

Survey of Ta'ddy and Tafrit as Remover of Barrier of Civil Liability in Imamy' Fiqh and its Difference With the Fault in Common Law

Received: 2016/03/01; Accepted: 2016/09/17

Ahmad.deylami^۱
Mohammad Zaman Rostami^۲
Mohammad Hadi Rostami^۳

Abstract

This article seeks to examine the role of ta'ddy and tafrit in civil liability and that whether they are among the fundamentals and causes of the responsibility or eliminate the obstacle of civil liability and zeman. This has been discussed extensively. What famous jurists believe is that they are among the fundamentals and are same as the fault theory. But what looks proper is that there is difference between them and the fault theory. And it will-play role only where there is a domination on other's property and where there is already a trust relationship. It is going to destroy this relationship and remove the obstacle of being known as responsible.

KeyWords: Abuse, Ta'ddy and Tafrit, Civil liability, Warranty Causes, Trust, Hand (domination).

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی



1. Associate professor of Private law at the University of Qom, (corresponding Author):
Email: ahmad.deylami@gmail.com
2. Assistant professor of Economics at the University of Qom.
3. P.hD Candidate of Islamic Juricprudence and Private law, University of Shahid Motahari.



پروہشگاہ علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

تعدی و تفریط به عنوان رفع کننده مانع مسئولیت مدنی در فقه امامیه و اختلاف آن با نهاد تقصیر در کامن لا

تاریخ دریافت ۹۴/۱۲/۱۱ - تاریخ پذیرش ۹۵/۰۶/۲۷

احمد دیلمی^۱

محمدزمان رستمی^۲

محمدهادی رستمی^۳

چکیده

این مقاله درصدد بررسی نقش تعدی و تفریط در مسئولیت مدنی است و این که آیا تعدی و تفریط، از جمله مبانی مسئولیت مدنی است، یا رفع کننده مانع مسئولیت مدنی می باشد. نظر مشهور قائل به مبانی بودن تعدی و تفریط، و این همانی تعدی و تفریط با تقصیر است. نظر صحیح، رفع یکی از موانع مسئولیت، توسط این دو نهاد و تباین ماهوی آنها با نهاد تقصیر در نقش و کارکرد است؛ گرچه رابطه آن از نظر مفهومی، عموم و خصوص مطلق است. به عبارت دیگر، تقصیری که در فقه، جامع تعدی و تفریط است، با نهاد تقصیر در مسئولیت مدنی از لحاظ کارکرد، تباین دارد. نهاد تعدی و تفریط در موضعی ایفای نقش می کند که استیلاء بر مال دیگری و رابطه امانی - که مانع مسئولیت است - موجود باشد و تعدی و تفریط این مانع را رفع می کند. مشترکات این دو نهاد در برخی مصادیق، باعث این همانی مفهوم این دو، نخواهد شد.

واژگان کلیدی: تعدی، تفریط، مسئولیت مدنی، ضمان، امانت، ید (استیلاء).





مقدمه

با توجه به چالش برانگیز بودنِ مربوط به امانت و تعدی و تفریط و گسترده تر شدنِ روزافزونِ مباحث حقوقی پیرامون این حوزه و در پی آن، متفاوت شدنِ آثار دو نهاد «تعدی و تفریط» و «تقصیر»، تبیین دقیق و علمی مسائل مربوط به این نهاد (مانند مفهوم، قلمرو و آثار)، نتایج مفیدی را در این حوزه دربر دارد. با افزایش اهمیت فعالیت‌های اقتصادی، مسئله امانت به عنوان یکی از موانع ایجاد مسئولیت مدنی، مطرح است، که رفع این مانع، همگام با موضوع‌های دیگری همچون اثبات صفت امانت، بقای آن و اثبات تعدی و تفریط، تحمل مسئولیت و بسیاری از مسائل مربوط به این حوزه، اهمیت بیشتری می‌یابد. با شکل‌گیری مصادیق جدید در این حوزه، نیاز به بازتعریف عناصر تأثیرگذار مانند تعدی و تفریط و بازخوانی کارکرد آنها در حوزه مسئولیت مدنی و ضمان، احساس می‌شود.

سوال اصلی مقاله این است که آیا تعدی و تفریط، جزء مبانی و موجبات مسئولیت مدنی است، و یا رفع‌کننده یکی از موانع آن؟ سوال‌های فرعی مقاله بدین شرح هستند که قلمرو نهاد تعدی و تفریط کدام است؟ رابطه تعدی و تفریط با امانت چیست؟ رابطه تعدی و تفریط با نظریه تقصیر چیست؟

کتاب‌های فقه و قواعد فقه، بحث تعدی و تفریط را در ضمن مباحث دیگر درج و کاوش کرده‌اند. برخی فقها مانند صاحب فصول، فاضل لنکرانی، بجنوردی و محقق داماد، تحت عناوینی چون قاعده «عدم ضمان الامین الا مع التعدی و التفریط» به این بحث پرداخته‌اند. برخی حقوق‌دانان مانند کاتوزیان، امامی و شهیدی، بر مدار ماده ۹۵۳ قانون مدنی، تعدی و تفریط را زیرمجموعه نظریه تقصیر دانسته‌اند.

۱. امانت؛ در زمره عوامل رافع مسئولیت مدنی

مسئولیت مدنی، تعهد و الزام شخص به جبران زیان وارده به دیگری است؛ چه در اثر عمل خود او یا اشخاص وابسته به او یا اشیاء و اموال تحت مالکیت یا تصرف او باشد. در فقه اسلامی، مسئولیت مدنی، ناشی از نقض عهد، استیلاي بدون مجوز، اتلاف به مباشرت یا





تسبیب، اجتماع سبب و مباشر، تقصیر، تعدی و تفریط، ضمان ید و ضمان غرور است (قاسم زاده، ۱۳۷۸: ۲۶۰، ۲۷۸). ارکان مسئولیت مدنی عبارتند از تحقق ضرر، ارتکاب رفتار زیان بار، و رابطه سببیت میان تقصیر و ورود ضرر (دپلمی، ۱۳۸۹: ۲۰۳). امانت، از جمله عوامل رافع مسئولیت مدنی است. امین، شخصی است که مالی به اذن مالک یا شارع در تصرف او است و او رفتاری که موجب تلف و نقص آن شود انجام نمی دهد و از کاری که برای حفظ آن لازم است خودداری نمی کند.

امانت، مفاهیم مختلفی مانند پاسداری، حفاظت، مواظبت، مراقبت، رازداری، نگهداری، آسایش و آرامش دارد. ریشه واژه ایمان، امنیت است. ایمان، ایمنی در پی دارد. هر کس ایمان بیشتری دارد امنیت بیشتری احساس می کند. آنچه رافع مسئولیت مدنی شناخته می شود نه امانت اخلاقی، بلکه امانت حقوقی است.

تفاوت امانت حقوقی با امانت اخلاقی، همچون تفاوت سفاهت حقوقی با سفاهت اخلاقی است. همان گونه که ممکن است فردی از نظر اخلاقی سفیه نباشد اما از نظر حقوقی سفیه شمرده شود ممکن است فردی به لحاظ اخلاقی امین باشد اما از حیث حقوقی، امین شمرده نشود. در امانت حقوقی، افزون بر حسن نیت^۱ که منشأ امانت اخلاقی است، کارایی و مهارت نیز لازم است.

۲. درجات و انواع امانت

امانتداری، درجات بی شماری دارد. هر کس درجه ای از امانت را دارا است. هر کاری بسته به اهمیت آن، نیاز به درجه ای از امانت دارد. هر فرد با هر درجه از امانت، برای برخی کارها، امین و برای برخی دیگر، غیر امین است. در برخی امور، نیاز به ملکه امانت است. در برخی امور، نیاز به صفت امانت است. در برخی امور، امانت موردی کافی است. کسی که خانه ای را اجاره می کند می باید نسبت به حفظ آن، امانت داشته باشد، ولو فاقد صفت امانت باشد. همچنین، ممکن است فردی متصف به وصف امانت باشد اما در یک مورد خاص، از امانت عدول کند.

۱. حسن نیت، به معنای فقدان قصد فریب، غلت، قصور و مسامحه در انجام تعهدات قراردادی و وجود قصد همکاری، احترام به قانون، و رعایت استانداردهای کار است (دپلمی، همان، ص ۵۱).



ممکن است فردی امین نباشد اما در برخی امور مقید باشد که خیانت نکند. این تقیید، برای صدق امانت او در آن کار کافی است، گرچه در امور دیگر امانت ندارد (فاضل، ۱۴۱۸: ۳۶). گاهی نیاز به اطمینان به عدم خیانت فرد نیست، بلکه عدم اطمینان به خیانت او کافی است (همان: ۳۵). اگر مالک بداند که گیرنده، از مال وی به خوبی مراقبت نخواهد کرد و با این وجود، مال را در اختیار او قرار دهد، نمی‌توان عدم ضمان گیرنده را از باب امانت دانست؛ همچنان که نمی‌توان مفهوم امانت را در این مورد محقق دانست (ر.ک. مراغی، همان، ج ۲: ۴۸۳؛ بجنوردی، ۱۴۰۱ق، ج ۲: ۱۷). مالک نمی‌تواند کسی که به او خیانت کرده است را امین بشمارد (حر عاملی، ۱۴۰۹، ج ۱۳، ص ۲۲۹). چنین فردی، ید امانی نخواهد داشت ولو مالک او را امین بشمارد.

کسی که متهم به خیانت است گرچه خیانت او اثبات نشده است را نمی‌توان امین شمرد (حر عاملی، ۱۴۰۹، أبواب أحكام الإجاره، باب ۲۹، ح ۱۲). اگر فردی از نظر جامعه متهم باشد ید او نسبت به هیچ کس، ید امانی نمی‌شود. اگر فردی یک بار دچار خیانت شود پس از آن، متهم خواهد ماند تا زمانی که بر اثر کارهای شایسته این اتهام برطرف شود (فاضل، همان، ص ۲۹).

مالک شخصی فاقد صفت امانت، که در یک مورد خاص به او اطمینان دارد، را می‌تواند به عنوان امین انتخاب کند. از امام صادق (ع) در باره فرد غیر ثقه که مالی نزد او به ودیعه گذاشته شد سوال شد. حضرت ع فرمود سخن او پذیرفته است (نوری، ۱۴۰۸، ج ۲: ۵۰۶). منظور از «غیر ثقه» در روایت مذکور، کسی نیست که در همه امور خیانت می‌کند بلکه کسی است که فقط در برخی از امور می‌توان به او اعتماد کرد.

امانت اگر از سوی قانون باشد، امانت قانونی و اگر از سوی مالک باشد امانت مالکی نام دارد. مواردی مانند اشیای گم شده، مجهول‌المالک، مال صغیر یا مجنون تحت عنوان امانت قانونی قرار می‌گیرند. امانت مالکی، در مواردی مانند نگاهداری مال (عقد ودیعه)، انتفاع مجانی (عقد عاریه)، انتفاع در مقابل اجرت (عقد اجاره)، به کار انداختن سرمایه در قبال درصدی از سود (عقد مضاربه)^۱، زراعت در مقابل سهمی از محصول (عقد مزارعه)، و حمل بار (باربری)، صدق می‌کند (بجنوردی، همان، ج ۱: ۱۹۴). در هر مورد، با انقضای

۱. در مضاربه، اگر عامل با وجود فقدان کارایی، کار را برعهده گیرد ید او ضمانی است. جای بررسی است که آیا او تنها ضامن خسارت است و یا ضامن کاهش سود از حد متعارف نیز هست.



مدت یا فسخ عقد، امانت مالکی زائل می‌شود و یا مال به صورت امانت باقی می‌ماند تا مالک آن را مطالبه نماید.

در برخی موارد، در شکل‌گیری امانت مالکی، اختلاف وجود دارد. یک مورد، قبض کالا توسط مشتری برای مشاهده است. مشتری برای مشاهده یک کالا، آن را در دست می‌گیرد و کالا بدون تقصیر او می‌افتد و می‌شکند. در یک نظر، بایع، کالا را نه به عنوان امانت بلکه برای مشاهده به مشتری می‌دهد. در نظر دیگر، بایع مشتری را به اندازه مشاهده، امین می‌شمارد و این برای امانت او کفایت می‌کند (فاضل، پیشین: ۴۰). مورد دیگر، دریافت مواد اولیه برای ساخت کالا است. صنعتگران و کارگران، مواد اولیه را برای ساخت کالا دریافت می‌دارند و آن مواد گاهی در هنگام کار، بدون تقصیر آنان، دچار آسیب می‌شود. برخی فقها آنان را امین می‌دانند (طباطبایی، ۱۳۹۰، ج ۵: ۶۸). مورد دیگر، حمل بار است؛ مانند موردی که طی آن، کالا هنگام نقل و انتقال بدون تقصیر باربر به زمین می‌افتد و خسارت می‌بیند. (همان).

۳. صفات مانع شکل‌گیری امانت

برخی صفات، مانع شکل‌گیری امانت هستند. از جمله آنها، ناآگاهی از زوایای اصلی کار است. جهل، درجاتی دارد (فاحش، متوسط، و اندک). جهالت فاحش، مانع صحت عقد و موجب بطلان آن است، یا دست کم خیار فسخ ایجاد می‌کند. کسی که در عقد مضاربه، مشارکت، اجاره یا طی عقد دیگری، مالی را برای تجارت یا کارخانه‌ای را برای تولید در اختیار می‌گیرد چنانچه از فنون کار، آگاه نباشد به انعقاد عقد لطمه وارد می‌آورد. جهالت حد متوسط، مانع انعقاد عقد نیست اما مانع شکل‌گیری امانت است و احتمال دارد موجب خیار فسخ شود. جهالت اندک، غیرقابل اجتناب و از این رو، قابل تسامح است.

خطا، اشتباه، سهو، غفلت و نسیان با امانت ناسازگار است. این امور، به فاحش، متوسط و اندک تقسیم می‌شود. خطای فاحش، در برخی فعالیت‌های تجاری و اقتصادی مهم - که تحمل خطای فقط حداقلی، نه بیش از آن، را دارد - مانع انعقاد عقد می‌شود؛ یا دست کم موجب خیار فسخ است. خطای متوسط، فرد را از امانت خارج می‌سازد گرچه عقد، شکل می‌گیرد. خطای اندک قابل تسامح است.





معمولا انجام هر کاری، نیاز به پذیرش درجه‌ای از ریسک دارد. ریسک‌گریزی افراطی در کارهای اقتصادی مهم که نیاز به ریسک‌پذیری بالا دارد مانع شکل‌گیری امانت‌حقوقی است.

غش،^۱ همراه با سوءنیت است و مانع امانت است. در مورد کسی که در گذشته این صفت را دارا بوده است، استصحاب جاری می‌شود، تا زمانی که اماراتی دال بر خروج وی از آن ظاهر شود. چنانچه غش به صورت صفت پدیدار نشده باشد این احتمال وجود دارد که فرد در برخی فعالیت‌ها غش داشته و در برخی دیگر غش نداشته باشد. گاهی امین برای نفع مالک، سوءاستفاده‌هایی نسبت به جامعه مرتکب می‌شود. پیمانکاری که نسبت به مالک، امین، کارآمد، سودآور و دارای حسن‌نیت است نسبت به دیگران، غش و تدلیس و فریب به کار می‌گیرد. امین به نفع مالک، کالا را با حیل‌های غیرقانونی از گمرک خارج می‌سازد. حسابداران به نفع مالک در دفاتر مالیاتی دست می‌برند. ید این افراد نسبت به مالک، امانی است، اما حکومت می‌تواند با آنان مقابله کند.

۴. تعدی و تفریط؛ عامل خروج از امانت

امانت، از جمله عوامل رافع ضمان است. امین تا زمانی که مرتکب تعدی یا تفریط نشود ضامن تلف یا نقص مالی که در تصرف دارد نخواهد بود.^۲ امین زمانی که دچار تعدی یا تفریط در حفظ مال شود از دایره امانت خارج می‌گردد. تعدی، بدان معناست که امین در تصرفات خود از حدود اذن خارج شود و یا بر خلاف عرف، در مال مورد امانت، تصرف کند. تفریط، عبارت است از ترک عملی که به موجب قرارداد یا به‌طور متعارف برای حفظ مال دیگری لازم است.^۳ تعدی و تفریط، هرچند ناخواسته و در اثر فراموشی، اهمال

۱. غش به این معنا است که انسان کیفیت پایین را به عنوان کیفیت بالا ظاهر سازد؛ مانند آن که کالای چینی را به عنوان کالای آلمانی بفروشد، صفتی را برای کالا اظهار کند که فاقد آن است، شیر مخلوط با آب را به عنوان شیر خالص معرفی کند، برنج مخلوط را به عنوان برنج یک‌دست و مرغوب ارائه دهد. غش، اقدامات غیرقانونی با استفاده از راه‌های قانونی را نیز شامل می‌شود؛ مانند غش گمرکی، غش غذایی، غش مالیاتی برای فرار از مالیات، غش انتخاباتی و....

۲. تا زمانی که اثبات نشود که او تعدی و تفریط کرده است.

۳. شاید بتوان گفت اگر ترک آن عمل، عمدی باشد مشمول تعدی می‌شود و اگر غیرعمدی باشد مشمول تفریط می‌گردد.





یا سهل انگاری، برای خروج از امانت کافی است (همان: ۵۴۹). تصرف غیر مأذون، حتی اگر موجب ازدیاد قیمت یا عین مال شود موجب خروج از امانت است.^۱ احسان غیر مأذون که منافی به همراه می آورد تعدی و تفریط تلقی می شود و امین را از امانت خارج می سازد.^۲ (بجنوردی، همان، ج ۲: ۱۳-۱۴)

منظور از تعدی و تفریط، تعدی و تفریط عرفی است. ممکن است یک فرد، کاری را تعدی و تفریط بشمارد اما از نظر عرف، تعدی و تفریط باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۱۵۶). عرف، به سنتی و متخصص تقسیم می شود. ممکن است عرف سنتی، رفتاری را تعدی و تفریط بشمارد و عرف متخصص، آن را به صلاح بداند (و برعکس). امروزه با پیشرفت اقتصاد و پیچیده شدن امور، نظر عرف متخصص، مقدم است.

تعدی، جنبه فاعلی و تفریط، جنبه انفعالی دارد. تعدی، جنبه عمدی و تفریط، جنبه غیر عمدی دارد.^۳ تعدی، با انجام فعل و تفریط، با ترک فعل بروز می یابد. تعدی، انجام کاری بیش از حد لازم و تفریط، انجام کاری کمتر از حد لازم است (محقق داماد، ۱۴۰۶، ج ۱: ۹۶-۹۷). تعدی، ناشی از زیرکی و چالاکی فکری، و تفریط، ناشی از ناتوانی فکری یا فقدان مهارت است. گاهی اضطرار، اکراه و اجبار موجب تعدی و تفریط است اما امین را از امانت خارج نمی سازد؛ گرچه ممکن است جبران نقضی که حاصل می شود بر عهده او باشد.

برای خروج از امانت، تعدی و تفریط باید تکرار شود و یا شدید باشد و یا موجب خسارتی سنگین شود. اصل بر بقای امانت است تا زمانی که زوال آن اثبات شود. امانت، مانند هر صفت دیگری به تدریج زائل می شود.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
رتال جامع علوم انسانی

۱. این گونه تصرفات معمولاً ناشی از خیرخواهی امین است. خیرخواهی ناشی از امانت است. خیرخواهی بدون اذن، ناشی از عدم امانت است. جمع این دو امر، جای بررسی بیشتر دارد.

۲. اگر یک کار نام احسان به خود گیرد با صفت امانت همراه است. اگر یک کار با صفت امانت همراه نباشد، تحقق احسان صدق نمی کند. جای بررسی است که چگونه ممکن است یک کار، هم احسان به حساب آید و هم موجب خروج از صفت امانت گردد.

۳. این مسئله جای بررسی دارد. تفریط بر ترک فعل لازم اطلاق می شود. اگر ترک فعل با عمد و اراده همراه باشد احتمالاً مشمول تعدی می شود.





۵. قلمرو تعدی و تفریط

قلمرو تعدی و تفریط، جایی است که امین، بر مال فردی دیگر استیلا داشته باشد. برخی از مصادیق آن عبارتند از استیلا عامل بر مال در مضاربه، استیلا یابنده بر مال گمشده، استیلا بائع بر مال فروخته شده قبل از قبض مشتری، استیلا مستاجر بر مال یا مرکبی که برای حمل بار اجاره کرده است، استیلا ودیعه گیر بر ودیعه، استیلا عاریه گیر بر عاریه، استیلا چوپان بر گله، استیلا باربر بر بار، استیلا صنعتگر بر مواد اولیه، استیلا شریک بر اموال مشترک، استیلا وصی بر مال مورد وصایت، استیلا مرتهن بر مال مورد رهن، استیلا زوج بر مهریه، استیلا گاراژدار بر خودوهای موجود در گاراژ، استیلا بانک بر پس انداز مردم، و استیلا کرایه کنندگان ظروف بر ظرف‌ها.^۱

در قانون، در تمامی مواردی که بحثی از تعدی و تفریط به میان آمده است، استیلاء بر مال وجود دارد.

۶. اثبات تعدی و تفریط

اگر در مسأله تعدی، بین مالک و امین اختلافی پدید آید مالک باید برای تعدی امین، بینه‌ای اقامه نماید؛ زیرا امین در مقام منکر است (لیس علی الامین الا الیمین). در مسأله تفریط، امین باید عدم کوتاهی خود در نگهداری مال مورد امانت را اثبات کند. اگر انجام کار مشخصی بر عهده امین باشد و اختلاف شود که آیا آن کار، انجام شده است یا نه، اصل بر عدم انجام آن کار است و امین باید انجام کار را اثبات کند. اثبات این که تعدی یا تفریط از چه زمانی شروع شده است بر عهده مالک است.

کسی مال خود را نزد دیگری به امانت می‌گذارد و او دچار تعدی یا تفریط می‌شود. از سویی، مال به علت یک حادثه دیگر دچار آسیب می‌گردد. مالک می‌گوید تعدی یا تفریط پیش از حادثه صورت گرفته است و ید امین پیش از حادثه به ید ضمانی تبدیل شده

۱. حلی، کنز العرفان فی فقه القرآن، ج ۲، ص ۵۴۵؛ شعرانی، تبصرة المتعلمین فی أحكام الدین، ج ۲، ص ۳۹۴؛ امام خمینی، نجات العباد، ص ۳۰۱؛ طوسی، المبسوط فی فقه الإمامیة، ج ۲، ص ۳۷۹؛ بحرانی، الحقائق الناضرة، ج ۲۲، ص ۸۴؛ بهایی، جامع عباسی، ص ۸۵۵؛ اصفهانی، وسیلة النجاة؛ ج ۲، ص ۱۴۷؛ حلی، تحریر الأحکام، ج ۱، ص ۲۵۴؛ گیلانی، جامع الشتات، ج ۳، ص ۴۰۱؛ اصفهانی، وسیلة النجاة، ج ۲، ص ۱۱۶؛ طوسی، خلاف، ج ۴، ص ۱۷۲؛ فخرالمحققین، إیضاح الفوائد، ج ۲، ص ۲۷۵.



است. در مقابل، چنانچه امین پاسخ دهد حادثه پیش از تعدی او صورت گرفته است و ید او در زمان حادثه ید امانی بوده است مالک برای اثبات مدعای خود باید دلیل ارائه کند. همچنین، فردی که خود را در معرض یک کار امانی قرار دهد ادعای حسن نیت و امانت دارد. او باید حسن نیت خود را اثبات نماید. حسن نیت، از طریق امارات و نشانه‌های بیرونی مانند سابقه نیک، قابل اثبات است. اماره‌ها و نشانه‌ها نباید از روی فریب باشد. کسی که با ظاهری فریبنده، اطمینان دیگری را جلب می‌کند ید او، امانی محسوب نمی‌شود.

۷. وضعیت حقوقی عقد پس از تعدی و تفریط

تبدیل ید امانی به ید ضمانی، به معنای انفساخ عقد نیست (محقق داماد، همان، ج ۱: ۹۸). اسباب انحلال عقد اذنی، در قانون مشخص است و تعدی و تفریط در زمره هیچ کدام از آنها قید نشده است. از این رو، به مقتضای اصل استصحاب، عقد بر صحت خود باقی می‌ماند. (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ج ۴: ۵۶؛ نجفی، ۱۳۶۳، ج ۲۷: ۱۲۹)

برخی قائل هستند ضمان، پس از تسلیم کالا مرتفع می‌شود، با این توجیه که احتمال دارد با تلف قبل از قبض، بیع منحل گردد. وانگهی، برخی می‌فرمایند با توجه به بقای رابطه وکالت و انجام صحیح بیع، ضمان به محض فروش کالا پایان می‌پذیرد، هرچند که کالا به مشتری تسلیم نشده باشد. چه، عقد به منزله تسلیم به مالک است و با انعقاد عقد، ضمان پایان می‌پذیرد (طباطبایی، ۱۳۷۸، ج ۲: ۱۴۶). این گروه از فقها معتقدند با خروج امین از امانت، رابطه حقوقی باقی می‌ماند اما مالک می‌تواند قرارداد خود را فسخ نماید.

۸. امکان بازگشت صفت امانت

گاهی امین برای مدتی از حدود اذن خارج گردد اما دوباره به حالت اول باز می‌گردد و در حدود اذن، به تصرف خود ادامه دهد. در این صورت، آیا ید متصرف پس از بازگشت به حالت اول، ضمانی است یا امانی؟ اگر ید متصرف، ضمانی باقی بماند در فرض تلف سماوی و بدون تقصیر، مسئولیت بر عهده او است، اما در صورت بازگشت ید به حالت امانی، چنین مسئولیتی بر عهده وی نخواهد بود.

طبق یک نظر، با بازگشت صفت امانت، ید امانی نیز باز می‌گردد. در این فرضیه، هر کجا صفت امانت باشد ید امانی نیز موجود است و هر کجا صفت امانت نباشد ید ضمانی





جای آن را می گیرد. بنابراین، ید ضمانی با صفت امانت سازگاری ندارد؛ همچنان که ید امانی، با فقدان صفت امانت سازگاری ندارد.

عقیده گروهی دیگر بر این است که پس از بازگشت صفت امانت، برای این که ید امانی باز گردد نیاز به اذن مالک است. در آغاز، برای شکل گیری ید امانی، علاوه بر وجود صفت امانت، نیاز به اذن مالک بود. وقتی صفت امانت زائل شد اذن مالک نیز از بین می رود. بازگشت صفت امانت، به معنای بازگشت اذن مالک نیست. در این حالت، مالک باید اذن خود را اظهار نماید.

رأی دیگر این است که اذن مالک برای بازگشت امانت کافی نیست، بلکه مورد امانت باید به مالک تسلیم شود و دوباره در قالب اذن و عقد جدید به عنوان امانت به امین باز گردد (نجفی، ۱۳۶۳، ج ۲۷: ۱۴۵). بازگشت ید امانی نیاز به علتی جدید دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ج ۴: ۵۷).

یک اعتقاد دیگر نیز بر این مدار می چرخد که تعدی و تفریط باعث انحلال عقد اذنی نمی شود و حتی اذن مالک که در ضمن عقد داده شده بود باقی می ماند. اما از آن جا که مالک، راضی به تعدی و تفریط نیست تعدی و تفریط، مانعی در راه نفوذ اذن ایجاد می کند و هرگاه این مانع از بین برود نفوذ اذن دوباره باز می گردد. این مانع، زمانی از بین می رود که صفت امانت باز گردد. (کاتوزیان، عقود معین، ج ۴، ش ۳۵)

برخی بر این باورند که تعدی و تفریط، نه تنها باعث انحلال عقد اذنی نمی شود بلکه موجب تبدیل ید امانی به ید ضمانی نیز نمی شود. از نظر ایشان، پس از تعدی و تفریط امین، ید او به صورت ید امانی باقی می ماند تا زمانی که مالک، مال خود را مطالبه کند. این گروه، ماده ۶۱۶ قانون مدنی را مستند مدعای عنوان عنوان کرده اند و این چنین مثال می زنند که هرگاه رد مال و دیعه مطالبه شود و امین از رد آن امتناع کند، از تاریخ امتناع، دیگر احکام امین بر او مترتب نمی شود و او ضامن تلف و هر نقص یا عیبی است (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ج ۴: ۵۸؛ طباطبایی، ۱۳۷۸، ج ۱: ۷۵ و ۱۳۷۸، ج ۲: ۱۴۶). این ماده دلالت بر این دارد که تا زمانی که مالک، مال خود را مطالبه نکرده است ید امانی باقی می ماند اما وضعیت بی ثبات دارد. حال، اگر قبل از مطالبه ملک توسط مالک، صفت امانت باز گردد و امین، رفتار خود را بر اساس اذن و عرف، اصلاح نماید ید امانی او ثبات می یابد. (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ج ۲: ۲۵)





۹. شرط ضمان امین در صورت عدم تعدی و تفریط

جبران خسارت زیان دیده به طور طبیعی بر عهده کسی است که مسئول ایجاد آن است. گاهی قراردادهای خصوصی این تعهد را محدود می سازند یا از بین می برند و یا بر شخص دیگری تحمیل می کنند. وقتی کسی مالی را به صورت اجاره یا مضاربه یا ... در اختیار دیگری، امانت می گذارد می تواند شرط ضمان کند. می توان با شرط، ید امانی را به ید ضمانی تبدیل کرد. در این صورت هرگاه خسارتی در مال ایجاد شود که احتمال انتساب آن به وی باشد او ضامن خواهد بود.

در بسیاری موارد، مالک ضمن درج شرط ضمنی، عرفی یا شخصی، بر مسئولیت و ضمان امین تصریح می کند و او را ضامن مال مورد تصرف قرار می دهد. در اجاره اتومبیل یا منزل، مستأجر ضامن خسارات است. در انبارداری تجاری، انباردار به شرط عرفی یا ضمنی، مسئول و ضامن حفظ مال است. در عرف هتل داری، مدیر، مسئول حفظ اموال مسافران ساکن است.

برخی معتقدند این شرط، مخالف با اقتضای ذات عقد اصلی (یعنی امانی بودن تصرف امین در مال) است (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۲: ۳). این دلیل، این گونه قابل مناقشه است که وصف امانی بودن در عقود امانت آور، اثر ذاتی آن نیست، زیرا اثر ذاتی عقود امانی، مثلاً در عقد اجاره، مالکیت منافع و در عقد عاریه، حق انتفاع و در عقد ودیعه، تعهد به حفظ مال و در عقد مضاربه، حق تجارت با مال است. بنابراین، اگر در این عقود، ید یک طرف نسبت به مال طرف دیگر عقد، امانی تلقی می شود، این اثر ناشی از اقتضای اطلاق عقد است و شرط خلاف مقتضای اطلاق عقد، نافذ است.

بر مبنای نظریه دیگر، شرط ضمان امین، باطل است اما اثری بر عقد اصلی نمی گذارد. دلیل این سخن این است که در شرع اسلام، عدم ضمان امین از مسلمات است و شرطی که موجب ضمان او شود، مخالف با این مسلمات فقهی است. در نتیجه، این شرط خلاف شرع است و چنین شرطی نافذ نیست. (باریکلو، ۱۳۸۴: ۶۳)

بر مبنای نظریه دیگر، شرط ضمان امین، صحیح و نافذ است، زیرا اقتضای قاعده سلطه و ادله صحت تصرفات مالک نسبت به مال خویش و نیز قاعده شروط در این است که این شرط، نافذ باشد. (امام خمینی، ۱۴۱۵، ج ۵: ۱۹۲)





۱۰. شرط عدم ضمان امین در صورت تعدی و تفریط

افراد می‌توانند طبق یک قرارداد، مسئولیت جبران خسارت در یک کار را بر دوش دیگری بیندازد. قراردادهای بیمه، این گونه‌اند. برخی قراردادها شرایط ایجاد یا میزان مسئولیت متعارف یا قانونی را تغییر می‌دهند. نفوذ این قراردادها مشروط به عدم مخالفت با مقتضای عقد، نظم عمومی و اخلاق حسنه است. (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۳۵۳)

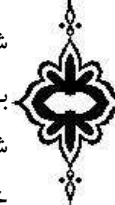
عیب این شرط این است که به فعالان اقتصادی این امکان را می‌دهد نسبت به خساراتی که به بار می‌آید مصونیت یابند. این امر، آنان را نسبت به رعایت قوانین و اجرای تعهداتی که پذیرفته‌اند بی‌اعتنا می‌سازد و بی‌مبالاتی را رواج می‌دهد. (همان: ۳۵۴)

از سوی دیگر، امروزه اکثر فعالان اقتصادی مسئولیت‌های احتمالی خود را بیمه می‌کنند. آنان هزینه بیمه را جزء هزینه‌های خود به حساب می‌آورند و بر قیمت کالا می‌افزایند. اما اگر شرط عدم مسئولیت مورد توافق قرار گیرد هزینه‌ای برای بیمه پرداخت نمی‌شود و در نتیجه، بر قیمت‌ها افزوده نمی‌شود. (همان: ۳۵۵)

مخالفان استدلال می‌کنند توافق درباره عدم مسئولیت طرف قرارداد، به منزله بری ساختن او از دینی است که در آینده احتمال ایجاد آن می‌رود. از آن جا که ابراء تنها در مورد دین موجود، امکان دارد شرط عدم مسئولیت، به دلیل موجود نبودن دین در هنگام اسقاط، اثر حقوقی ندارد. (شهید ثانی، همان، ج ۴: ۶۲۸ و ۲۶۹؛ امامی، ۱۳۴۰، ج ۲: ۱۷۲)

وانگهی، عده‌ای می‌گویند مسئولیت ناشی از تعدی و تفریط، ارتباط نزدیکی با نظم عمومی دارد و به این دلیل، در زمره قوانین امری است. بنابراین، نمی‌توان به وسیله قراردادهای خصوصی از اجرای این قوانین پرهیز کرد و مسئولیت را از بین برد یا از آن کاست. (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۳۵۶)

موافقان پاسخ می‌دهند توافق طرفین، ناظر به سقوط دین نیست تا ادعا شود که چون موضوع، معدوم است شرط سقوط، صحیح نیست. بلکه مراد این است که هرگاه در آینده، شرایط تحقق مسئولیت، جمع شود آن مسئولیت، به وجود نیاید نه این که ساقط شود. آنها بهترین دلیل امکان چنین پیمانی را وجود آن در عالم خارج می‌دانند. ایشان معتقدند این شرط با نظم عمومی مغایرتی ندارد زیرا وقتی زیان دیده پس از ورود زیان می‌تواند از حق خود بگذرد چرا نباید پیش از ورود خسارت، چنین اختیاری داشته باشد. (همان: ۳۵۶)





عده‌ای باورمندند این شرط شامل خطاهای متعارف برای امین می‌شود اما خطاهایی که عرف در حکم عمد می‌شمارد و هر انسان متعارفی می‌تواند نتیجه زیان بار آن را حدس بزند را در بر نمی‌گیرد. آزادی امین در ارتکاب خطاهای عمدی، مخالف نظم عمومی است و باید مانع از آن شد که امین بتواند در پناه شرط عدم ضمان، به مالک ضرر رساند. شرط عدم ضمان امین، شامل خسارات وارد به سلامتی جسمی و یا حقوق مربوط به شخصیت و آزادی فرد نمی‌شود. پزشکی که با بیمار قرار می‌گذارد مسئول تقصیر خود در عمل جراحی نباشد این قرارداد تنها شامل خطاهای قابل اغماض و سبک می‌شود. (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ج ۱: ۴۲۲)

۱۱. لزوم وجود مبنای مسئولیت مدنی برای جبران خسارت

وقتی از امین تعدی و تفریط سرزند یکی از دو حالت ذیل‌الذکر شکل می‌گیرد. در یک حالت، تعدی و تفریط موجب خسارت شود و سبب می‌شود ید امانی امین به ید ضمانی تبدیل شود و وی ضامن خسارت بشود. حالت دوم آن است که تعدی و تفریط موجب خسارتی نشود. در این صورت، ید او به ید ضمانی تبدیل می‌شود و از آن پس، اگر حادثه‌ای رخ دهد وی ضامن است. در این فرض، چنانچه انتساب حادثه به وی مورد تردید باشد باز هم وی ضامن دانسته می‌شود. به بیان دیگر، اگر احتمال انتساب حادثه به وی موجود باشد او ضامن تلقی می‌شود. اما اگر معلوم باشد آن حادثه ناشی از یک امر طبیعی بوده و تعدی و تفریط وی هیچ نقشی در آن نداشته است نمی‌توان او را ضامن دانست. برای این که یک فرد، مسئول شناخته شود باید یک مبنای مسئولیت مانند تقصیر یا خطر، بر رفتار وی تطبیق یابد. در صورت فقدان مبنای مسئولیت مدنی، وجود ید ضمانی برای شکل‌گیری مسئولیت، کافی نیست. برای مثال، راننده‌ای که می‌باید اتومبیل امانی را از یک مسیر معین به یک مکان معین ببرد اگر اتومبیل را از مسیری دیگر یا به مکان دیگر ببرد دچار تعدی شده است. حال اگر در آن مسیر یا مکان حادثه‌ای پیش آید که ناشی از عمل وی باشد یا احتمال ارتباط حادثه با آن باشد وی ضامن است. اما اگر آن حادثه ارتباطی با عمل او نداشته باشد، مانند این که حادثه ناشی از یک نقص فنی باشد که در هر حال (حتی اگر راننده از محدوده اجازه خارج نمی‌شد) ای‌سا که رخ می‌داد در این حالت نمی‌توان وی را ضامن دانست. گاهی حادثه پس از پایان گرفتن تعدی و تفریط واقع می‌شود. مثلاً





پس از آن که راننده اتومبیل را سالم به مکان اولیه باز می گرداند اتومبیل دچار یک حادثه طبیعی می شود، که در این صورت نیز نمی توان او را ضامن دانست.

گرچه پس از روی دادن تعدی یا تفریط، ید امانی به ضمانی تبدیل می شود اما برای این که ید ضمانی ضامن خسارت ناشی از یک حادثه باشد باید مبانی مسئولیت مدنی نیز موجود باشد. مسئولیت مدنی زمانی محقق می شود که فرد در شکل گیری حادثه نقشی داشته باشد و مرتکب خطا، کوتاهی و تقصیر شده باشد. در صورتی که فرد در یک امر هیچ نقشی ندارد نمی توان او را مسئول دانست (دبلمی، همان: ۱۳۶). مشهور بر این عقیده است که امین از تاریخ تعدی و تفریط، ضامن هر گونه تلف یا نقصی که در مال مورد امانت حادث می شود می باشد، حتی اگر علت تلف مال، امری خارجی و یا احترازناپذیر باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ج ۴: ۵۶؛ نجفی، همان، ج ۲۷: ۱۲۹؛ کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ج ۳: ۲۴). برای مثال، اگر کارگر کارخانه از دستگاه هایی که به صورت استاندارد باید ۸ ساعت در روز کار کنند ۱۰ ساعت کار بکشد از امین بودن خارج می شود. در این حالت، اگر دستگاه ها نه به خاطر ۲ ساعت کار بیشتر بلکه به خاطر نوسانات برق یا رعد و برق خراب شوند مشهور، حکم به ضامن بودن امین می کند.

۱۲. بررسی نظریه تقصیر در حقوق انگلستان

در ماده ۱ «قانون شروط ناعادلانه»^۱ انگلستان، تقصیر این گونه تعریف شده است: «نقض هر گونه تعهد قراردادی صریح یا ضمنی مبنی بر به کار بردن دقت متعارف یا به کار بردن توانایی متعارف در رابطه با اجرای قرارداد یا تکلیف عمومی بر به کار گیری دقت، که قانون مسئولیت مستأجران مصوب ۱۹۵۷ بر آن تأکید کرده است». برای ایجاد تقصیر در حقوق کامن لا باید سه عنصر تکلیف مراقبت و احتیاط، نقض این تکلیف، و ضرر ناشی از این نقض به اثبات برسد. (Modern Tort law, 2009: 56)

به منظور آشنایی بیشتر با حقوق انگلستان در این زمینه، چند مسأله مرتبط در این خصوص که اهمیت بسزایی دارند، توصیف و تبیین می شود:



1. Unfair Contract Terms Act, 1977 (UK) .



یک: شرط مربوط به مصونیت از جبران خسارت

این شرط مقرر می‌سازد یکی از طرفین قرارداد از جبران خسارات ناشی از قرارداد، به هر علتی، در مقابل طرف دیگر معاف باشد. این شرط، مسئولیت را از عهده شخصی که به موجب قانون، مسئول است برمی‌دارد. به موجب ماده ۴ قانون شروط ناعادلانه انگلستان، درج چنین شرط‌هایی در قراردادهای مصرف‌کننده، در صورتی که معقول باشند معتبر است. چنان که ملاحظه می‌شود تنها معیار برای صحت چنین شروطی، معقول بودن آنها است که در مواردی حتی می‌توان آن را توأم با تفصیر نیز صحیح دانست.

دو: شرط محدودکننده مسئولیت

در بحث تفصیر در حقوق انگلستان طرفین می‌توانند با شرط کردن اموری مسئولیت‌های خود را محدود کنند. البته در برخی موارد، این شروط با ابهام‌هایی مواجه می‌شود. به این منظور، دادگاه‌ها قاعده «تفسیر علیه انشاءکننده»^۱ را اعمال می‌کنند. طبق این قاعده، شروط قرارداد در صورت ابهام، به زیان کسی تفسیر می‌شود که آنها را انشاء کرده باشد. طرفی که به دنبال از بین بردن مسئولیت خودش است تلاش می‌کند در هنگام بیان شرط، از واژه‌های مبهم استفاده کند.^۲ قاعده تفسیر علیه انشاءکننده، در مواردی که یکی از طرفین برای سلب مسئولیت خود در برابر تفصیرش از شرط استثنا استفاده می‌کند، با شدت و دقت خاصی اعمال می‌گردد. بسیاری از شروط استثنا که سلب‌کننده مسئولیت ناشی از تفصیر هستند، توسط قانون شروط ناعادلانه ۱۹۷۷ باطل اعلام شدند و جایی که امکان دارد در زمینه مسئولیت ناشی از تفصیر، شرط استثنا کارایی داشته باشد، واژگانی که در شرط اعمال می‌شوند باید کاملاً واضح و گویای مقصود و هدف طرفین باشد. اگر شرط استثنایی به طور صریح به مسئولیت ناشی از تفصیر اشاره کند، این شرط قابل اعمال می‌باشد. (همان ص ۱۷۷)

سه: اصل مانع تحقق شرط محدودکننده

در طول سال‌های ۱۹۵۰ تا ۱۹۶۰ دادگاه‌ها در میان خود، اصلی را ترویج دادند که به موجب آن، هیچ شرط استثنایی نمی‌تواند در صورت نقض اساسی قرارداد، مانع مسئولیت مشروط‌له گردد، حتی اگر مفاد شرط استثنا به طور واضح دلالت بر این امر داشته باشد. با



1. contra proferentem rule

2. Elliot, Catherine, Quinn, Frances, Contract Law, Pearson Academic, 7th edition, London, 2009., p.155.



این حال، «دکترین نقض اساسی قرارداد» در سال ۱۹۶۷ به وسیله مجلس اعیان نقض شد. مجلس اعیان رأی داد که هیچ قاعده حقوقی وجود ندارد که در صورت رویداد یک مورد «نقض اساسی قرارداد» نتواند به وسیله شروط استثناء پوشش داده شود؛ با این توجیه که با وجود تصوب قانون شروط ناعادلانه قرارداد در سال ۱۹۷۷ که محدودیت‌هایی برای نفوذ شرط استثناء اعمال کرده است، نیازی به تداوم اعتبار این دکترین وجود ندارد.^۱

چهار: مواردی که به دلیل تقصیر صورت گرفته نمی‌توان مسئولیت ایجاد شده را محدود کرد

مطابق ماده ۲ قانون شروط ناعادلانه، مسئولیت ناشی از مرگ یا صدمات شخصی ناشی از بی‌احتیاطی، نمی‌توانند استثناء یا محدود شوند. تقصیری که باعث ایجاد صدماتی کمتر از مرگ یا صدمات شخصی باشد، در صورتی مسئولیت ناشی از آن می‌تواند محدود یا مستثنی گردد که عقلایی باشد. همانگونه که ملاحظه می‌شود، در حقوق انگلستان مهم‌ترین معیار برای قانونی شدن شروط محدود کننده مسئولیت، عقلایی بودن شروط است.

پنج: تدلیس مبتنی بر تقصیر در گامن لا

تا قبل از سال ۱۹۶۴ اگر در تدلیس در فرایند قرارداد عنصر تقلب وجود نداشت، خواهان تنها می‌توانست قرارداد را فسخ نماید و از این باب نمی‌توانست تقاضای جبران خسارت مالی بنماید. در سال ۱۹۶۴ مجلس اعیان از این رویه روی گرداند. مجلس اعیان طی یک اظهار نظر ضمنی بیان کرد: در شرایط خاصی، در مسئولیت مدنی ناشی از تدلیس که با تقصیر همراه است، خسارات مالی ممکن است قابل دریافت باشند.^۲

شش: تدلیس مبتنی بر تقصیر در قانون موضوعه

امروز چنانچه خواهان بخواهد دعوای تدلیسی که با تقصیر همراه است اقامه نماید می‌تواند دعوای مسئولیت مدنی مبتنی بر تقصیر اقامه کند؛ یا این که به ماده ۲ قانون تدلیس انگلستان مصوب ۱۹۶۷ استناد کند. به موجب ماده ۲ قانون مذکور، اگر شخصی در اثر تدلیس طرف مقابل وارد قرارداد شود و در نتیجه‌ی تدلیس متضرر گردد، اگر تدلیس متقابلانه باشد، مسئول جبران خسارات می‌باشد و حتی اگر تدلیس از نوع غیر متقابلانه هم باشد باز مسئول جبران خسارات است، مگر این که ثابت نماید در زمان انعقاد قرارداد،



1. Paul Richard, Law of contract, Longman-Pearson, 9th edition, London, 2011., p. 182.
2. Mary Char man, Contract law, Willan publishing, 4Th edition, London, 2007, p 176.



اعتقاد به صحت قرارداد داشته و نیز دلایل عقلی بر این اعتقاد وجود داشته است. (این ماده در خصوص تدلیس خالی از تقصیر نیز اعمال می شود).^۱

هفت: اجرای بدون تقصیر اعمال نامشروع

ممکن است، قراردادی در عین این که کاملاً صحیح و قانونی تشکیل شده است، به شیوه نامشروع اجرا گردد. همچنین ممکن است بتوان حکم به صحت قراردادی داد که به شیوه نامشروع اجرا شده است، به شرطی که عمل غیرقانونی که برای اجرای آن به وقوع پیوسته است یک عمل بسیار فرعی و جانبی باشد. برای مثال، در قراردادی که برای تحویل کالا منعقد شده است، اگر تحویل دهنده برای حمل کالا سرعت غیرمجاز داشته باشد یا هنگام تحویل کالا، اتومبیلش را در مکان غیرمجاز پارک کند، ممکن است نتوان حکم به عدم مشروعیت قرارداد صادر کرد.^۲

هشت: ممانعت از اجرا در اثر تقصیر متعهدله

اگر طرف قرارداد، بخشی از تعهدش را اجرا نماید اما طرف در اثر تقصیر متعهدله قادر به ادامه اجرای قرارداد نباشد، علاوه بر این که می تواند برای جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد علیه طرف مقابل اقامه دعوا کند، می تواند اجرت المثل تعهدات انجام شده را از وی دریافت کند.

۱۳. مقایسه تعدی و تفریط با نظریه تقصیر

نهاد «تقصیر» با نهاد «تعدی و تفریط» متفاوت است. این دو نهاد از نظر کارکرد، متباین و از نظر مفهومی، عموم و خصوص مطلق هستند. برای تمیز میان این دو نهاد به برخی تفاوت ها اشاره می شود:

۱. نهاد تعدی و تفریط تنها از سوی امین ارتکاب می یابد. در تقصیر، وجود امین لازم نیست.

۲. تعدی و تفریط در جایی تحقق می یابد که یک رابطه امانی از قبل وجود دارد. در

تقصیر، وجود رابطه امانی لازم نیست. (Markesini, 2002: 84)



1. Nicola Monaghan, Chris Monaghan, Beginning Contract Law, Routledge publish, 1 Th edition, London, 2013.
2. Catherine Elliott, Frances Quinn, Contract Law, Pearson Academic, 7 Th edition, London, 2009. p.242



۳. در مواردی که بر اثر تقصیر کارگر، نقصی در کالا ایجاد شود که به مصرف کننده خسارتی وارد سازد چون جبران زیان‌های ناشی از تقصیر کارگر اصولاً بر عهده کارفرما است زیان دیده باید به کارفرما مراجعه کند (جردن، ۱۳۹۱، ص ۷۸۹). در این جا زیان دیده نمی‌تواند به قاعده تعدی و تفریط استناد کند زیرا بین کارگر و مصرف کننده رابطه امانی وجود نداشته است که با تعدی و تفریط کارگر، ید کارگر به ید ضمانی تبدیل شود و ضامن باشد.

۴. در تقصیر باید فعل زیان‌باری از فرد سر بزند تا مسئول شمرده شود (Owen, 2000, 167)، اما در تعدی و تفریط چنین نیست و چه بسا فرد، باعث زیان نشود، بلکه به صرف تعدی و تفریط از صفت امانت خارج می‌گردد و پس از آن، در صورتی که زیانی هر چند از ناحیه غیر او وارد شود مسئول خسارات وارده است.

۵. امکان بروز تقصیر از محجورین مانند دیوانگان و خردسالان وجود دارد (Koebele, 2009: 137). اما تعدی و تفریط در مورد محجورین، سالبه به انتفاء موضوع است؛ زیرا چنین افرادی به عنوان امین انتخاب نمی‌شوند.

۶. در تقصیر، وجود استیلا شرط نیست (Stephenson, 2000: 15) در حالی که در تعدی و تفریط، وجود استیلا شرط است. برای مثال، ورزشکاران پیش از شرکت در مسابقات ورزشی، به ویژه ورزش‌های رزمی، باید کارت بیمه داشته باشند و با نداشتن آن مرتکب تقصیر هستند. در این مورد، هیچ گونه استیلائی در کار نیست.

۷. محور بحث مسئولیت ناشی از تقصیر، جبران خسارت است (Esther, 2007: 34)، اما محور بحث تعدی و تفریط، تغییر حالتی است که در امین ایجاد می‌شود و ید امانی او را به ید ضمانی تبدیل می‌سازد.

۸. درباره مسئولیت ناشی از تقصیر، این سوال مطرح است که آیا تقصیر برای تعیین مسئول جبران خسارت مناسب هست یا نه (Stuhmcke, 2001: 29). اما در بحث تعدی و تفریط چنین سوالی مطرح نیست.

۹. در باره تقصیر گاهی استدلال می‌شود که نمی‌تواند خسارات ناشی از حادثه را به طور مناسب جبران کند (Gerhart, 2010: 73). در حالی که در تعدی و تفریط این بحث مطرح نیست.





۱۰. تقصیر موجب ایجاد مسئولیت است (Kozioł, 2007: 603)، در حالی که در تعدی و تفریط، اگر همراه با زیان نباشد، مسئولیتی ایجاد نمی‌شود، بلکه امانتی که مانع مسئولیت است برداشته می‌شود.

۱۱. در تقصیر، زیان دیده باید ایجاد تقصیر و رابطه سببیت میان تقصیر و مقصر را به اثبات برساند. همزمان، خواننده نیز تلاش می‌کند ثابت نماید مرتکب تقصیری نشده است و میان عمل او و خسارت، رابطه سببیت وجود ندارد. از آنجا که ارائه دلیل بر عدم دخالت در ایراد خسارت همیشه آسان نیست در این حالت، بهترین شیوه برای معافیت از مسئولیت، اثبات وجود قوه قاهره یا عامل موجهه است (Chamalla, 2010: 119). این در حالی است که در تعدی و تفریط، زیان دیده ملزم به اثبات تقصیر و رابطه سببیت نیست بلکه می‌باید ثابت کند که خواننده، رفتاری در شأن یک امین نداشته و از وصف امانت خارج شده است.

۱۲. تقصیر، به دو گونه‌ی عام و قراردادی تقسیم شده است (MCIVOR, 2006: 25).

در تقصیر عام، به منظور احراز نقض تکلیف، به قاعده‌ای معین اشاره شده است که در وضعیت‌های خاص، فرد را به رفتار مشخصی ملزم می‌کند؛ مانند بستن کمر بند هنگام رانندگی، توقف هنگام مشاهده چراغ قرمز، و قوانین مختلف در زمینه‌های شهرسازی، محیط زیست، بهداشت و فعالیت‌های ورزشی، که همگی الزاماتی را برای اشخاص ذی ربط به وجود می‌آورند. در این هنگام، صرف عدم رعایت قوانین مقرر شده را تقصیر می‌نامند (جردن، ۱۳۹۱: ۸۳). در حالی که در تعدی و تفریط اصولاً این گونه مقررات عام موجود نیست.

۱۳. در بحث تقصیر، زیان دیده علاوه بر این که باید ارتکاب تقصیر را به اثبات برساند باید رابطه سببیت را میان فعل زیان بار و زیان ادعا شده را نیز ثابت کند. قاضی باید روشن کند آیا تقصیری که به خواننده نسبت داده می‌شود سبب خسارت بوده است یا نه (Oliphant, 2009: 461). در حالی که در تعدی و تفریط وقتی امین دچار تعدی و تفریط شد از وصف امانت خارج می‌شود و ید او، ید ضمانتی می‌گردد و هر خسارتی که به مال مورد امانت وارد شود و لو در نتیجه عمل وی نبوده باشد منتسب به وی خواهد بود.

۱۴. در حقوق انگلستان، اگر شرایط به گونه‌ای باشد که با فرض عدم ارتکاب تقصیر، باز هم خسارت به بار آید به وجود رابطه سببیت توجه نمی‌شود و مرتکب تقصیر را مسئول پرداخت خسارت نمی‌دانند. برای مثال، سردفتری که تکلیف هشداردهی به طرف‌های عقد





را انجام ندهد و مثلاً مراجعه کننده را از ناتوانی طرف قرارداد آگاه نکند اگر احراز شود که حتی در صورت هشدار دادن او، مراجعه کننده باز هم با فرد ناتوان داد و ستد می کرد سردفتر را مسئول زیان به مراجعه کننده نمی دانند. همچنین اگر سبب به اندازه ای دور باشد، که رابطه اش با خسارت بسیار مبهم باشد عامل خسارت شناخته نخواهد شد. زیرا ممکن است اتفاقات بسیاری رخ دهد که روند رویدادها را دگرگون کند؛ به گونه ای که معقول نباشد گفته شود خسارت، اثر حتمی آن سبب است (Miceli, 1997: 28). این در حالی است که پس از انجام تعدی و تفریط از سوی امین، ید وی ید ضمانی می شود و او مسئول خسارات وارده خواهد شد؛ حتی اگر این خسارات در صورت عدم تعدی و تفریط نیز به بار می آمد.

۱۵. در نظریه تقصیر، صرف تقصیر برای ایجاد مسئولیت کافی است و لزومی به اثبات عمدی بودنش نیست (جردن، ۱۳۹۱: ۹۷). اما در تعدی، برای این که فرد از امین بودن خارج شود باید عمدی بودن کار خلاف عرف از سوی او ثابت شود. زیرا امین تا زمانی که کاری را با نیت سوء انجام نداده است وصف امانتش زائل نمی شود. (امامی، ۱۳۴۰، ج ۲: ۱۷۳؛ بصری بحرانی، ۱۴۱۳، ج ۶: ۵۷۲؛ بهجت، ۱۴۲۶، ج ۵: ۱۴۶)

نتیجه

تعدی و تفریط، رافع موانع مسئولیت مدنی هستند و از مبانی مسئولیت مدنی نمی باشند. تعدی و تفریط تنها در جایی ایفاء نقش می کند که استیلاء بر مال و رابطه امانی وجود داشته باشد. به منظور اثبات این که امین مرتکب رفتاری خلاف وصف امانت شده اگر آن رفتار واجد جنبه وجودی (دارای ماهیت ایجابی) باشد، و به تعبیری، تعدی باشد، این وظیفه مالک است که اثبات کند امین، خلاف قرارداد یا عرف یا قانون عمل کرده و وصف امانت را از دست داده و ضامن خسارات است. اما اگر رفتار، جنبه عدمی داشته باشد، و به بیان دیگر، تفریط باشد، بر عهده امین است که ثابت کند در نگهداری مال مورد امانت کوتاهی نکرده و وصف امانتش زایل نشده و مسئول خسارات وارده نمی باشد. میان نهاد تعدی و تفریط و نهاد تقصیر، در نقش و نیز در کارکرد، تباین ماهوی وجود دارد. تعدی و تفریط برگرفته از فقه اسلامی است و نظریه تقصیر از حقوق غرب وارد ادبیات حقوقی شده است. نظریه تقصیر بر خلاف تعدی و تفریط محدوده ای فراتر از استیلاء دارد.





منابع

۱. اصفهانی، سید ابوالحسن، ۱۳۹۷ق، وسیله النجاه، چ ۱، بیروت، دارالتعارف للمطبوعات.
۲. امام خمینی، سید روح الله، ۱۴۱۵ق، کتاب البیع، چ ۱، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
۳. _____، ۱۴۲۲ق، نجات العباد، چ ۱، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.
۴. امامی، سید حسن، ۱۳۴۰ش، حقوق مدنی (۶جلدی)، چ ۱، تهران، کتابفروشی اسلامی، چ ۱.
۵. باریکلو، علیرضا، ۱۳۸۴ش، شرط ضمان امین در فقه امامیه، مطالعات اسلامی، ش ۶۷.
۶. بجنوردی، سید محمد بن حسن، ۱۴۰۱ق، قواعد فقهیه، چ ۲، تهران، مؤسسه عروج.
۷. بحرانی، یوسف بن احمد، ۱۴۰۵ق، الحقائق الناضره، چ ۱، قم، جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۸. بصری بحرانی، زین الدین، ۱۴۱۳ق، کلمه التقوی (۷جلدی)، چ ۱، قم، نشر سید جواد وداعی.
۹. بهجت، محمد تقی، ۱۴۲۶ق، جامع المسائل (۵جلدی)، چ ۱، قم، نشر آثار آیت الله بهجت.
۱۰. جردن، پاتریس، ۱۳۹۱ش، اصول مسئولیت مدنی، ترجمه محمد ادیب، چ ۱، تهران، میزان.
۱۱. حر عاملی، محمد بن حسن، ۱۴۰۹ق، وسائل الشیعه، چ ۱، قم، آل البیت.
۲۲. حلی، حسن بن یوسف، ۱۴۲۰ق، تحریر الأحکام الشرعیه، چ ۱، قم، مؤسسه امام صادق (ع).
۱۳. حلی، مقداد بن عبدالله، بی تا، کنز العرفان فی فقه القرآن، ترجمه بخشایشی، بی چا، قم، پاساژ قدس.
۱۴. دیلمی، احمد، ۱۳۸۹ش، حسن نیت و مبانی مسئولیت مدنی، تهران، بنیاد حقوقی میزان، چ ۱.





۱۵. شعرانی، ابو الحسن، ۱۴۱۹ ق، تبصرة المتعلمين في أحكام الدين (ترجمه و شرح)، چ ۱، تهران، منشورات إسلامية.
۱۶. شهيد اول، محمد بن مكي، ۱۴۱۰ ق، اللمعة الدمشقية في فقه الإمامية، چ ۲، بيروت، دار التراث.
۱۷. شهيد ثانی، زين الدين بن علي عاملی، ۱۴۱۳ ق، مسالك الأفهام، چ ۱، قم، مؤسسه المعارف الإسلامية.
۱۸. طباطبائی يزدي، سيد محمد كاظم، ۱۳۹۰ ش، عروه الوثقی، چ ۵، تهران، مكتبه العلميه الاسلاميه.
۱۹. _____، سيد محمد كاظم، ۱۳۷۸ ش، ملحقات عروه الوثقی، مكتبه الداوری، چ ۳، نجف، حیدری.
۲۰. _____، سيد محمد كاظم، ۱۳۷۸ ش، حاشیه مكاسب، چ ۳، تهران، دارالمعارف الاسلاميه.
۲۱. طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن، ۱۴۰۷ ق، الخلاف، چ ۱، قم، جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
۲۲. _____، ۱۳۸۷ ش، المبسوط في فقه الإمامية، چ ۱، تهران، المكتبة المرتضوية.
۲۳. بهائی، بهاء الدين محمد، ۱۴۲۹ ق، جامع عباسی و تكميل آن (محشی)، چ ۱، قم، جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
۲۴. فاضل لنكرانی، محمد، ۱۴۱۸ ق، قواعد فقهيه، چ ۳، قم، نشر اعتماد.
۲۵. فخر المحققين، محمد بن حسن بن يوسف، ۱۳۸۷ ش، إيضاح الفوائد، چ ۱، قم، مؤسسه اسماعيليان.
۲۶. قاسم زاده، سيد مرتضی، ۱۳۷۸ ش، مبانی مسئولیت مدنی، چ ۱، تهران، داد گستر.
۲۷. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۷۴ ش، حقوق مدنی، عقود معین، چ ۳، تهران، مؤسسه انتشارات مدرس.
۲۸. _____، ۱۳۸۶ ش، قواعد عمومی قراردادها، چ ۳، تهران، شرکت سهامی انتشار.





۲۹. _____، ۱۳۸۹ش، وقایع حقوقی مسئولیت مدنی، چ ۴، تهران، شرکت سهامی انتشار.

۳۰. کاشف الغطاء، احمد بن علی، ۱۴۲۳ق، سفینه النجاة، چ ۱، نجف اشرف، مؤسسه کاشف الغطاء.

۳۱. _____، محمد حسین، ۱۳۵۹ش، تحریر المجله، چ ۱، نجف، المكتبة المرتضویة.

۳۲. مراغی، السید میر عبد الفتاح، ۱۴۱۸ق، عناوین، چ ۱، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.

۳۳. محقق داماد، سید مصطفی، ۱۴۰۶ق، قواعد فقه، چ ۲، تهران، نشر علوم اسلامی، چ ۲.

۳۴. نجفی، محمد حسن، ۱۳۶۳ش، جواهر الکلام، دارالکتب الاسلامیه.

۳۵. نوری، میرزا حسین، ۱۴۰۸ق، مستدرک الوسائل، چ ۱، بیروت، مؤسسه آل البیت لإحياء التراث.

36. Chamallas, Martha, and, Wriggins, Jennifer B, (2010) The Measure of Injury, Race, Gender, and Tort Law, New York and London, NEW YORK UNIVERSITY PRESS,
37. Charman, Mary, (2011), Contract law, Willan publishing, 4th edition, London.
38. Chris Turner, (2009), Contract law, (key case), Holder Education, 2th edition, London, Elliot, Catherine, (2007), Quinn, Frances, Contract Law, Pearson Academic, 7th edition, London, Esther F. D Shifts in Compensating Work-Related Injuries and Diseases, New York, Springer Wien,
39. Gerhart, Peter M, (2010), Tort Law and Social Morality, NEW YORK, Cambridge University press,
40. Harp wood, (2009), Vivienne, Modern Tort law, 7th editions,
41. Koebele, Michael, (2009), Corporate Responsibility under the Alien Tort
42. LEIDEN, BOSTON, Statute Enforcement of International Law through US Torts Law, Martinus nijhoff publishers.
43. Koziol, Helmut, (2007), Tort and Insurance Law, New York, Springer Wien.
44. Markesinis, B, and unberath, (2002), The German Law of torts, fourth edition, Portland, hart publishing.
45. Marnah Suff, Nicholas Bourne, (2001), Essential contract law, Cavendish Publishing, 2th edition, London.
46. MCIVOR, CLAIRE, (2006), Third Party Liability in Tort, OXFORD AND PORTLAND, Hart publishing, (2006).
47. Miceli, Thomas J, (1997), Economics of the law, New York, oxford university press.



48. Monaghan, Nicola, Monaghan, Chris, (2013), Beginning Contract Law, Routledge publish, 1th edition, London.
49. Oliphant, Ken, (2009), Tort and Insurance Law, NewYork, Springer Wien, (2009).
50. Owen, (2000), R, Essential tort law, Third edition, london, university of glamorgan law school.
51. Richards, Paul (2011), Law of contract, Longman-Pearson, 9th edition, London.
52. Stephenson, Graham, (2000), SOURCEBOOK ON TORT, Second Edition, London, Sydney, Solicitor Principal Lecturer in Law, University of Central Lancashire Cavendish Publishing.
53. Stuhmcke, Anita, (2001), ESSENTIAL TORT LAW, Second Edition, Australia, CPC avendish Publishing.
54. Unfair Contract Terms Act, (1977) (UK).



مجله پژوهش حقوق اسلام و فقه





پروہشگاہ علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی