنهضه العربیه، ۱۹۷۰.
۳۶. سیستانی، سیدعلی، **منهاج الصالحین**، جلد ۴، قم: مکتب آیه الله سیستانی، ۱۴۱۵.
۳۷. صافی گلپایگانی، لطف الله، **التعزیر احکامه و حدوده**، قم: دفتر آیت الله صافی گلپایگانی، بی تا.
۳۸. صدر، محمدباقر، **محاضرات تاسیسیه**، قم: دار الصدر، ۱۴۳۱.
۳۹. طباطبایی، سید علی بن محمد، **ریاض المسائل**، شانزده جلد، جلد ۸، قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام، ۱۴۱۶.
۴۰. طوسی، محمدبن حسن، **المبسوط فی فقه الإمامیه**، جلد ۸، تهران: المکتبه المرتضویه لإحیاء الآثار الجعفریه، ۱۳۸۷.
۴۱. عاملی، سید محمدجواد، **مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه للفقیه**، جلد ۶، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین، ۱۴۱۹.
۴۲. عاملی، سید محمدجواد، **مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه للفقیه**، هجده جلد، جلد ۱۴، قم: مؤسسه النشر الاسلامی التابعه لجماعه المدرسین، ۱۴۱۹.
۴۳. کرکی، محقق ثانی، علی بن حسین، **جامع المقاصد فی شرح القواعد**، سیزده جلد، جلد ۶، قم: مؤسسه آل البيت (ع)، ۱۴۱۴.
۴۴. محقق اصفهانی، محمدحسین، **حاشیه المکاسب**، جلد ۱، قم: دار الاحیاء التراث، ۱۴۱۹.
۴۵. محقق اصفهانی، محمدحسین، **حاشیه المکاسب**، جلد ۴، قم: دار الاحیاء التراث، ۱۴۱۹.

۴۶. محقق اصفهانی، محمدحسین، *حاشیه المکاسب*، جلد ۵، قم: دارالاحیاء التراث، ۱۴۱۹.
۴۷. مدرسی، سید حسن، *رسایل الفقهیه*، تهران: ستاد بزرگداشت پنجاهمین سالگرد شهادت مدرسی، ۱۴۰۸.
۴۸. مکارم شیرازی، ناصر، *القواعد الفقهیه*، جلد ۱، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۳۷۰.
۴۹. مکارم شیرازی، ناصر، *القواعد الفقهیه*، جلد ۴، قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع)، ۱۳۷۰.
۵۰. موسوی بجنوردی، سید حسن، *قواعد الفقهیه*، جلد ۱، قم: نشرالهادی، ۱۳۷۷.
۵۱. موسوی بجنوردی، سید حسن، *قواعد الفقهیه*، جلد ۴، قم: نشرالهادی، ۱۳۷۷.
۵۲. نایینی، محمد حسن، *منیه الطالب فی شرح المکاسب*، جلد ۳، قم: موسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸.
۵۳. نجفی جواهری، شیخ محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، جلد ۳۷، چاپ هفتم، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ۱۳۶۲.
۵۴. وحید بهبهانی، محمد باقر، *حاشیه مجمع الفائدة و البرهان*، چاپ اول، قم: کنگره بزرگداشت مقدس اردبیلی، ۱۴۱۷.
۵۵. یزدی، سید محمدکاظم، *عروه الوثقی*، جلد ۵، قم: موسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۷.
- مقاله**
۵۶. غفوری شیخ خالد، «نظریه التوسع العقلایی فی الحیازه عند الشهید محمدباقر الصدر، تحلیل و نقد»، *مجله الاستنباط*، العدد الاول، السنه الاولى، ۱۴۳۹ ق.

Persian Refrence

Books

1. Bābāie, Iraj, Keshavarz, Ismāiil, Mafhume Khatā va Naghshe ān dar Sākhtāre Tabaqe Bandie Masooliat Madani, Moqāyesaye Hoqooqe Roomi Germani ,Common Law va Islam, 2 faslnameye Didgahhāye Hoqooq Qazāii, Shomareh 79 va 80, 1396.
2. Bahjat, Mohammad Taqi, Jameolmasael, Chāp 2, Jeld 14, Qom, Nashre Daftar Ayatollah Bahjat, 1384.

3. Bigdeli, Ayatollāh, Tafāvote Mabānie Nazarie Taahhodāt dar 2 Nezām Roomi Germani va Feqhe Immamiah va Asāre ān dar Hoqooqe Iran va Franse, Resālaye Doctori, Daneshgāhe Imām Sādeq, Tehran, 1392.
4. Ghanavati Jalil, Javar Hossein, Jafari Harandi, Mahshid, Barrasie Didgah Mohaghegh Esfahani dar Mored Malekiat, Haqq va Hokm, Majallaye Feqh va Osool, 1391, Shomareh 92.
5. Ghanavati, Jalil, Nazarieh Taahhod va Nazarieh tamlík, Tahghighat Hoqooqi, Doreye 24, 1398, shomareh 93.
6. Jafari Langroudi, Al-Tamlík fi Advar Tatavoreh, Daneshkadeye Hoqooq va Oloom Siāsi, Daneshgāhe Tehran, 1360, Shomareh 22.
7. Jafari Langroudi, Al-Fāreq, Chāp 2, Jeld 2, Tehran, Ganj Danesh, 1392.
8. Jafari Langroudi, Vasit dar terminology, Tehran, Ganj Danesh, 1388.
9. Jafari Langroudi, Mohammad Jafar, Hoqooqe Taahoddāt, Jeld 1, Enteshārāte Daneshgāhe Tehran, 1369.
10. Katouzian, Nasser, Nazarieh Omoomi Taahodat, Chap aval, Tehran, Entesharat Yalda, 1374.
11. Mohaghegh Damad, Seyyed Mustafa, Ghavaed Feqh, Chap 12, Tehran, Markaz Oloom Islami, 1406.
12. Mohaghegh Damad, Seyyed Mustafa, Nazarieh Omoomi Shoroot va Eltezzamat, Tehran, Markaz Oloom Islami, 1392.
13. Nematullahi, Ismail -, Esalat zaman Qahri va Taqaddom an bar Masooliat Qarardadi dar Feqh Imamiah, Majallaye hoqooqe Islami 1394, Shomare 51.
14. Nematullahi, Ismail, Dhemmah va Ohdah dar Feqhe Imamiah, Majallaye Feqh o Osool, 1391, Shomareh 90.
15. Qaim Maqami, Abdul Majid, Hoqooq Taahhodat, Tehran, Mizan, 1385.
16. Vahdati Shobeiri, Seyyed Hassan, Zaman Nashi az Khesarat adam o-nnafa dar Nazarieh Feqhi Vahid Behbahani, Majallaye Feqh va Mabani Hoqooq Islami, Sal 49, shomareh 2, 1394.

Arabic Refrence

17. Al-Ameli Al-Husseini, Mohammad Javad, Miftah ol-karamah, Jeld 6, Dar ol - Ihya el-Torath el-Arabi, 1419.
Ameli, Seyyed Mohammad Javad, Miftah ol-Karamah fi Sharh Ghavaed el-Allamah, Jeld 18, Qom: Moasseseye Nashar Islami, 1419.
18. Ansari, Sheikh Murtaza, Jeld 3 & 4, Qom, Majma ol- Fekr el-Islami, 1419.
19. Ardabili, Ahmad ebn Mohammad, Majmaol Fayedadte val Borhan fi Sharhe Ershad el- Azhan, 14 jeld, Qom, Daftar Entesharat Islami, Hozeye Elmieh Qom, 1403.
20. Bahr ol-Oloom, Mohammad, Bolghat ol- Faqih, Jeld 2, Tehran, Maktabat-os-sādeq, 1403 .
21. Ebn Manzoor, Mohammad Ebn karam, lesān ol- Arab, Jeld 4, Beirut, Dar ol-Fekr le-tebāate va-Nnashr va a-Ttoziee, 1410.
22. Ghafouri, Sheikh Khalid, Nazariato Ttavasso el- Oqalāii fi l- Hiazah fi nazar el-shahid al-ssadr, tahlil va naqd, Majallaye al-Istenbat, al-Adad ol-Awwal, al-Senat ol-Awla, 1439 .
23. Hakim, Seyyed Mohsen, Mustamsak ol-Orwat ol-Wothqa, 14 Jeld, Qom, Dar ro-Ttafsir, 1416.

24. Halabi, Abu Salah, Al-Kafi, Isfahan, Maktabat ol-Imam Amir ul-Mominin, 1403
25. Helli, Ibn Idris, Al-Saraer al-Hawi le-Tahrir al-Fatava, Jeld 3, Qom, moasseseye Nashre Oloom Islami, 1410.
26. Heydari, Seyyed Kamal, La Dharara va La Dharaar, Moasseseye Imam Al-Javad, bi ta.
27. Husseini Haeri, Seyyed Kazem, Fiqh Ol- Oqud, Volume 1, Qom, Majma ol-Fekr ol- Eslami, 1423.
28. Husseini Maraghi, Seyyed Mir Abdul Fattah, al-Anawin ol-Fiqhiyyah, Chap 2, jeld 1, Qom, moasseseye Nashre Eslami, 1417.
29. Irvani, Mirza Ali, Hāshiat ol- Makaseb, jeld 2, Tehran, Entesharat Kia, 1384.
30. Karaki, Muhaqqeq Sani, Jami ol-Maqased fi Sharh el-Ghavaed, 13 Jeld, Qom: Moasseseye Al-ol-Bayt, 1414 .
31. Khuei, Abulqasem, Alejaareh, Jeld 1, Qom, Al-Elamiya, 1365.
32. Khuei, Abulqasem, Misbah ol-Feqahah, jeld 2, Qom, Maktabat ol-Davari, 1377 .
33. Makarem Shirazi, Nasser, al-Ghavaed ol-Fiqhiyyah, Jeld. 1,4, Qom, Madrasat ol-Imam Ali Bin Abi Talib, 1370.
34. Modarresi, Seyyed Hassan, Rasael al-Feqhiyyah, Tehran, Setad Bozorgdasht Panjahomin salgard shahid modarresi, 1408.
35. Mohaghegh Esfahani, Mohammad Hossein, Hashiat ol-Makaseb, Jeld. 1,4,5, Qom, Dar ol- Ehya ol –Torath, 1419.
36. Mousavi Bojnordi, Seyyed Hassan, Al-ghavaed ol-Fiqhiyyah, Jeld. 1, 4, Qom, Nashr ol-Hadi, 1377.
37. Naiini, Mohammad Hossein, Monyat o-Ttalib fi Sharh el-Makaseb, Jeld 3, Qom, Moasseseye Entesharat islami, 1418.
38. Najafi, Mohammad Hassan, Jawaher ol- Kalam fi Sharh Sharaye ol-Islam, Chap 7, Jeld 37, Beirut, Dar ol- Ihya el-Torath el-Arabi, 1362.
39. Rashti, Mirza Habibullah, Kitab ol-Ghasb, Qom, bi ta.
40. Sabzevari, Abdul Aalaa, Mohazzab ol-Ahkam, 30 jeld, jeld 4, Qom, Moasseseye Al-Manar, 1413.
41. Sadr, Mohammad Baqer, Mohazerat Taasisiah, Qom, Dar ol-Sadr, 1431.
42. Safi Golpayegani, Lotfollah, Ta'azir Ahkamohoo wa Hodoodoh, Qom, Daftare Ayatollah Safi Golpayegani, bi ta.
43. Sistani, Seyyed Ali, Minhaj ol-Salehin, jeld 4, Qom, Maktab Ayatollah Sistani, 1415.
44. Sunhour Abd ol-Razzaq, al-Wasit fi Sharh el-Ghanun el-Madani, Cairo, al-Nahzat ol-Arabiyah, 1970.
45. Tabatabaei, Seyyed Ali, Riyad ol-Masail, 16 Jeld, Qom, Moasseseye Al-ol-Bayt, 1416.
46. Tousi, Muhammad Bin Hassan, al-Mabsut fi Fiqh el-Imamiyah, jeld 8, Tehran, al-Maktab ol-Mortazawiyyah le- ehya el-asar el- jaafariyah, 1387.
47. Tunj, Fāzel, Al-Vāfiah fi l-Osool el- Feqh, Qom, Majma ol -Fekr ol-Islami, 1412.
48. Vahid Behbahani, Mohammad Baqer, Hashieh Majma ol-Faedate val-Borhan, Qom, Chap 1, Congreh Bozorgdasht Moqddas Ardabili, 1417.
49. Yazdi, Seyyed Mohammad Kazem, Al-Orwat-ol-Wothgha, Jeld. 5, Qom, moasseseye Nashar Islami, 1417.

*This page is intentionally
left blank.*