

اندیشه اجتماعی ضمان و مسئولیت اجتماعی در فقه امامیه و اهل سنت

ایرج چرخچی^۱، ناصر مریوانی^۲، محمد علی ضیائی^۳

چکیده

فقه اسلامی عهده دار استنباط احکام الهی و پاسخگویی به نیازهای بشری در زمینه قوانین و مقررات فردی و اجتماعی است که در مبحث حقوق عمومی تکالیف فرد در برابر اجتماع، و همچنین ساختار مناسب این روابط، را مشخص می‌سازد و قواعدی چون لاضرر، اتلاف، تسبیب و مباشرت و ... را به یاد می‌آورد. ضمان از جمله مهم‌ترین و بحث‌انگیزترین مباحث علم حقوق است. مهم‌ترین، از این جهت که بیشتر مبتلا به است و بحث‌انگیزترین، به این خاطر که علی‌رغم گستردگی نظرات و نوشته‌ها در این باب، هنوز اختلافات باقی است. اندیشه اجتماعی ضمان تأسیس عرفی و نهادی شناخته شده در جوامع بشری بوده است و منشاء آن، احترام به اموال، حقوقی و دیگر مواردی است که ضمان در آنها ملحوظ می‌گردد و به همین لحاظ در کلیه ادیان و مکتب‌های حقوقی، اصل کلی ضمان به رغم اختلاف در اسباب موجبات آن به رسمیت شناخته شده و مشروع و اثبات گردیده است. بنابراین ریشه تأسیس عرفی ضمان را باید در مقوله مالکیت و سایر حقوق فردی و اجتماعی جستجو کرد که به موجب مصلحت اجتماعی و عدالت مورد قبول انسان‌ها در همه ادوار تاریخی قرار گرفته است. که ثمره نهاد اجتماعی ضمان مولود نظم، امنیت و عدالت اجتماعی است. همچنین تخصصی کردن انواع مسئولیت، نگرش نوینی در علم حقوق به شمار می‌رود. اساساً هدف اصلی در تحمیل انواع مسئولیت‌ها جبران زیان متضرر اعم از فرد یا جامعه است و شاخه‌های تخصصی مسئولیت، امکان این جبران را به بهترین شکل فراهم می‌کند. یکی از انواع مسئولیت که به شکل جدیدی در حال شکل‌گیری و گسترش می‌باشد مسئولیت اجتماعی است. این نوع از مسئولیت در اثر نقض تعهدات اجتماعی پدید می‌آید و با سایر انواع دیگر مسئولیت، به ویژه مسئولیت مدنی و کیفری دارای نقاط اشتراک فراوانی است.

واژگان کلیدی: ضمان، مسئولیت، قاعده لاضرر، قاعده اتلاف، مباشرت و تسبیب.

تاریخ پذیرش مقاله: ۱۳۹۸/۱۰/۲۴

تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۹۸/۰۹/۲۵

^۱ دانشجوی دکتری فقه شافعی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

(Email: irajcharkhchi02@gmail.com)

^۲ استادیار گروه فقه و مبانی حقوق، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

(Email: nasermarivani@yahoo.com)

^۳ دانشیار گروه فقه و اصول، دانشگاه تهران، ایران (Email: ziaey@ut.ac.ir)

مقدمه

لازمه زندگی اجتماعی بشر، داشتن روابط و لازمه داشتن روابط اعضاء جامعه با یکدیگر، وقوع حوادث زیان‌بار می‌باشد. به این جهت زندگی اجتماعی بشر همواره توأم با حوادث زیان‌بار بوده و به تبع آن جبران خسارت زیان‌دیدگان و مسئولیت مدنی مرتکبین فعل زیان‌بار، مطرح بوده است. بنابراین، با توجه به اینکه وقوع حوادث زیان‌بار برای بشر امری اجتناب‌ناپذیر است، مسئولیت مدنی همزاد زندگی اجتماعی انسان است و در این راستا همواره بشر به دنبال وضع قواعدی بوده است که براساس آن مسئولیت و خسارت را به شخص تحمیل نماید که بیشترین نقش را در حادثه زیان‌بار داشته است. لذا از اینرو تمام رسالت انواع مسئولیت‌ها شناسایی چنین قواعدی می‌باشد. «مسئولیت» اصطلاحی است که در سابقه‌ی نیم قرن استعمال دارد. در زبان فارسی به جای کلمه «ضمان» از واژه مسئولیت مدنی استفاده کرده‌اند، مسئولیت به معنای اصطلاحی آن همان التزام شخص به تحمل حکم قهری قانون در قبال رفتاری است که از وی صادر شده است. اما مسئولیت در فقه در باب ضمان مورد بررسی قرار می‌گیرد، ضمان در فقه به‌طور مطلق در معنای مسئولیت اعم از کیفری و مدنی استعمال شده است. عقد ضمان به عنوان یکی از وثایق شخصی از قدیم‌الایام نقش بسزایی در روند معاملات و روابط اجتماعی داشته و امروزه نیز با توجه به روند رشد معاملات داخلی و بین‌المللی نقش مهم خود را حفظ کرده، چرا که پیچیدگی‌های روابط معاملاتی بخصوص در سطح بین‌المللی، بستانکاران را بر آن داشته تا برای صیانت از طلب خود در مقابل خطرات لاوصولماندن آن، از اخذ هرگونه وثایق اعم از شخصی و عینی دریغ نکنند. و در واقع وجود چنین وثایقی باعث رواج معاملات و در نتیجه توسعه امور بازرگانی می‌شود و اما اینکه چه نوع ضمانی بهتر خواهد توانست برای تحقق این اهداف کارساز باشد بسیار مهم است چرا که بر حسب اینکه ضمان مبنی بر نقل ذمه به ذمه باشد یا ضمن ذمه به ذمه روابط فی‌مابین طرفین عقد متفاوت خواهد بود و یکی از مسائل قابل توجه که همواره مورد اختلاف فقها و حقوق‌دانان بوده و هست مسئله ماهیت عقد ضمان می‌باشد. که در این خصوص عده‌ای معتقدند که ماهیت و ذات عقد اقتضای نقل ذمه به ذمه را دارد برعکس عده‌ای معتقدند مقتضای عقد ضمان، ضم ذمه به ذمه است نه نقل ذمه به ذمه.

اندیشه اجتماعی ضمان

ضمان

معنای لغوی

ضمان از لغت «ضَمِنَ» است، مثلاً آب که در کوزه است می‌گویند آب در ضمن کوزه است (تفتا زانی، ص ۱۳۰). در این که لغت ضمان از چه کلمه‌ای مشتق شده اختلاف می‌باشد. برخی از لغویون ضمان را (به فتح ضاد) در مصدر «ضمن» می‌دانند و وجود حرف «نون» در کلیه‌ی مشتقات آن، مانند ضامن، ضمین، مضمون، تضامن و تضمین، موید این ادعاست و چون «ضمن» به معنی طی و خلال چیزی است، ضمان، دلالت به نقل ذمه می‌کند و سبب می‌شود که ذمه مدیون اصلی، ضمن ذمه ضامن قرار گیرد. قول دیگری مطرح می‌شود که ضمان مشتق از ضم است؛ و «الف» و «نون» آن زائد است؛ بنابراین، معنی ضمان، ضمیمه شدن ذمه ضامن به ذمه مدیون اصلی است.

ضمان در لغت بر هر معنی که باشد:

✓ اولاً- از ضمن مشتق است.

✓ ثانیاً - مسئله ضم ذمه یا نقل ذمه، ابدأً به اشتقاق لغت عرب بستگی ندارد، بلکه به عرف و عادات اقوام عرب و غیر عرب (به طور یکنواخت) بستگی دارد.

اما اینکه کدامیک از تعبیر مصدری مزبور، صحیح تر است، با مراجع به کتب معتبر ذیلأ و تفصیلاً بیان می‌گردد.

۱- در کتاب «العین» اثر عبدالرحمن فراهیدی که اولین کتاب لغت به زبان عربی می‌باشد؛ ضامن و ضمین به یک معنی آمده

است (فراهیدی، ص ۱۰۵۴).

- ۲- ابن الاثیر جزری در کتاب «النهایه فی غریب الحدیث والاثار»، می‌گوید «ضمان» ذاتاً به معنای حفظ و حراست معنی شده است (ابن ایثر، ص ۱۰۲).
- ۳- ابن منظور در «لسان العرب» افزون بر معانی مذکور، ضمانت به معنی حفظ نمودن آمده و ظاهراً این استنباط ناشی از اطلاق ضامن بر کفیل است که کفالت، خود با نوعی حفظ قرین می‌باشد. هم‌چنین ابن منظور اطلاق ضامن بر امام را قرینه بر معنی دوم ضمان می‌آورد در حالی که حافظ بودن امام در نماز جماعت یا تصدی حکومت از آثار ضمانت وی به معنی تعهد و التزام او می‌باشد و همواره تعهد و التزام با نوعی حفظ همراه می‌باشد تا آثار ضمان و تادیه خسارت ناشی از آن بر عهده ضامن تعلق نگیرد. امام جماعت عهده دار صحت و بر وظایفش متعهد می‌باشد و در هر دو مورد باید حافظ شرایط صحت و نگهبان عدالت باشند (ابن منظور، ص ۲۶۰).
- ۴- در کتاب «المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر الرافعی» اثر احمد بن محمد بن علی الفیومی آمده و هرگاه «ضمنت المال» به صورت ثلاثی گفته شود بدان معنی است که گوینده ضامن مال شده و آن را بر گردن گرفته است (فیومی، ص ۴۹۸).
- ۵- در قاموس اثر مجدالدین محمد فیروزآبادی چنین آمده است: تضمین او از من به معنی آن است که من او را مدیون نمودم و امر ملتزم به آن شد (فیروز آبادی، ص ۲۴۳).
- ۶- البهوتی الحنبلی صاحب کتاب «کشاف القناع من متن الاقناع» می‌گوید: «ضمان مشتق از ضم است» و در ادامه می‌افزاید: «اگر اشکال شود به اینکه لام الفعل در ضمان «نون» است در حالیکه در ضم «میم» است در پاسخ گفته می‌شود این بخاطر اشتقاق اکبر است؛ و منظور این است که ضمان با توجه به معنای آن در بسیاری از حروف اصلی نیز با «ضم» مشترک است (البهوتی الحنبلی، ص ۳۶۲).
- ۷- در «مجمع البحرین و مطلع النیرین» اثر فخرالدین طریحی ضمان هم به معنی التزام مالی و هم کفالت از شخصی بکار می‌رود. در ادامه آمده برخی کمان می‌کنند ضمان از ریشه «ضم» اخذ شده در حالیکه حرف «ن» از حروف اصلی ضمان است و حذف نمی‌شود (طریحی، ص ۲۷۶).
- ۸- علامه مرتضی زبیدی مؤلف «تاج العروس من جواهر القاموس» می‌گوید: منظور از ضمان، حفظ و رعایت است (زبیدی، ص ۳۴۷).
- ۹- صفی پوری شیرازی در «منتهی الارب فی لغه العرب» ضامن را به معنی تاوان دار و پذیرفتار آورده است (صفی پوری، ص ۴۱۳؛ خلیل جر، ص ۱۰۱۹ و معین، ص ۱۶۱۱).
- ۱۰- در کتاب «معجم المصطلحات و الالفاظ الفقہیه» محمود عبدالرحمن عبدالمنعم نیز «ضمان» در هر دو معنای التزام و کفالت بکار رفته است (عبدالرحمن، ص ۴۱۴).
- ۱۱- شیخ مرتضی انصاری در کتاب «مکاسب» ضمان را بودن چیزی و خسارتش بر عهده شخص ضامن دانسته است (انصاری، ص ۱۴۰).
- ۱۲- کلمه ضمان در نصوص قرآنی نیامده لکن در احادیث به مفهوم لغوی فراوان دیده می‌شود. از آن جمله موارد زیر به عنوان نمونه ذکر می‌گردد.
- ۱- **الامام ضامن** (نهبانی، ص ۵۰۸): این روایت نبوی تعهد به معنی تکلیفی امام را نسبت به صحت نماز مأمومین بیان می‌کند گویا صحت نماز آنان بستگی به صحت نماز امام دارد او متکفل صحت نماز مأمومین خود می‌باشد اثر ضمان در این حدیث هر چند به معنی غرامت مالی نیست لکن نوعی غرامت معنوی و عقاب و مسئولیت را بیان می‌دارد.

۲- **الخراج بالضمان** (همان، ص ۱۰۵؛ ابن ماجه، ص ۷۵۴): خراج عبارت از منافعی است که مشتری در طول مدت قبض مبیع از آن برده و پس از آنکه به دلیل معیوب بودن مبیع آن را به بایع بازگردانده و در مقابل ضمانتی که مشتری در این مدت نسبت به مبیع داشته، مدیون بایع نیست و نباید از بابت آن منافع استیفا شده چیزی به بایع بپردازد. منظور از ضمان مشتری نسبت به مبیع آن است که اگر مبیع، در این مدت تلف می‌شد از مال مشتری تلف شده و از این بابت چیزی بر عهده بایع نبود (ابن نجیم، ص ۱۵۱). به هر حال ضمان در این حدیث به معنی لغوی آن و عهده داری خسارت و مسئولیت مشتری نسبت به مبیع و تلف آن می‌باشد.

۳- **من تطیب و لم يعلم منه طب فهو ضامن** (سیوطی، ص ۱۶۲): طیب غیر حاذق عهده دار مسئولیت عمل خود و متعهد به پرداخت خسارت ناشی از طبابت می‌باشد.

۴- **بل عاریه مضمونه** (عاملی، ص ۱۸۶): رسول خدا (ص) از صفوان بن امیه خواستار هفتاد زره جنگی شد وی گفت: آیا آنها را مجبورم بپردازم؟ پیامبر (ص) فرمود آنها به عنوان عاریه مضمونه دریافت می‌شود.

در این احادیث و نظایر آن واژه ضمان و مشتقات آن به همان معنی لغوی به کار رفته است. با توجه به معانی گفته شده می‌توان در یک جمع بندی بدان نتیجه رسید که واژه ضمان (به فتح ضاد) از ریشه «ضمن» به معنای «التزام»، «به عهده گرفتن» و «تعهد کردن» یا به معنای «اشتمال» و «تضمن» می‌باشد و از ریشه «ضم» به مفهوم «ضمیمه شدن» است. هم‌چنین ضمان در فرهنگ‌های لغت به معانی مختلفی بکار رفته است از جمله: غرامت یا تاوان، جبران زیان، در بر گرفتن؛ لذا با توجه به کاربردهای مختلف ضامن لغت نویسان تحت عنوان کلمات مترادف مفاهیم جامعی را برای آن در نظر گرفته‌اند؛ مانند پیمان، ذمه دار، وعده، کفالت، ضمین، حمیل، زعیم، قبیل، صبیر و قبول مسئولیت.

تعریف اصطلاحی

تعریف اصطلاحی ضمان به معنای لغوی آن خیلی نزدیک است و بطور کلی معادل مفهوم تعهد و بر عهده گرفتن به معنای وسیع کلمه است (شهید ثانی، ص ۱۱۳؛ همو، ص ۲۵۱) که شامل تعهدات قراردادی و تعهدات خارج از قرارداد می‌باشد. پس ضمان در اصطلاح به معنای:

۱- بر عهده گرفتن وام دیگری را ملتزم شدن به اینکه هرگاه کسی بر عهد خود وفا نکرد از عهده خسارت برآید (انصاری، ص ۱۴۰).

۲- به معنای تعهد و التزام گاه به خسارت ناشی از تعهد و التزام قهری (کاتوزیان، ص ۲۰۵).

۳- به معنای عهده گرفتن دین دیگری و یا التزام به آن گاهی تعهد در مقابل نفس.

از تعاریف فوق می‌توان فهمید ضمان در اصطلاح دو معنی دارد.

✓ الف- معنای اعم: و آن تعهد به مال یا نفس ایشان است (شهید اول، ص ۳۶۲).

✓ ب- معنای اخص: و آن تعهد به مال است از شخص بری الزمه (همان).

تعریف ضمان در اصطلاح فقهای امامیه

به عقیده فقهای امامیه، لغت ضمان مشتق از «ضمن» است و وجود حرف «نون» در کلیه مشتقات آن، مویذ این ادعاست و چون «ضمن» به معنی طی و خلال چیزی است، ضمان، دلالت بر نقل ذمه می‌کند و سبب می‌شود که ذمه مدیون اصلی، ضمن ذمه ضامن قرار گیرد. پس عقد ضمان به معنی نقل ذمه به ذمه آمده است (ابن منظور، ص ۲۵۷؛ شهید ثانی، ص ۳۹۲)؛ یعنی به موجب آن و به شرط صحت، ذمه مضمون یا بدهکار بر ذمه ضامن منتقل می‌شود و فرد اخیر در مقابل مضمون له یا طلبکار مسئول و متعهد پرداخت موضوع یا مورد تعهد می‌گردد مثلاً شیخ طوسی در کتاب «الخلاف» خود پس از اشاره به اثر انتقالی ضمان، نام معدودی از فقهای اولیه اهل سنت را که به فقهای امامیه هم نظر بوده‌اند و ضمان را ناقل دانسته‌اند را ذکر می‌کند؛ «هنگامی که ضمان، به درستی واقع می‌شود،

حق از ذمه‌ی بدهکار به ذمه‌ی ضامن منتقل می‌شود و بستانکار حق مطالبه از کسی غیر از ضامن را ندارد. و این نظر گفته‌ی «ابو ثور» و «ابن ابی لیلی» و «ابن شرمه» و «داوود» است (الطوسی، ص ۱۳۳).

هم‌چنین شیخ طوسی از برخی فقهای امامیه که در صورت توافق طرفین، تضامن (ضم ذمه بر ذمه) را صحیح دانسته‌اند نام می‌برد. شهید ثانی در کتاب «شرح لمعه» می‌فرماید: ضمان در نزد ما شیعه مشتق است از «ضمن» و آن قرار گرفتن آنچه در ذمه شخص است و از مال بر ذمه شخص دیگر (شهید ثانی، ص ۳۹۲)، به عبارت دیگر ذمه ضامن متضمن اداء شده و از این جهت نون در ضمان از حروف اصلی بوده و معنی انتقال مال از ذمه‌ای به ذمه دیگر است. محقق عاملی، در این باره می‌گوید: «ضمن در نزد ما، همان طور که علامه حلی در تذکره و شهیدین و دیگران گفته‌اند، مشتق از «ضمن» است؛ زیرا مالی را که در ذمه قرار دارد، ضمن و خلال ذمه دیگری قرار می‌دهد، یا به این علت که ذمه ضامن متضمن حق می‌شود. پس «نون» در این کلمه اصلی و جزء کلمه است. بنابراین، ضمان موجب انتقال مال از ذمه‌ای به ذمه دیگری می‌شود (حرّ عاملی، ص ۱۵۱-۱۵۳؛ الحسینی العاملی، ص ۳۴۸؛ نجفی، ص ۱۱۳)». با توجه به مطالب گفته شده آنچه مورد نظر اکثر فقهای امامیه است، اثر اصلی عقد ضمان، نقل ذمه به ذمه است و بر آن ادعای اجماع شده است؛ و اگر به طور صحیح واقع شود آثار ذیل بر آن مترتب می‌شود:

- ۱- حق و طلب بستانکار و تعهدی که بر عهده بدهکار به نفع بستانکار است بر عهده ضامن منتقل می‌شود.
- ۲- بدهکار اصلی در مقابل بدهی که به نفع بستانکار بر عهده داشت بری‌الذمه می‌شود.
- ۳- شخص بستانکار حق رجوع به بدهکار اصلی را ندارد و حق مطالبه او از بدهکار اصلی، ساقط می‌شود.
- ۴- رابطه‌ی حقوقی بین بستانکار و بدهکار اصلی زایل می‌شود.
- ۵- رابطه‌ی حقوقی بین بستانکار و ضامن برقرار می‌شود.
- ۶- اگر بستانکار بدهکار اصلی را نسبت به بدهی‌اش، ابراء نماید ضامن بری‌الذمه نمی‌شود، لیکن اگر ضامن را ابراء نماید هم ضامن و هم بدهکار اصلی بری‌الذمه می‌شوند.

تعریف ضمان در اصطلاح فقهای اهل سنت

اکثر فقهای اهل سنت عقیده دارند که ضمان موجب ضمّ ذمه بر ذمه است. اما در اشتقاق لغت ضمان به دو گروه تقسیم می‌شوند:

- الف- دسته‌ای که ضمان را از «ضمن یضمن» مشتق می‌دانند و می‌گویند دین مدیون اصلی در «ضمن» ذمه‌ی ضامن قرار می‌گیرد ولی موجب برائت ذمه‌ی مضمون عنه هم نمی‌شود، و به جای یک نفر، دو نفر در مقابل بستانکار متعهد می‌شوند (المرداوی، ص ۱۸۹؛ ابن القیم، ص ۴۹۲) (قول جمهور).
- ب- دسته‌ای که ضمان را مشتق از «ضمن یضم» می‌دانند و می‌گویند به همین دلیل ذمه‌ی ضامن، ضمیمه‌ی ذمه‌ی مضمون عنه می‌شود. در مقابل نظریه‌ی ضم، امامیه، اقلیت از جمهور و حزمیه‌ی ظاهریه می‌گویند ضمان را «ضمن یضمن» مشتق بوده و مفید نقل است به عبارت دیگر فرقه ظاهریه از اهل سنت، ابن ابی لیلی، ابن شرمه، ابو ثور و ابو سلیمان از فقهای اهل سنت با فقهای امامیه در خصوص اثر انتقالی عقد ضمان، هم نظر هستند (علامه حلی، ص ۶۹۳؛ نجفی، ص ۴۰۰؛ حسینی عاملی، ص ۳۴۸-۳۴۹؛ السبحانی، ص ۱۸۸-۱۸۹؛ نووی، ص ۴۴۶؛ ابن قدامه، ص ۳۹۹؛ ابن الهام، ص ۳۸۹؛ شهید ثانی، ص ۲۵۱؛ ابن عابدین، ص ۲۸۱-۲۸۲).

لازم به یادآوری است که در مذاهب فقهی اهل سنت معمولاً ضمان به معنی کفالت به کار می‌رود و اشتغال ذمه کسی نسبت به حق دیگری را ضمان می‌گویند. منظور از این تعریف آن است که ضمان شامل همه موارد اموال، اشخاص و مطالبات گردد. با وجود این برخی از علمای اهل سنت ضمان را به معنی خسارت و درک تفسیر نموده‌اند؛ مانند شوکانی که می‌گوید: ضمان از غرامت شیء تالف است (شوکانی، ص ۳۲۶) و غزالی که ضمان را به معنی تکلیفی و وجوب رد شیء یا بدل آن (مثل یا قیمت) تعریف کرده است (غزالی، ص ۲۰۵) و در مجله الاحکام نیز ضمان به معنی پرداخت مثل یا قیمت است (مجله الاحکام العدلیه، ماده ۴۱۵).

۱- مذهب حنفیه: ضامن را ضم ذمه به ذمه دانسته و بر این باورند که ذمه‌ی ضامن در کنار ذمه‌ی مضمون عنه بدون این که مشغول به دین باشد، قرار می‌گیرد و فقط التزام ولی در مطالبه‌ی حق می‌باشد. یعنی مضمون له حق دارد از ضامن نیز مطالبه‌ی دین نماید. و این در حالی است که برخی می‌گویند مضمون له در مطالبه‌ی دین مخیر است بین این که به مضمون عنه و یا به ضامن رجوع کند (سیواسی و قاضی زاده، ص ۲۸۹-۳۹۰). به هر حال پیروان مذهب حنفیه، دلیلشان بر این که ذمه‌ی ضامن مشغول به دین نمی‌شود، این است که ثبوت دین در ذمه‌ی دیگری دلیل می‌خواهد در حالی که دلیلی وجود ندارد.

و از طرفی هدف از ضمانت ضامن بالا بردن اطمینان مضمون له است از وصول طلب خود و این هدف با ثبوت حق مطالبه از ضامن تامین می‌شود. دیگر نیازی نداریم که ثبوت یک دین در دو ذمه و آن هم در یک زمان، را قبول کنیم، تا مشکل و معذوریت و محال عقلی پیش بیاید.

۲- مذهب مالکی: بر این عقیده هستند که ذمه ضامن همانند ذمه مضمون عنه به دین مشغول می‌گردد اما امام مالک بر آن است که طلب کار نمی‌تواند طلب خود را از ضامن بخواهد مگر در صورتی که مطالبه از مضمون عنه در اثر غایب بودن او یا افلاس و یا انکارش متعذر شود (ابن قدامه، ص ۴۰۹؛ علامه حلی، ص ۷۰۱؛ ابن القیم، ص ۴۹۱-۴۹۲).

۳- مذهب شافعی: که ضامن را به معنی التزام به حق که ثابت در ذمه دیگری است تفسیر نموده است و آن را شامل احضار کسی که حق بر عهده او است یا باز گردان عین مال دیگری (عین مضمونه) دانسته‌اند (شرینی، ص ۱۹۸). بعبارتی دیگر طلب کار می‌تواند از هر یک از ضامن و مضمون له که بخواهد طلب خود را مطالبه کند. و اما این که ثبوت یک دین در دو محل را محال عقلی می‌دانند، جواب می‌دهیم آن چه محال است وجود یک شیء عینی و حقیقی و آن هم در یک زمان می‌باشد نه یک شیء اعتباری در حالی که اشتغال ذمه از قبیل اعتباریات است پس اشتغال دو ذمه به این نحو در آن واحد اشکال عقلی ندارد.

۴- مذهب حنبلی: ضامن را به معنی ضم ذمه ضامن به ذمه غیر در تعهد به حق و التزام به آن تفسیر نموده‌اند. این تعریف دقیقاً بر ضمان عقدی است که صاحب حق می‌تواند برای دریافت حق خود از هر کدام از مدیون و ضامن مطالبه نماید (ابن قدامه، ص ۸۰).

بنابراین می‌توان گفت که فقهای اهل سنت که قائل به ضم ذمه هستند نیز دو گروه تقسیم می‌شوند:

۱- گروه «حنفیه- شافعی- حنابله» که معتقدند طلبکار می‌تواند از هر یک از ضامن و مضمون له که بخواهد طلب خود را مطالبه کند (ابن الهمام، ص ۳۸۹؛ ابن قدامه، ص ۳۹۹).

۲- امام مالک که معتقد است طلب کار نمی‌تواند طلب خود را از ضامن بخواهد؛ بلکه اول به سراغ مدیون اصلی رفته و چنانچه با افلاس و ورشکستگی و یا غائب بودن مضمون عنه مواجه شد به ضامن رجوع نموده و حق را از وی مطالبه می‌نماید (ابن قدامه، ص ۴۰۹).

هم‌چنین عده‌ی زیادی از فقهای اهل سنت اعتقاد دارند که ضم ذمه به ذمه عنصر عقد ضمان است اما نظر به این که نقل ذمه به ذمه نیز در پاره‌ای مصادیق، یک ضرورت اجتناب ناپذیر می‌باشد. برخی از فقهای اهل سنت با تجویز «ضمان به شرط برائت اصیل» بدین نحو که مضمول له با قبول ضامن، ذمه‌ی مضمون عنه را نیز ابراء نماید، ضمان ناقل ذمه را به صورت غیر مستقیم پذیرفته‌اند (جعفری لنگرودی، ص ۱۲۴). البته قول جمهور فقهای اهل سنت ضمان به شرط برائت اصیل را باطل می‌داند (ابن حجر هیثمی، ص ۷۱؛ شرینی، ص ۲۰۸).

با توجه به مطالب گفته شده در اصطلاح ضمان میان فقهای امامیه و فقهای اهل سنت، به نظر می‌رسد هیچ یک از دو گروه در استفاده از دلالت لفظ ضمان بر معنی مورد نظر خود موفق نبوده‌اند؛ نه از آن رو که بعضی حقوقدانان این استدلال را بازی با الفاظ می‌دانند و

اعتباری برای آن قائل نیستند، بلکه به این دلیل که ادعای فقهای اهل سنت مبنی بر اشتقاق ضمان از «ضمن» به علت وجود حرف نون در کلیه مشتقات آن و مشدد نبودن حرف میم مردود است. واژه ضمانت که در فارسی رایج است و بارها در قوانین مدنی، آیین دادرسی و تجارت آمده است به ظاهر در عربی به این معنی وجود ندارد؛ زیرا ضمانت به کسر «ضاد» در کتابهای لغت عرب یافت نمی شود و استعمال آن غلط است و هر چند به فتح «ضاد» به کار رفته است، و استعمال آن صحیح است؛ ولی به این معنی نیست، بلکه به معنای مرض مزمن و بیماری دائم آمده است. از همین رو عده‌ای از فقهای اهل سنت، علی‌رغم دیگران، اشتقاق ضمان را از ضمن پذیرفته‌اند؛ هر چند در عقیده‌ی خود نسبت به ناقل نبودن ضمان، با فشاری می کنند. بنابراین در میان فقهای اهل سنت نیز از نظر ریشه اشتقاق ضمان، اتفاق عقیده وجود ندارد. به علاوه ایشان اشتقاق ضمان را از «ضمن» مانع از افاده ضم ذمه نمی دانند. از طرف دیگر، ضمان بودن ذمه‌ای با ذمه دیگر، آن طور که فقهای امامیه ادعا می کنند، نمی تواند به معنی نقل ذمه باشد؛ چون اگر «ضمن» به معنی «کفل» باشد و کفل نیز در معنای «ضم» استفاده شود، ضمن مفید ضم ذمه است، نه نقل آن. هم چنین ضمن بودن به معنی طی و خلال، با انضمام ذمه‌ها بیشتر مناسبت دارد تا با انتقال آنها؛ چنان که از همین کلمه‌ی ضمن، لغت تضامن ساخته شده است که در افاده‌ی انضمام آن تردیدی نیست. پس با توجه به مراتب فوق، نمی توان گفت که از نظر لغوی، لفظ ضمان با معنای مورد نظر فقهای امامیه و فقهای اهل سنت، مطابقت دارد، بلکه این واژه به تعبیری می تواند مفید یکی از دو معنا باشد.

تعریف ضمان در اصطلاح حقوق دانان

ابتدا باید گفت ضمان از منظر حقوق دانان دارای مفاهیم مختلفی است؛ گروهی معتقد هستند ضمان رابطه‌ای است قراردادی و نتیجه توافقی است که به وسیله آن شخصی که ضمان نامیده می شود نسبت به دین.

گروه دیگری ضمان را یک نوع تعهد تبعی دانسته و گفته‌اند «تضمین به تعهدی اطلاق می شود که تعهدی تبعی یا وثیقه برای دین تخلف یا عدم موفقیت شخصی دیگر باشد».

هم چنین عده‌ای از حقوق دانان، بر این عقیده اند که دخالت شارع در معاملات، در حد حفظ منافع جامعه و جلوگیری از اکل مال بر باطل است، نه آنکه مانع ضم ذمه بر ذمه و یا نقل ذمه به ذمه شود و اظهار نظر مبنی بر این که اقتضای ذات ضمان، نقل یا ضم است و شرط خلاف آن خلاف مقتضای عقد و کتاب و سنت است قابل پذیرش نیست. بلکه ضمان عقدی است که به اقتضای عرف و نوع عقد یا به موجب شرط یا تبانی طرفین، می تواند مفید نقل یا ضم ذمه به ذمه باشد.

ضمان در میان حقوق دانان، به سه معنا به کار می رود:

ضمان عقدی

در حقوق مدنی و قانون موضوعه ایران، ضمان عقدی، خواه نقل ذمه به ذمه و خواه ضم ذمه به ذمه باشد عقدی است عهده‌ی نه تملیکی، زیرا در هر حال ضمان متعهد به اداء دین می شود و مضمون له آن را قبول می نماید قانونگذار نیز در تصریحی که در ماده ۶۸۴ قانون مدنی از عقد ضمان نموده است هم به عقد بودن آن تصریح کرده است و هم وجود تعهد را در آن بیان داشته است چنانچه می گوید «عقد ضمان عبارت است از اینکه شخصی مالی را که بر ذمه دیگری است به عهده بگیرد متعهد را ضمان طرف دیگر را مضمون له و شخص ثالث را مضمون عنه یا مدیون اصلی می گویند». در مورد ماهیت حقوقی عقد ضمان دو تفکر و دیدگاه در این خصوص وجود دارد. گروهی از حقوق دانان و علی‌الخصوص فقهای امامیه معتقدند، با توجه به این که عقد ضمان از عقود احسانانی می باشد و در جایی که نیت انجام کار خیر خواهانه می باشد پس شخص ضمان با نیت خارج نمودن مدیون اصلی از بار بدهی این مسئولیت را تقبل می نماید پس در این صورت بدهی از ذمه مدیون اصلی خارج و او بری الذمه می گردد و ذمه ضمان مشغول می گردد. با این اوصاف ضمان به معنی نقل ذمه به ذمه می باشد. بدین معنی که اگر طلبکار پذیرفت که ضمان بدهی را بپردازد، دیگر او مطلقاً اجازه نخواهد داشت که به مدیون اصلی (مضمون عنه) رجوع نماید. گروه دوم که شامل علمای اهل سنت و نیز غالب سیستم‌های حقوقی کشورهای عربی می باشد معتقدند که عقد ضمان صرف به دلیل تضمین به پرداخت دین توسط مدیون بوده که به

موجب آن در حالتی که مدیون نتواند تمام یا بخشی از بدهی خود را بپردازد، در این حالت طلبکار از ادعاهایی همچون اعسار و غیره مصون بوده و می‌تواند به ضامن و یا هر دو رجوع نماید (جعفری لنگرودی، ص ۱۳۱-۱۳۳؛ کاتوزیان، ص ۲۰۶-۲۰۷).

ضمان قهری

حقوقدانان ضمان را به اعتبار «منبع» آن به «ضمان قهری» و «ضمان قراردادی» تقسیم می‌کنند. ضمان قهری: منشا ضمان قهری واقعه‌ی حقوقی است؛ این واقع ممکن است به صورت ارادی یا قهری واقع شود اما آثار آن با وجود میل مسبب آن واقعه و به حکم قانون، قهراً بر شخص تحمیل می‌شود مانند ضمان ناشی از غصب یا اتلاف (همان، ص ۲۰۵).

ضمان معاوضی (قراردادی)

منشا این نوع ضمان، یک عمل حقوقی است و چون «اصل آزادی ایقاعات» بر خلاف «اصل آزادی قراردادها» در حقوق ایران پذیرفته نشده است و ایقاع نمی‌تواند منبع ضمان و تعهد به طور مطلق قرار گیرد (همو، ص ۲۲۱-۲۲۲)، عمل حقوقی منشاء ضمان، منحصر به قرارداد است. اما این ضمان قراردادی، یا مستقیماً توسط افراد یا طرفین عقد یا توافق ایجاد می‌گردد (عقود ضمان، حواله و کفالت) و یا در نتیجه‌ی پیمان شکنی و تخلف از اجرای تعهدهای قراردادی بر عهده‌ی متخلف قرار می‌گیرد (همو، ص ۲۲۱-۲۲۲). ماهیت عقد ضمان تضمین بدهی مدیون است.

مسئولیت اجتماعی

مسئولیت

«مسئولیت» اصطلاحی است جدید که در سابقه‌ی نیم قرن استعمال دارد. حقوقدانان در زبان فارسی به جای کلمه «ضمان» از واژه مسئولیت مدنی استفاده کرده‌اند و این اصطلاح به منظور سهولت تقسیم‌بندی بین دو نوع خسارت که از احترام به اموال و حقوق و یا رعایت سلامت ابدان و اعراض ناشی می‌شود انجام گرفته است که مسئولیت نوع اول با اعمال حقوقی و مسئولیت نوع دوم با اعمال کیفری محقق می‌گردد (جعفری لنگرودی، ص ۱۳۴).

معنای لغوی

مسئول اسم مفعول از سال، یسال و سوال مصدر آن می‌باشد. هم‌چنین به معنای التزام، لزوم و وجوب پاسخ‌گویی، مصدر جعلی «مسئول» است و بیانگر تکلیف می‌باشد. در فرهنگ لغات مسئولیت به معنی قابل بازخواست نمودن انسان آمده و غالباً به معنی تکلیف و وظیفه و آنچه که انسان عهده‌دار آن باشد تعریف شده است. چنانچه در فرهنگ نوین عربی به فارسی مسئولیت به معنی قابل بازخواست و مسئول به معنی قابل جواب آمده است. بعضی دیگر، یکی از معانی مسئول را کسی دانسته‌اند که فریضه‌ای بر ذمه دارد به طوری که اگر عمل نکند از او بازخواست می‌شود و مسئولیت را به معنای مسئول بودن نسبت به انجام امری آورده‌اند. دهخدا معنی مسئولیت را متعهد، موظف بودن و ضمان دانسته است. گاهی مسئولیت به معنای جمعی و گروهی می‌باشد که به آن مسئولیت مشترک یا مسئولیت گروهی گفته می‌شود.

معنای اصطلاحی

مسئولیت به معنای اصطلاحی آن همان التزام شخص به تحمل حکم قهری قانون در قبال رفتاری است که از وی صادر شده است. عده‌ای با توجه به معنای لغوی، مسئولیت را عبارت از التزام شخص به پاسخ‌گویی اعمال و رفتار خویش در قبال مردم دانسته‌اند که معیار تجلی آن اعمال و رفتاری است که موجب خسارت یا جنایت می‌گردد. هر چند تعریف کامل و جامعی از مسئولیت تاکنون ارائه نشده است ولی اکثر حقوقدانان مسئولیت را به نوعی تعهد و التزام دانسته‌اند. مسئولیت ممکن است بر اثر عمل اختیاری یا الزام قانون ایجاد شود.

معنای فقهی

در کتب فقهی این واژه به عنوان اصطلاحی عام که تمام مسئولیت‌های حقوقی را دربر بگیرد، بکار نرفته است. البته برخی فقها نسبت به اینکه «مسئولیت» در فقه لزوماً اصطلاح «ضمان» است، ایراد کرده‌اند؛ اما مسئولیت در فقه در باب ضمان مورد بررسی قرار می‌گیرد، ضمان در فقه به طور مطلق در معنای مسئولیت اعم از کیفری و مدنی استعمال شده است (جعفری لنگرودی، ص ۱۳۴).

انواع مسئولیت

در یک تقسیم‌بندی سنتی، مسئولیت به دو نوع کلی تقسیم شده است:

۱- مسئولیت اخلاقی، عبارت است از مسئولیتی که قانون‌گذار متعرض آن نشده و تنها ضمانت اجرای درونی و وجدانی داشته و ضمانت اجرایی حقوقی ندارد (کاتوزیان، ص ۱۱؛ جعفری لنگرودی، ص ۵۱۱۵/۶۴۲).

۲- مسئولیت قانونی یا حقوقی، در عالم حقوق مسئولیت به تعهد قانونی شخص بر جبران ضرری که به دیگری وارد کرده است، گفته می‌شود، خواه این ضرر ناشی از تقصیر ایجادکننده‌ی ضرر باشد، یا این که ضرر در اثر فعالیت او به دست آمده باشد (همان، ص ۱۰-۱۱) که خود به چهار زیر شاخه‌ی مسئولیت مدنی، کیفری، اداری و بین‌المللی تقسیم می‌شود؛ البته شاخه‌ی نوینی از مسئولیت در بین انواع مسئولیت‌ها مطرح می‌گردد تحت عنوان مسئولیت اجتماعی، که از معیارهای رفتار مسئولانه در اجتماع، بحث می‌کند.

الف- مسئولیت کیفری، عبارت است از پاسخ‌گویی شخص در برابر مقامات قانونی به جهت ارتکاب جرم، به عبارتی دیگر مسئولیت ناشی از ارتکاب جرایم که مجازات‌های معینی در قانون به آنها مقرر شده مسئولیت کیفری نامیده می‌شود (جعفری لنگرودی، ص ۶۴۲)؛ مسئولیت کیفری در نتیجه‌ی انجام هر فعل ایجاد نمی‌شود بلکه فعل موضوع مسئولیت کیفری می‌بایست فعلی باشد که قبلاً از سوی قانون‌گذار به عنوان عمل ممنوع و جرم اعلام شده باشد.

نتیجه‌ی مسئولیت کیفری تحمل مجازات است که به اشکال گوناگون حبس، پرداخت جریمه، شلاق یا حتی قصاص نفس و عضو ممکن است محقق گردد. در مسئولیت کیفری اگر چه محاکمه شخص به موجب قانون است اما پاسخ‌گویی او نیز به مقامات عمومی و حاکمیت می‌باشد، بنابراین اگر چه ممکن است اشخاص حقوقی هم به عنوان زیان دیده یا مجنی علیه در این جریان حضور داشته باشد اما عدم حضور یا حتی رضایت ایشان در اغلب موارد مانع از تحقق مسئولیت کیفری نخواهد بود. هدف از مسئولیت کیفری تنبیه خطاکار و اصلاح او و پندگیری دیگران است که به دنبال خود مجازات دارد و مجازات در واقع دفاع جامعه و اجتماع در برابر خلاف و تباهی است. منبع این مسئولیت قانونی بودن مجازات است یعنی هر جرمی باید در قانون آمده و مشخص شده باشد. در این نوع از مسئولیت بیشتر عنصر عمد و هم‌چنین شخصیت مجرم مطرح است، لذا نیت و هدف او در تعیین مجازات موثر می‌دانند یعنی با مسئولیت اخلاقی ارتباط نزدیکی دارد؛ بنابراین مسئولیت کیفری با ضمانت‌اجراهایی که دارد، در ایجاد احترام به ارزش‌های اجتماعی با جامعه همکاری دارد ولی مسئولیت اجتماعی، تعهداتی فراسوی قانون و قراردادهای خصوصی را به اشخاص تحمیل می‌کند و زمینه‌ی پیشرفت جامعه را فراهم می‌آورد. مسئولیت اجتماعی، شکل خاصی از مسئولیت حقوقی می‌باشد؛ ولی به معنی الزام نیست.

مسئولیت اجتماعی در مفهوم گسترده‌ی خود قلمرو وسیعی را در برمی‌گیرد که شامل اجتماع انسانی، اقتصاد ملی و حتی بین‌المللی و محیط زیست طبیعی می‌شود و به عبارتی مشتمل بر تمام ابعاد اجتماعی از جمله آموزش و محیط زیست و ارتباط با اشخاص ثالث گرفته تا کار و اداره‌ی شرکت می‌شود.

در مقایسه‌ی مسئولیت کیفری و مسئولیت اجتماعی از حیث قلمرو می‌توان چنین گفت که برخی از مصادیق مسئولیت اجتماعی در شمول مسئولیت کیفری قرار دارد اما برخی دیگر مشمول مسئولیت کیفری نیستند. از سوی دیگر، پاره‌ای از موارد که مشمول ضمانت

اجرای کیفری نیستند شاید براساس قواعد عمومی مسئولیت مدنی جبران خسارت را در پی داشته باشد. بنابراین تبیین این مفاهیم و تفکیک قلمرو آن‌ها از یکدیگر اهمیت دارد که به‌طور خلاصه می‌توان گفت:

۱- برخی از انواع مسئولیت اجتماعی ضمانت اجرای کیفری دارند که در این موارد هر دو نوع مسئولیت بر یکدیگر منطبق می‌شوند.

۲- برخی از انواع مسئولیت اجتماعی، مسئولیت کیفری ندارد اما مسئولیت مدنی در پی دارد. در واقع قانون این گونه موارد را جرم‌انگاری نکرده است اما به لحاظ ضرر ناشی از عملکردها، مسئولیت مدنی برای آن پدید می‌آید.

۳- در پاره‌ای از موارد، مسئولیت اجتماعی ضمانت اجرای کیفری و مدنی ندارد. در حقیقت مسئولیت اجتماعی نوعی مسئولیت فرافانونی را شامل می‌شود.

بنابراین می‌توان گفت که رابطه‌ی منطقی مسئولیت اجتماعی و کیفری از نظر قلمرو به صورت عموم و خصوص من وجه است. یعنی پاره‌ای مصادیق مسئولیت اجتماعی با مسئولیت کیفری بر یکدیگر منطبق هستند و در پاره‌ای از موارد نیز مسئولیت‌ها مستقل از یکدیگر هستند.

■ ب- مسئولیت مدنی، مقصود از مسئولیت مدنی، مسئولیتی است؛ ناشی از خصیصه اجتماعی انسان. در واقع مسئولیت مدنی، حقوق خطاهای مدنی و نقض قواعد حاکم بر روابط مدنی است. با توجه به اینکه انسان موجودی اجتماعی است و لازمه اجتماعی بودن، داشتن روابط است و لازمه استمرار این روابط، عهده‌دار بودن تکالیف و تعیین ضمانت اجرای نقض این تکالیف می‌باشد. نقض تکالیف ناشی از این روابط گاهی موجب لطمه به نظم عمومی است و گاهی موجب لطمه به حقوق سایر اعضا که ضمانت اجرای نوع دوم مسئولیت مدنی است. به عبارتی دیگر مسئولیت مدنی.

عبارت است از الزام به پاسخ‌گویی شخص در برابر سایر اشخاص اجتماع، ملاک و معیار تحقق این نوع مسئولیت ورود زیان یا دست‌اندازی به دارایی دیگران است (کاتوزیان، ص ۲۰۴). بنابراین هرگاه عملی موجب ورود زیان به دیگری شد یا مال ثالث را به‌طور موقت یا دائم از دسترس او خارج کرد امکان تحقق مسئولیت مدنی برای شخص مرتکب وجود دارد به این صورت که شخص ملزم به جبران زیان یا استرداد مال مزبور گردد. تعریف مسئولیت مدنی به جبران خسارت دیگری موجب گردیده که این واژه به موارد نفی ضرر، اتلاف و تسبیب اختصاص یابد و به تعبیر دیگر، مربوط به وقایع حقوقی گردد نه اعمال حقوقی.

با توجه به تعاریف فوق، می‌توان مسئولیت مدنی را به شرح ذیل تعریف نمود: مسئولیت جبران خسارت ناشی از فعل یا ترک فعل زیان‌بار، اعم از اینکه مبنای آن، قانون یا قرارداد باشد و اعم از اینکه فعل مزبور جرم محسوب گردد یا ننگردد و یا وظیفه جبران زیان ناشی از اشیاء، حیوانات تحت حراست، کارگران شخص و یا اشخاصی که او، وظیفه مراقبت از آنها را بر عهده دارد (کاتوزیان، ص ۵۱).

قاعده لاضرر

قاعده لاضرر ناظر به نارضایتی خداوند از ورود ضرر به بندگانش است و در اسلام احکامی که موجب ضرر به بندگان خدا باشد وجود ندارد. در فقه شیعه فقها از اثبات ضمان و لزوم جبران ضرر بر اساس قاعده لاضرر خودداری نموده‌اند؛ شیخ انصاری و میرزای نائینی را می‌توان از این جمع به شمار آورد این فقیهان به صراحت اثبات هرگونه حکم اثباتی هرگونه حکم اثباتی با قاعده لاضرر را نفی می‌کنند و معتقدند تنها مفاد آن نفی حکم ضرری می‌باشد. به عقیده نراقی اثبات ضمان قهری در مصادیق لاضرر احتیاج به دلیل جداگانه دارد (نراقی، ص ۵۵). در فقه اهل سنت؛ به بعد اثباتی حدیث لاضرر توجه بیشتری معمول گردیده و فقهای اهل سنت لاضرر را بعنوان دلیل عام برای اثبات ضمان قهری مورد استفاده قرار داده و قاعده «الضرر یزول» را بر آن مترتب نموده‌اند (سیوطی، ص ۸۳) و برخی آن را امری مسلم بین مذاهب اهل سنت تلقی کرده و بعضی نیز آن را از ضروریات دین بشمار آورده‌اند (سلیمان، ص ۳۸). اهمیت لاضرر در فقه اهل سنت بدانجا می‌رسد که در اثبات ضمان ناشی از اتلاف، به قاعده لاضرر متوسل می‌شوند (کاشانی،

ص ۱۶۵) و مفاد لاضرر آن است که ضرر هرگز مشروعیت ندارد و به هر صورت باید جبران گردد. از این رو فقهای اهل سنت در ضمان ناشی از قاعده لاضرر بین ممیز و غیر ممیز، عامد و خاطی، عالم و جاهل، جدی و هازل، عاقل مجنون و بالغ و نابالغ فرقی ننهاده اند.

حتی استفاده از ملک را برای مالک در صورتی که موجب زیان به دیگری باشد ممنوع دانسته اند.

قاعده اتلاف

اتلاف در اصطلاح فقهی به معنی از میان بردن حالت طبیعی هر شی است به طوری که آثار و منافع خاص خود را از دست بدهد به این ترتیب اتلاف شامل اتلاف به معنی لغوی و افساد می گردد و همچنین اتلاف به دو حالت کلی یا جزئی قابل صدق می باشد.

مفهوم اتلاف

بی گمان هر نوع افساد هر چند جزئی باشد موجب اتلاف نمی گردد و به همین جهت برخی بین اتلاف و افساد تفاوت قایل شده اند (ابن جزئی، ص ۳۶۱) لکن این تفاوت در اثر ضمان ظاهر می گردد که در اتلاف کلی ادای خسارت به گونه ای و در افساد جزئی به گونه دیگر می باشد و در اصل ضمان تفاوتی بین اتلاف کلی و افساد جزئی وجود ندارد. فقهای شیعه در تفسیر اتلاف به دلیل عرفی بودن آن را روا نداشته اند و همچنین ضمان آور بودن اتلاف را از ضروریات شمرده اند و آن را بی نیاز از دلیل دانسته اند (میرفتاح، ص ۳۲۱). در حالی که فقهای اهل سنت از دلیل اولویت و مقایسه آن با غضب برای اثبات ضمان متلف استفاده کرده اند (کاشانی، ص ۱۶۵).

هر چند برخی از فقها در اثبات ضمان متلفات به قاعده لاضرر استدلال نموده اند لکن در ضمان تلف کننده نمی توان ضرر را از مقومات ضمان به شمار آورد. مبنای ضمان تلف کننده احترام به مال می باشد که در شریعت اسلام قرین احترام به خون و جان تلقی شده است (شیخ انصاری، ص ۱۶۵) و معنی احترام به مال دیگران آن است که در صورت اتلاف باید به نوعی جایگزین گردد. فرض کنیم مالی که دارای ارزش واقعی است مانند ساختمان توسط کسی مستقیماً یا تسبیحاً تخریب شود. در حالی که مالک آن خود قصد تخریب و تجدید بنای آن را داشته باشد. در این فرض اتلاف مال موجب ضمان است و با وجود این، ضرری متوجه صاحب مال نگردیده و احتمالی دارد نفع و مصلحت او نیز با اتلاف تأمین شده است. همچنین در صدق اتلاف انجام عمل خاص معتبر نیست و ممکن است اتلاف از عمل سلبی به معنی عدم مراقبت و محافظت به وجود آید. بی گمان در مواردی که شخص مسؤول حفاظت از مالی است و در حفظ آن کوتاهی نماید و مالی تلف گردد هر چند اتلاف با عمل سلبی یعنی عدم فعل صورت گرفته باشد، موجب ضمان خواهد بود.

حتی فقهای مالکی در غیر ید امانی از آنجا که حفظ مال دیگران و نجات آن از نابودی را حتی در صورت عدم رضایت صاحب مال لازم می شمارند ترک محافظت مال دیگران را در صورت تلفه موجب ضمان می دانند (قرافی، ص ۲۰۷).

برخی از نویسندگان معاصر به لحاظ اینکه بیشترین موارد مسؤولیت مدنی همان ضمان متلفات می باشد به پیروی از حقوقدانان که ارکان مسؤولیت مدنی را تحت سه عنوان عمل زیان آور، وجود ضرر و سببیت بین آن دو مطرح نموده اند برای اتلاف نیز دو رکن قایل شده و عمل زیان آور و وجود ضرر را از مقدمات اتلاف شمرده اند (سلیمان احمد محمد، ص ۲۰۸).

در حالی که در تحقق عنوان اتلاف که موضوع ادله ضمان می باشد به فعل زیان آور و تحقق زیان نسبت به مالک نیازی نیست مگر آنکه زیان در هر دو مورد (دو رکن اتلاف) به معنی نوعی و با صرف نظر از وضعیت شخصی مالک تفسیر شود ولی این تفسیر موجب مشکل دیگری در صورت عکس مسأله می گردد و به موجب آن در مواردی که اتلاف با عملی انجام می گیرد که معمولاً زیانبار محسوب نمی شود ولی برای مالک زیانبار می باشد باید ملتزم به عدم ضمان شد. بی گمان این اشکال کمتر از اشکال قبلی نیست.

بی شک اتلاف مال شامل اعیان و نیز منافع می باشد و در مورد حقوق غیر مالی، استناد به قاعده اتلاف مشکل و قابل تردید است. زیرا از یک سوی عبارت متداول در قاعده اتلاف (من اتلف مال الغیر فهوله ضامن) صرفاً مربوط به ضمان مال می باشد و شامل حقوق

غیر مالی نمی‌گردد و از آنجا که اجماع دلیل لبی است فاقد اطلاق برای تعمیم به حقوق غیر مالی است و از سوی دیگر ملاک در ضمان متلفات احترام مال مسلمان است که با تنقیح مناط شامل حقوق نیز می‌گردد و همچنین آنها که ملاک ضمان متلفات را از باب نفی ضرر شمرده اند آن را شامل غیر اموال نیز نموده اند. یکی از قراین شمول ضمان متلفات به حقوق غیر مالی، تعمیم قاعده اتلاف به جزییات می باشد به طوری که فقها از این قاعده در اتلاف اموال و ابدان استفاده نموده اند و واژه جنایت را تنها در اتلاف ابدان (نفس و اعضاء) به کار برده اند.

تالف و متلف

تلف مال در صورتی سبب ضمان است که فعل موجب اتلاف توسط شخص ضامن انجام گیرد و فعل موجب اتلاف از یک سو سبب اتلاف و از سوی دیگر توسط شخص حادث گردد. از اینرو در باب اتلاف باید دو مسأله جداگانه مورد بررسی قرار گیرد.

الف - رابطه علت و معلولی بین فعل موجب اتلاف و شخص ضامن که در این مبحث مورد بررسی قرار میگیرد.

ب - رابطه علت و معلولی بین فعل ضامن و اتلاف به لحاظ دو نوع نسبت که گاه به صورت مباشر و گاه به صورت تسبیب می باشد.

در بررسی رابطه فعل موجب اتلاف و ضامن باید به این نکته توجه داشت که اگر تلف مال با فعل ضامن انجام نگرفته و عوامل طبیعی موجب تلف گردد و عوامل طبیعی مؤثر در تلفی مال تسبیباً قابل استناد به شخص نباشد به هیچ وجه ضمان آور نخواهد بود و در اصطلاح فقهی به آن تالف گفته می شود (شیخ انصاری، ص ۱۴۴).

فقه تالف را از حوزه ضمان خارج نموده و مسئولیت مدنی وی را مردود شمرده اند زیرا ضمان حکم شرعی است و متعلق آن فعل شخص است و در تالف نه به طور مباشر و نه به گونه تسبیب ارتباطی بین تلف و شخص وجود ندارد.

لکن با توجه به موارد مختلف تالف که گاه با آفت مانند بیماری و گاه با عوامل طبیعی مانند سیل و طوفان به وقوع می پیوندد می توان صدق آن را در مورد برخی از افعال آدمی مورد بررسی قرار داد هنگامی که شخص بدون قصد و اراده و در کمال جهل و غفلت عملی غیر اختیاری از او سر می زند و عطسه ناگهانی بدن او را به واکنش و از این حرکت غیر اختیاری خسارتی بر مال دیگری حاصل می شود چه تفاوتی بین این حالت و حالتی که شخص یا اتومبیل بر اثر طوفان با مال دیگری تصادم پیدا می کند و موجب خسارت می گردد و یا حالتی که سنگی بر اثر جدا شدن از قلّه‌ی کوه و فرود آمدن بر روی انسان یا اتومبیل خسارت وارد می‌سازد، وجود دارد؟

هر چند، در فرض مسأله تلفه با عملی که شخص به طور مباشر و مستقیم انجام داده، حاصل گردیده است لکن صحت استناد آن به فاعل به لحاظ نداشتن قصد و اراده قابل تردید می باشد. هر چند می توان این تشکیک را در مورد طفل و دیوانه نیز مطرح نمود و به لحاظ اینکه عمد آن دو از نظر شرع خطا محسوب می شود لکن تحقق ضمان در مورد افعال کودک و مجنون در صورت اتلاف، امری مسلم و از ضروریات فقه محسوب می شود و تنها مخالف در این زمینه فقهای مذهب، ظاهری است که ضمان طفل، مجنون یا مست و بی هوش را به لحاظ فقدان اهلیت اتلافه مردود دانسته و تنها در خصوص بائم به لحاظ مخاطب شرعی بودن او ضمان اتلاف را پذیرفته اند (ابن حزم، ص ۱۹).

به هر حال فقهای اهل سنت در توجیه ضمان ناشی از اتلاف غیر اختیاری و فرق بین صورت اول با دو صورت دیگر مسأله به تقسیم اهلیت متوسل شده و اهلیت وضعی را از اهلیت تکلیفی جدا نموده و نوع اول را با تولد انسان همزاد شمرده اند و رابطه اتلاف را با انسان صرفاً یک رابطه مادی دانسته و در حکم وضعی آن هیچ کدام از شرایط مانند بلوغ، عقل، اراده، علم و قصد را معتبر نشموده اند و این نوع اهلیت را تحت عنوان اهلیت وجوب مانند علل و عوامل طبیعی موجب ترتب آثار و نتایج مالی دانسته اند و آن را در هر انسانی از روز تولد به طور کامل محقق فرض نموده و منشأ همه ی تعهدها و التزام ها و مسئولیت های مدنی وی تلقی کرده اند و در یک کلام بدین ترتیب همه ی انسان ها از کودک یک روزه گرفته تا هر انسانی با هر مرتبه سنی و ادراکی و با هر نوع حالت

شعوری را مخاطب به خطاب وضعی دانسته و در آن شرایط تکلیف را معتبر نشمده اند (کاشانی، ص ۱۷؛ در دیر، ص ۲۹۶). در این میان برخی از فقهای مالکی در مورد اتلاف طفل که از درک عمل خود عاجز می باشد ضمان را نفی نموده و آن را در حکم تالف تلقی نموده اند و حداقل سن طفل غیر مسؤول را دو ماه دانسته اند (سلیمان، ص ۲۳۴-۲۳۸).

اگر ملاک در عدم ضمان اتلاف کودک کمتر از دو ماهه فقدان اراده و قصد و صحت سلب عمل آدمی است، می توان گفت که این ملاک در مورد بسیاری از اعمال بالغ ها هم صادق می باشد و اگر ملاک در ضمان متلفات صدور اتلاف از آدمی است بی شک این ملاک در مورد کودک یک ماهه هم صادق می باشد.

برخی از فقهای اهل سنت ملاک در ضمان متلفات را جبران ضرر دانسته (جوایر) و آن را از باب مجازات (زواجر) نشمده اند و در بیان فرق آن دو گفته اند که خسارت ها (جوایر) به منظور جایگزینی مصالح فوت شده است در حالی که مجازتها (زواجر) صرفاً برای دفع مفسده مشروعیت یا فقه است و از آنجا که ضمان متلفات از باب جوایر و برای جبران حقوق فوت شده الهی یا انسانی است از وی ندارد که جبران کننده گنهکار و مقصر شمرده شود و اهلیت تکلیف داشته باشد (عزالدین عبدالسلام، ص ۵۶).

بنابراین مبنا در اتلاف حاصل از عمل کودک یک ماهه هم باید خسارت وارده به علت احترام مال شخص خسارت دیده جبران گردد. ایرادی که بر این مبنا می توان وارد نمود این است که این ملاک در مورد تالف نیز می تواند صادق باشد و اموالی که توسط حیوانات و یا حوادث طبیعی بدون دخالت انسان تلف می شود به لحاظ حفظ احترام مالکیت باید جبران شود و ناگزیر بیت المال مسئولیت پرداخت چنین خسارت ها را بر عهده خواهد داشت.

جمعی از فقهای شیعه مانند شیخ انصاری ضمان کودک و مجنون را از باب ضمان ید و به استناد حدیث «علی الید ما أخذت حتی تؤدی» اثبات کرده اند و مفاد حدیث را اعم از عین موجود و عین اتلاف شده دانسته و تعلق ضمان بر مال را قرینهی عدم دخالت شرایط تکلیف در استقرار بر ذمه شمرده و متعلق ضمان را اعم از عین و دین تفسیر نموده اند و از این رهگذر ضمان کودک و مجنون را موجه شمرده اند.

لکن این استدلال افزون بر اینکه ضمان ید و ضمان متلف را در موجبات ضمان تفکیک نموده و از دیدگاه عملی ضمان متلف را نفی کرده است از این نظر نیز قابل مناقشه است که مفاد «ما أخذت» در حدیث أخذ قابل استناد می باشد. و ید طفل چند ماده و یا دیوانه فاقد اختیار اراده دارای عنوان «ما أخذت نمی باشد و به دلیل فقدان شعور «یده» آن دو به هنگام اتلاف مال دیگری به شدت ضعیف و غیرقابل صدق عرفی می باشد. به طوری که شیخ انصاری خود بر این نکته اعتراف نموده است (همان، ص ۱۴۳).

به هر حال تفسیر ماهوی و فقهی تفاوت فیما بین تالف و متلفاتی که توسط اشخاص فاقد اراده و اختیار و شعور به وجود می آید بویژه در مورد اعمال کودک نوزاد که اعمالش بیشتر رفلکسی و عکس العملی است، بسیار دشوار می باشد و از آنجا که اکثر فقهای شیعه (همان، ص ۱۶۵-۱۶۶؛ میرفتاح، ص ۳۲۲) و اهل سنت (کاشانی، ص ۱۷) دلیل بر ضمان متلف را قاعده احترام به اموال مسلم یا مسالم دانسته اند و مفاد این قاعده وسیع تر از ضمان ناشی از افعال کودک و حتی شامل تالف نیز می باشد باید در مفاد ادله ضمان متلفات تجدید نظر به عمل آورد و اهلیت خطاب وضعی را به گونه ای معقول و یا به شیوه ای شرعی تفسیر نمود.

به هر حال احترام مال مسلم یا مسالم و همچنین احترام به خون مسلم یا مسالم نمی تواند دلیل ضمان در اموال و ابدان محسوب گردد. برای اثبات ضمان باید یکی از موجبات آن را احراز و به اثبات رسانید.

حوادث طبیعی اموال و ابدان را، به صورت جزئی یا کلی تلف می کنند و موجب ضمان مالی یا دیه نمی شوند و حتی منتسارت مالی و دیه از بیت المال پرداخت نمی شود و نظیر این عوامل قضا و قدر الهی افعال غیر ارادی انسان فاقد شعور مانند کودک و یا با شعور مانند بالغ ها است که بی اختیار از بلندی به روی مال یا انسانی می افتند و موجب خسارت می گردد و یا شخصی خوابیده با حرکت غیر ارادی و فاقد شعور به مال یا بدن خسارت وارد می آورد چگونه می توان او را مسؤول پرداخت خسارت حقوقی یا کیفری دانست؟

برخی از فقها در موارد مشابه کیفری به خاطر شبهه‌ی سببیت قایل به دیه و جمعی به دلیل شبهه‌ی خطا پرداخت دیه را بر عاقله و عده ای نیز دیه را بر عهده بیت المال قرار داده اند. که در این میان نظر چهارمی وجود دارد که رجوع به اصل برائت و نفی دیه می باشد (خویی، ص ۲۲۲-۲۲۳).

مباشرت و تسبیب

فقهای شیعه مهمترین بحث اتلاف را به مباشرت و تسبیب اختصاص داده اند و از آنها که نص خاصی در باب اتلاف وجود نداشته و ضمان متلف را قطعی و ضروری دانسته اند به رابطه علت و معلولی بین فعلی ضامن و حالت اتلاف پرداخته و این رابطه را به دو صورت مباشرت و تسبیب مورد مطالعه قرار داده اند (میرفتاح، ص ۳۲۲).

با توجه به عرفی بودن صدق اتلاف و اینکه عرف در هر دو مورد مباشرت و تسبیب، اتلاف را صادق می شمارد تفکیک بحث مباشرت و تسبیب و بررسی مفهومی و مصداقی جداگانه برای هر کدام از آن دو منطقی به نظر نمی رسد. بحث جداگانه درباره مباشرت و تسبیب در شرایطی مفید بود که نصی در این میان وجود داشت و ما فرضاً در مدلول «من اتلف مال الغير فهو ضامن» بحث می نمودیم که در نگاه اول شامل اتلاف به طور مباشرت است و به طور تبعی شامل تسبیب در اتلاف نیز می گردد. به هر حال هر عملی که از طریق مباشرت یا تسبیب موجب اتلاف گردد، عامل آن ضامن خواهد بود حال به نحو مباشرت باشد یا به طور تسبیب، در اثبات ضمان تأثیری نخواهد داشت زیرا هیچ کدام از این دو عنوان منشأ اثر خاص نمی باشد.

شاید دلیل مورد بحث قرار گرفتن مباشرت و تسبیب آن بوده که گاه تشخیص آن دو به دشواری صورت می گیرد و سلسله علل در برخی موارد آن چنان سریع و پنهانی انجام می گیرد که بر حسب ظاهر مباشرت دیده می شود و گاه شرایط و موانع به گونه ای اتفاق می افتد به گمان تسبیب می آید. بعلاوه تأثیر مستقیم و غیر مستقیم علل و عوامل و ارتباط پیچیده حوادث به صورت تسلسل و احیاناً به ظاهر دورانی به گونه ای است که کار تشخیص مباشرت از تسبیب را مشکل می سازد. بویژه در مواردی رابطه علت و معلولی بین فعل و اتلاف توسط عوامل دیگر قطع می گردد و در ظاهر اثر آن آشکار نمی شود و نیز برعکس، گاه رابطه واقعی است و به ظاهر منقطع دیده می شود بر این پیچیدگی ها باید ویژگی های موردی علل و معلول ها را افزود که دقت بیشتری را در تشخیص مباشرت و تسبیب می طلبد.

این پیچیدگی را در افعال تولیدی به خوبی می توان نگرینست فشار دکمه جریان برق را ایجاد می کند و جریان برق در شرایط خاص موجود تولید جرقه می کند. و جرقه در جو آلوده به گاز یا بنزین تولید اشتغال می نماید و سرایت اشتعال، کالاهای یک انبار را به آتش می کشد. بسیاری از فقها این گونه افعال تولیدی را از مصادیق مباشرت آورده و لکن برخی دیگر آنها را از باب تسبیب موجب اتلاف شمرده اند (نجفی، ص ۵۵).

به هر حال در صدق اتلاف به معنی عرفی، کافی است که رابطه بین فعل و تلف شدن مالی کشف گردد چه این علیت بی واسطه و مستقیم باشد و یا با واسطه و به صورت یک سلسله علل بهم پیوسته باشد.

قابل تردیدی نیست که استناد عرفی اتلاف به فاعل مباشر آن، واضح تر از نسبت اتلاف به علت بعید در تسبیب می باشد لکن این نوع ظهور و خفا در صورت صحت استناد و احراز علیت تأثیری در اصل ضمان و آثار آن نخواهد داشت.

نکته دیگری که در اینجا لازم به تذکر است این است که مبحث مباشرت و تسبیب اختصاص به اتلاف ندارد و در مورد هر کدام از موجبات ضمان قابل بحث می باشد مانند اضرار به مباشرت و ارار به تسبیب، اثبات ید و سلطه بر مال دیگران به طور مباشرت و یا تسبیب، همچنین در مورد حیلوله و حبس المال و یا غرور و سایر موجبات ضمان.

تنها موردی که در باب موجبات ضمان مسأله تسبیب مطرح نمی شود ضمان عقدی است که به جز مباشرت راه دیگری برای ضمان در آن وجود ندارد.

بیشتر فقها بحث مباشرت و تسبیب را در اتلاف بدنی اعم از جرح و قتل آورده اند و به خاطر اهتمام بیشتر به حقوق الناس در حدود و دیات و قصاص به تفکیک آن دو پرداخته اند لکن دلیل عمده طرح مسایل مباشرت و تسبیب در امور کیفری آن بوده که در بسیاری از موارد اعمال کیفری مباشرت و تسبیب حکم جداگانه داشته و گاه آن دو به طور مشترک به وقوع می پیوندد و حتی عواملی که مباشر و سبب نیستند مانند «امر به ارتکاب جرم» خود محکم جداگانه ای دارد (خویی، ص ۲۲۱-۲۶۶) به هر حال تکمیل بحث اتلاف به عنوان موجب ضمان، بررسی مباشرت و تسبیب را می طلبد.

مباشرت در اتلاف

جمعی از فقها مباشرت در اتلاف را به معنی صدور مستقیم فعل موجب اتلاف از فاعل تفسیر نموده اند و قریب به این معنی است تعریف دیگری که جمعی از فقها آورده اند: «ایجاد علت تلف» (نجفی و کاشانی، ص ۱۵۴) و برخی به منظور نفی واسطه به ایصال ابراز اتلاف به محل تلف تعبیر نموده اند (غزالی، ص ۲۰۵).

مجله الاحکام العدلیه مباشرت را چنین تعریف کرده است: اتلاف به طور مستقیم (بالذات) که به شرح اللفظ بیشتر شباهت دارد تا یک تعریف منطقی، شاید وضوح مطلب موجب گردیده که اکثر فقها به جای تعریف به بیان مصادیق مباشرت پردازند (میرفتاح، ص ۳۲۲).

لکن از آنجا که معمولاً در تسبیب مسأله قصد و علم مطرح گردیده برخی از فقها چون صاحب جواهر تعریف مباشرت در اتلاف را به این گونه آورده اند: صدق نسبت اتلاف به موجب علت آن هر چند که قصد ایجاد تلف در میان نباشد (نجفی، ص ۵۵). به این ترتیب مانند فقهای اهل سنت قصد و علم را در صدق مباشرت و اتلاف معتبر ندانسته اند.

این تعریف از دو نظر قابل مناقشه است :

۱- معمولاً معالجه پزشکی از مصادیق اتلاف به طور مباشرت ذکر شده است که اگر در مورد کودک و مجنون بدون اذن ولی و در مورد بالغ بدون اذن وی باشد و یا با وجود اذن در رعایت اصول پزشکی بی احتیاطی کرده باشد وی را ضامن دانسته اند (خویی، ص ۲۲۱-۲۲۴).

در حالی که علت تلف، دارو یا حالاتی است که بر اثر درمان با عمل جراحی با یک یا چند واسطه به پزشک قابل استناد می باشد و گاه پزشک جز دستور، کار دیگری انجام نمی دهد.

۲- بسیاری از اتلاف های مباشرتی که بدون قصد و اختیار و صرفاً به نحو ابزاری از انسان صادر می گردد با وجود شمول تعریف، فاقد ضمان می باشد مانند انسانی که بر اثر طوفان از بلندی می افتد و مال یا انسانی را تلف می کند و یا انسانی بر اثر عطسه غیر اختیاری و یا خواب غیر ارادی صدمه مالی با جانی بر دیگری وارد می آورد. بنابر تعریف باید چنین عملی را موجب ضمان شمرد. در حالی که دلیلی بر ضمان وجود ندارد و اصل برائت حاکم می باشد (همان، ص ۲۲۲-۲۲۳).

در هر حال تعریف مباشرت در اتلاف به نحوی که ذکر شد مورد اتفاق فقهای شیعه و اهل سنت می باشد و اکثریت قریب به اتفاق فقها ایجاد علت اتلاف را هر چنئی غیر اختیاری باشد، موجب ضمان شمرده اند (حسینی عاملی، ص ۲۰۶؛ ابن رشد، ص ۳۱۱؛ ابن قیم جوزی، ص ۲۸۱).

برخی از فقهای اهل سنت علت تفاوت حکم عمد و خطا در احکام جزایی را ماهیت مجازات در این احکام دانسته و از آنجا که فلسفه ضمان مالی جبران خسارت است نه مجازات لذا ضمان مالی را در عمد و خطا یکسان تلقی نموده اند (عزالدین عبدالسلام، ص ۵۶).

تسبیب در اتلاف

به طور کلی ایجاد هر گونه فعلی که منتهی به اتلاف می گردد تسبیب نامیده می شود و تسبیب به لحاظ ابهامی که در مصادیق آن وجود دارد و نیز به خاطر تقدم سبب بر مباشر در موردی که سبب اقوی از مباشر است مورد توجه خاص در مباحث ضمان مالی و ضمان کیفری قرار گرفته است و به منظور تعیین حدود و ضوابط دقیق آن تعاریف متعددی بر آن ذکر شده است که به لحاظ عرفی بودن مسأله و یا اقتباس احتمالی دیدگاه مشترکی بین فقهای شیعه و فقهای اهل سنت در این زمینه دیده می شود. اینک به نقل برخی از این تعاریف ها مبادرت می ورزیم.

۱- محقق حلی و علامه حلی به ترتیب، سبب را چنین تعریف نموده اند: هر نوع عملی که تا به سبب آن حاصل می شود و یا عملی که تلف با آن حاصل می شود.

این دو تعریف در مقایسه با تعریفی که غزالی از سبب ارایه می دهد بسیار مشابه می باشد: ایجاد چیزی که با آن تلف حاصل می شود (غزالی، ص ۲۰۶).

۲- شهید در درس سبب را ملزوم العله و صاحب جواهر (نجفی، ص ۵۴) آن را چیزی که اگر نباشد تلف حاصل نمی شود ولی علت تلف چیز دیگری است، تعریف نموده و این دو تعریف نیز در مقایسه با تعریف عراقی در فروق که سبب را به معنی عاملی که به آن تلف حاصل می شود ولیکن با علت دیگر (قرافی، ص ۲۷) خالی از شباهت نیست که در این تعاریف سبب به معنی مقتضی آمده است.

۳- سبب هر نوع عملی است که عادتاً از حدوث آن انتظار وقوع تلف می رود و تلف در حقیقت اثر عادی قابل انتظار آن فعل می باشد در این تعریف معمولاً قید « قصد ترتب اثر بر فعل » اضافه می شود و علت به مفهوم عرفی منظور گردیده است نه فلسفی.

تمایل به این تعریف در میان فقهای شیعه و اهل سنت از شهرت بسزایی برخوردار می باشد به طوری که می توان آن را از آراء مشترک و متفق علیه به شمار آورد.

۴- سبب، عبارت از هر فعلی است که از آن تلف به وجود آید لکن بین آن فعل و تلف به وسیله عامل دیگر فاصله افتد و در حقیقت آن عامل موجب تلف گردد (حسینی عاملی، ص ۲۰۶).

این تعریف نیز که به طور ضمنی در لابلای مباحث تسبیب در فقه شیعه و فقه اهل سنت یکسان دیده می شود در حقیقت نوعی اعمال دقت در رابطه بین عمل شخص و تلف می باشد که در تسبیب، این رابطه به نحو علت نیست لکن از آنجا که عامل به قصد حصول تلف دست به انجام آن می زند و در شرایطی منجر به حدوث عامل جدید و مؤثر در تلف می گردد می توان آن را بارزترین خصوصیت تسبیب به شمار آورد. بنابر این تعریف تفاوت تسبیب با اعمال مباشر تولیدی کاملاً واضح می گردد زیرا در اعمال تولیدی سلسله علل به گونه ای به هم پیوسته و رابطه علت در میانشان وجود دارد که ایجاد علت اول به معنی ایجاد آخرین علتی است که منجر به اتلاف می گردد. در صورتی که در تسبیب چنین نیست و عمل مسبب ممکن است به تحقق اتلاف منتهی نگردد زیرا مفروض آن است که بین عمل انجام گرفته و اتلاف رابطه علت وجود ندارد. حدوث عامل یا عوامل جدیدی که اتلاف را به وجود می آورند و برای عامل قابل پیش بینی هستند، موجب صدق تسبیب می گردد.

در صدق این نوع تسبیب متعارف بودن حدوث عامل قابل پیش بینی و مؤثر در اتلاف ضروری است به طوری که اگر چنین اتفاقی نادر و احتمال آن ناچیز باشد موجب ضمان نخواهد بود مانند حفر قنات کم عمق که معمولاً افتادن در آن موجب تلف مال یا جان نمی شود در این صورت اگر خسارت مالی یا بدنی به وجود این موجب ضمان نخواهد بود (حسینی عاملی، بجنوردی، ص ۲۸).

۵- عرفی کردن مفهوم تسبیب که در هر دو مکتب فقهی دیده می شود هر چند ما را از تعریف دقیق منطقی بی نیاز می سازد لکن آن را با نوعی ابهام و با مفهومی شناور آمیخته می کند که در بسیاری از مصادیق امکان اختلاف نظر را فراهم می آورد.

در مفهوم عرفی تسبیب در اتلاف همواره فعل ضامن از نوع تمهید مقدمه و به صورت زمینه چینی برای دست یابی به مقصد نهایی است که اتلاف می باشد. مقدمات فراهم آمده به قصد اتلاف هر چند علت تلف محسوب نمی شوند لکن این نکته در مفهوم عرفی تسبیب حائز اهمیت است که اگر تسبیب به عمل نمی آمد و مقدمات انجام گرفته فراهم نمی گردید هرگز تلف نیز به وجود نمی آمد.

با وجود این در مفهوم این جمله که «اگر کار انجام شده به وقوع نمی پیوست اتلاف نیز رخ نمی داد» باید تأمل نمود و از تفسیر فلسفی آن سخت اجتناب ورزید زیرا مفهوم فلسفی این جمله آن است که فعل انجام گرفته (مقدمه چینی) از مقوله مقتضی است نه علت؛ زیرا مقتضی عبارت از عملی است که از انجام آن، نتیجه الزاماً حاصل نمی آید ولی با فقدان آن نیز نتیجه ی مطلوب منتفی می باشد. اگر تسبیب به این گونه تفسیر شود مفهوم عرفی خود را از دست می دهد. و باید بنابر تعاریف گذشته فرق اتلاف مباشر و تسبیبی را در علت بودن اولی و مقتضی بودن دومی خلاصه نمود.

عرفی سازی مفهوم تسبیب باید به گونه ای باشد که ضوابط حاکم بر آن فلسفی و عقلی محض نباشد و نوعی سیلان عرفی در آن امکان پذیر گردد. برای تصحیح جمله مزبور باید آن را به مفهوم عرفی تلقی نمود به این معنی که بدون انجام عمل انجام گرفته (مقدمات) انتظار وقوع اتلاف از نظر عرف ناممکن می نماید و یا حداقل از نظر شخص عامل و مسبب بدون عمل انجام گرفته انتظار دستیابی به مقصد اتلاف متصور نمی باشد.

این تفسیر بدان جهت ضروری است که ممکن است بدون عمل انجام گرفته مقدمات از طریق دیگر علت تلف حاصل گردد و بدون تمهید مقدمات بر اثر عوامل دیگر، اتلاف صورت گیرد.

برای مثال بدون کبریت زدن و آلوده کردن محل با مواد اشتعال زا به خاطر عوامل دیگری مانند گرمای زیاد یا جرقه اتصال برق آتش سوزی و اتلاف مال اتفاق بیفتد.

نتیجه گیری

۱- در بررسی فقهی ضمان گفتیم با وجود اینکه هیچ یک از فقهای امامیه اقتضای اطلاق عقد ضمان را ضم ذمه به ذمه ندانسته اند، اما جمع کثیری از آنها اثر عقد ضمان را در صورت تصریح به ضمن ذمه به ذمه در آن، ضمن دانسته اند. در حقوق مدنی نیز اجماع حقوق دانان این است که اقتضای اطلاق عقد ضمان، نقل است، اما با توافق می توان ضم را حاکم نمود.

۲- و در باب مسئولیت اجتماعی براساس آن چه گفته شد می توان نتیجه گرفت تعهدات اجتماعی که زمینه ساز مسئولیت اجتماعی هستند، فرا قانونی هستند، به عبارت دیگر، مسئولیت اجتماعی زمینه ساز پدیداری برخی از انواع مسئولیت ها می شود که اغلب با ارتقای سطح آگاهی عمومی به صورت مسئولیت مدنی و یا کیفری مورد مطالبه ی جامعه قرار می گیرد. بنابراین در تبیین رابطه ی بین آنان می توان گفت در عرض یکدیگر هستند که هر یک ضمانت اجرای خود را دارند. در عین حال به دلیل آن که مسئولیت اجتماعی ضمانت اجرای قانونی ندارد، در پاره ای موارد از ضمانت اجرای حقوقی، مدنی، کیفری، اخلاقی و اداری بهره می برد اما در هر حال از نظر ماهیت، مسئولیتی مستقل و جداگانه از سایر مسئولیت ها و با دامنه و برد خاص خود دارد که شامل اجتماع در مفهوم گسترده ی خود می شود.

مسئولیت اجتماعی، مسئولیت ناشی از نقض تعهدات اجتماعی است که از نظر مبنایی بودن، غالب مسئولیت ها از آن نشأت می گیرد. به عبارت دیگر زندگی اجتماعی مجموعه تعهدات و مسئولیت هایی را به دنبال دارد که همگی از سنخ مسئولیت اجتماعی است اما جامعه برای هر یک از رفتارها واکنش متناسب با آن را پیش بینی می کند. به همین جهت ضمانت اجرای مختلف از جمله مسئولیت های حقوقی، کیفری، مدنی، اخلاقی و اداری همگی به نوعی از مسئولیت اجتماعی نشأت می گیرند. در تمام نوشته های حقوقی، به چهار نوع مسئولیت پیش گفته اشاره شده است. گویی که از تمام افعال خلاف عرف، قانون و تعهدات، مسئولیت ها به وجود می آید. با توسعه نیازهای بشری، دیگر این گفته به نحو مطلق قابل پذیرش نیست. باید از نوع جدیدی از مسئولیت صحبت کنیم

که هر چند خود از جهتی ریشه‌ی تمامی مسئولیت‌ها است اما هنگام پاسخ‌دهی به آن‌ها باید در عرض سایر مسئولیت قرار گرفته، نوع جدیدی از ضمانت اجرا را برای آن در نظر گرفت.

به طور کلی همه‌ی انواع مسئولیت به نوعی در اصل مسئولیت مشترک هستند. از این رو هر چند دامنه، قلمرو و ضمانت اجرای انواع مسئولیت‌ها با یکدیگر تفاوت دارد اما نقطه‌ی مشترک پذیرش اصل موضوع است. به طبع تفاوت در قلمرو دامنه‌ی مسئولیت نیز ناشی از ماهیت آن می‌باشد. به عبارت دیگر اشتغال ذمه در مسئولیت پدید می‌آید اما به طبع تفاوت‌های ماهوی موجب پدیداری تفاوت در قلمرو و آثار آنان نسبت به یکدیگر می‌شود.

موضوعی که اهمیت دارد این که هدف اصلی در هر نوع مسئولیت حمایت از ارزش‌های اجتماعی است اما تفاوت در میزان ضمانت اجراها شاید لزوماً مبتنی بر معیارهای واقعی و استوار نباشد.

منابع

- ۱- ابن اثیر، النهایه فی غریب الحدیث و الاثر، تم، موسسه مطبوعاتی اسماعیلیان، ۱۳۶۷ ش.
- ۲- ابن الحمام، شرح فتح القدر، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۳۲۹ ق.
- ۳- ابن القیم جوزیه، محمد بن ابی بکر، اعلام الموقعین عن رب العالمین، جده، دار ابن الجوزی، ۱۴۲۳ ق.
- ۴- ابن حجر هیشمی، احمد بن محمد، الفتاوی الکبری الفقیهه علی مذهب امام الشافعی، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۷ ق.
- ۵- ابن حزم، علی بن احمد، المحلی فی شرح المجلی، مصر، اداره الطباعه المنیری، ۱۳۴۸ ق.
- ۶- ابن رشد الحفید، برایه المتجهد و نهایه المقتصد، قاهده، دارالحدیث، ۱۴۲۵ ق.
- ۷- ابن عبد السلام، قواعد الاحکام فی مصالح الانام، قاهره، دارالقری، ۱۴۱۴ ق.
- ۸- ابن قدامه، ابو محمد عبدالله ابن احمد، المغنی فی فقه الامام احمد ابن حنبل الشیبانی، جلد چهارم، بیروت، دارالفکر، چاپ اول، ۱۹۸۵.
- ۹- ابن قدامه، المغنی، مصر، نشر مکتبه القاهره، ۱۳۸۸ ق.
- ۱۰- ابن ماجه، محمد بن یزید، سنن، بیروت، نشر دارالجلیل، ۱۴۱۸ ق.
- ۱۱- ابن منظور، ابوالفضل جمال الدین محمد ابن مکرم، لسان العرب، جلد سیزدهم، قم، نشر ادب الحوزه، ۱۴۰۵ ه.ق.
- ۱۲- ابن منظور، محمّد بن مکرم، لسان العرب، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۱۶ ق.
- ۱۳- ابن نجیم، الاشباہ و النظائر، بیروت، دارالکتب العلمیه، ۱۴۱۹ ق.
- ۱۴- امامی، سید حسن، (۱۳۷۷) حقوق مدنی، جلد دوم، انتشارات اسلامیه، چاپ چهاردهم، مهر.
- ۱۵- انصاری، مرتضی، مکاسب، ایران، نشر قم، ۱۴۱۵ ق.
- ۱۶- انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب (چاپ سنگی)، جلد شانزدهم، موسسه الهادی، چاپ اول، ۱۴۱۸ ه.ق.
- ۱۷- بجنوردی، میرزا حسن، القواعد الفقیهه، جلد ششم، نجف، چاپ دوم، ۱۳۹۱ ه.
- ۱۸- بجنوردی، حسن، القواعد الفقیهه، قم، نشر الهادی، ۱۳۷۷ ش.
- ۱۹- بنهانی، یوسف بن اسماعیل، الفتح الکبیر، بیروت، دارالفکر، ۱۴۲۳ ق.
- ۲۰- تفتارانی، مسعود بن عمر، مختصر المعانی، قم، دارالفکر، ۱۴۱۱ ق.
- ۲۱- الجزیری، عبدالرحمن، الفقه المذاهب الاربعه، جلد سوم دارالاحیاء التراث العربی، چاپ هفتم، بیروت ۱۹۸۶ م.
- ۲۲- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۶) ضمان عقدی در حقوق مدنی، کتابخانه گنج دانش، چاپ اول.
- ۲۳- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ترمینولوژی حقوق، تهران، گنج دانش، ۱۳۹۷ ش.
- ۲۴- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، ضمان عقدی در حقوق مدنی، تهران، گنج دانش، ۱۳۹۳ ش.
- ۲۵- حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه الی تحصیل مسائل الشریعه، جلد سوم، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی، بی تا، باب سوم.
- ۲۶- حسینی، مراغی، میر علا الفتاح بن علی، العناوین الفقیهه، قم، النشر الاسلامی، ۱۴۱۷ ق.
- ۲۷- حسینی عاملی، اسید محمد جواد، مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، قم، موسسه النظر الاسلامی، ۱۳۹۱ ش.
- ۲۸- حسینی عاملی، سید محمد جواد، مفتاح الکرامه فی شرح العلامه، جلد پنجم، موسسه آل البيت لاحیاء التراث، بی تا.

- ۲۹- حلی، فخرالدین ابی طالب محمد (فخر المحققین)، ایضاح الفوائد فی الشرح القواعد، جلد دوم، قم، بی تا، ۱۳۸۰ ه.ق.
- ۳۰- خلیل جری، فرهنگ لاروس (عربی-فارسی)، تهران، امیرکبیر، ۱۳۹۱ ش.
- ۳۱- خوئی، سیدابوالقاسم، مبانی عروه الوثقی، کتاب المسافه، قم، چاپ اول، ۱۴۰۹ ه.ق.
- ۳۲- الدزدری، احمد بن محمد، الشرح الکبیر، قم، احیاء الکتب العربیه، ۱۳۵۸ ق.
- ۳۳- زبیدی، محمد مرتضی، تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت، دارالفکر، ۱۴۱۴ ق.
- ۳۴- سلیمان، احمد محمد، ضمان المتلفات فی الفقه الاسلامی، مصر، الساده قاهره، ۱۹۹۰ م.
- ۳۵- السنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسی فی شرح القانون المدنی الجدید، جلد دهم، دوره ی ده جلدی، قاهره، دارنهضه العربیه، ۱۹۷۰.
- ۳۶- سیوطی، جلال الدین، الاشباء و النظائر، بیروت، دارالکتب العربی، ۱۴۰۷ ق.
- ۳۷- شربینی الشافعی، محمد، مغنی المحتاح الی معرفه معانی الفاظ المنهاج، بیروت، دار الکتب العلمیه، ۱۴۱۵ ق.
- ۳۸- شهید ثانی، زین الدین الجعلی العاملی، الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه، مرکز النشر، مکتب الاعلام الاسلامیه، چاپ هشتم، تابستان ۱۳۷۳.
- ۳۹- شهیدی، مهدی، (۱۳۸۰) تشکیل قراردادها و تعهدات، انتشارات مجد، چاپ دوم.
- ۴۰- شهیدی، مهدی، (۱۳۸۱) سقوط تعهدات، انتشارات مجد، چاپ پنجم (چاپ اول مجد).
- ۴۱- شوکانی الیمنی، محمد، نیل الاوطار من اسرار منتفی الخیار، مصر، دارالحدیث، ۱۴۱۳ ق.
- ۴۲- الطوسی، محمد بن حسن (شیخ ابی جعفر)، کتاب الخلاف، جلد دوم قم، شرکه دارالمعارف الاسلامیه، مطبعه الحکمه، بی تا.
- ۴۳- علامه حلی، جمال الدین حسن ابن یوسف حلی، تذکره الفقها، جلد دوم، متبه المرتضویه، بی تا.
- ۴۴- فراقی، فاضل، عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال و الاحرام، قم، نشر مکتب الاعلام الاسلامی، ۱۳۷۵ ش.
- ۴۵- فیروزآبادی، محمد بن یعقوب، القاموس المحیط، بیروت، الرساله للطباعه و النشر و التوزیع، ۱۴۲۶ ق.
- ۴۶- فیومی، احمد بن محمد، المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی، قم، موسسه دار الحجره، ۱۴۱۴ ق.
- ۴۷- قراقی، احمد بن ادريس، الفروق، بیروت، نشر عالم الکتب، بی تا.
- ۴۸- کاتوزیان، ناصر، الزامهای خارج از قرارداد (ضمان قهری)، مسئولیت مدنی، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۶ ش.
- ۴۹- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی عقود معین، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۴ ش.
- ۵۰- کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، تهران، گنج دانش، ۱۳۹۵ ش.
- ۵۱- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۳۳) «مقاله اثر عقد ضمان ۲»، مجله کانون و کلا، شماره ۳۷، فروردین و اردیبهشت.
- ۵۲- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۲) حقوق مدنی، نظریه عمومی تعهدات، نشر میزان، زمستان.
- ۵۳- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۲) عقود معین، جلد چهارم، شرکت سهامی انتشار با همکاری بهمن برنا، چاپ چهارم.
- ۵۴- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۵) دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی قرارداد- ایقاع، شرکت سهامی انتشار، چاپخانه بهمن، چاپ یازدهم.
- ۵۵- کاشانی، مجلهالحکام العدلیه، استامبول، ۱۸۸۲ م.
- ۵۶- محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن، شرایع اللام فی مسائل الحلال و الحرام، قم، و موسسه اسماعیلیان، ۱۳۸۵ ش.
- ۵۷- محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین، جعفر بن حسن، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، جلد دوم، نجف، مطبعه الاداب، بی تا، ۱۹۷۱.
- ۵۸- المرادوی، علاء الدین، الانصاف فی معرفه الراجح من الخلاف المرادوی، بیروت، التراث العربی، ۲۰۱۰ ق.
- ۵۹- معلوف، لويس، المنجد فی الغهه و الاعلام، بیروت، ۱۹۳۱ م.
- ۶۰- معین، محمد، (۱۳۶۳) فرهنگ فارسی معین، جلد دوم، تهران، موسسه انتشارات امیرکبیر، چاپ ششم.
- ۶۱- معین، محمد، فرهنگ فارسی معین، تهران، نشر امیرکبیر، ۱۳۵۱ ش.
- ۶۲- موسوی بجنوردی، سید محمد، (۱۳۸۰) مجموعه مقالات فقهی، حقوقی، فلسفی و اجتماعی، موسسه چاپ و نشر عروج پژوهشکده امام خمینی (ره) و انقلاب اسلامی، چاپ اول.
- ۶۳- موسوی خوئی، ید ابوالقاسم، مبانی تکلمه المنهاج، نجف، نشر الاداب، ۱۴۲۲ ق.
- ۶۴- نائینی، میرزا حسین، حاشیه بر عروه الوثقی، الجزء الثاني، چاپ شده با اصل کتاب، صیدا، بی تا.
- ۶۵- نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، جلد بیست و ششم، بیروت، دارالحیا التراث العربی چاپ هفتم.
- ۶۶- نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، قم، ناشر جامعه مدرسین قم، ۱۲۶۲ ق.
- ۶۷- نووی، ابی زکریا یحیی الدین یحیی بن شرف، المجموع شرح المذهب، جده، مکتبه الارشاد، بی تا.