

مفهوم عمل غیرمجاز در نظام حقوقی ایران با نگاه تطبیقی به فقه و حقوق رومی^۱

علمی - پژوهشی

اسماعیل کشاورز صفی ئی *

چکیده:

در حقوق رومی نخستین بار عمل غیرمجاز (خطا) بر پایه نقض تکلیف زیان زننده در اثر ارتکاب فهرستی از اعمال غیرقانونی ممنوعه یا نقض استانداردهای کلی رفتاری پدیدار شد. در نظام فقهی عملی که نتیجه یا پیامد آن نقض یا تجاوز به حق (حق الله یا حق الناس) باشد، حسب مورد موجب عقوبت یا ضمان خواهد بود. نقض حق الناس در فقه اصولاً در اثر ارتکاب اعمال غیرمجاز محقق می‌شود. عمل غیرمجاز در نظام فقهی با تقصیر معنای مشترکی دارد و تحت دو عنوان تعدی (فعل ما لایجوز فعله) و تفریط (ترک ما لایجوز ترکه) صورت بندی شده است و بر خلاف حقوق رومی متکی بر نقض حق زیان دیده است نه نقض تکلیف زیان زننده. در حقوق ایران تضادی بنیادین در این زمینه حاکم است چرا که مفهوم و مصادیق عمل غیرمجاز و تقصیر در قانون مدنی و مجازات اسلامی ملهم از نظام فقهی بر پایه نقض حق است بر خلاف مفهوم تقصیر در قانون مسئولیت مدنی که متأثر از حقوق رومی بر اساس نقض تکلیف، استوار است. عمل غیرمجاز در نظام حقوقی ایران می‌تواند شامل سه دسته از اعمال غیرقانونی، غیر ماذون و نامتعارف باشد.

کلید واژه‌ها:

غیرمجاز-خطا-تقصیر-تعدی-تفریط

تاریخ پذیرش: (۱۴۰۲/۰۵/۰۶)

^۱ تاریخ وصول: (۱۴۰۱/۰۹/۱۳)

*استادیار گروه حقوق، واحد قزوین، دانشگاه آزاد اسلامی، قزوین، ایران. (نویسنده مسؤول)

keshavarzsmail@gmail.com

۱- مقدمه:

مطالعه دقیق مواد قانون مجازات اسلامی حاکی از این مطلب است که یکی از شرایط اساسی احراز رابطه سببیت و تحمیل بار مسئولیت جبران خسارت در این قانون، لزوم غیرمجاز بودن فعل زیانبار ارتكابی است به نحوی که ماده ۵۳۶ صراحتاً مجاز بودن عمل زیانبار را مانع ضمان فاعل آن شمرده است. قانونگذار در مواد مختلفی از قانون مجازات اسلامی نظیر مواد ۵۳۵، ۵۳۴، ۵۱۷، ۵۱۶، ۵۱۲، ۵۱۱، ۵۰۷، ۵۰۴ و ۵۳۶ از اصطلاح عمل غیرمجاز استفاده نموده است و این پرسش مطرح می‌شود که منظور از این مفهوم و خاستگاه آن چیست؟ آیا اصطلاح غیرمجاز مورد اشاره در این مواد با مفهوم تقصیر یکی است؟ مفهوم تقصیر را به جرات می‌توان غامض‌ترین و چالش‌برانگیزترین مفهوم در تمام نظام‌های حقوقی در زمینه مسئولیت مدنی دانست. این پیچیدگی در نظام حقوقی ما به دلیل اقتباس از دو نظام حقوقی رومی و فقهی که رویکرد کاملاً متفاوتی نسبت به مبانی مسئولیت مدنی دارند، چشمگیرتر است. چرا که مفهوم تقصیر، جایگاه و خاستگاه آن در نظام جبران خسارت در فقه و حقوق رومی کاملاً متفاوت است و همین تفاوتها به نوعی به نظام حقوقی ما نیز رسوخ نموده است. علاوه بر این برداشتها و تفسیرهای نادرست از مفهوم تقصیر، جایگاه آن در نظام فقهی و حقوق رومی بر سردرگمی و ابهام این مفهوم و جایگاه آن در نظام حقوقی ایران دامن زده است. اغلب این برداشت‌های نادرست ناشی از همسان‌پنداری مفهوم تقصیر در نظام فقهی با مفهوم تقصیر در حقوق رومی است. قانونگذار در مواد ۳۳۳، ۳۳۴ و ۳۳۵، ۹۵۱، ۹۵۲ و ۹۵۳ قانون مدنی، مواد ۷۱ و ۱۲ قانون مسئولیت مدنی و مواد ۱۴۵، ۵۲۲، ۵۱۹، ۵۲۸، ۴۹۵ ق.م.ا از واژه تقصیر استفاده نموده و این پرسش جدی را به میان آورده است که معنای مورد نظر قانونگذار از مفهوم تقصیر در مواد مذکور، معنای فقهی کلمه است یا رومی؟ تا کنون در آثار و پژوهشهای حقوقی توجه چندانی به مفهوم عمل غیرمجاز مورد اشاره در قانون مجازات اسلامی و منشا اقتباس آن نشده است. همچنین پژوهشهای حقوقی تا کنون به مقوله ارتباط مفهومی بین دو اصطلاح عمل غیرمجاز و تقصیر نپرداخته‌اند و همین امر ضرورت پژوهش جدی در این زمینه را بیش از پیش نمایان می‌سازد. در این مقاله در صددیم تا ضمن بررسی و موشکافی دقیق مفهوم و معیار عمل غیرمجاز و منشا اقتباس آن در قانون مجازات اسلامی، به تحلیلی بدیع در خصوص معنای متفاوت تقصیر در حقوق رومی و نظام فقهی و ارتباط آن با مفهوم عمل غیرمجاز بپردازیم.

۲- مفهوم شناسی:**۲-۱- مفهوم عمل غیر مجاز و تقصیر در نظام حقوق رومی ژرمنی:**

در حقوق رومی می‌توان مفهوم خطا را معادل با مفهوم عمل غیرمجاز به شمار آورد. مفهوم خطا در

این نظام حقوقی بر خلاف تصور برخی حقوق دانان، مترادف با تقصیر نیست و این دو واژه را نمی توان یکی گرفت. بر همین اساس در این بخش به بررسی مجزای این دو مفهوم در حقوق رومی خواهیم پرداخت.

۲-۱-۱- مفهوم عمل غیر مجاز:

مفهوم عمل غیرمجاز در حقوق رومی با مفهوم خطا حقوق و فلسفه اخلاق گره خورده است. مفهوم خطا را می توان دیرپا ترین مفهوم در زمینه مسئولیت مدنی و کیفری به شمار آورد. در واقع در حقوق رومی، مسئولیت مدنی و کیفری از دیرباز تاکنون برپایه انتساب ضرر به یک فعل غیرمجاز (خطا) بوده است تا بتوان برپایه آن مسئولیت به جبران آن خسارت را بر عهده فردی گذاشت که مرتکب فعل غیرمجاز یا خطا گردیده است. بر همین اساس است که مسئولیت مدنی در این دسته از نظام ها به مانند مسئولیت کیفری واجد جنبه تنبیهی است و خطا کار با تحمل بار جبران خسارت، تنبیه می شود. تحمیل بار مسئولیت (مدنی یا کیفری) به یک رفتار انسانی بر خلاف حوادث طبیعی با صحیح و به هنجار بودن رفتار ضرر آفرین قابل جمع نیست. چراکه به هنجاربودن یک کنش رفتاری نمی تواند با واکنشی در قالب مسئولیت مدنی یا کیفری مواجه شود. این مسئله در نظام های اخلاقی و متعاقباً در نظام های حقوقی تحت عنوان مفهوم عمل غیرمجاز (خطا) مورد شناسایی قرار گرفته است. مفهوم خطا در نظام های حقوقی متأثر این مفهوم در مکاتب اخلاقی بوده است (بابایی-کشاورز-۱۳۹۷: ص ۲). از دوران پساکلاسیک روم باستان اولین تلاشهای حقوق دانان در زمینه تحلیل و شناسایی مبانی و ریشه های شناسایی اعمال غیرمجاز (ممنوع) و تعیین ضمانت اجرای نقض آنها شکل گرفت حاصل این تلاشها در حقوق رومی پیدایش نظریه حقوقی تعهدات^۱ توسط گایوس-حقوقدان و فیلسوف رواقی رومی-بود. گایوس در سال ۱۳۵ قبل از میلاد در کتاب انستیتو^۲ از منابع دوگانه تعهد سخن به میان آورد: ۱- عقد ۲- خطا^۳ (دیسچمکر-۲۰۱۲: ص ۲). اعمال غیرمجاز یا خطا (بدون تفکیک مدنی یا کیفری بودن آن) در حقوق روم باستان به مانند سایر جوامع ابتدایی نظیر بابل و بنی اسرائیل، فهرستی از اعمال ممنوعه و ناقض هنجار مورد توافق اجتماعی بودند که در الواح دوازده گانه، قوانین حمورابی یا تورات به عنوان مصداقی از اعمال ممنوعه درج شده بودند (گرهارد-۱۹۵۵: ص ۴-۱۶، امین-۲۰۱۲: ص ۳۶۷).^۴ پس از گایوس، ژوستینین در کتاب انستیتو^۵ در عبارت ۳، ۱، ۳، ۲ ل. عناوینی را که

^۱ ۱-Obligation

^۲ ۲-Institutes

^۳ ۳-Delict

^۴ - جهت آشنایی بیشتر در این زمینه مراجعه شود به : کشاورز اسماعیل- ساختار مسئولیت مدنی- انتشارات مجد-۱۳۹۸- ص ۳۱-۴۷

^۵ ۵-Institutiones

گایوس در طبقه سوم خود قرارداد داده بود، تحت دو عنوان مجزای شبه عقد^۱ و شبه خطا^۲ قرار داد و بدین ترتیب طبقه بندی منابع تعهدات را از تعهدات سه گانه به تعهدات چهارگانه تغییر داد: دسته اول تعهدات ناشی از قرارداد، دسته دوم تعهدات ناشی از آنچه شبیه قرارداد است (شبه عقد)، دسته سوم تعهدات ناشی از خطا و دسته چهارم تعهدات ناشی از شبه خطا (بیرکز-۱۹۹۵: ص ۳۱). خطا در بردارنده اعمال غیرمجاز یا نامشروعی است که شخص مستقیماً و با اراده خود مرتکب می شود. اما شبه خطا اعمال نامشروعی یا غیرمجازی است که توسط اشیاء یا اشخاص دیگر (غیر از فرد مسئول) صورت می گیرد اما مراقبت و مسئولیت نگهداری اشیاء یا اشخاص بر عهده مسئول است (بیرکز-۲۰۱۴: ص ۶)

۲-۱-۲: مفهوم تقصیر:

در زمان گایوس، نوعی چرخش و جابجایی در مفهوم عمل غیرمجاز (خطا) از یک رفتار غیر قانونی وضعیتی^۳ یا سببی محض به یک رفتار غیر قانونی سرزنش آور پدید آمد (دیسچمکر-۲۰۱۲: ص ۱۶). وی با اضافه کردن عنصر تقصیر^۴ به مفهوم خطا، اعمال غیر قانونی را به دو دسته متکثر فراهم نمود: ۱- اعمال غیر قانونی خطایی و ۲- اعمال غیر قانونی شبه خطایی (دیسچمکر-۲۰۰۹: ص ۴۷) در واقع مفهوم خطا (عمل غیرمجاز) که تا پیش از پیدایش تقصیر مبتنی بر ارتکاب اعمال ممنوعه فهرست شده در قوانین به عنوان ناقض هنجارهای مورد وفاق عمومی بود، با ظهور مفهوم تقصیر واحد عنصر معنوی-اخلاقی نیز گردید. مفهوم تقصیر با حاکمیت مذهب مسیحی تحت مفهوم گناه^۵ مورد تأیید قرار گرفت و بعدها از سوی نظریه پردازان حقوق طبیعی (بویژه دوما و گروسیوس) دقیقاً یک قرن پیش از انقلاب فرانسه تحکیم شد (تنک-۱۹۷۹: ص ۱۰۵۲). بدین ترتیب تحت تأثیر مفهوم تقصیر، خطا (عمل غیرمجاز) در ساختار حقوق رومی به معنای نقض تقصیرآمیز تکلیف پیشین تعریف شده است (بیرکز-۱۹۹۵: ص ۴۵، -ذیمرن-۱۹۹۶: ص ۱۰-۲۴، -ماکس کاسر-۱۹۸۳: ص ۷۳). تمرکز ساختارگرایانه حقوق رومی بر مفهوم نقض تکلیف و مسئولیت مدنی به مثابه تکلیف ثانوی، برخاسته از اندیشه وظیفه گرایی^۶ به عنوان رویکرد اخلاقی رومی-مسیحی مسلط بر جغرافیای فلسفه اخلاق اروپای قاره ای از افلاطون تا کانت است (استفن-۲۰۰۷: ص ۱۸). رویکردی که معتقد به وجود قواعد

^۱ - Quasi ex contractu

^۲ - Quasi ex delicto

^۳ - Casus

^۴ - Culpa

^۵ - Sin

^۶ - Deontology

رفتاری پیشینی^۱ و مقدم برای انسان در حین ارتکاب عمل است (همان-ص ۱۹، سیمون-۱۹۹۶: ص ۲۷۶-۲۸۰). در همین راستا جهت احراز تقصیر و انتساب ضرر به فعل خطا، توجه و تمرکز بر دو عنصر بسیار مهمی یعنی اراده و قصد (نیت) در حقوق رومی مورد اهمیت قرار گرفت. زیرا خطاهایی تقصیر آمیز (سرزنش پذیر) محسوب می‌شدند که مرتکب آن دارای اراده و قصد باشد (اییتسون-۲۰۰۳: ص ۴۷۵-۴۹۵). یعنی به معنا و پیامدهای عمل خود واقف باشد. بدین ترتیب بود که مفهوم عمل غیرمجاز (خطا) با مفهوم تقصیر در حقوق رومی در هم آمیخت و یکی انگاشته شد. به گونه ای که با جایگزینی واژه فول^۲ به جای واژه خطا^۳ و تقصیر^۴، بسیاری از حقوقدانان (نظیر پلانپول، ریپر، ژنی، ساواتیه) واژه های تقصیر و خطا را مترادف شمرده و در تعریف تقصیر از عبارت نقض تکلیف پیشین استفاده می نمایند (تنک-ص ۱۳، ریپر-۱۹۰۹: ش ۴). درحالی که همانطور که اشاره شد این تعریف مربوط به معنای خطا است نه تقصیر. همین مساله موجب سوء برداشت در حقوق ایران نیز گردید به گونه ای که حقوق دانان ما نیز در آثار و نوشته های خود تحت تاثیر اندیشمندان فرانسوی، مفاهیم خطا و تقصیر را مترادف شمرده و یکی می انگارند. (کاتوزیان-۱۳۹۲: ص ۱۶۸، بابایی-۱۳۹۴: ص ۱۳۲، صفایی-۱۳۹۶: ص ۱۵۲-۱۵۳). در حال حاضر نیز با وجودی که مفهوم تقصیر تحت تاثیر حملات طرفداران نظریه خطر از جنبه های ذهنی-اخلاقی خود فاصله گرفته و به رویکردی عینی-عرفی متمایل گردیده است، کماکان تمرکز این مفاهیم بر روی فعل زیان زننده (عمدی یا بی احتیاطی) و نقض تکلیف وی می باشد با این تفاوت که به جای عنصر سرزنش پذیری و واکاوی ذهنی زیان زننده جهت احراز آگاهی او از معنا و پیامدهای عمل، به معیار عینی و عرفی انسان معقول و متعارف توسل جسته و تجاوز از رفتار نوعی انسان متعارف را به عنوان نقض تکلیف و مبنای مسئولیت می داند (ژوردن-۱۳۹۴: ص ۷۱-۷۶). به عبارت دیگر علی رغم چرخش مفهوم تقصیر از بُن مایه های اخلاقی به سمت عرفی شدن، کماکان خطا واجد رویکردی تعهد-محور و متمرکز بر فعل زیان زننده است چراکه معتقد به وجود نوعی تعهد عرفی پیشین برای انسان متعارف و لزوم رعایت آن از سوی فرد زیان زننده در حین ارتکاب فعل زیانبار است.

۲-۲: مفهوم عمل غیرمجاز و تقصیر در نظام فقهی:

مفاهیم عمل غیر مجاز و تقصیر در نظام فقهی با یکدیگر گره خورده است. معیار مباح یا غیرمجاز بودن عملی در فقه اسلامی، بستگی به مصلحت یا مفسده ای دارد که به عنوان پیامد آن عمل منتج

^۱ -Priori Rules

^۲ -Fault

^۳ - Delict

^۴ - Culpa

می‌شود. این مسئله گویای رویکرد اخلاقی غایت‌گرا یا نتیجه‌گرایانه در نظام فقهی است (تقدیسی - ۱۳۸۹: ص ۱۶۱، شیروانی - ۱۳۷۸: ص ۳۸ تا ۴۳، شیخ طوسی - ۱۳۸۷ق: ص ۱۶۳، شاطبی - ۱۴۲۲ه.ق: ص ۲۶۵). در نظام فقه امامیه، مقاصدی که شارع با ملاحظه مصالح و مفاسد اقدام به وضع احکام می‌کند، در واقع منافی یا اموری هستند که متعلق حق قرار می‌گیرند که شامل حق الله (نسل، دین، عقل) و حق الناس (نفس، مال، عرض) می‌شود. (شهید الأول - بی‌تا: ص ۴۲). در این نظام حقوقی عملی که نتیجه یا پیامد آن نقض یا تجاوز به حق (حق الله یا حق الناس) از پیش موجود باشد، حسب مورد موجب عقوبت یا ضمان خواهد بود. چنانچه عملی موجب نقض (حق الله) گردد، موجب عقوبت خواهد گردید. اما اگر رفتاری موجب نقض حق الناس شود، موجب ضمان خواهد شد. نقض حق الناس در فقه اصولاً در اثر ارتکاب اعمال غیرمباح (غیرمجاز) محقق می‌شود. صورت بندی اعمال غیر مباح (مجاز) در نظام فقهی تحت دو عنوان تعدی (انجام عمل ممنوع) و تفریط (ترک عمل واجب) است (شهید ثانی - ۱۴۱۳ه.ق - ج ۵ - ص ۱۰۱) ^۱. واژه تعدی از ریشه عدی (عدو) مشتق شده و با واژگانی چون عدوان و اعتدی هم ریشه است.

در تعاریف مشهور فقها، تعدی در دو معنای تجاوز از حد و تجاوز به حق تعریف شده است (مرعشی نجفی - م ۱۴۰۳ ه.ق: ص ۲۸۸ و هبه الزحیلی - ص ۷۴۸، نجفی - ۱۴۱۳ه.ق: ج ۳) تجاوز در زبان عربی با کلمه مجاز هم ریشه است و از ریشه جوز می‌باشد که در معنای لغوی به معنی گذشتن و عبور کردن از قلمرو مجاز و در معنای عمومی به مفهوم سرپیچی کردن و فرارفتن از حد می‌باشد ^۲. منظور از حد در تعریف تعدی دو چیز است: ۱- اذن مالک ۲- عرف و عادت (نجفی - منبع پیشین: ص ۱۳۰ - ۱۳۲ و مراغه‌ای - ۱۴۱۷ق - ج ۲ - ص ۴۴۷).

نزد فقهای معاصر نیز تعدی در معنای تجاوز از حدود اذن یا عرف تعریف گردیده است. بنابر نظر امام خمینی تعدی عبارتست از تصرف خارج از حدود اذن مالک یا عرف و تفریط به معنای ترک آنچه نسبت به حفظ مال مالک واجب است (موسوی خمینی - ۱۳۹۰ق - ج ۱: ص ۵۷۳). از دیدگاه موسوی بجنوردی نیز تعدی به معنای تجاوز از حدود اذن یا عرف نسبت به مال دیگری و تفریط نیز تضييع مال غیر محسوب می‌شود (موسوی بجنوردی - ۱۳۷۷ش ج ۲ - ص ۱۵). عمده اختلافی که در خصوص تعدی و تفریط میان فقها به چشم می‌خورد، لزوم یا عدم لزوم قصد فعل در تحقق آنهاست. نظر مشهور فقها بر این امر مبتنی است که هر نوع تجاوز از حدود اذن یا عرفی حتی اگر در حین نسیان (فراموشی) یا مستی یا خواب صورت بگیرد نیز تعدی یا تفریط بوده و موجب ضمان است (محقق

^۱ فعل ما یجب ترکہ او فعل ما لا یجوز فعله:

داماد-۱۳۸۸ش ج-۱ ص-۱۱۴-۱۱۵مراغه ای-منبع پیشین-ص ۴۴۸) در مقابل برخی دیگر از فقهای معاصر معتقد به وجود عنصر معنوی قصد و عمد در تعدی و تفریط هستند و در موارد نسیان، غفلت، اغما و خواب به علت فقدان قصد و عمد، ضمان را منتفی می دانند(عمیدزنجانی -۱۳۸۲-ص ۱۷۲-۱۷۳)

درتعریف دیگر تعدی به مثابه تجاوز به حق نیز همین نتیجه حاصل می شود. یعنی ارتکاب عملی خارج از اذن یا عرف که نتیجه آن لطمه به حق فرد دیگر باشد، تعدی محسوب می شود. بنابراین در هر دو تعریف نتیجه یک چیز است: ایراد خسارت به یکی از حق های زیان دیده در اثر ارتکاب رفتاری خارج از حدود اذن یا متعارف. این محدوده، ملاک مجاز یا غیرمجاز بودن رفتار افراد محسوب می شود. نکته ای که در تعریف مرسوم دیگر از تعدی نزد فقها مشهود است: انجام عمل غیر مجاز(فعل ما لا یجوز فعله)^۱ شهید ثانی -منبع پیشین- ج۵:ص ۱۰۱ و نجفی-منبع پیشین-ج۲۷:ص ۱۲۸) برخی دیگر از فقها نیز با تعبیری شبیه تعبیر فوق الذکر، تعدی را انجام آنچه باید ترک شود(فعل ما یجب ترک) و تفریط را ترک آنچه باید انجام شود(ترک ما یجب فعله) تعریف نموده اند(مراغه ای-منبع پیشین- ص ۴۴۸). فعل لا یجوز در تعاریف فقها نمایانگر مفهوم و جایگاه عمل غیرمجاز در نظام فقهی است. در جمع این سه تعریف می توان گفت تعدی، ارتکاب عمل غیر مجاز (تجاوز از حدود اذن یا عرف) است که پیامد آن نقض حق فرد دیگر می باشد.

تفریط در لغت به معنای کوتاهی کردن یا اهمال ورزیدن است.^۱ نزد فقها تفریط به معنای ترک عملی است که انجام آن واجب است(نجفی-منبع پیشین- ج۲۷:ص ۱۲۸ و شهید ثانی- منبع پیشین- ج ۵:ص ۱۰۱). در مجموع می توان گفت در نظام فقهی، عمل غیرمجاز(خطا) و تقصیر معنا و مفهوم واحدی دارند به دلیل آن که تقصیر، متکی بر عنصر عینی نادرستی فعل ارتکابی(ارتکاب فعل غیرمجاز) است نه عنصر ذهنی سرزنش پذیری مرتکب آن. برای مثال در کتاب العناوین در مقام تعریف تعدی یا تفریط که دو روی سکه تقصیر تلقی می شوند، قصد فاعل به ارتکاب فعل، علم و آگاهی او به تعدی یا تفریط آمیز بودن فعل و حتی علم و آگاهی او به مال غیر بودن موضوع تعدی یا تفریط شرط نیست(مراغه ای -۱۴۱۷ه.ق:ص ۴۴۹-۴۵۱). یا در جواهرالکلام و مسالک الافهام ضابطه تقصیر(اعم از تعدی یا تفریط) انجام فعل ممنوع یا ترک فعل واجب شمرده شده است(نجفی -۱۴۱۳ه.ق - ج۲۷:ص ۱۲۸) ضابطه ای که به وضوح مبین عناصر عینی رفتار صورت گرفته در عالم خارج استوار است نه شرایط ذهنی مرتکب آن. بر همین اساس در ادبیات فقهی « فهرستی متکثر از اعمال غیرمجاز وجود دارد که تحت عنوان موجبات ضمان طبقه بنده می شوند. موجباتی که بر پایه

آنها، در صورت نقض حق الناس افراد (نفس، مال)، حق الناس ثانویه ای موسوم به ضمان در معنای مطالبه عوض یا رد عین یا خسارت به وجود می آید (شیخ انصاری - ۱۳۶۹ ش - ج ۷: ص ۱۴۰ - ۱۴۷، محقق اصفهانی - ۱۴۱۹ ق: ص ۷۵-۷۶). بطور کلی بر خلاف رویکرد تکلیف-بنیاد و زیان زننده-محور حقوق رومی، نظام فقهی دربردارنده چشم اندازی حق محور و زیان دیده گرا است. در نظام فقهی بر پایه نظریه اخلاقی نتیجه گرایی، اعمال غیرمجاز متناسب با نقض حق الله یا حق الناس طبقه بندی شده اند. اعمال ناقض حق الله مستوجب عقوبت و اعمال ناقض حق الناس موجب ضمان خواهد بود. در حوزه حق الناس متأثر از این رویکرد اخلاقی (صرف نظر از کیفیت روانی زیان زننده و اینکه دارای تکلیف پیشین است یا خیر) چنانچه اثر و نتیجه فعل شخص الف، لطمه به یکی از حق های فرد ب باشد، عمل ارتكابی عمل غیرمجاز یا غیر مباح محسوب می شود و موجب ضمان (جبران خسارت) خواهد بود.

۳- مفهوم عمل غیرمجاز در حقوق ایران:

۳-۱- مفهوم عمل غیرمجاز و ارتباط آن با تقصیر در حقوق ایران:

به نظر نویسنده، مفاهیم و مصادیق عمل غیرمجاز و تقصیر در قانون مدنی و قانون مجازات اسلامی برگرفته از نظام فقهی است. در مقابل مصادیق عمل غیرمجاز و تقصیر در قانون مسئولیت مدنی از حقوق رومی ژرمنی اقتباس گردیده است. حال برای اثبات این ادعا به مقایسه تطبیقی مواد قانون مدنی و مجازات اسلامی با منشا فقهی آنها می پردازیم:

۳-۱-۱: مفهوم عمل غیرمجاز و تقصیر در قانون مجازات اسلامی:

مقررات فصل ششم از باب دیات در قانون مجازات اسلامی تحت عنوان موجبات ضمان، اقتباسی کامل از نظام فقهی است. در این مواد به کرات از الفاظی چون مجاز، غیرمجاز، تقصیر و.... استفاده شده است که خاستگاهی فقهی دارد و در ادامه به تحلیل آن می پردازیم:

۱- در خصوص خسارت های ناشی از فعل حیوان، ماده ۵۲۲ ق.م.ا. برگرفته از کتب مشهور فقهی شرایع الاسلام، مسالك الافهام و جواهرالکلام است. مطابق کتب فوق الذکر، صاحب حیوان مکلف به حفظ آن است و در صورت اِهمال در حفظ و مراقبت از آن، ضامن خسارات ناشی از آن است و در صورت جهل مالک به حالت تهاجمی حیوان و یا علم به آن و عدم تفریط، ضمانی وجود ندارد (شهید ثانی - منبع پیشین - ج ۱۵: ص ۳۷۵، نجفی - منبع پیشین - ج ۴۳: ص ۱۲۹). گفتنی است در حال حاضر در حقوق رومی، مسئولیت مالک یا متصرف حیوان نسبت به فعل حیوان، مسئولیت بدون تقصیر است و اساساً تقصیر در این حالت از ارکان مسئولیت نیست. پس قانونگذار نمی تواند در این خصوص نظر به

حقوق رومی داشته باشد چراکه در ماده ۵۲۲ ق.م.ا، تقصیر از شرایط احراز رابطه سببیت و تحقق مسئولیت شمرده شده است. صاحب حیوان در صورت هجوم به حیوان شخص دیگر و ایراد خسارت، در صورت تفریط مالک در حفظ آن ضامن است (شهید ثانی-همان-ص ۳۷۶ و نجفی-همان-ص ۱۲۹) نکته جالب توجه دیگر آنکه در عبارات فوق از واژه تفریط استفاده شده است که در کنار تعدی، یکی از مصادیق تقصیر در فقه محسوب می شود.

۲- در باب خسارت های ناشی از فعل ساختمان (مواد ۵۱۷ الی ۵۲۰ ق.م.ا) مطابق نظر مشهور در کتب فقهی، صاحب دیوار در حالت ریزش یا سقوط آن در صورت عدم تمکن در اصلاح آن قبل از ریزش، به دلیل عدم تعدی ضامن نیست ولی در صورت تمکن در اصلاح و عدم اصلاح آن، به دلیل ارتکاب تقصیر ضامن است (شهید ثانی- همان: ص ۳۶۸-۳۶۹ و نجفی-همان: ص ۱۱۳). روشن است که واژه تعدی مورد استفاده فقها از مصادیق بارز تقصیر در فقه و نیز نظام حقوقی ایران محسوب می شود.

۳- در مورد خسارت های ناشی از وسایل نقلیه (مواد ۳۳۵ ق.م و م ۵۲۸ ق.م.ا) هرچند در مورد اتومبیل و هواپیما در کتب مشهور فقهی سخنی در میان نیست، لیکن در خصوص تصادم یا برخورد بین دو کشتی (سفینه در ادبیات فقهی) مطالبی به چشم می خورد. مطابق نظر فقها در صورت تصادم بین دو کشتی، صاحبان آنها در صورت تفریط ضامن محسوب می شوند. جالب اینکه قانون گذار در ماده ۳۳۵ قانون مدنی نیز از واژه فقهی تصادم استفاده نموده است و با الحاق به سایر وسایل نقلیه زمینی و هوایی، تقصیر را شرط مسئولیت می داند. در فقه نیز مبنای مسئولیت صاحب کشتی، تفریط در حفظ و مراقبت از آن است.

۴- در خصوص مسئولیت پزشک (طیب در فقه) موضوع مواد ۴۹۵ و ۴۹۶ ق.م.ا، مطابق نظر مرسوم در فقه، طیب در صورت تقصیر در معالجه بیمار ضامن خواهد بود (شهید ثانی-همان- ص ۳۲۶ و نجفی- همان ص ۴۴). در مواد فوق الذکر نیز قانونگذار مسئولیت پزشک را بر پایه تقصیر بنا نهاده است هرچند در آخرین اصلاحات، تقصیر او را مفروض گرفته و بار اثبات عدم تقصیر را بر دوش پزشک نهاده است.

علاوه بر موارد فوق، بسیاری از مواد مورد اشاره در قانون مجازات در باب ضمان ناشی از اتلاف و تسبیب، برگرفته از نظام فقهی هستند. در تمامی مواردی که در ادامه به تحلیل آنها می پردازیم، منشأ ایجاد ضمان برای فاعل آن، حسب مورد تعدی یا تفریط فاعل است. نظیر:

۱- حفر گودال در ملک دیگری یا مکان عمومی (مواد ۵۰۷ و ۵۰۸ ق.م.ا) یا احداث مسجد در ملک غیر که در نظام فقهی به دلیل عدوانی بودن فعل، ضمان آور شناخته شده است (شهید ثانی-همان: ص ۳۶۰-۳۶۱ و نجفی-همان: ۱۲۰)

۲- روشن کردن آتش در ملک مجاز که در صورت سرایت به اموال دیگران ضامن نیست مگر زیاده از حاجت باشد. ولی اگر در ملک غیر یا مکان غیر مباح (غیر مجاز) آتش روشن کند به دلیل عدوانی بودن عمل وی ضامن است (شهید ثانی- همان: ص ۳۷۲ و نجفی- همان: ص ۱۲۴). در ماده ۵۲۱ قانون مجازات نیز به عینه شاهد تکرار همین عبارات هستیم. نکته مهم وقابل ذکر در دو مورد فوق الذکر، بکارگیری واژه عدوان است. این واژه در زبان عربی و ادبیات فقهی با واژه تعدی هم ریشه بوده و از مشتقات آن محسوب می شود (حسینی عاملی- ۱۴۱۹: ج ۶- و نجفی- منبع پیشین: ج ۳۷). بطور کلی واژه تعدی (عدوان) نزد فقها به معنای تجاوز از حد یا تجاوز به حق آمده است (عاملی- مفتاح الکرامه- ج ۶- و نجفی- منبع پیشین- ج ۳۷)

۳- ضمان کسی که سوار بر حیوان است نسبت به خسارات ناشی از آن به دلیل تفریط در مهار یا حفظ آن علی رغم تمکن در مهار حیوان (شهید ثانی- همان: ص ۳۷۸ و نجفی- همان- ص ۱۳۵). نکته ای که به عینه در ماده ۵۲۴ قانون مجازات اسلامی مورد تایید قرار گرفته است.

۴- عدم ضمان خسارت ناشی از سقوط ظرف یا هر شیئی که روی دیوار یا مکان مباح قرار داده شده است. به دلیل اینکه این قبیل تصرفات، غیر عدوانی (تعدی) است ولی در صورت نامتعارف قراردادن شی روی دیوار، صاحب آن به دلیل عدوانی (تعدی) بودن عملش، ضامن خواهد بود (شهید ثانی- همان: ص ۳۷۴ و نجفی- همان: ص ۱۲۹). در ماده ۵۱۶ قانون مجازات اسلامی نیز صرفاً با اندکی تغییر ناچیز (مانند تغییر کلمه مباح به مجاز) شاهد وضعیتی به همین ترتیب هستیم.

۵- ضمان ناشی از ارباب یا ترساندن دیگری که در فقه بر پایه عدوانی (تعدی) بودن استوار است (شهید ثانی- همان: ص ۳۳۲-۳۳۴ و نجفی- همان: ص ۵۷-۶۲). در ماده ۴۹۹ ق.م.ا نیز وضعیت به همین منوال است.

۶- ضمان ناشی از پرت کردن خود از جای مرتفع روی دیگری که در نظام فقهی بر پایه تعدی آمیز بودن رفتار استوار است (شهید ثانی- همان- ص ۳۴۳ و نجفی- همان- ص ۷۱). ماده ۵۰۲ ق.م.ا نیز تکرار همین مطلب است.

علاوه بر موارد فوق، مصادیق دیگری از اعمال مشمول اتلاف و تسبیب و ضمان آور در فقه آمده است که در قانون ذکری از آن نشده است ولی مبنای ضمان در فقه، تعدی یا تفریط آمیز بودن آن عمل می باشد. نظیر:

۱- ضمان معلم شنا نسبت به غرق شدن کودک در حال آموزش شنا به دلیل تفریط معلم

۲- عدم ضمان احداث کننده میز آب (قنات) در راه عمومی یا ملک خود به دلیل عدم تفریط

۳- عدم ضمان کسی که در ملک خود آتش یا آبی هدایت کرده است به دلیل عدم تعدی یا تفریط مگر اینکه از میزان حاجت تجاوز کند که در این صورت نوعی تعدی محسوب می شود

۴- باز کردن قفس پرنده یا محل نگهداری احشام و فرار کردن آنها یا غصب حیوان ماده و مردن بچه آن . همه این اعمال به دلیل تعدی آمیز بودن ، ضمان آور است.

۵- باز گذاشتن در مشرف به مال و سرقت مال توسط فرد دیگر

۶- باز گذاشتن ظرف حاوی مواد و تغییر شکل یافتن آن یا فاسد شدن آن که به دلیل تعدی آمیز بودن آنها، موجب ضمان است.

۷- وارد کردن جراحت و ترک مداوای آن و مردن فرد مجروح که به دلیل تفریط در مداوا، موجب ضمان است(شهید ثانی- همان:ص ۳۶۳، ۳۷۰ و نجفی ج ۴۳ ص ۱۱۷، ۱۰۶، ج ۳۷- ص ۵۹۶۵-۶۹ و ج ۴۲- ص ۳۵، ۲۷)

۳-۱-۲: مفهوم عمل غیرمجاز و تقصیر در قانون مدنی:

در قانون مدنی نیز به مانند قانون مجازات اسلامی ، می توان گفت معنای عمل غیرمجاز و تقصیر ، همان معنای فقهی تقصیر است که به دو دسته تعدی(انجام عمل ممنوع) و تفریط(ترک عمل واجب) می شود. ماده ۹۵۳ ق.م تقصیر را دربردارنده تعدی و تفریط بر شمرده است . در مواد ۹۵۱ و ۹۵۲ نیز به تعریف تعدی و تفریط پرداخته است. مطابق ماده ۹۵۱ قانون مدنی «تعدی، تجاوز نمودن از حدود اذن یا متعارف است نسبت به مال یا حق دیگری». همانطور که پیداست در این ماده به مانند نظام فقهی، از تعدی به مثابه تجاوز از حدود مجاز که پیامد آن نقض حق دیگری باشد، نام برده شده است. در مواد قانون مدنی سخنی از مفهوم تقصیر در معنای رومی آن(عمدی و بی احتیاطی) در میان نیست.

ماده ۹۵۲ قانون مدنی نیز تایید همین تعریف است. مطابق این ماده تفریط عبارتست از ترک عملی که به موجب قرارداد یا متعارف برای حفظ مال غیر لازم بوده است. در تفریط نیز به مانند تعدی دو عنصر اساسی به چشم می خورد: ۱- ارتکاب رفتار غیر مجاز(ترک فعلی که انجامش وظیفه یا تکلیف فرد است) . ۲- لطمه به مال(حق) فرد دیگر. همچنین در قانون مدنی مفاهیم تقصیر، تعدی، تفریط در کلیه عقود که موجب ید امانی هستند، از موجبات ضمان(تبدیل ید امانی به ید ضمانی شمرده شده اند. نظیر مواد ۴۸(عقود انتفاعی)، ۸۲(وقف) ۴۹۰(اجاره)، ۵۵۶(مضاربه)، ۵۳۶(مزارعه)، ۵۴۵(مساقات)، ۵۶۹(جعاله)، ۵۸۲(شرکت)، ۶۱۴(ودیعه)، ۶۴۰(عاریه)، ۶۶۶(وکالت)، ۷۸۹(رهن) (کشاورز، ۱۳۹۸: ص ۲۸۶)

با این وجود همانطور که گفته شد مفاهیم تقصیر، تعدی و تفریط صرفاً ناظر به مسئولیت قراردادی و تدبیل ید امانی به ضمانی نیست بلکه در غصب و اتلاف و تسبیب نیز به چشم می‌خورد. برای مثال قانونگذار در ماده ۳۰۸ ق.م.ا از واژه عدوان در تعریف غصب استفاده نموده است. واژه ای که با تعدی هم ریشه بوده و هر دو از مشتقات عدی (عدو) هستند.^۱ همچنین قانونگذار در برخی از مواد تسبیب واژه تقصیر را بکار برده است. برای نمونه در ماد ۳۳۳ ق.م. مسئولیت صاحب ساختمان نسبت به خسارت ناشی از ریزش آن را مشروط به اطلاع مالک از وجود عیب و یا عدم مواظبت او نموده است. در ماده ۳۳۴ نیز مسئولیت مالک یا متصرف حیوان نسبت به خسارت وارده از ناحیه حیوان، منوط به تقصیر مالک یا متصرف در حفظ و نگهداری حیوان است. هر دو ماده فوق‌الذکر به مانند مواد ۵۲۲ و ۵۱۷ الی ۵۲۰ ق.م.ا از خاستگاهی فقهی برخوردارند. (شهید ثانی- منبع پیشین - ج ۱۵: ص ۳۶۸، ۳۷۵، نجفی- منبع پیشین - ج ۴۳: ص ۱۲۹، ۱۱۳). ضمن اینکه مسئولیت مالک ساختمان و حیوان در حقوق رومی ژرمنی همانطور که گفته شد، مسئولیت بدون تقصیر است بر همین اساس مواد فوق‌الذکر نمی‌تواند از حقوق رومی ژرمنی اقتباس شده باشد.

۳-۱-۳: قانون مسئولیت مدنی:

با توجه به اقتباس قانون مسئولیت مدنی از قانون مدنی آلمان و سوئیس، الفاظ بکارگرفته شده در این قانون نظیر تقصیر (مواد ۷، ۸، ۱۰ و ۱۱) عمدی و بی احتیاطی (مواد ۱، ۱۰، ۱۲)، دارای همان معنایی است که در حقوق رومی-ژرمنی در خصوص این مفاهیم بکار می‌رود. بدین ترتیب در نظام حقوقی ایران یک ستیز بنیادین میان مفهوم تقصیر (عمدی و بی احتیاطی) در این قانون با مفهوم تقصیر و عناوین مرتبط با آن (نظیر تعدی و تفریط) در قانون مدنی و مجازات اسلامی برقرار است: تقصیر به مفهوم نقض عمدی یا بی احتیاطانه تکلیف پیشین در قانون مسئولیت مدنی در برابر تقصیر در مفهوم تجاوز (تعدی یا تفریط) به حق دیگری در قانون مدنی و قانون مجازات اسلامی، (بابایی، منبع پیشین: ص ۱۴۱، کشاورز، منبع پیشین: ص ۲۹۵-۲۹۶).

۳-۲-۳: ارتباط مفهومی عمل غیرمجاز و تقصیر با اتلاف و تسبیب:

مسئله تردید برانگیز در خصوص تعدی یا تفریط این است که آیا داشتن قصد فعل و اراده در ارتکاب فعل تعدی یا تفریط شرط است یا خیر. در صفحات پیشین گفته شد که در تعدی یا تفریط آنچه اهمیت دارد صرف ارتکاب عمل غیرمجاز ناقض حق است بدون کنکاش در عنصر روانی مرتکب آن از حیث داشتن، عمد یا علم به معنا و پیامدهای عمل (کاتوزیان - منبع پیشین: ص ۳۵۷) چیزی که

مفهوم فقهی تقصیر را از معنای رومی آن متمایز می کند. به همین دلیل است که در نظام فقهی عمد فاعل به ارتکاب فعل، علم یا آگاهی او به تعدی آمیز بودن عمل و حتی علم او به مال غیر بودن موضوع تقصیر، شرط نیست (مراغه ای-منبع پیشین-ج ۲: ص ۴۴۹-۴۵۱ کاتوزیان-منبع پیشین: ص ۱۶۲-۱۶۴) اما آیا داشتن قصد فعل نیز شرط نیست؟ یعنی اگر فعل ارتكابی غیر مجاز از سوی فرد در حال خواب، بیهوشی، مستی یا حجر رخ داده باشد، آیا عمل آنها تعدی یا تفریط محسوب می شود یا خیر؟ برخی فقها معتقدند در تعدی و تفریط ملاک صدور فعل از روی قصد و اراده است و لذا در صورت فقدان آن، ضمان محقق نخواهد شد. اما نظر غالب و مشهور در فقه این است که به دلیل انتساب و استناد تلف به فعل تعدی یا تفریط بر مبنای قاعده اتلاف، فرد ضامن است چرا که در اتلاف، داشتن قصد فعل شرط ضمان نیست و اگر تلف کننده در حال خواب یا بیهوشی یا محجور باشد نیز ضمان ایجاد خواهد شد (مراغه ای-همان: ص ۴۴۹). میان حقوق دانان نیز همین اختلاف نظر به چشم می خورد. برخی بر این باورند که داشتن عنصر روانی قصد و عمد در تعدی و تفریط شرط است و تقصیر همواره توأم با قصد و عمد است لذا در صورتی که فعل بدون قصد و از روی نسیان، غفلت، اغما یا خواب صادر شود، موجب ضمان نخواهد بود (عمید زنجانی-منبع پیشین: ص ۱۷۲). در مقابل برخی دیگر معتقدند برای تحقق تعدی و تفریط، داشتن قصد فعل یا نتیجه در تجاوز از حدود اذن یا عرف شرط نیست و معیار شناسایی تقصیر، تحلیل وضع روانی و اراده متعدی نیست و لذا هرگونه تجاوزی حتی در حالت فراموشی، خواب و مستی انجام شود، موجب ضمان است بویژه اگر موجب تلف شود چرا که به موجب قاعده اتلاف قصد اضرار هیچ تاثیری در ایجاد ضمان ندارد و اتلاف کننده در حالت خطای محض نیز ضامن است (کاتوزیان-منبع پیشین: ص ۱۶۲). بدین ترتیب چنانچه بتوانیم ایراد خسارت مالی یا جانی در حال خواب یا بیهوشی یا حجر را نیز در قالب تعدی یا تفریط قرار دهیم و رفتار زیان آور فرد در حال خواب یا بیهوشی یا حجر را هم نوعی فعل غیرمجاز تلقی کنیم، دیگر هیچ فضای مجزایی برای اتلاف و تسبیب که خارج از مصادیق تعدی یا تفریط باشد، باقی نمی ماند. به عبارت دیگر هر گونه مباشرت یا تسبیب حسب مورد یا از طریق تعدی محقق می شود یا تفریط. یعنی از طریق ارتکاب عمل غیرمجاز. هرچند که این تردید هم بطور ضمنی در آثار فقها و حقوق دانان هویداست که ضمان ایراد خسارت مالی یا جانی در حال خواب، بیهوشی یا حجر، بر پایه اتلاف استوار است نه تعدی یا تفریط. بدین ترتیب یک فضا و قلمرو اختصاصی برای اتلاف باقی می ماند که خارج از مرزهای تعدی و تفریط قرار دارد و آن ضمان افرادی است که قصد فعل ندارند. در این حالت فعل آنها تعدی یا تفریط تلقی نمی شود زیرا اراده ای در انجام فعل ندارند. اما از آنجا که اثر و پیامد عمل آنها ایراد خسارت مالی یا جانی برای زیان دیده بی گناه است و این لطمه به حق را می توان به فعل آن افراد منتسب نمود (هر چند اراده ای در انجام آن ندارند)، لذا بر پایه قواعد اتلاف، افراد مذکور ضامن جبران خسارت خواهند بود. در واقع ایراد خسارت یا جنایت در حال خواب،

بیهوشی، حجر و مانند آنها، نه فعلی مجاز است و نه غیرمجاز. نتیجه این می شود که مصادیق ائتلاف علاوه بر اعمال غیر مجاز(تعدی و تفریط)، شامل اعمالی نیز می شود که نمی توان آنرا غیر مجاز دانست ولی ارتکاب آن به دلیل انتساب تلف به فعل مربوطه، موجب ضمان خواهد بود.

به نظر نویسنده همانطور که در خصوص عناصر تعدی و تفریط ذکر شد، چنانچه ملاک اصلی لطمه به حق زیان دیده باشد، در ایراد خسارات در حال خواب، بیهوشی و حجر نیز شاهد لطمه یا نقض حق فرد دیگر هستیم. بنابراین می توان این قبیل اعمال را نیز عمل غیر مجاز به حساب آورد. به عبارت دیگر انسان در حال خواب، بیهوشی یا حجر نیز مجاز به ایراد به خسارت یا جنایت نسبت به حق دیگری نیست. هرچند عقوبت نمی شود و مسئولیت کیفری ندارد(به جهت نداشتن قصد فعل و عمد) و هرچند مطابق مفهوم تقصیر در حقوق رومی(عمد یا بی احتیاطی) در این قبیل موارد سزاوار سرزنش نیست و مرتکب تقصیری نشده است، لیکن بر طبق مفهوم تقصیر در نظام فقهی، ضمان بر عهده او مستقر خواهد شد چرا که به جهت تجاوز به حق فرد دیگر، مرتکب فعلی غیرمجاز(تعدی) شده است. بر همین اساس همانطور که در بخش پیشین نیز اشاره شد، مطابق نظر مشهور فقها قصد، عمد و علم در تعدی و تفریط ملاک نبوده و ایراد خسارت مالی یا جانی در حالت نسیان(فراموشی)، مستی و خواب و اغماء نیز نوعی تعدی محسوب گردیده و موجب ضمان است. علاوه بر این، همانطور که در قسمت اول این بخش گذشت، بخش عمده مواد قانون مدنی و مجازات اسلامی در باب ائتلاف و تسبیب، برگرفته از منابع فقهی است و در منابع فقهی در باب مصادیق ائتلاف و تسبیب، حسب مورد به تعدی یا تفریط آمیز بودن فعل زیانبار به عنوان فعل غیرمجاز(تقصیر) اشاره شده است. لذا برخلاف نظر برخی فقها و حقوق دانان که تعدی و تفریط صرفا ناظر به مسئولیت قراردادی ناشی از عقود امانی می دانند(صفایی، منبع پیشین، ص ۱۵۳)، تعدی و تفریط، مبنای احراز رابطه سببیت در همه حالات ضمان و انتساب ضرر به فعل زیانبار می باشد. به گونه ای که می توان غیرمجاز بودن سبب را یکی از شرایط احراز رابطه سببیت تلقی نمود. یکی از مستندات این ادعا، مواد ۵۳۶ و ۵۳۵ قانون مجازات اسلامی است.^۱ ماده ۵۳۵ لزوم غیرمجاز بودن عمل را به صراحتا به عنوان یکی از شرایط احراز رابطه سببیت به شمار می آورد. ماده ۵۳۶ نیز با تأکیدی بیشتر، سببی که مرتکب عمل مجاز

^۱ - ماده ۵۳۵- هرگاه دو یا چند نفر با انجام عمل غیرمجاز در وقوع جنایتی به نحو سبب و به صورت طولی دخالت داشته باشند کسی که تأثیر کار او در وقوع جنایت قبل از تأثیر سبب یا اسباب دیگر باشد، ضامن است مانند آنکه یکی از آنان گودالی حفر کند و دیگری سنگی در کنار آن قرار دهد و عابری به سبب برخورد با سنگ به گودال بیفتد که در این صورت، کسی که سنگ را گذاشته، ضامن است مگر آنکه همه قصد ارتکاب جنایت را داشته باشند که در این صورت شرکت در جرم محسوب می شود.

ماده ۵۳۶- هرگاه در مورد ماده (۵۳۵) این قانون عمل یکی از دو نفر غیرمجاز و عمل دیگری مجاز باشد مانند آنکه شخصی وسیله یا چیزی را در کنار معبر عمومی که مجاز است، قرار دهد و دیگری کنار آن چاهی حفر کند که مجاز نیست، شخصی که عملش غیرمجاز بوده، ضامن است. اگر عمل شخصی پس از عمل نفر اول و با توجه به اینکه ایجاد آن سبب در کنار سبب اول موجب صدمه زدن به دیگران می شود انجام گرفته باشد، نفر دوم ضامن است

شده است را از مسئولیت مبرا می داند.

حقوق دانان ایران در آثار و نوشته های خود بدون قائل شدن تفاوت بین مفهوم تقصیر در نظام فقهی و حقوق رومی ، دست به تعریف و بررسی آن زده اند. حتی در مقام شناسایی جایگاه تقصیر در نظام فقهی، با همان مفهوم رومی تقصیر وارد عرصه فقهی و نظام حقوقی ایران شده اند (کاتوزیان-منبع پیشین- ص ۳۴۵-۳۵۹، قاسم زاده-۱۳۸۷-ص ۶۳-۶۴ و صفایی- منبع پیشین- ص ۱۴۹-۱۵۴). بدین ترتیب که عمدتا در ائتلاف ، تقصیر را از ارکان مسئولیت نمی دانند و در تسبیب، تقصیر را مبنای مسئولیت تلقی می کنند. (کاتوزیان، منبع پیشین، ص ۲۰۸، صفایی، منبع پیشین، ص ۸۰-۸۴). بطور کلی تلاش غالب حقوق دانان ایران بر این است که مفهوم تقصیر (تعدی و تفریط) در نظام فقهی را با مفهوم و مصادیق تقصیر در حقوق رومی نظیر بی احتیاطی و بی مبالاتی معادل سازی کنند و این در حالی است که تقصیر در نظام فقهی بر پایه نقض حق زیان دیده (بدون توجه به عمد یا بی احتیاطی زیان زننده) استوار است لیکن در حقوق رومی تقصیر بر اساس نقض تکلیف زیان زننده بنا نهاده شده است. بر همین اساس است که عناصر ذهنی یا عینی زیان زننده (از حیث تجاوز از رفتار انسان متعارف و پیش بینی پیامدهای عمل) جهت احراز نقض تکلیف ضروری است. (بابایی-منبع پیشین- ص ۹۵ و صفایی-همان-ص ۱۵۳). نقطه اوج این تعارض را می توان در ماده ۱۲۱۶ قانون مدنی و ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی مشاهده نمود که در اولی متأثر از نظام فقهی به دلیل نقض حق زیان دیده در اثر فعل محجور، ضمان برای وی محقق می شود ولی در دومی که ملهم از قانون آلمان و سوئیس است، به دلیل عدم امکان تصور نقض تکلیف برای محجورین (فقدان قصد و علم) ، مسئولیت متوجه والدین یا سایر اشخاصی است که مرتکب تقصیر (نقض تکلیف به مراقبت از محجور) شده اند..

روی هم رفته به نظر می رسد به دلیل تفاوت های بنیادین اخلاقی، فلسفی و حقوقی مفهوم تقصیر در این دو نظام حقوقی، هرگونه تلاش جهت مطابقت و همسان سازی آنها با یکدیگر ، امری بیهوده و نادرست خواهد بود. در این دو نظام حقوقی مفهوم خطا که پیش زمینه مفهوم تقصیر محسوب می شود، دارای تعاریفی متعارض است که نشأت گرفته از بنیادهای اخلاقی-فلسفی متفاوت این دو نظام فکری است. تعریف خطا به عنوان نقض تکلیف در حقوق رومی و تعریف خطا به عنوان نقض یا تجاوز به حق در نظام فقهی.. نمونه بارز این تفاوت را می توان در ضمان محجورین (صغیر و مجنون) در فقه و عدم مسئولیت محجورین در حقوق رومی مشاهده نمود.. در حالیکه در نظام فقهی کیفیات زیان زننده در حین بروز خسارت ، شرط نیست بلکه ضمان نوعی حکم وضعی است نه تکلیفی و بر پایه نقض حق زیان دیده استوار است و کافی است بتوان لطمه به یکی از حق های زیان دیده را به فعل زیان زننده منتسب و مستند نمود اعم از اینکه فعل انتسابی از سوی فرد کامل رخ داده باشد یا محجور چرا که نتیجه یا پیامد عمل فرد در هر دو حالت ، نقض حق زیان دیده است. بر همین اساس است که

در نظام فقهی ضمان نه تنها شامل مجبورین بلکه شامل افراد در حال خواب یا بیهوشی یا مستی که موجب ضرر بدنی یا مالی به دیگری می شوند نیز می گردد.

۳-۳-۳: ملاک غیر مجاز (خطا) بودن رفتار در فقه و نظام حقوقی ایران:

همانطور که گفته شد در برخی از قوانین مرتبط با حوزه مسئولیت مدنی، قانونگذار متأثر از عبارات نظام فقهی نظیر غیرمباح یا غیرمجاز، تعدی، عدوان و تفریط، از اصطلاح «عمل غیر مجاز» یا واژگانی مترادف با آن استفاده نموده است. به عنوان نمونه در قانون مجازات اسلامی در باب موجبات ضمان قانون گذار به دفعات متعددی از الفاظ «مجاز» یا «غیر مجاز» به منظور تحمیل مسئولیت یا مبری نمودن فرد از مسئولیت استفاده نموده است. به گونه ای که با گرفتن مفهوم مخالف از هریک مواد مزبور می توان حسب مورد حکم به ضمان یا عدم ضمان فرد داد؛ نظیر راندگی به نحو غیر مجاز (ماده ۵۴۹)، توقف وسیله نقلیه در مکان مجاز یا غیر مجاز (مواد ۵۱۱ و ۵۱۲)، حفر گودال یا قرار دادن شیء لغزنده در محل مجاز یا غیر مجاز (مواد ۵۰۷ و ۵۰۸)، قراردادن شیء در مکان مجاز یا غیر مجاز (ماده ۵۱۶)، احداث بنا به نحو مجاز یا غیر مجاز (مواد ۵۱۷ و ۵۱۸)، روشن کردن آتش در محل مجاز یا غیر مجاز (ماده ۵۲۱)، توقف حیوان در محل غیر مجاز (ماده ۵۲۴).

تاکید قانونگذار بر لزوم غیر مجاز بودن عمل در اجتماع تسبیب بارزتر است؛ زیرا در مواد ۵۳۵ و ۵۳۶، مسئولیت به اسبابی تعلق می گیرد که فعل ارتكابی از نوع غیر مجاز باشد. علاوه بر این قانونگذار در موارد دیگر نیز بدون بکار گیری لفظ غیر مجاز، از رفتارهای نامتعارف و ناهنجاری سخن می برد که اقتباسی از نظام فقهی است و در غیر مجاز بودن آن تردیدی نیست؛ نظیر معالجه قصور آمیز (ماده ۴۹۵) ترساندن دیگری (۴۹۹)، کشیدن سلاح به روی دیگری یا تحریک حیوان به سوی او (ماده ۵۰۱)، پرت کردن خود یا فرد دیگر به روی دیگری (ماده ۵۰۲ و ۵۰۳).

نظام حقوقی ایران در هیچ یک از قوانین خود، تعریف یا ضابطه ای از اصطلاح غیر مجاز به عمل نیاورده است، درحالی که در بسیاری از موارد قانونی، شاهد استعمال این واژه هستیم. به منظور دستیابی به تئوری واحد در باب رفتار مسبب حادثه که علت واسطه سه عنصر از ارکان مسئولیت مدنی است، شناسایی ضابطه یا ملاک غیر مجاز بودن رفتار، امری ضروری و مبرم به نظر می رسد.

۳-۳-۱: عمل غیر مجاز به مثابه عمل غیرمآذون و غیرقانونی:

از یک نقطه نظر می توان فعل غیر مجاز (خطا) را معادل با فعل غیرمآذون به شمار آورد. در نظام فقهی عمل غیرمجاز (فعل ما لایجوز فعله و ترک ما لایجوز ترکه) که اصطلاحاتی نظیر غیرمباح نیز آمده است، به عملی فاقد اذن اطلاق می شود. در روابط میان اشخاص و در حوزه حق الناس، منشا و

منبع اصلی و اولیه اذن جهت تعیین حدود مجاز اعمال و تصرفات انسانها برای روی اموال و تمامیت جسمانی اشخاص دیگر، اذن مالک یا صاحب نفس است. بر همین اساس در تعاریف اکثریت قریب به اتفاق فقها (اعم از فقهای سنتی و معاصر) تعدی به معنای تجاوز (خروج از حد مجاز) نسبت به اذن مالک شمرده شده است. (نجفی-منبع پیشین: ص ۱۳۰-۱۳۲ و مراغه ای-منبع پیشین- ج ۲: ص ۴۴۷ موسوی خمینی-منبع پیشین- ج ۱: ص ۵۷۳ موسوی بجنوردی-منبع پیشین- ج ۲-ص ۱۵) در خسارتهای جانی (جانیات) نیز مبنای شرعی و فقهی قصاص قاعده اعتداء^۱ است (نجفی-ج ۴: ص ۶۴، ۴۰۲) واژه ای که هم‌ریشه با واژه تعدی بوده و به معنای تجاوز از حد مجاز می باشد. مطابق این آیه شریفه هرکسی به حریم دیگری تجاوز کرد (ارتکاب عمل غیرمجاز)، تجاوز شونده حق مقابله به مثل (واکنش نسبت به فعل متجاوز) را دارد. از آنجا که عمل موجب نقض حق الناس مورد تأیید شارع نیز نمی تواند باشد، می توان آنرا عملی نامشروع دانست. چرا که دارای مفسده بوده و با مقاصد شریعت ناسازگار است. در نظام حقوقی ایران با توجه به برقراری اصل حاکمیت قانون، عمل غیرمجاز را می توان از یک منظر به عنوان فعل غیر قانونی تعریف نمود و مبنای غیر قانونی بودن آنرا تجاوز از حدود اذن، قرارداد و نیز موازین قانونی به شمار آورد. در همین راستا قانونگذار در ماده ۹۵۱ قانون مدنی در تعریف تعدی، آنرا را تجاوز از حدود اذن مالک یا صاحب حق و در ماده ۹۵۲ در تعریف تفریط، آنرا عملی بر خلاف تکلیف مندرج در قرارداد دانسته است. در ماده ۲۹۵ قانون مجازات اسلامی نیز ترک فعل را در صورتی که انجام فعل بر حسب قرارداد یا قانون وظیفه شخص باشد، نوعی فعل غیرمجاز و مستوجب ضمان می داند. در این چارچوب معنایی، رفتار غیرمجاز به رفتار خلاف قانون اطلاق می شود. بنابراین اصلی ترین معیار و ملاک مجاز یا غیر مجاز بودن رفتار انسان در جامعه، قانون و مقررات حاکم بران جامعه است. نظیر جرایم یا تخلفات مندرج در قوانین و ایین نامه ها که در صورت تولید خسارات مالی یا جانی شوند موجب مسئولیت مدنی جهت جبران خسارت می شوند.

۳-۲- عمل غیر مجاز به مثابه عمل نامعمول یا نامتعارف:

در نظام فقهی به دنبال عنصر اذن در شناسایی عمل غیرمجاز از ملاک عرف استفاده شده است. از یک طرف فقها در تعریف تعدی آنرا تجاوز از حد عرف تعریف می نمایند و عرف را در کنار اذن به عنوان مرز تمایز عمل مجاز از غیرمجاز معرفی می کند. (نجفی-منبع پیشین: ص ۱۳۰-۱۳۲ و مراغه ای-منبع پیشین- ج ۲: ص ۴۴۷ موسوی خمینی- ج ۱-ص ۵۷۳ موسوی بجنوردی-منبع پیشین- ج ۲-ص ۱۵). از طرف دیگر فقها به طور مفصل به معرفی مصادیق اعمالی می پردازند که حسب مورد بصورت مباشرت یا تسبیب در اتلاف مال یا نفس موجب ضمان می شود و این اعمال جملگی مصداق

^۱ - آیه ۱۹۴ سوره بقره: فَمَنْ أَغْدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَغْدَىٰ عَلَيْكُمْ

عملی نامعمول و نامتعارف است. نظیر ارعاب یا ترساندن دیگری، انداختن خود روی دیگری، برپا کردن آتش در ملک دیگری یا مکان غیرمجاز حفر گودال در معابر عمومی (کشاورز، ۱۴۰۳: ص ۱۸۹-۱۹۰). برای نمونه در صورتی که قرارداد ظرف یا وسایل دیگر روی دیوار امری غیرمتعارف باشد موجب ضمان خواهد بود (شهید ثانی ج ۱۵: ص ۳۷۴ و نجفی ج ۴۳: ص ۱۲۹). مطابق نظر حقوقدانان نیز برای شناسایی مجاز یا غیر مجاز بودن رفتار انسان در روابط اجتماعی خود با دیگران می بایست به داوری عرف مراجعه کرد (بابایی ۱۳۹۴ - ص ۹۱-۹۳ و صفایی - منبع پیشین: ص ۱۵۳-۱۵۴). زیرا قانون در بسیاری اوقات در مقام تعیین کیفیت رفتارهای انسان از حیث مجاز یا غیر مجاز بودن ناتوان است. در نظام فقهی نیز همانطور که گذشت ضابطه تعدی و تفریط به عنوان مصادیق تقصیر، عرف است. در حقوق رومی نیز ضابطه و ملاک خطا (تقصیر) در حال حاضر تجاوز از رفتار انسان متعارف است (صفایی - منبع پیشین: ص ۱۵۴ / کاتوزیان - منبع پیشین: ص ۳۵۵-۳۵۶). قانون مدنی نیز در مواد ۹۵۱ و ۹۵۲ در مقام تعریف تعدی و تفریط از ضابطه عرفی مدد جسته است. در این دو ماده آنچه شاخص ممنوع یا واجب بودن یک عمل محسوب می شود، عرف است (کاتوزیان - همان - ص ۳۵۷-۳۵۸). در واقع عملی ممنوع یا واجب است که عرف آنرا ممنوع یا واجب اعلام نموده باشد به نحوی که ارتکاب ممنوع یا ترک واجب عملی، غیر مجاز (خطا) محسوب خواهد شد.

نتیجه گیری:

مفهوم عمل غیرمجاز در نظام حقوقی ایران متأثر از همین مفهوم در نظام فقهی بوده است. بر همین اساس این مفهوم را می توان معادل با مفهوم تقصیر در نظام فقهی بر شمرد که خود به دو دسته تعدی و تفریط طبقه بندی می شود. تقصیر (تعدی یا تفریط) در نظام فقهی دارای معنایی کاملاً متفاوت از تقصیر در حقوق رومی است. چرا که در نظام فقهی مفهوم تقصیر معادل عمل غیرمجاز (تعدی یا تفریط) است که نتیجه آن، تجاوز به حق (الناس) زیان دیده است در حالی که در حقوق رومی عمل غیرمجاز (خطا) از دیرباز تا کنون تحت عنوان نقض تکلیف پیشین (تکلیف اخلاقی یا عرفی) از سوی زیان زننده قالب بندی شده و تقصیر همواره عنصر روانی (ذهنی یا عینی) مفهوم خطا بوده است نه خود مفهوم خطا. این مساله در نظام حقوقی ایران مورد غفلت واقع شده است. به گونه ای که در آثار و نوشته های حقوق دانان، با همسان پنداری مفهوم تقصیر در نظام حقوقی رومی - ژرمنی و فقهی به بررسی جایگاه تقصیر در طبقه بندی فقهی اتلاف/تسبیب پرداخته شده است به نحوی که در اتلاف، تقصیر را از ارکان مسئولیت نمی دانند و در تسبیب، تقصیر را به عنوان مبنای مسئولیت شناسایی می کنند. در حالی که چنانچه تقصیر را در معنای فقهی (مترادف با عمل غیرمجاز ناقض حق شامل تعدی یا تفریط) لحاظ کنیم، در تمامی حالات اتلاف و تسبیب (بجز اتلاف در حالت خواب یا بیهوشی که محل اختلاف است)، شاهد نوعی تقصیر (عمل غیرمجاز) هستیم. اثبات منشا

فقهی مواد قانون مدنی و مجازات اسلامی و بکارگیری الفاظ و مشتقات تعدی و تفریط در خصوص مصادیق اتلاف و تسبیب در منابع فقهی، بوضوح موید همین مطالب است. معیار و شاخص غیرمجاز بودن عمل در نظام حقوقی ایران را می‌تواند در سه مبنا خلاصه نمود: قانون، اذن (قرارداد) و عرف. بدین ترتیب اعمال غیرمجاز شمال اعمال غیر قانونی، غیر ماذون و نا متعارف خواهد بود.

فهرست منابع:

- ۱- بابایی. ایرج و کشاورز اسماعیل (۱۳۹۷). مفهوم خطا و نقش آن در ساختار طبقه بندی مسئولیت مدنی. مجله دیدگاههای حقوق قضایی
- ۲- بابایی. ایرج. (۱۳۹۴). مسئولیت مدنی والزامات خارج از قرارداد. نشر میزان. تهران
- ۳- حسینی عاملی. جواد (۱۴۱۹ ه. ق) (مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه. دفتر انتشارات اسلامی. قم
- ۴- ژوردن. پاتریس (۱۳۹۴). اصول مسئولیت مدنی. ترجمه مجید ادیب. تهران. نشر میزان
- ۵- شاطبی. (۱۴۲۲ ه. ق). الموافقات فی اصول الشریعه. جلد دوم. دارالکتب العلمیه. بیروت
- ۶- شهید الأول (بی تا) - القواعد والفوائد - مکتبه المفید - قم - جلد اول
- ۷- شهید ثانی (۱۴۱۳ ه. ق). مسالک الافهام فی تنقیح شرایع الاسلام. - جلد ۱۵، ۵. موسسه المعارف الاسلامیه. قم
- ۸- شیخ انصاری (۱۳۶۹ ش). مکاسب. کتاب البیع. - ترجمه: سید محمد جواد تهرانی. ج. ۷. نشر حاذق. قم
- ۹- شیخ طوسی - محمد بن حسن طوسی (۱۳۸۷ ه. ش)، المبسوط فی فقه الامامیه. ج ۲ - المکتبه المرتضویه. تهران
- ۱۰- شیروانی. علی (۱۳۷۸). ساختار کلی اخلاق اسلامی. قبسات. شماره ۱۳. قم
- ۱۱- صفایی. سید حسین. (۱۳۹۶). مسئولیت مدنی والزامات خارج از قرارداد. انتشارات سمت. تهران
- ۱۲- کاتوزیان. ناصر (۱۳۹۲). مسئولیت مدنی. انتشارات دانشگاه تهران. تهران
- ۱۳- کشاورز. اسماعیل (۱۳۹۸). ساختار مسئولیت مدنی. انتشارات مجد. تهران
- ۱۴- کشاورز، اسماعیل (۱۴۰۳)، مطالعه تطبیقی سبب موثر در فقه حقوق، مجله پژوهشهای فقه و حقوق اسلامی، شماره ۷۷، صص ۱۸۰-۲۰۳

- ۱۵- کلی. جان (۱۳۸۳). تاریخ مختصر تئوری حقوقی در غرب. ترجمه راسخ. محمد. تهران. نشر طرح نو
- ۱۶- مرعشی نجفی (۱۴۰۳ ه. ق). منشورات. قم
- ۱۷- محقق اصفهانی (۱۴۱۹ ه. ق). حاشیه مکاسب. نشر ذوی القربی. قم
- ۱۸- محقق داماد. سیدمصطفی (۱۳۸۸). قواعد فقه. ج ۱. مرکز نشر علوم اسلامی. تهران
- ۱۹- موسوی خمینی- سید روح الله (۱۳۶۸ ه. ش)- تحریر الوسیله- ج ۱- موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی- تهران
- ۲۰- موسوی بجنوردی- سید حسن - ۱۳۷۷ ه. ش - القواعد الفقهیه- ج ۲- نشر الهادی- قم
- ۲۱- مراغه ای- میرفتاح (۱۴۱۷ ه. ق)- العناوین الفقهیه- موسسه نشر اسلامی جامعه مدرسین- قم
- ۲۲- نجفی- سید محمدحسین (۱۴۱۳ ه. ق). جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام- ج ۴۳، ۴۲، ۲۷. دار احیاء التراث العربی. بیروت
- ۲۳- وهبه الزحیلی (۱۴۰۹ ه. ق). الفقه الاسلامی و ادلته. ج ۵. دارالفکر. دمشق
- ۲۴- یزدانیاں. علیرضا (۱۳۸۶). قواعد عمومی مسئولیت مدنی. جلد اول. نشر میزان.
- ۲۵- قاسم زاده. سیدمرتضی (۱۳۸۷). مبانی مسئولیت مدنی. نشر میزان