

## مطالعه تطبیقی مفهوم ضمان در حقوق اسلامی، مسئولیت مدنی در حقوق رومی - ژرمنی و Tort در کامن لا

احمد دیلمی\*

دانشیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی دانشکده حقوق دانشگاه قم

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۹/۱۲ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۷/۴/۱۷)

### چکیده

جریان سریع جهانی شدن، پژوهش‌های تطبیقی حقوقی را نیز ضروری ساخته است. نخستین پیش‌نیاز پژوهش تطبیقی، شناسایی دقیق مفاهیم مرتبط با موضوعی است که در چند نظام حقوقی مورد مطالعه مقایسه‌ای قرار می‌گیرد. در قلمرو حقوق مسئولیت مدنی و Tort از یک سو، و فقه و حقوق ضمانات از سوی دیگر، شناسایی مقایسه‌ای مفاهیم سه‌گانه «ضمان»، «مسئولیت مدنی» و «Tort» نخستین گام برای هر گونه پژوهش تطبیقی در این حوزه است؛ به‌ویژه اینکه ادبیات حقوقی رایج ما در این زمینه از شفافیت لازم برخوردار نیست و کاربردهای غیردقیق و گاهی نادرست از این واژگان وجود دارد. در این مقاله سعی شده است که هر یک از این مفاهیم سه‌گانه در خاستگاه اصلی خود شناسایی شود؛ سپس مقایسه‌ای اغلب مفهوم‌شناسانه بین آنها صورت گیرد؛ تا به‌ویژه مناسبات مفهومی واژه «ضمان» که از پیچیده‌ترین مفاهیم در فقه و حقوق اسلامی است، با نظایر آن در دو نظام حقوقی مذکور روشن شود.

### واژگان کلیدی

حقوق اسلامی، حقوق رومی - ژرمنی، ضمان، کامن لا، مسئولیت مدنی، Tort

### ۱. مقدمه

به‌طور منطقی پرسش از چیستی هر چیز مقدم بر سؤال از هستی و چرایی آن است؛ چنانکه عالمان منطق شناسایی، از میان پرسش‌های سه‌گانه، سؤال از چیستی موضوع شناسایی را مقدم بر دو تای دیگر دانسته‌اند (سبزواری، ۱۳۶۹، ج ۱: ۱۸۴؛ طوسی، ۱۳۷۱: ۱۶). در بخشی از الزامات خارج از قرارداد که در ادبیات فقهی به ضمانات، و در فرهنگ حقوقی کامن‌لا به حقوق خطا<sup>۱</sup> یا خطاها<sup>۲</sup> و در ادبیات نظام حقوق نوشته به مسئولیت مدنی<sup>۳</sup> معروف است نیز، شناسایی دقیق سه واژه «ضمان»، «خطا» و «مسئولیت مدنی» و تبیین مناسبات مفهومی و مصداقی آن سه و مفاهیم مرتبط با آنها پیش‌نیاز هر گونه گفت‌وگوی بعدی، از جمله بحث در خصوص شرایط و آثار آنهاست. توجه به این نکته که خاستگاه مفاهیم سه‌گانه مذکور، سه نظام حقوقی متفاوت است، اهمیت خاصی به این امر می‌دهد. پرسش اصلی این است که آیا مسئولیت مدنی و Tort همان ضمان هستند؟ آیا مفهوم ضمان قهری در فقه با مفهومی که در این واژه در حقوق خارجی و ادبیات حقوقی ایران دارد، یکسان است؟ آیا ضمان قهری همان الزامات خارج از قرارداد است؟ آیا مفهوم مسئولیت مدنی دقیقاً معادل Tort است؟ در ادبیات حقوقی رایج فارسی قرائت‌های یکسانی از این واژگان وجود ندارد؛ و به‌ویژه با توجه به مفهوم گسترده و پیچیده ضمان در فقه این واژه‌ها با معانی متفاوتی به‌کار می‌روند. البته این شبکه مفهومی عناصر دیگری هم دارد که از قلمرو این نوشتار خارج‌اند. روشن است که احکام، داورها و مقایسه‌ها در این حوزه تابع تصویری است که افراد از مفاهیم موضوعی و محمولی یک علم دارند؛ و بدون آگاهی از آن تصورات، داور منطقی و جزمی نسبت به آن آرا ممکن نیست. استادان و نویسندگان محترم حقوقی بخشی از تألیفات خویش را به این امر اختصاص داده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۱: ۴۶-۴۷؛ امامی، ۱۳۷۰: ج ۱، ۳۵۳؛ بادینی، ۱۳۸۴: ۴۱-۳۲)، لکن هنوز این مفاهیم نیازمند بازخوانی و به‌ویژه بررسی مقایسه‌ای‌اند. این نوشتار درصدد است که گامی کوچک در این راه بردارد.

### ۲. ضمان در فقه اسلامی

واژه ضمان گاهی در معنای مصدری به‌کار می‌رود و به مفهوم «به گردن و عهده گرفتن» است. در این معنی ضمان با اراده انشایی شخص پدید می‌آید، مانند قاعده «الخراج بالضمن»؛ گاهی نیز در معنای اسم مصدری به‌کار می‌رود و به مفهوم «قرار گرفتن بر عهده» و «به گردن شخص بودن» است. در این معنی ضمان ناشی از اراده انشایی شخص نبوده و قهری است. البته سبب

---

1. Tort law  
2. Torts law  
3. Responsabilité civile

پیدایش آن ممکن است عمل مادی و واقعه حقوقی ارادی یا غیرارادی باشد، مانند ضمان مبتنی بر اتلاف (بحرالعلوم، ۱۴۰۳ق: ج ۱، ۷۱؛ الصافی، ۱۳۸۹: ۲۶ و ۲۷؛ الزحیلی، ۱۴۰۲ق: ۱۴).

## ۱.۲. کاربردهای ضمان

فقیهان امامیه در سه حوزه از «ضمان» سخن می‌گویند:

۲.۱.۱. در قرارداد ضمان؛ یعنی انتقال آنچه در ذمه شخصی ثابت است، به ذمه شخص دیگر به موجب قرارداد ضمان. اغلب به این نوع «ضمان مال» گفته می‌شود، در مقابل «ضمان عهده» که عبارت است از «تعهد به جبران خسارت» که به آن «ضمان عین» نیز گفته می‌شود، مانند ضمان غاصب (بحرالعلوم، ۱۴۰۳ق: ج ۲: ۳۳۵).

۲.۱.۲. در ضمان‌های مطرح در حوزه روابط قراردادی؛ از قبیل ضمان در عقد صحیح، «قاعده ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده»، ضمان مقبوض به عقد فاسد، ضمان مأخوذ بالسوم، ضمان معاوضی، ضمان عهده و ضمان درک.

اکثریت فقیهان امامیه در ظرف عقد صحیح و باطل به وجود نوعی ضمان باور دارند. بی‌تردید ضمان مطرح در عقد باطل قهری بوده و مبنای آن قاعده «ید» است. لکن در مورد مفهوم، ماهیت، و مبنای ضمان در عقد صحیح اتفاق نظر وجود ندارد. برای روشن شدن فضای بحث تنها به این نظرها اشاره می‌شود. ضمان در عقد صحیح در پنج مرحله قابل تصور است: مرحله تشکیل قرارداد، مقطع تلف عوض قبل از قبض و تسلیم، مقطع تلف عوض پس از قبض و تسلیم، و مقطع فسخ یا انفساخ عقد (حکیم، بی‌تا: ۱۱۸) و مقطع نقض و عدم اجرای کلی یا جزئی قرارداد. برخی ضمان در عقد صحیح را مربوط به مرحله قبل از قبض و به مفهوم ضمان معاوضی می‌دانند؛ یعنی در صورت تلف مبیع قبل از قبض باید خسارت را تحمل کند (حکیم، بی‌تا: ۱۱۹). به نظر برخی ضمان در اینجا مربوط به مرحله بعد از قبض و فسخ و انفساخ عقد بوده و به این معناست که در صورت تلف شدن مال مورد ضمان، تلف در مال ضامن واقع می‌شود و وی باید خسارت آن را تحمل کند (انصاری، ۱۴۱۵ق: ج ۶: ۲۷۱؛ مامقانی، ۱۳۱۶ق: ج ۲: ۲۷۷). برخی اصولاً تحقق ضمان در عقد صحیح را منکر بوده و معتقدند که عقد موجب تبدیل و انتقال مالکیت است و نه ابزار و منشأ جبران خسارت (اصفهانی، ۱۴۱۸ق: ج ۱: ۳۰۵). برخی دیگر تشکیل عقد را سبب ضمان قهری و دستور به اتلاف مال (دستور معاملی) را سبب ضمان می‌دانند، زیرا مفاد عقد دستور به تملیک مال یا رفع ید از آن در برابر عوض است (شاهرودی، ۱۴۲۶ق: ۱۲۹-۱۲۸). بعضی نیز مبنای این ضمان را استیفاء از مال (کار حقوقی) غیر دانسته‌اند که اگر فاعل مأذون یا مأمور بوده و قصد تبرع نداشته باشد، مستفید از کار او ضامن خواهد بود (علوی قزوینی، ۱۳۹۴: ۷). برخی فقیهان این رابطه را مصداق قرارداد جعاله می‌دانند و نه ضمان ناشی

از قرارداد (بحرالعلوم، ۱۴۰۳ق، ج ۲: ۱۷۹). در نظر بعضی مبنای ضمان در عقد صحیح «اقدام انشایی بر ضمان» از سوی طرفین معامله است (طوسی، ۱۳۸۷، ج ۳: ۵۸، ۵۸، ۶۸، ۸۵؛ شهید اول، ۱۴۱۳ق، ج ۴: ۵۶؛ انصاری، ۱۴۱۵ق: ۳، ۱۸۲؛ نائینی، ۱۴۱۳ق، ج ۱: ۳۰۶؛ محقق داماد، ۱۴۰۶ق، ج ۱: ۲۲۵)، ولی عده‌ای از فقها اقدام را از موجبات ضمان نمی‌دانند (بحرالعلوم، ۱۳۶۱، ج ۱: ۸۱) و بر این باورند که در ضمان عقدی اقدام حداکثر نقش عدم مانع را دارد (بحرالعلوم، ۱۳۶۱، ج ۱: ۸۲) یا اقدام را به قاعده احترام تأویل می‌برند (رشتی، بی‌تا: ۴۹) یا آن را به همراه قبض سبب ضمان می‌دانند (همدانی، ۱۴۲۰ق: ۵۰-۴۹). برخی فقها مبنای ضمان قهری در ظرف عقد صحیح را قاعده لزوم احترام به مال دیگران می‌دانند، به این معنا که ضمان لازمه استمرار ممنوعیت مزاحمت نسبت به مال دیگران است (بحرالعلوم، ۱۳۶۱، ج ۱: ۷۹-۷۸ و ۸۲). برخی دیگر، مبنای آن را قاعده «ضمان ید» می‌دانند (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۲: ۱۱۲-۱۱۱ و ۱۱۵؛ بحرالعلوم، ۱۳۶۲، ج ۱: ۱۵۰، پاورقی ۳). در اینجا عقد علت تامه تبدیل «ید مالکی» به «ید ضمانتی» بر مال غیر بوده و مشمول اطلاق دلیل قاعده ضمان ید است (خمینی، ۱۴۲۸ق: ۳۶۲-۳۶۳؛ ۱۴۱۲ق، ج ۱: ۳۹۳)، البته در عقد صحیح و فاسد، عقد به همراه تسلیط سبب ضمان هستند و نه عقد به تنهایی (خمینی، ۱۴۲۸ق: ۳۶۷؛ ۱۴۲۱ق، ج ۱: ۳۹۳). گروهی از فقها ضمان مطرح در عقد صحیح را از نوع ضمان قراردادی می‌دانند؛ یعنی طرفین با انعقاد عقد، ضمانت مال دیگری و عوض و بدل آن را در مقابل مال خود بر عهده می‌گیرند (مامقانی، ۱۴۰۶ق، ج ۲: ۲۷۹-۲۷۸) البته در بسیاری از موارد ضمان معاوضی (عقدی)، عقد به همراه قبض سبب ضمان می‌گردد (ایروانی، ۱۴۰۶ق، ج ۲: ۱۱۲-۱۱۱)، مانند ضمان معاوضی موجود در عقود معاوضی عینی. براساس این نظر ضمان در عقد صحیح ناشی از عمل حقوقی عقد معوض است؛ یعنی هر یک از دو عوض به حکم معاوضی بودن عقد، معوض به عوض مقابل هستند. بدیهی است که این ضمان قبل از تلف پدید می‌آید (اصفهانی، ۱۴۱۸ق، ج ۱: ۲۰۷ و ۳۰۵؛ بحرالعلوم، ۱۳۶۱، ج ۱: ۸۱-۸۲). مفهوم ضمان در عقد صحیح در پی می‌آید.

۲. ۱. ۳. در ضمان غیرقراردادی؛ مانند ضمان ناشی از اتلاف و استیلا غیر مأذون بر مال دیگری (ضمانات و غرامات)، مفهوم ضمان با لحاظ این کاربردها باید روشن شود. برخی نویسندگان اهل سنت حوزه‌های کاربرد و به عبارت دیگر انواع ضمان را به اعتبار منابع آن به سه نوع تقسیم کرده‌اند: ضمان ناشی از عقد، ضمان ناشی از اتلاف و ضمان ناشی از استیلا (الرحیلی، ۱۴۰۲ق، ۶۳). در حقیقت این تقسیم بیان دیگری از ضمان ارادی و قهری است.

## ۲.۲. مفهوم ضمان

تفاسیر فقیهان از ضمان، با توجه به کاربردهای مذکور، به شرح زیر صورت‌بندی می‌شود:

۲. ۲. ۱. تلف شدن مالی که مملوک خود شخص است (حاتری، ۱۴۱۸ق، ج ۸: ۲۵۴؛ سلطان‌العلماء، ۱۴۱۲ق، ج ۱: ۲۸۵؛ طباطبائی، ۱۴۱۸ق، ج ۸: ۲۴۵؛ نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۲: ۲۸۵؛ امامقانی، ۱۳۱۶، ج ۲: ۲۲۷؛ همدانی، ۱۴۲۰ق: ۴۷، ۴۸، ۸۵؛ بحرالعلوم، ۱۳۶۱، ج ۱: ۷۶-۷۷؛ نائینی، ۱۳۷۳، ج ۱: ۱۱۹). براساس این تفسیر مفهوم ضمان در عقد صحیح هنگامی محقق می‌گردد که مال متعلق به شخص معینی تلف گردد و وی این خسارت را متحمل گردد و مسئول نهایی تحمل خسارت باشد. به شخصی که مال او تلف شده است و خسارت را تحمل می‌کند، ضامن گفته می‌شود. به عبارت دیگر، در ضمان عقدی (معاوضی) و در صورت تلف شدن مال در عقد صحیح پس از قبض و فسخ یا انفساخ عقد، تلف در مال ضامن واقع می‌شود و وی باید خسارت وارده را تحمل کند؛ یعنی قبض موجب انتقال ضمان به مشتری است (قزوینی، ۱۴۱۹ق: ۱۸۹). در ضمان غیر قراردادی و در مواردی مانند غضب، قبل از تلف مال مالکیت غاصب نسبت به عین به‌طور قهری علیه او؛ و مالکیت مالک نسبت به مثل یا قیمت اعتبار می‌شود؛ و سپس تلف آنچه غضب شده در مالکیت غاصب واقع می‌گردد (اصفهانی، ۱۴۲۵ق، ج ۱: ۳۰۵)، یعنی مال مضمون لحظه‌ای قبل از تلف به مالکیت ضامن درمی‌آید و درحالی‌که مملوک اوست تلف می‌گردد، و سپس مثل یا قیمت آن به ذمه ضامن قرار می‌گیرد. به بیان دیگر، از اشتغال ذمه ضامن به مثل یا قیمت کشف می‌شود که یک لحظه مال در مقابل عوض واقعی‌اش به مالکیت ضامن درمی‌آید، و درحالی‌که مال اوست تلف می‌گردد، مانند آنچه در بحث فضولی بنا بر قول به اباحه بیان می‌شود (نائینی، ۱۴۱۳ق، ج ۱: ۳۰۳).

این تعریف ضمان در عقد صحیح و فاسد هم صادق است، زیرا تلف آنچه به موجب عقد صحیح تصرف شده، بر عهده گیرنده است؛ و آنچه متعلق به اوست تلف می‌شود؛ اگر آنچه در نتیجه عقد فاسد تصرف شده، تلف شود، جبران خسارت آن از طریق دادن بدل، به عهده گیرنده است. مفهوم ضمان قدر مشترک بین تعهد به دادن عوض و تعهد بالذات یا بالعرض به پرداخت خسارت است (اصفهانی، ۱۴۲۵ق، ج ۱: ۳۰۵). در نقد این تفسیر از ضمان گفته شده است که:

۲. ۲. ۱. عرفاً هیچ‌گاه گفته نمی‌شود که شخص ضامن اموال خویش است. مالک را نمی‌توان ضامن اموال خویش دانست (انصاری، ۱۴۲۴ق، ج ۳: ۱۸۳). این تفسیر با آنچه عرف از این واژه می‌فهمد، سازگاری ندارد (جزائری، ۱۴۱۶ق، ج ۳: ۷۱). در پاسخ این اشکال گفته شده است که اگر شخص دیگری نسبت به مال فرد حق داشته باشد، ضمان مالک نسبت به مال خود ممکن است، مانند آنکه راهن سبب تلف مال مرهونه شود (حکیم، بی‌تا: ۱۱۹-۱۱۸؛ رشتی، بی‌تا: ۵۰).

۲. ۲. ۱. ۲. دلیلی وجود ندارد تا فرض شود که برای تحقق مفهوم «ضمان» باید مال تلف‌شده مملوک کسی باشد که مال را تلف می‌کند؛ در اتلاف و غضب غرامت و جبران خسارت در عوض چیزی قرار نمی‌گیرد، تا وارد شدن عوض آن در مالکیت ضامن شرط تحقق

ضمان باشد (نائینی، ۱۴۱۸ق، ج ۱: ۲۶۵). تعریف مذکور نسبت به ضمان‌های غیر قراردادی صادق نیست.

۲. ۱. ۲. ۳. دلیلی برای در تقدیر گرفتن مالکیت لحظه‌ای وجود ندارد، برعکس می‌توان گفت که ثبوت ضمان نسبت به مثل یا قیمت کشف می‌کند که مال تلف شده در مالکیت مالک اولش باقی بوده؛ و چون هنوز در مالکیت مالک بوده و در نزد گیرنده تلف شده، گیرنده باید خسارت آن را با دادن مثل یا قیمت جبران کند (نائینی، ۱۴۱۳ق، ج ۱: ۳۰۳).

۲. ۱. ۲. ۴. مسئولیت جبران خسارت در صورت تلف شدن مال دیگری؛ یعنی خسارتی که بر مالک به موجب تلف و درک مال او وارد شده، باید از اموال اصلی ضامن جبران گردد؛ و در واقع با تلف مال دیگری نقصانی در اموال اصلی ضامن ایجاد می‌شود، زیرا این خسارت باید از اموال اصلی او جبران گردد (انصاری، ۱۴۲۴ق، ج ۳: ۱۸۰ و ۱۸۳ و ۴۸۸؛ یزدی، بی‌تا، ج ۱: ۴۵۴). برخی نویسندگان اهل سنت در تعریفی مشابه تصریح کرده‌اند که ضمان یعنی التزام به جبران مالی ضرری که به دیگری وارد شده است (الزرقاء، ۱۹۸۸: ۱۰۱۷؛ الزحیلی، ۱۴۰۲ق: ۱۵). براساس این تعریف، ضمان مفهومی عرفی و عقلایی دارد، یعنی در صورت تلف شدن مال دیگری ضامن مسئول است که آن را از مال اصلی خود جبران کند. در صورتی ذمه شخص نسبت به مثل یا قیمت مال مشغول می‌گردد که مال تلف گردد. اگر تلف و ضرری واقع نشود، ضمانی در کار نخواهد بود. ضمان در این مفهوم اشتغال ذمه به مثل یا قیمت مال غیر است و نمونه بارز آن ضمان ناشی از اتلاف است.

از نظر شیخ انصاری (ره) همین مفهوم در کاربردهای واژه «ضمان» در حوزه قراردادهای (اعم از صحیح و فاسد) هم صادق است، زیرا جبران با دادن عوض از مال اصلی ضامن حاصل می‌شود؛ یعنی اگر مال (یکی از عوضین) تلف شود، خسارت آن به وسیله عوض (مسمی) که از مال اصلی ضامن است، جبران می‌شود؛ و در عقد باطل به وسیله مثل یا قیمتی که در صورت تلف عین، از مال اصلی خودش می‌دهد، جبران خواهد شد (اصفهانی، ۱۴۲۵ق، ج ۱: ۳۰۵-۳۰۴). به تفسیر سید یزدی (ره) مراد از ضمان در عبارت قاعده «مایضمن...» قدر مشترک یعنی مطلقاً غرامت است؛ و تعیین مسمی در عقد صحیح و عوض در عقد فاسد امری خارجی و مصداقی است، نه اینکه مراد از ضمان «غرامت» به علاوه یکی از دو خصوصیت مذکور (نوعی یا مالی) باشد، تا مستلزم تفاوت در مفهوم ضمان در عقد صحیح و فاسد گردد (یزدی، بی‌تا، ج ۱: ۴۵۶).

به عبارت دیگر، ضمان موجود در عقد صحیح ضمان به مسمی (ثمن) است، یعنی بر فرض تلف مبیع در دست مشتری، ضمان درک و خسارت آن بر عهده مشتری خواهد بود، ولی خسارت به مقدار ثمن است. پس مفهوم ضمان معاوضی و ضمان مقبوض به عقد فاسد با مفهوم ضمان غیرقراردادی یکسان است؛ و قرارداد ظرف تحقق این مفاهیم است و نه قید آنها.

محقق اصفهانی (ره) جامعیت این تفسیر را به شرح زیر مورد انتقاد قرار داده است:

۲. ۱. ۵. رکن تحقق حقیقت ضمان در عقد صحیح مسئولیت نسبت به دادن عوض به موجب قرارداد است؛ و پیدایش تلف بعدی تأثیری در تحقق این مسئولیت ندارد. ولی براساس تفسیر شیخ انصاری (ره) از ضمان، تلف رکن اساسی پیدایش آن است؛ و مسئولیت ناشی از عقد صحیح مبنی بر دادن عوض از مال اصلی نمی‌تواند جایگزین رکن «تلف» گردد. بنابراین، ضمان معاوضی فاقد یکی از عناصر اساسی ضمان یعنی تلف است (اصفهانی، ۱۴۲۵ق، ج ۱: ۳۰۵).

۲. ۱. ۶. حقیقت بیع تملیک در مقابل عوض است، نه جبران خسارت به وسیله عوض. بنابراین، در عقد صحیح اصولاً عنوان درک، تدارک و جبران خسارت صادق نیست. ولی در عقد فاسد چون حقیقت ضمان با تلف محقق می‌گردد، درک، تدارک و جبران خسارت هم صدق می‌کند. به بیان دیگر، آنچه در عقد صحیح اتفاق می‌افتد، تبدیل و تعویض است و هیچ‌یک از این دو جبران خسارت نیست، زیرا، جبران متقوم به تلف است. به این ترتیب، در ضمان معاوضی در عقد صحیح علاوه بر اینکه مفهوم ضمان وجود ندارد، عنوان اثر مترتب بر ضمان یعنی تدارک هم، محقق نمی‌گردد (اصفهانی، ۱۴۲۵ق، ج ۱: ۳۰۵-۳۰۴؛ ابروانی، ۱۴۰۶ق، ج ۲: ۱۱۳).

۲. ۱. ۷. درک و خسارت امری تقدیری و تعلیقی نیست، زیرا ممکن است تلفی اتفاق نیفتد یا پس از گذشت مدتی از استیلا محقق گردد. درحالی‌که ضمان امری بالفعل است که به مجرد تصرف محقق می‌شود و نمی‌توان آن را به امری تعلیقی که فعلاً محقق نشده است، تفسیر کرد (کوه کمری، ۱۴۱۷ق: ۱۴۹).

به نظر می‌رسد که مراد شیخ انصاری از تعلیقی بودن ضمان مربوط به فرض تلف و دادن بدل است، نه اینکه تعلیقی بودن از عناصر اساسی تشکیل‌دهنده ماهیت ضمان باشد (مامقانی، ۱۳۱۶، ج ۲: ۲۷۸؛ جزایری، ۱۴۱۶ق، ج ۳: ۶۹؛ پاورقی ۵)، زیرا وی در تعریف ضمان معاوضی می‌گوید: «یعنی اینکه بایع ضامن تسلیم مبیع به شکل کامل و سالم به مشتری است» (انصاری، ۱۴۲۴ق، ج ۵: ۳۹۳). از این رو در نظر وی ذات ضمان تعلیقی نیست و تنها برخی اقسام آن چنین‌اند.

۲.۲.۲. **تعهد نسبت به مال دیگری؛** این تعهد ممکن است با اراده انشایی ایجاد گردد، مانند تعهد در عقد ضمان و حواله یا ناشی از یک واقعه حقوقی و به موجب یک فعل مادی ارادی یا غیرارادی و مستقیماً به حکم قانون پدید آید، مانند ضمان ناشی از استیلائی ضمانی که اثر آن الزام و تعهد به رد مال غیر یا بدل آن است. مفهوم ضمان تعهد و بر عهده وارد شدن است. ممکن است متعلق آن کلی باشد، در این صورت ضمان به مفهوم انتقال ذمه است؛ یا متعلق آن عین باشد، در این صورت معنای آن متدارک و مرجوع بودن است و دادن مثل یا قیمت مرتبه و شأنی از مراتب و شئون ردّ عین و تدارک آن است (بحرالعلوم، ۱۴۰۳ق، ج ۲: ۱۸۲). ضمان اعتباری است که آثار وضعی و تکلیفی خاصی دارد، از جمله اینکه در صورت امکان ضامن باید عین

«مضمون‌به» را به «مضمون‌له» پس دهد؛ و دیگر اینکه هر گاه به دلیلی، از جمله تلف شدن عین، پس دادن آن غیرممکن باشد، باید مثل یا قیمت آن به مضمون‌له داده شود. ضمان تنها نسبت به اموال دیگران صادق است (خراسانی، ۱۴۰۶ق: ۳۰، نراقی، ۱۴۱۷ق: ۳۱۶-۳۱۸، نوری، ۱۴۱۴ق: ۲۰، بجنوردی، ۱۴۱۹ق: ج ۱: ۱۷۸؛ شهید ثانی، ۱۴۱۰ق: ج ۴: ۱۱۳ و ۱۴۱۳ق: ج ۴: ۱۷۳؛ بحرانی، ۱۴۰۵ق: ج ۴: ۲۱، نجفی، بی‌تا: ۲۶، ۱۱۴؛ بحرالعلوم، ۱۴۰۳ق: ج ۲: ۳۳۴؛ مامقانی، ۱۳۱۶ق: ج ۲: ۲۷۹-۲۷۸؛ ایروانی، ۱۴۰۶ق: ج ۱: ۹۳).

**۲.۲.۳. تعهد نسبت به مال یا نفس دیگری؛** معنی لغوی ضمان «قرار گرفتن چیزی در ضمن چیز دیگر» است. وقتی این واژه به انسان نسبت داده می‌شود، به این معناست که آن شیء در ضمن عهده فرد قرار گرفته است. اگرچه مفهوم ضمان در همه کاربردها یکی است، ولی این حقیقت به دو صورت محقق می‌گردد:

۲.۲.۳.۱. گاهی به تسبیب شخص محقق می‌گردد، مانند عقد ضمان و حتی در کفالت، چون بازگشت آن نیز به «تعهد نسبت به احضار شخص» است. همچنین، ضمان در همه عقود معاوضی، زیرا در آنها هر یک از طرفین قرارداد متعهد و ملتزم می‌شود که مال شخص دیگری را در مقابل بدل آن تملک کند و از این‌رو به آن ضمان معاوضی گفته می‌شود. صرف اینکه در قرارداد عوضی وجود دارد و مال در مقابل عوض به مالکیت درمی‌آید، ملاک تحقق ضمان نیست، سبب تحقق ضمان تعهد هر یک از طرفین به گرفتن مال دیگری در مقابل بدل است.

۲.۲.۳.۲. گاهی ضمان با جعل، تصمیم و اعتبار شارع یا عرف پدید می‌آید، مانند موجبات غرامات شرعی و عرفی، زیرا شرع یا عرف اموال گرفته شده یا تلف شده را در عهده شخص گیرنده یا تلف‌کننده اعتبار می‌کند. لکن اگرچه عهده در هر موردی آثار خاص خود را دارد، ولی مفهوم عهده در همه این موارد یکسان است؛ اینکه ضمان گاهی معاوضی، گاهی کفالت و گاهی غرامت و جبران خسارت است، موجب اختلاف در مفهوم حقیقی آن نمی‌شود و ضمان در همه این موارد در معنی واقعی خود به‌کار برده می‌شود (اصفهانی، ۱۴۲۵ق: ج ۱: ۳۰۸-۳۰۵). تعریف نخست قابل دفاع نیست. تعریف اخیر نیز تنها قلمرو متعلق تعهد را توسعه داده و در حقیقت ضمان در مفهوم عام است (محسنی، ۱۳۸۲: ۲۰-۱۹). به نظر می‌رسد که در اصل مفهوم، مخالفتی با تعریف شیخ ندارد. با توجه به مجموع عبارات شیخ انصاری، به نظر می‌رسد که وی ذات ضمان را تعلیقی نمی‌داند. در نتیجه ذات ضمان از نظر فقها تعهد نسبت به مال دیگری در فرض بقا و تلف آن است.

این مفهوم از ضمان در تعریف برخی از اساتید فقه اهل سنت نیز به این بیان آمده است که «ضمان التزام به جبران تلف مال یا ضایع شدن منافع، یا ضرر جزئی و یا کلی وارد بر نفس انسان دیگر است» (الزحیلی، ۱۴۰۲ق: ۱۵ و ۱۳۱). برخی فقهای اهل سنت ضمان را وجوب برگرداندن شیء یا بدل (مثل یا قیمت) آن دانسته‌اند و حتی ظاهر عبارت برخی ضمان را به فعل



برگرداندن شیء یا بدل آن (مجله الاحکام العدلیه، ماده ۴۱۶) یا خسارت و غرامت پرداختی تعریف کرده‌اند. لکن به نظر می‌رسد که آنان نیز ضمان را بر پایه اثر آن تعریف کرده‌اند. برخی نیز ضمان را در مفهوم کفالت تبیین کرده‌اند (رک: الزحیلی، ۱۴۰۲ق: ۱۴ و ۱۵) که در اینجا مورد نظر نیست.

### ۳.۲. وحدت یا تعدد مفهوم ضمان

۳.۲.۱. تعدد مفهوم ضمان؛ برخی معتقدند طبق تعریف دوم (عهده‌داری مال دیگری)، واژه «ضمان» در عقود معاوضی صحیح (عهده‌داری عوض آنچه می‌ستانند) به معنی مجازی به کار می‌رود و نزدیک‌ترین معنی مجازی آن این است که «تلف مال بر عهده ضامن می‌باشد؛ و وی باید خسارت تلف آن را تحمل کند»، زیرا این معنی برجسته‌ترین اثر ضمان است، یعنی بر روی مسبب (تکلیف به دادن بدل) نام سبب (ضمان یعنی مسئول و عهده‌دار مال دیگری بودن) گذاشته شده است. و قرینه مجازی بودن آن این است که گفته می‌شود: «در معامله صحیح ضمان وجود دارد». ولی وجود ضمان در عقد صحیح به مفهوم واقعی معنی ندارد، زیرا اگر این گفته درست باشد، باید بتوان گفت که شخص نسبت به اموالی که از راه معامله به دست می‌آورد، ضامن است و نسبت به اموالی که از راه ارث به دست می‌آورد ضامن نیست، ولی این گفته درست نیست (خراسانی، ۱۴۰۶ق: ۳۰)، زیرا هیچ خسارتی در مال اصلی وارث نسبت به آنچه به موجب عقد صحیح توسط مورث به او منتقل شده وجود ندارد و جبران خسارت از مال مورث صورت می‌گیرد (اصفهانی، ۱۴۲۵ق، ج ۱: ۳۰۵). چون انتقال مال دیگری به مورث از طریق قرارداد بوده و وی نسبت به آن ضمان معاوضی داشته، ولی انتقال همان مال به وارث قهری و فاقد ضمان معاوضی است. البته به این استشهاد ایراد شده که وارث به‌ویژه در قرارداد فاسد طرف قرارداد نیست، چون قبض وارث مترتب بر عقد فاسد نیست و عقد مقتضی قبض کسی است که طرف عقد باشد، نه بیگانه و ثالث. پس مورد ارث به کلی از موضوع بحث خارج است (اصفهانی، ۱۴۲۵ق، ج ۱: ۳۰۶) و شاهدی بر تعدد مفهوم ضمان نیست.

ضمان در عقد صحیح مربوط به مرحله قبل از قبض و به مفهوم ضمان معاوضی است؛ یعنی در صورت تلف مبیع قبل از قبض، بایع باید جبران خسارت کند. کاربرد واژه ضمان در این معنی مجازی و مسامحی است (حکیم، بی‌تا: ۱۱۹؛ انصاری، ۱۴۱۵ق، ج ۶: ۲۷۱). ضمان اعتباری است که شارع یا عرف برای موارد غیرقراردادی می‌کند و کاربرد آن در این حوزه حقیقی و در مورد قرارداد ضمان و قراردادهای معوض صحیح و فاسد، مجازی و مفاد آن «تعهد نسبت به مال دیگری» است، و تلف و جبران خسارت از حقیقت آن خارج و از آثار آن است.

۲.۳.۲. وحدت مفهوم ضمان؛ ضمان در لغت به معنی در برگرفته شدن چیزی توسط چیز دیگر است. به این دلیل دلالت تضمینی گفته می‌شود که مدلول تضمینی در دل مدلول مطابقی قرار می‌گیرد و دلالت بر آن در ضمن دلالت مطابقی قرار دارد (نائینی، ۱۴۱۳ق، ج ۱: ۲۹۷ و ۳۰۰). معنی مشترک ضمان در عقد صحیح و فاسد و در مواردی که شارع حکم به ضمان کرده، معنی اسم مصدری آن است. دلیل این نامگذاری هم این است که ریشه لغوی ضمان «ضمن» است، گویا ضامن با التزام به ضمان، یا حکم شارع به ضامن بودن او، متضمن مال و مثبت مال در ذمه خود که وادی وسیعی می‌باشد، شده است. پس ضمان «در ذمه و بر عهده قرار گرفتن مال دیگری است» و غرامت و جبران خسارت در صورت تلف مال از آثار آن است، نه از عناصر اساسی مفهوم حقیقی آن. و اختلاف آثار و احکام ضمان موجب تعدد معنای آن نمی‌گردد (نائینی، ۱۴۱۸ق، ج ۱: ۲۶۶-۲۶۵ و ۲۸۶؛ ۱۴۱۳ق، ج ۱، ۳۰۱-۳۰۰؛ مامقانی، ۱۴۱۶ق، ج ۲: ۲۷۹). ماهیت ضمان انشاء یک وضعیت، یعنی بر عهده و ذمه ضامن قراردادن مال غیر، است؛ این انشاء در عقد ضمان و ضمان عقدی (در ضمان ارادی) توسط اشخاص، و در ضمان قهری و غیرقراردادی مستقیماً توسط قانونگذار صورت می‌گیرد و برگرداندن عین یا دادن مثل یا قیمت، از آثار آن است (حکیم، بی تا: ۱۱۹-۱۱۸؛ شهیدی تبریزی، ۱۳۸۶، ج ۲: ۲۴۵-۲۴۷).

تفسیر ضمان به «مسئولیت جبران خسارت»، تفسیر به لازمه آن است و نه بیان حقیقت و ذات آن. حتی جبران خسارت مال مضمون هم داخل در حقیقت ضمان نیست، تا چه رسد به «جبران از مال اصلی ضامن». کاربرد واژه «ضمان» در همه موارد به معنی حقیقی آن یعنی «تعهد نسبت به مال دیگری» است؛ و لازمه این تعهد آن است که خسارت وارده بر مال دیگری به شکلی، از اموال متعهد جبران شود. اگر ضمان به موجب عقد معاوضی شرعی و تأیید شده، باشد، جبران به دادن عوض معین شده، است؛ و اگر به موجب عقد فاسد باشد، جبران آن به دادن مثل یا قیمت یا کمترین یکی از آن دو یا عوض معلوم شده است. موجب ضمان، اصل جبران و چگونگی جبران خسارت داخل در حقیقت ضمان نیستند (نائینی، ۱۴۱۳ق، ج ۱: ۳۰۱-۳۰۰ و ۳۰۳؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۷: ۱۱۳). ضمان همواره به معنی «تعهد مالی» است، در مقابل کفالت که «تعهد به شخص» است. تناسب این مفهوم با عقد صحیح به این است که عقد صحیح معاوضی دارای عوض است و طرفین نسبت به دادن عوض مال طرف دیگر ضامن هستند و شارع این تعهد را در عقود فاسد هم که متضمن تعهدند مقرر و امضا کرده است، بدون اینکه معامله را تصحیح و تأیید کرده باشد. این مقدار از معامله تأیید شده و به همین مقدار هم مؤثر است؛ و قرارداد نسبت به بقیه آن فاسد و بی اثر می‌باشد (ایروانی، ۱۴۰۶ق، ج ۲: ۱۱۳؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۶: ۱۱۰؛ شهیدی تبریزی، ۱۳۸۶، ج ۲: ۲۴۵-۲۴۷).

تحقق ضمان به معنی «تعهد نسبت به مال دیگری» در عقد فاسد به دلیل عموم دلیل قاعده ضمان ید است؛ ولی تحقق آن در عقد صحیح با توجه به ابعاد عقد صحیح قابل فهم است. مثلاً، اگر زید در عقدی صحیح اسب خود را به یک دینار به عمرو بفروشد، در اینجا سه امر وجود دارد: ۱. خسارتی که به زید به دلیل از دست دادن اسب و به عمرو به دلیل از دست دادن یک دینار وارد می‌گردد. این خسارت با عوضی که هر کدام به دست می‌آورند، جبران می‌گردد. ۲. ضامن بودن زید نسبت به تلف اسب قبل از قبض مشتری؛ و ضامن بودن عمرو نسبت به تلف دینار قبل از قبض بایع. (ضمان معاوضی) ۳. پس از قبض و اقباض اگر معامله به سبب اقاله یا انفساخ و غیره منحل گردد، و عین عوض موجود باشد، گیرنده آن را به مالکش برمی‌گرداند؛ و اگر تلف شده باشد، مثل یا قیمت آن را به مالک می‌دهد؛ و این امر به معنی ضامن بودن گیرنده است. والا باید گفت که در صورت تلف عین، به دلیل انتفاء موضوع فسخ ناممکن است، درحالی‌که فی‌الجمله در این صورت هم فسخ معامله مجاز است. هر گاه اموال شخصی متعلق حق دیگری قرار گیرد، می‌توان گفت که وی ضامن اموال خویش است. مثلاً، اگر راهن موجب تلف عین مرهونه شود. اگر بتوان گفت که شخص به تبع ضامن بودن نسبت به حق دیگری ضامن مال خویش است، پس می‌توان ملتزم شد عقدی که آنها بر مال خودشان منعقد می‌کنند، موجب ثبوت حق تضمین شده‌ای می‌شود که در صورت تلف موضوع آن، باید از طریق جبران موضوع حق، آن را جبران کرد.

اگر مراد از ضمان در عقد صحیح امر اول باشد، این امر به هیچ روی ضمان نیست، چون معاوضه مستلزم تملیک عوضین است نه ضمان و تعهد. اگر مراد دوم باشد نیز نمی‌توان آن را ضمان به مفهوم حقیقی دانست، زیرا بازگشت مراد فقها از اینکه می‌گویند: «در این صورت ضمان از مال بایع است» انفساخ عقد در صورت تلف عین می‌باشد، یعنی مال به مالک خودش برمی‌گردد، و سپس درحالی‌که در مالکیت متصرف است تلف می‌شود، نه اینکه در مالکیت مالک خود که فردی غیر از متصرف است، تلف می‌شود، و متصرف ضامن آن می‌باشد، مانند ضمان ید. بنابراین، کاربرد «ضمان» در این مورد مجازی است و به همین دلیل به آن «ضمان معاوضی» گفته می‌شود. اگر مراد امر سوم باشد، کاربرد واژه ضمان در عقد صحیح مانند و به «تبع» کاربرد آن در عقد فاسد است. لذا فقها می‌گویند: «با قبض ضمان منتقل می‌گردد» (حکیم، بی‌تا: ۱۱۹-۱۱۸)، پس ضمان همواره معنی حقیقی واحدی دارد.

## ۴.۲. قلمرو ضمان

محقق اصفهانی مفهوم ضمان را علاوه بر تعهد مالی شامل تعهد نسبت به نفس (کفالت) نیز دانسته و برخلاف محقق نائینی و دیگران قلمرو آن را محدود به تعهد مالی نمی‌داند (کوه کمری،

۱۴۱۷ق: ۱۴۹). براساس برخی از عبارات شیخ انصاری، وی قلمرو ضمان را محدود به مورد تلف می‌داند، ولی اکثریت فقیهان ضمان را محدود به مورد تلف نمی‌دانند.

## ۲.۵. ماهیت ضمان

دست‌کم از دو نظر می‌توان ماهیت ضمان را توصیف کرد:

۲.۵.۱. از نظر وضعی یا تکلیفی بودن؛ فقیهان نسبت به ماهیت وضعی ضمان اتفاق نظر دارند، اگرچه برخی از آنها ناگزیر شده‌اند در تعریف ضمان از آثار تکلیفی آن استفاده کنند. نویسندگان اهل سنت نیز، ضمان را به معنی «التزام» دانسته و در تعریف التزام گفته‌اند: التزام حالت قانونی است که به مقتضای آن شخص معینی به فعل یا ترک فعلی که دارای ارزش مالی یا ادبی است، ارتباط پیدا می‌کند (نجدات، ۱۴۲۷ق: ۸۳ و ۳۳-۳۰؛ الخفیف، ۲۰۰۰: ۷-۸؛ الجندی، ۱۹۹۰: ۳۲).

۲.۵.۲. از نظر حق یا حکم بودن؛ ضمان در عقود معاوضی ماهیتی متفاوت با ضمان قهری دارد. ضمان در عقود معاوضی حکم شرعی است و نه حق مالی؛ در نتیجه، قابل اسقاط نیست (انصاری، ۱۴۲۴ق، ج ۶: ۲۷۲). ضمان معاوضی قاعده‌ای امری و مقتضای ذات عقد معاوضی است، و بخشی از عناصر نظم حقوقی است که قانونگذار منحصرأ عهده‌دار آن است.

## ۲.۶. نسبت ضمان با ذمه و عهده

برخی فقها معتقدند که ضمان، ذمه و عهده هر سه به معنی حالت و صفتی در شخص است که موجب تکلیف به ادای چیزی که به سبب عقد یا غیرعقد مانند اتلاف و تسبیب یا ید، در ذمه قرار گرفته، یا به عهده گرفته شده یا تضمین شده است (بحرالعلوم، ۱۴۰۳ق، ج ۲: ۳۳۴). در مقابل برخی بر این باورند که ذمه نوعی اعتبار عقلایی است که قابلیت آن را دارد که در آن «مال» در نظر گرفته شود (فرض شود)؛ و در نتیجه، حکم به مشغول (پر) و خالی شدن آن گردد. عهده نیز اعتباری عقلایی است که می‌توان ثبوت یا عدم ثبوت «عین» در آن را لحاظ کرد. مفاد «علیّ دین کذا» اخبار به ثبوت مال در ذمه؛ و مفاد «علیّ العین الفلانی» اخبار به ثبوت عین در عهده است. بنابراین، هر دو مفهوم از اعتبارات عقلی و عقلایی‌اند که به وجود منشأ انتزاعشان در خارج موجودند؛ مانند سایر اعتبارات عقلایی انتزاعی، از قبیل ملک و حق. خردمندان برای رسیدن به اهداف خویش آثار متعددی را بر این مفاهیم مترتب می‌کنند. حتی می‌توان در یک وجه هر دو را اعتبار کرد، و فقط تفاوت بین آنها در این است که خردمندان مال کلی و مطلق را به ذمه و مال مقید به تشخصات عینی را به عهده نسبت می‌دهند (نوری، ۱۴۱۴ق: ۲۰). ضمان به امر خارجی و جزئی تعلق می‌گیرد، ولی ذمه به امر کلی (فاضل، بی‌تا: ۱۲۸).

### ۳. مفهوم مسئولیت مدنی در حقوق رومی - ژرمنی

#### ۳.۱. جایگاه مسئولیت مدنی

خاستگاه این واژه نظام حقوقی رومی-ژرمنی است. در این ادبیات حقوقی، مسئولیت مدنی شاخه‌ای از الزامات خارج از قرارداد<sup>۱</sup> و ضمان قهری در مفهوم عام<sup>۲</sup> است؛ و در مفهوم خاص<sup>۳</sup> در اصل ناشی از جرم، ولی در اصطلاح خارج از قرارداد<sup>۴</sup> می‌باشد.

#### ۳.۲. انواع مسئولیت مدنی

مسئولیت مدنی دارای سه نوع است: ۱. در مفهوم اعم، الزام فاعل به جبران خسارتی است که جبران آن ضروری است (در مقابل مسئولیت کیفری)؛ ۲. در مفهوم عام مسئولیت جبران عینی یا دادن بدل یا پرداخت خسارت جهت ضرر ناشی از خطای مدنی است. در این مفهوم مسئولیت مدنی شامل مسئولیت قراردادی و مسئولیت جرمی (غیر قراردادی) است (بادینی، ۱۳۸۴: ۳۳-۳۲). ۳. در مفهوم اخص، مسئولیت مدنی جرمی و غیرقراردادی است.<sup>۵</sup>

مسئولیت قراردادی<sup>۶</sup> تعهد طرفی است که قراردادش را به شکل کلی یا جزئی یا به‌موقع اجرا نکرده، و نسبت به جبران خسارت وارد شده به طرف مقابل (طلبکار) در صورت امکان از طریق جبران عینی و در صورت مقتضی با دادن مال، یعنی به اجرای کامل یا جزئی یا اجرای متأخر ملزم است (Elliott, 2009: 2-3). مسئولیت جرمی خود دارای دو مفهوم عام و خاص است: در مفهوم عام، الزام و تعهد شخص به جبران خسارت ناشی از یک خطای مدنی است؛ یعنی الزام و تعهد قانونی شخص به جبران خسارت (چه جرم کیفری هم باشد یا نه)، به نفع شخص قربانی و زیان‌دیده، با پرداخت مبلغی به‌عنوان خسارت. این مسئولیت ممکن است ناشی از فعل خود انسان<sup>۷</sup>، یا ناشی از فعل شخص دیگر<sup>۸</sup>، یا ناشی از فعل حیوان<sup>۹</sup>، یا ناشی از فعل ابنیه<sup>۱۰</sup>، یا ناشی از فعل جامدات<sup>۱۱</sup>، باشد. در مفهوم خاص و در مجموع در مفهوم اخص مسئولیت مدنی تنها شامل مسئولیت ناشی از فعل خود شخص<sup>۱۲</sup> می‌شود (Cornu, 1996: 740-741).

1. Extra contractual obligation
2. Automatic or involuntary civil liability
3. la Responsabilité civile
4. la Responsabilité civile extracontractuelle
5. La Responsabilité delictuelle
6. la Responsabilité contractuelle
7. la Responsabilité du fait de l'homme
8. la Responsabilité the fait d'autrui
9. la Responsabilité du fait des animoux
10. la Responsabilité du fait des batiments
11. la Responsabilité des chose inaniméets
12. la Responsabilité du fait personnel

به بیان دیگر، مسئولیت مدنی یعنی نماد و نشان بدهی، تعهد، مسئولیت و پاسخگویی نسبت به تعهدی است که باید براساس حقوق یا عدالت اجرا شود؛ تعهدی که ممکن است به سرحد یک دین برسد؛ هر نوع بدهی یا مسئولیت منجز (قطعی) یا محتمل الوقوع و صریح یا تلویحی؛ و تکلیفی که دست کم سرانجام باید انجام گیرد؛ هر نوع تکلیف، تعهد یا مسئولیت حقوقی؛ پاسخگویی حقوقی، و حتی جریمه برای قصور در پرداخت مالیات مقرر شده؛ دیون محتمل الوقوع تعیین شده آینده، یا جاری و حاضر؛ مجازات، تنبیه و پاسخگویی برای خطاها؛ و آنچه یک فرد براساس تعهد باید بپردازد، یا برای آنچه یک فرد مسئول آن است (Black, 1993: 1312). در تعریف اخیر بین تکلیفی که نقض آن موجب مسئولیت شده، از یک سو، و در موقعیت قرار گرفتن، از سوی دیگر، و اثر مسئولیت که خود تعهد به اعاده وضع سابق یا جبران خسارت می‌باشد، خلط شده است. مسئولیت مدنی تعهد به پاسخگویی نسبت به خسارت ناشی از عمل ارتكابی، از طریق بازسازی و اعاده وضع سابق یا جبران خسارت، است (Black, 1993: 1312; Elliott, 2009: 2-3).

از منظری دیگر، مسئولیت مدنی را می‌توان مجموعه‌ای از قواعد قانونی و قواعد ناشی از رویه قضایی دانست که هدف آن بازسازی و جبران خسارت واقعی و مادی با یک جایگزین حقوقی و قانونی است. در حقیقت نظریه مسئولیت مدنی به این پرسش پاسخ می‌دهد که آسیب و زیان را قربانی باید تحمل کند، یا فرد دیگری باید جبران خسارت ناشی از آن را به عهده بگیرد؟ (Delebecque, 2001: 3; Tunc, 1989: 11-15). مسئولیت مدنی در مفهوم خاص (غیر قراردادی) تضمین‌کننده جبران خساراتی است که از نقض قرارداد ناشی نشده باشند (Rémy, 2000: 147,149).

براساس مؤلفه‌های مندرج در تعاریف مذکور اغلب گفته می‌شود که برای تحقق موضوع مسئولیت مدنی وجود سه عنصر ضروری است: ۱. تحقق خطا، ۲. ورود خسارت، و ۳. وجود رابطه سببیت بین خطا و خسارت. در مفهوم آلمانی مسئولیت مدنی عنصر «غیرقانونی بودن» عنصر مستقلى محسوب می‌شود، حال آنکه در مفهوم فرانسوی جزئی از مفهوم «خطا آمیز بودن» به‌شمار می‌آید، زیرا در نظام آلمانی مسئولیت مدنی عبارت است از نقض غیرقانونی منافع دیگران، درحالی‌که رعایت منافع دیگران یک تکلیف عمومی است (Tunc, 1993: 9-10).

### ۳.۳. ماهیت مسئولیت مدنی

مسئولیت مدنی حکمی تکلیفی است یا وضعی؟ برخی مسئولیت مدنی را «در موقعیت پاسخگویی نسبت به یک تعهد قرار داشتن» یا «در برداشتن حکم، مهارت، توانایی و صلاحیت تعهد پاسخگویی نسبت به کاری که انجام شده و جبران خسارت یا بازسازی یا اعاده وضع

سابق در صورت بروز خسارت، دانسته‌اند. یا در تعریف آن گفته‌اند: «شرایط و وضعیتی که موجب اجرای فوری یا عملی یک تکلیف در آینده گردد» یا «وضعیت ملزم شدن یا متعهد شدن براساس قانون (حقوق) یا عدالت نسبت به انجام کاری، یا پرداخت پولی یا درست کردن چیزی؛ وضعیت کسی که ملزم است به موجب قانون و عدالت نسبت به انجام دادن چیزی که ممکن است با اقامه دعوا به اجرا گذاشته شود» (Black, 1993: 1312). در این تعاریف نشانه‌هایی از هر دو دیدگاه وضعی یا تکلیفی‌انگاری مسئولیت مدنی، وجود دارد. چون در حد اطلاع نگارنده، این دو مصطلح در سنت حقوقی رومی-ژرمنی به‌طور رسمی مورد بحث قرار نگرفته، نمی‌توان پیروی از هیچ‌یک از آنها را به این نویسندگان نسبت داد. اگرچه حقیقت این دو حکم در هر نظام حقوقی و بلکه هر نظام هنجاری ضرورتاً وجود دارد.

#### ۴. مفهوم Tort در نظام کامن‌لا

واژه Tort برگرفته از کلمه لاتین «Tortus» است که به زبان انگلیسی راه یافته و در این ادبیات مترادف با «Wrong» به معنی «خطا» به‌کار می‌رود (Fleming, 1998: 1; Winfield, 1931: 8-9; Harpwood, 2000, 1; 2009: 1). در فرهنگ حقوقی Tort یعنی یک خطای مدنی یا اضرار و آسیب رساندن به دیگری که مستوجب اقامه دعوا باشد و شامل نقض قرارداد از روی سوءنیت هم می‌شود، و به موجب آن دادگاه حکم به جبران خسارت خواهد کرد؛ تخطی از تکلیفی است که به‌وسیله حقوق عمومی دیکته شده، یا تنها بر اشخاصی که به موجب معامله‌ای معین، دارای رابطه‌ای خاص با یکدیگرند، اعمال می‌شود. در Tort باید همواره تخطی نسبت به برخی از تکالیف مربوط به خواهان وجود داشته باشد و اغلب چنین تکلیفی باید ناشی از اجرای قانون باشد و نه صرفاً توافق طرفین. تخطی مذکور نسبت به شخص یا مال اگر مستقل از قرارداد باشد، ممکن است یکی از این موارد باشد: تعرض مستقیم به برخی حقوق قانونی افراد؛ (Markesinis, 2002: 44-79) نقض برخی از تکالیف عمومی که خسارت معینی را متوجه فرد می‌کند؛ تخطی از برخی تعهدات شخصی که موجب خسارت مشابهی به دیگری گردد (Black, 1993: 1489; Cooke, 2009: 3). در جهان کامن‌لا در این زمینه اغلب به تعریف وینفیلد ارجاع داده می‌شود. براساس این تعریف Tort مسئولیت ناشی از خطاست که از نقض تکلیف از قبل ثابت شده قانونی، ناشی می‌شود؛ و این تکلیف عموماً متوجه اشخاص بوده و نقض آن با اقامه دعوایی برای جبران خسارت، قابل جبران است. هدف Tort بازتوزیع زیان‌هایی است که وقوع آنها در جامعه اجتناب‌ناپذیر است (Winfield & Jolowicz, 1975: 11). به بیان دیگر، هدف حقوق Tort حمایت از حقوق مدنی بشر است (Von, 2004: 25-26; Geert, 2010: 10-25).

برخی قلمرو Tort را از این محدودتر دانسته و در تعریف آن می‌گویند: Tort خطای مدنی غیر از نقض قرارداد است که قانون آن را از طریق رأی به جبران خسارت، جبران می‌کند (Martin, 2006: 537). از این رو، Tort دارای چهار عنصر است: ۱. وجود فعل زیانبار یعنی خطایی اتفاق افتاده و زبانی وارد شده باشد؛ ۲. قانوناً، زیان وارده قابل جبران باشد؛ ۳. فعل زیانبار مصداق نقض قرارداد نبوده و مستقل از هر گونه رابطه قراردادی باشد؛ ۴. وجود تکلیف قانونی قبلی ثابت شده در قبال عموم مردم (Fleming, 1998: 1; Prosser, 1984: 2; Owen, 2000: 77-78). شاید ظاهراً بتوان گفت که بدون وجود دو عنصر نخست اصولاً Tort پدید نمی‌آید. لکن براساس برخی تعاریف اگرچه اغلب خطاها تنها هنگامی قابل اقامه دعوا هستند که موجب ورود خسارت شده باشند، ولی Tortهایی مانند تجاوز و ورود غیر مأذون به ملک دیگری که کارکرد عمده آنها حمایت از حق‌هاست، بدون اثبات ورود خسارت هم قابل اقامه دعوا هستند. از این رو، در این موارد قرار بازداشت یا دستور بازگرداندن مال صادر می‌شود (Martin, 2006: 537-538) و نسبت به چگونگی اجرای این شروط نیز اتفاق نظر وجود ندارد. مثلاً در انگلیس مسئولیت یک فرد حرفه‌ای نسبت به طرف مقابل، قراردادی است، اما در آمریکا Tort به‌شمار می‌آید. به نظر می‌رسد که شرط چهارم که برای متمایز کردن Tort از مسئولیت قراردادی بیان شده، در واقع تفصیل همان شرط سوم است و شرط مستقلی به‌شمار نمی‌آید؛ علاوه بر مناقشاتی که نسبت به محتوای این شرط وجود دارد. حتی برخی مدعی شده‌اند که امکان تجزیه Tort به عناصر معین وجود ندارد و مفهوم آن نه تنها برای حقوقدانان، بلکه برای عموم مردم نیز روشن است (Tunc, 1993: 8-9; 1989: 15-18).

بعضی با یکسان‌انگاری مفهوم Tort با Negligence معتقدند که Tort از سه عنصر تشکیل می‌شود: ۱. وجود یک تکلیف قانونی قبلی به نفع خواهان و بر عهده خواننده؛ ۲. نقض این تکلیف (توسط خواننده)؛ و ۳. برقراری رابطه سببیت مستقیم بین نقض تکلیف مذکور و ورود آسیب و زیان به خواهان (Black, 1993: 1486)، زیرا Tort یعنی غفلت نسبت به انجام بعضی از اموری که فرد متعارف به‌منظور ایجاد نظم قاعده‌مند در امور، باید انجام دهد یا نسبت به انجام کارهایی که یک فرد معقول یا محتاط باید انجام دهد. غفلت، قصور در مراقبتی است که یک فرد محتاط معقول و هشیار در شرایط مشابه باید به‌کار بندد، یعنی انجام برخی از کارهایی که شخص محتاط متعارف در شرایط مشابه انجام می‌دهد، و ترک افعالی که شخص مذکور در شرایط مشابه انجام نخواهد داد؛ رفتاری پایین‌تر از استاندارد قانونی که توسط حقوق و قانون جهت حمایت از دیگران در مقابل ضرر و خطر غیرمتعارف و نامعقول به رسمیت شناخته شده است؛ انحراف از رفتار قابل قبول یک شخص محتاط و معقول در شرایط مشابه. قصور در مراقبتی که باید اعمال شود، چه آن مراقبت ضعیف و ناچیز باشد و چه معمولی یا شدید؛



غفلت در قالب سهو<sup>۱</sup>، بی‌فکری و لاقیدی<sup>۲</sup> و بی‌توجهی<sup>۳</sup> ظهور پیدا می‌کند. هر گاه این مفاهیم از وصف بازیگوشی<sup>۴</sup>، یا بی‌احتیاطی<sup>۵</sup> برخوردار باشند، به‌عنوان خودسری<sup>۶</sup> شناخته می‌شوند. حقوق غفلت بر رفتار متعارف یا مراقبت معقول متناسب با شرایط و موارد خاص مبتنی است. نظریه غفلت بر خسارتی که ممکن است در نتیجه نقض تکلیف به مراقبت از دیگران، به آنها وارد گردد، متکی است (Black, Ibid: 1032). بنابراین، حقوق Tort دلالت می‌کند بر پیکره‌ای از حقوق، تعهدات و جبران‌هایی که به‌وسیله دادگاه اقدامات مدنی جهت فراهم کردن تسکینی برای آلام فردی که از عمل خطای دیگری دچار رنج و ضرر شده است، اعمال می‌گردد. (Batten, 2010: 220-221) و برخلاف مسئولیت قراردادی، در Tort یک تعهد قانونی عام نقض می‌شود (Elliott, 2009: 2-3).

در حقوق Tort دو رویکرد وجود دارد: یکی معتقد است همه موجبات و مصادیق Tort را می‌توان در قالب معیار واحد و به‌ویژه «غفلت»<sup>۷</sup> ساماندهی کرد و از نظریه عمومی Tort سخن گفت؛ و دیگری بر این باور است که چنین امری ممکن نبوده و Tort را عنوانی برای مجموعه‌ای از خطاهای مدنی می‌داند که دارای مفهوم و ماهیت مستقل‌اند. از این‌رو، صاحبان این رویکرد درصد شمارش انواع Tort برآمده و در این زمینه اتفاق نظر ندارند؛ و حتی برخی تا ۷۰ مورد را هم مدعی شده‌اند، لکن اغلب تعداد این خطاها را چند مورد دانسته‌اند که مشهورترین آنها عبارت‌اند از: غفلت، مزاحمت و اذیت<sup>۸</sup>، تهمت و افتراء<sup>۹</sup>، تجاوز و تعدی<sup>۱۰</sup>، حمله و تهاجم<sup>۱۱</sup>، ایراد ضرب و جرح<sup>۱۲</sup> و اشغالگری<sup>۱۳</sup> (Cane, 1987: 2-13; Horsey, 2012: 2-3).

## ۵. نتیجه‌گیری و مقایسه

نتایج مقایسه‌ای حاصل از این پژوهش مفهوم‌شناسانه تحلیلی به این شرح است:  
 ۱. مفهوم ضمان تعهد نسبت چیزی است و با توجه به قلمرو متعلق آن به اعم، عام و خاص تقسیم می‌شود. در مفهوم اعم شامل تعهد نسبت به اموال دیگران و تمامیت بدنی آنها می‌شود؛ در مفهوم عام ضمان تنها شامل تعهد به اموال دیگران می‌گردد که خود شامل

1. Inadvertence
2. Thoughtlessness
3. Inattention
4. Wantonness
5. Recklessness
6. Willfulness
7. Negligence
8. Nuisance
9. Libel
10. Trespass
11. Assault
12. Battery
13. Occupation

تعهد به استرداد، مواظبت و نگهداری و جبران خسارت آنها می‌شود؛ اما در مفهوم اخص ضمان تنها مسئولیت جبران خسارت در صورت تلف کردن مال دیگری را در برمی‌گیرد. اما مفهوم مسئولیت مدنی و Tort تکلیف یا تعهد یا وضعیتی است که فقط شامل جبران خسارت تلف کردن مال دیگری می‌شود. از این رو، مفهوم ضمان در فقه بسیار عام‌تر از مفهوم مسئولیت مدنی و Tort است. وجه مشترک هر سه، عنصر «مسئولیت» است که در همه آنها وجود دارد. وجه اختلاف ضمان و مسئولیت مدنی از یک سو، و Tort از سوی دیگر، در این است که دو نهاد نخست براساس مسبب (مسئولیت) نامگذاری شده‌اند، ولی نهاد سوم بر پایه سبب و موجب مسئولیت یعنی «خطا» شناسایی می‌شود.

۲. قلمرو ضمان و کاربرد آن در فقه و حقوق ایران شامل سه حوزه عقد ضمان، ضمان عقدی و مقرون به عقد، و حوزه غرامات و ضمانات غیرعقدی می‌گردد. مسئولیت مدنی در نظام رومی-ژرمنی نیز در مفهوم اعم شامل این سه حوزه می‌شود و در مفهوم عام تنها دربردارنده مسئولیت ناشی از نقض قرارداد و مسئولیت غیرقراردادی می‌گردد. با این تفاوت عمده که مسئولیت قراردادی تنها شامل فرض نقض قرارداد می‌شود. اما ضمان عقدی یا مقرون به عقد، فرض صحت و بطلان همه عقود معاوضی و بلکه همه عقود عهدی را در حالات مختلف شامل می‌شود و از این رو، به آن ضمان (مسئولیت) معاوضی یا دینی گفته می‌شود. لکن قلمرو Tort در یک رویکرد علاوه بر مسئولیت غیرقراردادی شامل مسئولیت ناشی از نقض قرارداد هم می‌شود، ولی بنابر رویکرد غالب تنها دربردارنده مسئولیت غیرقراردادی است.

۳. در فقه اتفاق نظر وجود دارد که تصمیم به ایجاد ضمان، در حقیقت جعل و خلق یک وضعیت اعتباری است، نه یک تکلیف مثبت یا منفی؛ اگرچه ارتباط وثیقی با تکلیف پیشین و الزام متأخر دارد و به همین سبب گاهی منشأ اختلاط با آنها شده است. تفکیک علمی حکم وضعی از تکلیفی در ادبیات حقوقی رومی-ژرمنی و کامن‌لا مورد تأکید نیست، لکن قرائنی وجود دارد که برای برخی حقوقدانان آنها این تمایز شناخته شده بوده است، لکن چون اظهار نظر صریح و یکسانی در این زمینه ندارند، نمی‌توان نظری را به آنها نسبت داد. لکن باید گفت که حکم به مسئولیت در ذات خود ایجاد اعتباری یک وضعیت، یعنی در موقعیت پاسخگویی قرار گرفتن است.

۴. با اندکی تسامح می‌توان گفت که در فقه اسلامی تکررگرایی در مورد مبانی و موجبات ضمان مورد اتفاق است. در حقوق ایران نیز اگرچه برخی دانشمندان حقوق تلاش‌هایی برای بنیاد نظریه عمومی با مبناهای واحد برای مسئولیت مدنی می‌کنند، لکن هنوز قوانین موضوعه و ادبیات حقوقی ایران از کثرت‌گرایی در مبناهای مسئولیت مدنی پیروی

می‌کند. نظام رومی ژرمنی، اگرچه بیشتر ادعای وحدت‌گرایی بنیادین در مسئولیت مدنی را دارد، لکن به‌ویژه در دوران معاصر همواره در کنار تقصیر حتی در مفهوم عینی و نوعی آن، بنیاد دیگری از جنس خطر یا ترکیبی از انتفاع و خطر را با عنوان مسئولیت منهای تقصیر، مورد شناسایی قرار داده است. در نظام کامن‌لا، اما، صدای کثرت‌گرایان رساتر است؛ و تلاش برای تأسیس نظام وحدت‌گرا، به‌ویژه، بر بنیاد «غفلت» چندان جدی گرفته نشده است. به‌نظر می‌رسد که ماهیت مرموز، محجوب و رنگارنگ خطاهای مدنی موجب ناکامی همه تلاش‌های جهانی برای رسیدن به نظامی وحدت‌گرا در این حوزه شده است.

۵. براساس برخی تعاریف پیش‌گفته، اگرچه در Tort اغلب ضرر محقق می‌شود و در نتیجه حکم به جبران خسارت می‌گردد، ولی برخلاف مسئولیت مدنی، این امر ضروری نیست. از این‌رو، به‌نظر می‌رسد که نهاد «ضمان» در حقوق اسلامی به Tort شبیه‌تر است تا «مسئولیت مدنی».

## منابع

### الف) فارسی و عربی

۱. اصفهانی، محمدحسین (۱۴۲۵ق). حاشیه‌المکاسب. ج ۱، قم: مؤسسه آل‌البیت (ع).
۲. امامی، سید حسن (۱۳۷۰). حقوق مدنی. ج ۲، تهران: انتشارات اسلامی.
۳. انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۲۴ق). مکاسب. ج ۳، قم: مجمع‌الفکر الاسلامی.
۴. ایروانی، علی (۱۴۰۶ق). حاشیه‌المکاسب. ج ۲، تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۵. بادینی، حسن (۱۳۸۴). فلسفه مسئولیت مدنی. تهران: شرکت سهامی انتشار.
۶. بجنوردی، سید حسن (۱۴۱۹ق). القواعد الفقهیه. قم: نشر الهادی.
۷. بحرالعلوم، محمد (۱۴۰۳ق). بلغه‌الفقیه. ج ۲، تهران: منشورات مکتبه‌الصادق.
۸. بحرانی، یوسف (۱۴۰۵ق). الحدائق‌الناضره. ج ۱۸ و ۲۱، قم: دفتر نشر اسلامی.
۹. جزائری، سید محمدجعفر (۱۴۱۶ق). هدی‌الطالب فی شرح‌المکاسب. قم: دارالکتاب.
۱۰. الجندی، محمد الشحات (۱۹۹۰م). ضمان‌العقد او‌المسئولیه‌العقدیه فی‌الشریعه‌الاسلامیه. القاهره: دارالنهضه‌العربییه.
۱۱. حائری، سید علی (۱۳۱۸). ریاض‌المسائل. ج ۸، قم: مؤسسه آل‌البیت (ع).
۱۲. حکیم، سید محسن (بی‌تا). نهج‌الفقاهه. قم: انتشارات ۲۲ بهمن.
۱۳. حلی (علامه)، حسن (۱۴۲۰ق). تحریرالاحکام. قم: مؤسسه امام‌صادق (ع).
۱۴. خراسانی، محمدکاظم (۱۴۰۶ق). حاشیه‌المکاسب. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۱۵. الخفیف، علی (۲۰۰۰م). الضمان فی‌الفقه‌الاسلامی. قاهره: دارالفکر‌العربی.
۱۶. رشتی، حبیب‌الله (بی‌تا). کتاب‌الغصب. بی‌جا، بی‌نا.
۱۷. الزحیلی، وهبه (۱۴۰۲ق). نظریه‌الضمان و احکام‌المسئولیه‌المدنیه فی‌الفقه‌الاسلامی. دمشق: دارالفکر.
۱۸. الزرقاء، مصطفی (۱۹۸۸). فعل‌الضار و الضمان فیہ. دمشق: دارالقلم.
۱۹. سبزواری، ملاهادی (۱۳۶۹). شرح‌المنظومه. تهران: نشر ناب.
۲۰. سلطان‌العلماء (۱۴۱۲ق). حاشیه‌لمعه. ج ۱، قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
۲۱. شهید ثانی (۱۴۱۳ق). مسالک‌الافهام. ج ۴، قم: مؤسسه‌المعارف‌الاسلامیه.
۲۲. ----- (۱۴۱۰ق). الروضه‌البهیة. ج ۴، قم: داورى.

٢٣. شهیدی تبریزی، میرزا فتاح (١٣٨٦). هدایه الطالب. قم: دار الفقه للطباعة و النشر.
٢٤. صافی، علی عبدالحکیم (١٣٨٩). الضمان فی الفقه الاسلامی. تهران: مجمع التقریب بین المذاهب الاسلامیه.
٢٥. طوسی، خواجه نصیرالدین و علامه حلی (١٣٧١). الجوهر النضید. قم: انتشارات بیدار.
٢٦. کاتوزیان، ناصر (١٣٧٨). مسئولیت مدنی. ج ١، ج ٢. تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
٢٧. کوه کمری، سید محمد (١٣١٧ق). کتاب البیع. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
٢٨. مامقانی، محمدحسن (١٣١٦). غایه الآمال. ج ٢، قم: مجمع الذخائر الاسلامیه.
٢٩. محسنی، محمدآصف (١٣٨٢). الضمانات الفقهیه و اسبابها. قم: پیام مهر.
٣٠. نائینی، محمدحسین (١٣١٨). منیه الطالب. تقریر شیخ موسی نجفی، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
٣١. ----- (١٣١٣ق). مکاسب و البیع. تقریر شیخ محمدتقی آملی، قم: دفتر نشر اسلامی.
٣٢. نجدات، محمد (١٣٢٧ق). ضمان العقد فی الفقه الاسلامی. دمشق: دارالمکتبی.
٣٣. نجفی، شیخ محمدحسین (بی تا). جواهر الکلام. ج ٢٦، بیروت: داراحیاء التراث العربی.
٣٤. نراقی، مولی احمد (١٣١٧ق). عوائد الايام. قم: دفتر تبلیغات اسلامی.
٣٥. نوری، فضل الله (١٣١٤ق). رساله فی قاعده ضمان الید. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
٣٦. همدانی، آقا رضا (١٣٢٠ق). حاشیه کتاب مکاسب. قم: محمدرضا انصاری قمی.
٣٧. یزدی، سید محمدکاظم (بی تا). حاشیه مکاسب. ج ١، قم: مؤسسه اسماعیلیان.

## (ب) خارجی

38. Batten Danna (2010). *Gale Encyclopedia of American Law*, Vol 14, Dictionary of Legal Terms, 3<sup>rd</sup> Ed, Detroit, Gale Cengage Learning.
39. Cane Peter (1997). *The Anatomy of Tort Law*, Oxford: Hart publishing.
40. Clerk & Lindsell (1998). *Tort*, Seventeenth Edition, London: Sweet & Maxwell.
41. Cooke John (2009). *Law of Tort*, Ninth Edition, London: Pearson Longman.
42. Cornu, (1996). *Vocabulaire juridique, sexism'* edition, Paris: association Henri capitant.
43. Delebecque D & Pansier F. J (2001). *Droit des obligations, Responsabilité civile Délit et quasi-Délit*, First Edition, Paris.
44. Elliott Catherine & Frances Quinn (2009). *Tort Law*, 7<sup>th</sup> Ed, Edinburgh: Pearson Education.
45. Fleming, John G, (1998). *The Law of Torts*, Sydney: LBC Information Service.
46. Geert. B (2010). *Personality Rights in European Tort Law*, Cambridge University Publication.
47. Gerard Henry Campbell, (1993). *Black's Law Dictionary*, 6<sup>th</sup> Ed, United States, west.
48. Harpwood Vivienne (2000). *Principles of Tort Law*, Fourth Edition, London: Cavendish Publishing.
49. ----- (2009). *Modern Tort Law*, 7<sup>th</sup> Ed, London & New York: Routledge. Cavendish.
50. Horsey K & Rackley E (2012). *Tort Law*, 3<sup>RD</sup> Ed, London: Oxford University.
51. Markesinis Basil S. and Hannes Unberath (2002). *The German law of Torts, A Comparative Treatise*, London: Hart Publication.
52. Martin Elizabeth A. (2006). *Oxford Dictionary of Law*, Sixth Edition, London, Oxford University Press.
53. Owen Richard (2000). *Essential Tort Law*, Third Edition, London: Cavendish Publication.
54. Prosser William L. and Keeton (1984). *On Torts*, West Pub. Co.
55. Rémy Cabrillac (1996). *Droit des obligations*, 2e édition, Paris: Dalloz.
56. Tunc Andre (1983). *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol XI, **Tort**, the Netherland, Kluwer Academic Publisher Group.
57. Tunc Andre (1989). *La Responsabilité civile*, 2e édition, Paris, Economica.
58. Von Bar. Christian & Drubbing Ulrich (2004). *The Introduction of Contract Law and Tort Law and Property Law in Europe*, Sillier, European Law Publishers.
59. Winfield and Jolowicz (1975). *Tort*, Tenth Edition, London: Sweet & Maxwell.
60. Winfield Percy H. (1931). *The province of the law of the tort*, London: Cambridge University Press.