

نگرش تحلیلی بر نقش تقصیر در ضمان ناشی از تسبیب در فقه اسلامی و حقوق ایران

محمد عادل ضیائی*

دانشیار، گروه فقه شافعی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه تهران، ایران

حسن بادینی

دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، ایران

احمد ازغ

دانشجوی دکتری، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و

تحقیقات تهران، ایران

چکیده

بحث از مسئولیت مبتنی بر تقصیر و نقش تقصیر در تسبیب، اگرچه از مباحث مورد توجه فقها بوده و نتایج مهمی بر آن مترتب است، با این حال در کتاب‌های فقهی به‌طور مستقل به آن پرداخته نشده و فقهایان مفهوم واقعی رابطه سببیت را به‌روشنی و از حیث نظری تبیین نکرده‌اند. و فقط گاه در ضمن مثال‌ها و احکام صادره از جانب آنان، دیدگاهشان قابل دریافت است. بر این اساس می‌توان گفت که عده‌ای در ضمان ناشی از تسبیب، تقصیر را شرط ندانسته و صرف ایجاد ضرر و رابطه سببیت را برای وجوب ضمان کافی می‌دانند، در مقابل عده‌ای دیگر بر این باورند که در تسبیب، بدون احراز عنصر تقصیر ولو تقصیر نوعی قابلیت انتساب ضرر وجود ندارد. این گروه معتقدند مطابق تعریف فقها، سبب در باب اتلاف آن است که فعل عادتاً برای ایجاد تلف به‌کار رود، همچنین به قاعده فقهی «المتسبب لا یضمن إلا بالتعمد» استناد می‌کنند که شرط ضمان را تعمد می‌داند، مضافاً آنکه از نظر آنان روایات وارده، سبب موضوع حکم قرار نگرفته، بلکه مدار مسئولیت در تسبیب مبتنی بر قابلیت انتساب عرفی ضرر و احراز تقصیر عامل است، دیدگاه‌های حقوقدانان نیز همین مسیرها را پیموده و این اختلاف آرا نیز در میان آنان مشاهده می‌شود، به‌نظر می‌رسد با توجه به مصادیق فراوان و بعضاً پیچیده‌ای که در این زمینه وجود دارد و نظر به تنوع روابط اجتماعی و حقوقی میان انسان‌ها، مبنا قرار دادن یکی از این دیدگاه‌ها برای همه حالات و تمامی مصادیق منطقی نباشد، بلکه راه‌حل اصولی و قابل پذیرش، مراجعه به عرف و معیار قرار دادن آن برای اثبات یا عدم اثبات تقصیر است.

واژگان کلیدی

اتلاف، انتساب، تسبیب، تقصیر، ضمان.

۱. مقدمه

افراد جامعه در قبال افعال زیانبار خویش در حق دیگران، دارای مسئولیت مدنی اند (ابوغانم، ۱۴۲۰ق: ۳۴۶؛ حلی، ۱۳۸۸: ۳۷۵). بحث از مسئولیت مدنی و مسائل مرتبط با آن، که در حقوق امروزی دامنه بسیار گسترده‌ای دارد و عناوین مستقلاً را به خود اختصاص داده، در فقه اسلامی نیز مورد توجه قرار گرفته است. یکی از موضوعات مطرح در مسئولیت با تسبیب، مسئله شناسایی مبنای این نوع مسئولیت است، در گذشته دو نظریه نفی ضرر و تقصیر مورد توجه حقوقدانان بوده که پس از تصویب قانون جدید مجازات اسلامی نظریه دیگری تحت عنوان انتساب مورد توجه پژوهشگران واقع شده است، از این رو حقوقدانان با این پرسش اساسی مواجه‌اند که آیا در مسئولیت ناشی از تسبیب، بدون احراز تقصیر قابلیت انتساب ضرر به عامل وجود دارد یا خیر؟

فرضیه این است که در تسبیب بدون احراز تقصیر، قابلیت انتساب واقعی به فاعل وجود ندارد و در نتیجه ضمان به وی تعلق نمی‌گیرد. استقرا و تتبع در منابع فقهی و نظرهای فقها و سیر اجمالی در قواعد مسئولیت مدنی نشان می‌دهد که فقها در مصادیق فراوانی تقصیر واقعی را شرط مسئولیت قرار داده‌اند، این امر به وضوح از تعریفی که فقهایان برای سبب ارائه کرده‌اند، نمایان است، مضافاً اینکه در هیچ‌یک از مستندات فقهی دیده نشده است که به صراحت سبب، علت یا شرط، موضوع حکم قرار گرفته باشد و عنوان شود که هر جا سبب واقع شد، ضمان به آن تعلق می‌گیرد، بلکه چگونگی انتساب فعل به فاعل مورد توجه بوده است، مگر در پاره‌ای موارد که زیانبار بودن سبب، قطعاً یا عرفاً پیش‌بینی‌پذیر بوده که در این نوع اسباب برای تعلق ضمان، نیاز به اثبات تقصیر نیست، زیرا فرض بر این است که شخص با اینکه ضرر پیش‌بینی‌پذیر بوده، اقدام به ارتکاب فعل زیانبار کرده و تلاش برای اثبات تقصیر وی تحصیل حاصل است، مانند شهادت کذب که موجب تلف مال مشهود علیه شود، این استثنا نیز به نوعی محدودیت در قاعده تقصیر در تسبیب محسوب می‌شود.

باید توجه داشت مسئولیت مدنی اشخاص در مقابل زیان‌های وارده به دیگران، حالات و فروض مختلفی دارد که برای استخراج حکم هریک از آنها ناگزیر باید از یکدیگر تفکیک شده و جداگانه بحث و بررسی شود.

به‌طور کلی فاعل در مسئولیت یا مباشر است یا مسبب (آبی، ۱۴۱۷ق: ۶۳۷). در هر دو فرض یا مقصر است یا غیرمقصر، مبنای مسئولیت نفی ضرر و انتساب یا تقصیر است، همچنان‌که فعل انجام‌گرفته ممکن است مشروع باشد یا نامشروع و نوع تقصیر می‌تواند مفروض باشد یا اثبات‌شده

یا نوعی، حال محل نزاع این است که آیا در فقه اسلامی برای تعلق ضمان، عنصر تقصیر جایگاهی دارد یا خیر؟ به دیگر عبارت مسئولیت مبتنی بر تقصیر است یا انتساب، در صورت مثبت بودن پاسخ آیا بین اتلاف و تسبیب تفاوت هست یا خیر؟ و آیا نوع سبب، تأثیری در تغییر مبنای مسئولیت دارد یا خیر؟ فقهای معاصر و صاحب‌نظران صرفاً به تقسیم‌بندی مسئولیت به مباشر و تسبیب یا به اصطلاح فقها اتلاف بالمباشره و اتلاف با تسبیب اکتفا کرده، بعضی از آنان برای هر یک مبنای مستقلی را تعیین کرده‌اند و بر این باورند که اتلاف مبتنی بر نفی ضرر و تسبیب مبتنی بر تقصیر است. در مقابل عده‌ای هر دو بخش را بر مبنای نفی ضرر و انتساب قرار داده‌اند. فقیهان معاصر گاه مبنای دیدگاه خویش را به فقیهان متقدم نسبت می‌دهند، اما به نظر می‌رسد این انتساب از دقت چندانی برخوردار نباشد. علاوه بر آنکه پایبند بودن به هر یک از این مبانی آثار و نتایج متفاوتی در بردارد و همین امر ضرورت و اهمیت پژوهش در این خصوص را نمایان می‌سازد. این پژوهش بر آن است تا ضمن نقد نظریه مطلق انتساب به روش توصیفی - تحلیلی یا با تکیه بر منابع کتابخانه‌ای و استفاده از منابع اصیل فقهی، آرای فقهای اسلامی را تجزیه، تحلیل و ارزیابی کرده و نظر صائب را که متناسب با ماهیت مبحث حاضر است، انتخاب کند.

۲. پیشینه تحقیق

بحث مسئولیت مدنی و نقش تقصیر در آن از موضوعاتی است که در روزگاران قدیم در منابع فقهی مورد توجه بوده و به تبع در حقوق موضوعه نیز مورد پژوهش واقع شده است و در چند سال گذشته این موضوع در لابه‌لای کتاب‌ها یا ضمن رساله و پایان‌نامه یا مقالات مورد تحقیق و بررسی قرار گرفته است که به مهم‌ترین آنها اشاره می‌شود.

کتاب *فلسفه مسئولیت مدنی* تألیف دکتر حسن بادینی که توسط شرکت سهامی انتشار به چاپ رسیده، در ضمن در آن اغلب از حیث حقوقی به مبنای مسئولیت مدنی و فلسفه آن پرداخته شده و کمتر آرای مذاهب فقهی مطرح شده است.

رساله دکتری *مبانی رابطه سببیت در مسئولیت مدنی* تألیف دکتر حسین اسکندری به راهنمایی دکتر حسن جعفری تبار.

پایان‌نامه کارشناسی ارشد «*رابطه سببیت در مسئولیت مدنی*» توسط احمد عسکری به راهنمایی دکتر اسدالله امامی.

هر دو پژوهش بیشتر جنبه‌های حقوقی را مورد بحث قرار داده و در مباحث فقهی هم تقریباً غیر از فقه امامیه از مذاهب دیگر مطلبی نقل نکرده‌اند.

۴. مقاله «جایگاه تقصیر در مسئولیت مدنی» نوشته مریم نباتی و سید عبدالمطلب احمدزاده که در شماره ۳۱ پژوهش‌نامه حقوق اسلامی دانشگاه امام صادق در سال ۱۳۸۹ به چاپ رسیده است.

۵. مقاله «تقصیر و رابطه سببیت در نظام مسئولیت مدنی»، نوشته امیرمهدی قربان‌پور که در شماره ۵۴ مجله حقوقی دادگستری به سال ۱۳۸۵ به چاپ رسیده است.

مقاله اول اگرچه علاوه بر مباحث حقوقی به مباحث فقهی هم پرداخته، لکن منحصرأ در فقه امامیه است، مقاله دوم نیز اغلب حقوقی و به ندرت از فقه امامیه مطالبی نقل کرده است. چنانکه مشاهده می‌شود امتیازات نوشته حاضر آن است که اولاً از منابع دست اول مذاهب مختلف فقهی استفاده شده و با ذکر ادله آرا و مستندات آنها به تحلیل و ارزیابی پرداخته شده و رأی راجح برگزیده شده است، ثانیاً به تناسب موضوع و با ذکر مثال‌های کاربردی و مرتبط ضمن بیان قوانین مربوطه آرای حقوقدانان درباره مسائل مطروحه بیان شده است.

۳. مفاهیم مقدماتی

پیش از ورود به مباحث اصلی توضیح بعضی اصطلاحات مهم، کلیدی و پرکاربرد در مقاله ضروری به نظر می‌رسد.

۳.۱. تقصیر

به انجام ندادن عملی که شخص طبق قرارداد یا قانون یا متعارف حسب مورد، متعهد یا ملزم به انجام آن است یا ارتکاب عملی که شخص از انجام دادن آن منع شده است، تقصیر می‌گویند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۰: ۶۴۲).

۳.۲. سبب از دیدگاه فقها

فقیهان اگرچه در باب ضمان، صرفاً به تعریف سبب و به‌جز عده‌ای از آنان (میرزا حبیب‌اله، ۱۴۰۱: ۳۱؛ عوده، ۱۴۰۵: ج ۱: ۴۵۲) به صراحت سبب را تقسیم نکرده، ولی در تعریف خود از سبب، تلویحاً به تقسیم آن نیز اشاره کرده‌اند که این نوع تقسیمات در مسئله تسبیب و تعیین مبانی مسئولیت مسبب دارای آثار چشمگیر است، برای نمونه به اقسام زیر اشاره می‌شود.

اولاً- سببی که زیان آور بودن آن قطعی و از ابتدا برای مسبب نیز قابل پیش‌بینی باشد، این نوع سبب ممکن است حسی باشد، مانند کندن چاه در معبر و پوشاندن آن، یا شرعی باشد مانند شهادت کذب که در اثر آن حاکم حکمی را صادر کند که موجب از دست رفتن مال مشهود علیه شود (عده، ۱۴۰۵ق، ج ۱: ۴۵۲).

ثانیاً- سببی که عرفاً زیان آور بودن آن قابل پیش‌بینی نبوده، هرچند به‌طور اتفاقی به ایراد ضرر منجر شود که به این نوع، سبب عرفی نیز گفته می‌شود، مانند ترساندن کسی که به قتل وی منجر شود یا احضار زن باردار به دادگاه که موجب سقط‌جنین گردد (عده، ۱۴۰۵ق، ج ۱: ۴۵۲).

همانا بیشتر فقها اعم از امامیه و اهل سنت در مبحث ضمان، سبب را چنین تعریف کرده‌اند: سبب فعلی است که عرفاً زیان آور بودن آن قابل پیش‌بینی باشد یا فاعل، زیانبار بودن فعل خود را دور از نظر نداشته باشد (غزالی، ۱۴۱۸ق: ۳۷۹؛ مراغی، ۱۴۱۸ق، ج ۲: ۴۳۵). بعضی از آنان در تعریف سبب از واژه «افضا» استفاده کرده‌اند. برای نمونه کاسانی حنفی می‌گوید: «الْفِعْلُ فِي مَحَلِّ يُفْضِي إِلَى تَلَفٍ غَيْرِهِ عَادَةً» سبب، عبارت است از انجام دادن کاری در محلی که عادتاً منجر به تلف غیر شود (کاسانی، ۱۴۲۵ق، ج ۷: ۱۶۲). افضاء آن است که اگر موانع منتفی باشد، نتیجه از ضرر جدای نگردد (محمد فوزی، ۱۹۸۳: ۹۶) و برخی دیگر مانند صاحب‌جواهر واژه «نسبت و انتساب» را به‌کار برده‌اند: «انما المدار صدق نسبة الفعل» یعنی مدار ضمان در تسبیب این است فعلی که انجام شده عرفاً مستند به این فرد باشد (نجفی، ۱۴۰۴ق) و جمعی دیگر از فقها گفته‌اند سبب عبارت است از ایجاد علت تلف، به‌طوری‌که عرفاً زیان وارده به‌صورت واقعی به سبب منتسب شود (بحرانی، بی‌تا، ج ۱۳: ۹۱). همچنان‌که بعضی ضمن انتقاد از تقسیم مسئولیت به اتلاف و تسبیب بر این باورند ضرر کلاً ناشی از تسبیب است، ولی بعضی از اسباب چنان نزدیک است که آن را مباشر نامیده‌اند و سبب دورتر تسبیب نامگذاری شده، بر این اساس فقها هر دو قسم را زیر یک عنوان بررسی می‌کنند و در هر دو، ملاک ضمان، صحت انتساب است، چنانچه عرفاً امکان انتساب ضرر به عامل ورود زیان امکان‌پذیر باشد، ضمان بدان تعلق می‌گیرد و اگر انتساب ممکن نشود، مسئولیت نیز منتفی است (نجفی، ۱۳۵۹، ج ۲: ۱۴۲؛ کاشف‌الغطا، ۱۴۳۲ق، ج ۳: ۱۷۶). به قول دکتر کاتوزیان بحث درباره این تعریف‌ها تنها جنبه نظری ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۱۵۹). برای نمونه از تعریفی که علامه حلی در کتاب قواعد از سبب کرده است، می‌توان به‌وضوح نقش تقصیر در تسبیب را ثابت کرد. علامه می‌گوید: «سبب، ایجاد علت تلف است به‌شرطی که آن سبب برحسب عادت برای ایجاد علت تلف انجام گیرد (حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲: ۲۲۲). بر این اساس شرط ضمان آن است که شخص به کاری دست زند که برحسب عادت برای ایجاد

علت تلف به کار رود، و بعضی گفته اند ایجاد تلف به قصد اتلاف باشد، برای مثال: نگذارد مالک از گله خود دفاع کند تا تلف شود؛ همچنین حاج میرزا حبیب‌الله رشتی چندین شرط برای تسبیب بیان کرده است، از قبیل آنکه فعل مباح نباشد، مقرون به غرض عقلایی نباشد، از نظر عرف و عادت تعدی و فعل عدوان به‌شمار آید، هرچند مباح باشد (رشتی، ۱۴۰۱: ۳۲) که از همه آنها می‌توان نقش تقصیر در ضمان ناشی از تسبیب را اصطیاد کرد، میرزا حبیب‌الله برای ترسیم ضابطه‌ای کلی سبب را به سه نوع تقسیم می‌کند: بعضی اسباب نوعاً یا برحسب اغلیبیت افراد آن، برای تلف ایجاد می‌شود، آن عبارت است از سببی که در صورت عدم وجود مانع و تحقق شرط‌های آن، از وجودش وجود و از عدمش عدم لازم آید؛ نوع دوم عبارت است از اموری که برحسب مورد سبب تلف می‌شود، مانند زدن سیلی به شخص ضعیف و لاغراندام که به‌خاطر ضعف مضروب یا به دلایل خاص دیگری سبب موت وی شود. ایشان در ادامه می‌افزایند که هیچ‌یک از این دو مورد در باب ضمان مراد نیست، چون هر دو مورد جزئی از اتلاف به‌شمار می‌آید. نوع سوم سببی است که نه ذاتاً و نه غالباً و نه بر حسب مورد و شرایط مسبب، موجب تلف نمی‌شود و مهلک بودن آن نیز قابل پیش‌بینی نیست، اما گاهی شرایطی به‌وجود می‌آید که فعل انجام‌شده سبب تلف می‌شود، سببی که در باب ضمان مطرح است و در مقابل اتلاف قرار دارد، این نوع از اقسام سبب است (رشتی، ۱۴۰۱: ۳۰). ندوی نیز با نقل این نظریه از امام قاضی‌خان می‌گوید: سببی که دارای وصف تعدی باشد از نظر تعلق ضمان در حکم مباشرت است (ندوی، ۱۴۱۹: ۳۴۲).

۴. نقش تقصیر در قابلیت انتساب در تسبیب

همچنان‌که گفته شد بعضی فقها بر این باورند تقسیم مسئولیت به اتلاف و تسبیب صرفاً یک نامگذاری بوده، در واقع تمام مسئولیت‌ها ناشی از تسبیب است. بر این اساس مبنای مسئولیت در هر دو بخش، انتساب است (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۷: ۵۱) در مقابل بعضی دیگر با تفکیک مبنای اتلاف و تسبیب بر این باورند که مسئولیت در اتلاف بر مبنای انتساب قرار دارد، ولی مبنای آن در تسبیب تقصیر است، چون در موارد فراوانی تقصیر در ایجاد ضمان مؤثر بوده و از ارکان آن محسوب می‌شود (نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۷: ۵۵) براساس این نظریه تنها دلیلی که می‌تواند مسئولیت مسبب را نسبت به جبران خسارت وارده توجیه کند، علاوه بر وجود عناصر (خطا، ضرر و رابطه‌ی سببیت)، وجود رابطه‌ی علیت بین تقصیر فاعل و ضرر وارده است.

۴.۱. قاعده اتلاف

متن قاعده این است: «مَنْ أْتَلَفَ مَالَ الْغَيْرِ بِلَا إِذْنٍ مِنْهُ فَهُوَ لَهُ ضَامِنٌ» (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۲: ۲۵). کسی که مال دیگری را بدون اذن او تلف کند، ضامن است. برای استفاده از هر قاعده باید به دلایل و مستندات آن رجوع کرد و در مورد قاعده اتلاف می‌توان به قرآن و سنت استناد جست. بخشی از آیات به ممنوعیت تعدی و تجاوز به دیگران به‌طور مطلق اشارت می‌کند، کشتن افراد و ضرب و جرح آنها را مستوجب مسئولیت کیفری و مدنی قرار داده است، همچنان‌که به زیان‌دیده حق قصاص و درخواست جبران ضرر داده و حتی به ضرورت تناسب بین تعدی، ضرر و جزای آن تصریح کرده است. برای نمونه می‌توان به آیه «فَمَنْ اِغْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ» (بقره: ۱۹۴) اشاره کرد؛ پس هر کس بر شما تجاوز کرده همان‌گونه‌که بر شما تعدی کرده بر او تعدی کنید. شارع با جعل حق مطالبه برای شخص زیان‌دیده، در مقام بیان حکم وضعی بوده است. بر این اساس، بیشتر فقها در خصوص ضمان و اتلاف، این آیه کریمه را یکی از مستندات ضمان بیان کرده‌اند (قرطبی، ۱۴۱۹ق؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۲: ۱۷).

احادیث متعددی نیز در حرمت تعدی بر اموال دیگران و لزوم جبران زیان وارده از پیامبر (ص) روایت شده است. برای نمونه می‌توان به روایت «من اتلف مال الغیر فهو له ضامن» اشاره کرد (بجنوردی، ۱۳۷۱ق، ج ۲: ۲۵). پیروان نظریه نفی تقصیر برای تأیید و تقویت رأی خود به عموم این حدیث استناد کرده‌اند.

قاعده اتلاف هرچند از دیدگاه بعضی فقها مربوط به اتلاف حقیقی اموال است و اتلاف حکمی را در برنمی‌گیرد، با این حال، اصل قاعده مورد اتفاق همه فرق اسلامی است تا جایی که بعضی آن را از ضروریات دین شمرده‌اند (بجنوردی، ۱۴۱۹ق: ۲۵؛ مصطفوی، ۱۴۲۱ق: ۲۰). بر این اساس اتلاف از اسباب واقعی ضمان به‌شمار می‌آید (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۲: ۲۶، ۱۰). کاسانی می‌گوید: اتلاف عبارت است از اخراج یک شیء از حیز انتفاع به‌طوری که عادتاً انتفاع از آن ممکن نباشد. و بدون شک اتلاف از اسباب ضمان به‌شمار می‌آید (کاسانی، ۱۴۲۴ق، ج ۱۰: ۷۰). پیروان نفی تقصیر می‌گویند اطلاق قاعده اتلاف و مستندات آن بر این امر دلالت می‌کند که وجود قصد و عمد، شرط اتلاف نیست، بدین ترتیب تلف‌کننده ضامن است، هرچند دیوانه، بچه یا در حال خواب، مرتکب فعل زیان‌آور شود (مراغی، ۱۴۱۷ق، ج ۲: ۴۴۹). استناد به قاعده اتلاف برای تسبیب از این حیث است که «اتلاف» و «تسبیب» از یک مقوله‌اند و هر دو از اقسام تسبیب به‌شمار می‌آیند، اما در نامگذاری اولی را «اتلاف» به مباشرت» و دومی را «اتلاف به تسبیب» نامیده‌اند. به دیگر عبارت، عناوین مباشرت و تسبیب و

تقسیم رابطه سببیت به دو عنوان اهمیتی در اصل مسئولیت ندارد، بلکه مدار مسئولیت در هر دو انتساب و نفی ضرر است (کاسانی، ۱۴۲۴ق، ج ۱۰: ۷۱؛ ابن‌الملقن، ۱۴۳۱ق، ج ۲: ۸۹؛ رافعی، ۱۴۱۷ق، ج ۵: ۳۹۶؛ آبی، ۱۴۱۷ق، ج ۲: ۴۶؛ حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۵: ۶۲؛ نجفی، ۱۳۵۹).

۴.۲. قرار گرفتن ضمان در احکام وضعی

در نگاه اصولیان احکام فقهی، به دو بخش تکلیفی و وضعی تقسیم می‌شوند (ابوزهره، ۱۴۲۷ق: ۵۴). احکام وضعی، از آن دسته از احکام شرعی‌اند که مقتضای آنها «الزام»، «منع» یا «رخصت» نیست، بلکه شارع مواردی را به‌عنوان علامت برای وجوب حکم قرار داده است که در صورت تحقق آن، حکم واجب می‌شود (ابوزهره، ۱۴۲۷ق: ۵۴). «سبب»، یکی از آن امور است که در صورت تحقق آن، مسبب نیز واجب می‌شود. از این‌رو در این نوع احکام عنصر بلوغ، عمد، علم، و آگاهی، در مسئولیت نقشی ندارد. «ضمان» نیز جزئی از احکام وضعی است، چون فعل شخص سبب ایجاد ضرر شده و در هر حال ضامن است؛ خواه فعل او عمدی باشد یا غیرعمد، به‌صورت نسیان انجام شود یا اشتباه، فاعل عاقل و بالغ باشد یا فاقد عقل و ادراک، مانند زیان ناشی از افعال مجانبین و صغار (سراج، ۲۰۱۵: ۱۰۱؛ بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۴: ۱۷۴). فقهای امامیه این مسئله را در یک قاعده فقهی مستقل تحت عنوان «عدم شرطیه البلوغ فی الأحکام الوضعیة» قرار داده‌اند، و متفق‌القول هستند که با استناد به این قاعده فقهی، اتلاف صبی نسبت به مال غیر مانند اتلاف بالغ موجب ضمان است (بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۴: ۱۷۴). علاوه بر اینکه از نظر عقلی و فلسفی معلول تابع علت است و هر جا علت وجود داشته باشد، معلول نیز موجود است. در فقه اسلامی تنها علت برای وجوب ضمان وجود ضرر است، چه بسا در بعضی موارد کسی ضامن جبران ضرری شود که نقشی در ایجاد آن نداشته است، ولی ضمان به او تعلق می‌گیرد، مانند ضمان ید بر مال غیر، چنانچه مال مورد ید توسط بلایای طبیعی یا به‌واسطه شخص دیگری غیر از صاحب ید تلف شود، در هر صورت صاحب ید ضامن است (خفیف، ۱۴۲۳: ۵۴). به اعتقاد نگارنده علت اصلی در ضمان ید، استیلا یا غیرمأذون یا نامشروع بودن آن است، با این توضیح هر جا ید نامشروع و غیرمأذون باشد، ضمان به آن تعلق می‌گیرد و ید متصرف ضمانتی است. این موضوع خارج از بحث مسئولیت مدنی به معنای اخص آن است و استناد به آن برای نفی تقصیر در تسبیب موجه به‌نظر نمی‌رسد.

۴.۳. قاعدهٔ لاضرر

این قاعدهٔ فقهی که مستنبط از حدیث مشهور نبوی «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ فِي الْإِسْلَامِ» است، صرف‌نظر از اختلاف‌نظر در معنا و مفهوم واژه‌های «ضرر» و «ضرار»، الزام به جبران ضرر، یکی از احکام مستنبطه است که همهٔ فقها بر آن اتفاق نظر دارند (سیوطی، ۲۰۸، ۱۱۹؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ق: ۱۸۹، ابن نجیم، ۱۴۴۳: ۹۸) استفاده از «لا» که برای نفی استغراق استعمال می‌شود، این معنا را می‌رساند که جایز نیست احدی به دیگری زیان رساند، اعم از زیان مادی یا معنوی. (الباحسین، ۱۴۳۲ق: ۳۳۳)، بعضی از فقهای امامیه مانند شیخ انصاری گفته‌اند که حدیث در مقام نفی وجود حکمی که به ضرر منجر شود است، زیرا چون ضرر واقعاً در خارج وجود دارد، بنابراین لازم می‌آید که «لا» در جملهٔ «لا ضرر» و «لا ضرار» «لای» نفی جنس حقیقی نباشد، پس باید جمله را این‌طور تفسیر کنیم که «لا ضرر فی الاسلام» یعنی (لاحکم ضرری فی الاسلام) حکم ضرری در دین اسلام نیست (سیستانی، ۱۴۱۴: ۱۳۴). با این تفسیر قرار دادن قاعدهٔ (لاضرر) به‌عنوان دلیل برای نفی تقصیر در مسئولیت مدنی موجه به‌نظر نمی‌رسد.

۵. مهم‌ترین مستندات پیروان نظریهٔ تقصیر

مهم‌ترین دلایلی که پیروان نظریه تقصیر به آن استناد می‌کنند به شرح زیر است.

۵.۱. قاعدهٔ تسبیب

«الْمُسَبَّبُ لَا يُضْمَنُ إِلَّا بِالْتَعَمُّدِ» یعنی مسبب ضامن نیست، مگر اینکه فعل او مستند به عمد باشد (عطیه رمضان، بی‌تا: ۵۳۷؛ ابوغانم، ۱۴۲۰ق: ۳۴۵؛ ندوی، ۱۴۱۹ق: ۳۴۲). هرچند قاعدهٔ فقهی موصوف با این عبارت در کتاب‌های فقهی امامیه مشاهده نشد، با این حال فقهای امامیه نیز متفق‌القول‌اند که تسبیب از اسباب ضمان است. بجنوردی می‌گوید: همهٔ عقلا و علمای اسلام متفق‌القول هستند سببی که موجب ضرر شود، از اسباب ضمان به‌شمار می‌آید (بجنوردی، ۱۴۱۹ق: ج ۲: ۳۲). منظور از «تعمد» آن است که شخص در فعل خود قصد اثر مترتب بر آن را داشته باشد؛ هرچند قصد ایجاد ضرر ناشی از اثر منفی باشد. برای مثال، اگر کسی با تفنگ شکاری به قصد ایجاد ترس به حیوانی شلیک کند، حیوان از ترس فرار کند و سبب تلف چیزی شود، برای وجوب ضمان اثبات قصد ترساندن حیوان کافی است (زرقا، ۱۴۳۳ق: ۴۴۶-۴۴۵). این قاعدهٔ فقهی به دو عبارت «إِلَّا بِالْتَعَمُّدِ وَ إِلَّا أَنْ يَتَعَدَى» نقل شده است. فقهای معاصر و متقدم بر این باورند که شرط مسئولیت در تسبیب تعدی است نه تعمد، بر این اساس بعضی صاحب‌نظران معاصر با تأویل واژهٔ «تعمد» در قاعدهٔ مورد اشاره آن را به معنای «تعدی» تلقی کرده (زرقا، ۱۹۸۸، ج ۲: ۱۰۴۵؛ سراج، ۲۰۱۵؛ ندوی، ۱۴۱۹ق: ۳۴۲). ندوی در توضیح این قاعده

می‌گوید: برخلاف مباشر که در هر صورت ضامن است، چه مرتکب تعدی شود یا نشود، فعل او به صورت عمد باشد یا خطا، فاعل واجد شرایط تکلیف باشد یا فاقد آن، مسبب فقط در صورتی ضامن است که مرتکب تعدی شود. برای نمونه اگر طناب قندیل را ببرد و چراغ سقوط کند یا ظرف حاوی روغن را سوراخ کند و ریخته شود یا در قفس را باز کند و پرنده به پرواز آید، ضامن است، چون فعل او تعدی به شمار می‌آید. ولی اگر در ملک خود چاهی کند و حیوان همسایه در آن افتد و بمیرد، ضامن نیست، چون مرتکب تعدی نشده است (ندوی، ۱۴۱۹ق: ۳۴۲؛ ابوغانم، ۱۴۲۰: ۳۴۵). با این حال در هیچ‌یک از بخش‌های مسئولیت مدنی عدم عمد شرط مسئولیت نیست، ولی براساس مفاد قاعده موصوف که مورد اتفاق اکثریت فقهاست، مبنای ضامن در تسبیب مبتنی بر تعدی و تقصیر است. عطیه رمضان می‌گوید: عبارت ابن‌غانم که در اتلاف به مباشرت «لم يتعمد» و در تسبیب «لم يتعدى» را به کار برده، بهتر از عبارت ابن‌نجیم و پیروانش است که در هر دو از «لم يتعمد» استفاده کرده‌اند، همچنان‌که بهتر از عبارت «ابن‌قدمه و زرکشی» است، چون آنان نیز بین مباشر و مسبب تفاوت قائل نشده و در هر دو حالت ضامن را به «تعدی» منوط کرده‌اند، درحالی‌که تفاوت بین مباشر و مسبب از ویژگی‌های فقه اسلامی و مورد اتفاق همه مذاهب است (رمضان، ۲۰۰۷: ۵۳۷).

۵.۲. عدم تأثیر سبب در ایجاد مسبب

جمهور فقها و اصولیان بر این باورند که سبب به‌تنهایی صرفاً علامت و نشانه حکم است و در ایجاد آن مؤثر نیست. (سبکی، ۱۳۸۳، ج ۱: ۹۵). سبکی می‌گوید سبب، همان چیزی است که حکم به آن نسبت داده شود، در جهت نسبت حکم به سبب اختلاف است؛ بعضی گفته‌اند سبب، فقط معرف حکم است نه مؤثر؛ از نگاه معتزله در حکم مؤثر بالذات و از دید غزالی مؤثر باذن‌الله است. آمدی بر این عقیده است که سبب فقط باعث حکم است. در مقابل جمهور فقهای اهل سنت معتقدند که سبب، صرفاً علامت و نشانه حکم است و در ایجاد آن مؤثر نیست (سبکی، ۱۳۸۳، ج ۱: ۹۵). بعضی از فقهای امامیه بر این باورند: سبب در صورتی موجب ضامن است ثابت شود اگر انجام نمی‌شد خسارت نیز به بار نمی‌آمد (آبی، ۱۴۱۷ق، ج ۲: ۶۴۷، نجفی، ۱۴۰۴، ج ۳۷: ۴۹) و بعضی دیگر با استخدام واژه «افضا» در تعریف گفته‌اند سبب عبارت است از انجام دادن کاری در محلی که منجر به تلف غیر شود (کاسانی، ۱۴۲۵ق، ج ۷: ۱۶۲). منظور از «افضا» آن است که اگر موانع منتفی باشد، نتیجه از ضرر جدای نگردد (محمد فوزی، ۱۹۸۳: ۹۶).

۵.۳. تتبع و استقرا در آرای فقهی

مطالعه تطبیقی منابع فقهی نشان می‌دهد که توجه به نقش تقصیر در بسیاری از مصادیق تسبیب، مورد توجه فقها قرار گرفته و فقیهان در بسیاری از احکام بین اشخاص بی‌گناه و مقصر تفاوت قائل شده‌اند. از جمله می‌توان به تفاوت تعلق ضمان به آتش‌افروزی که بیش از مقدار نیاز آتش روشن کرده و علم به سرایت آن به ملک همسایه دارد یا به‌طور متعارف سرایت قابل پیش‌بینی بوده است، و عدم تعلق ضمان به کسی که فاقد این شرایط بوده و آتش به‌طور اتفاقی سرایت کرده است، اشاره کرد (ماوردی، ۱۴۱۴ق، ج ۷: ۲۲۵؛ علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲: ۲۲۳؛ خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۲: ۳۰۴). عده‌ای از فقها علاوه بر معیار عرفی تعدی، وجود علم و ظن به تعدی را نیز شرط ضمان دانسته و بعضی دیگر تنها به معیار عرف اکتفا کرده‌اند (خویی، ۱۴۲۸ق، ج ۲: ۲۴۶). بعضی فقها نیز برای تقویت نظریه نقش تقصیر در تسبیب به قاعده فقهی «الْمُسَبَّبُ لَا يَضْمَنُ إِلَّا بِالْتَعَمُّدِ» استناد کرده‌اند (ندوی، ۱۴۱۹ق: ۳۴۲؛ عطیه رمضان، ۲۰۰۷: ۳۵۷). در منابع فقهی امامیه نیز به قاعده فقهی «لَا ضِمَانَ فِيمَا لَا يُعَدَّ إِضْرَارًا عَرَفًا وَ إِن تَرْتَبَ عَلَيْهِ الضَّرَرُ إِتْفَاقًا» استناد شده است، به افعالی که عرفاً اضرار شمرده نمی‌شود، ضمان تعلق نمی‌گیرد، هرچند فعل انجام‌گرفته به‌طور اتفاقی منجر به ضرر شود (خویی، ۱۳۹۶: ۲۴۶). بر این اساس سببی را می‌توان براساس نظریه انتساب، موجب ضمان دانست که از نظر عرف زیان‌آور باشد، نه سببی که به‌طور اتفاقی موجب ضرر شود، یعنی باید عرفاً از سبب انتظار تلف وجود داشته باشد تا مسئولیتی به‌بار آید (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۳۷: ۴۹؛ ابن‌قدمه، ۱۴۱۷ق، ج ۷: ۴۳۲؛ حلی، بی‌تا، ج ۲: ۲۶۶). از ابوحنیفه نقل شده مسبب فقط در صورتی ضامن است که خطای انجام‌گرفته چنان عمده و مهم باشد که فعل او را به عمد نزدیک کند (سراج، ۲۰۱۵، ۵۵). بنابراین منظور از «انتساب» که توسط بعضی فقها مطرح شده، صرفاً ناظر بر اسبابی است که زیان‌آور بودن آن از قبل قابل پیش‌بینی بوده است و نافی نقش تقصیر در تسبیب نیست، چون بیشتر فقها تسبیب را در صورتی ضمان‌آور می‌دانند که در نظر عرف تجاوز و عدوان باشد و زیان‌آور بودن آن قابل پیش‌بینی باشد. در حقیقت در این نوع اسباب داشتن علم یا ظن مسبب به زیان‌آور بودن فعل خود یا زیان‌آور بودن آن از نظر عرف، مسبب را در حکم مباشر قرار داده است (رشتی، ۱۴۰۱ق: ۳۱؛ ماوردی، ۱۴۱۴ق، ج ۷: ۲۲۵). برای نمونه کسی که چاهی می‌کند و دیگری در آن سقوط می‌کند، چاه‌کن سبب است، چه در ملک خویش باشد یا در ملک غیر یا در معبر عمومی، حال این عمل در صورتی ضمان‌آور است که شخص در معبر عمومی یا در ملک غیر چاهی کند یا در ملک خویش چاهی کند و شخص نابینایی را دعوت کند و

در چاه سقوط کند، یا درحالی که روی چاه را پوشانده، شخص بینایی را دعوت کند و در چاه افتد، در این صورت چون از نظر عرف زیان آور بودن سبب قابل پیش بینی بوده، ضمان به سبب تعلق می گیرد، حال اگر در ملک خود چاهی کند و شخص بینایی را دعوت کند و در آن افتد و فوت کند، دعوت کننده ضامن نیست، هرچند وجود چاه سبب تلف بوده، با این حال چون فعل او مشروع بوده و در نظر عرف زیان آور بودن آن قابل پیش بینی نبوده است، تقصیر وی محرز نیست و ضمان به فاعل تعلق نمی گیرد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۳: ۹۸؛ حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲: ۲۲۴) یا اگر در ملک خود به مقداری کافی آتش افروزد یا مزرعه خود را بدون تفریط آبیاری کند و آتش یا آب به ملک همسایه سرایت کند و به آن زیان رساند، آتش افروز یا جاری کننده آب ضامن نیست، هرچند آتشی که افروخته یا آبی را که جاری کرده سبب زیان شده، ولی اگر در آتش افروزی یا آبیاری مرتکب تفریط شود یا آتش را در معرض باد روشن کند، ضامن است و مشروع بودن فعل و تصرف در ملک خویش مانع ضمان نیست، چون زیان آور بودن سبب عرفاً قابل پیش بینی بوده است، فقها در این مسئله با عبارت «التقصیره» علت ضمان را به تقصیر عامل نسبت داده اند (شریبنی، ۱۴۳۰ق، ج ۴: ۸۶، سرخسی، بی تا، ج ۲: ۱۶۲؛ انصاری، ۱۴۱۸ق، ج ۴: ۱۸۱، ۲۳۹ و ۲۴۰؛ نجفی، ۱۳۵۹ق، ج ۲: ۱۴۹؛ خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۴: ۳۰۴)، همچنان که در مسئولیت کیفری و مسئله قتل و دیه نیز فقها نقش تقصیر را نادیده نگرفته اند، برای نمونه چنانچه شخصی بدون اختیار در بالای کوهی بر شخص دیگری سقوط کند و او را بکشد، ضامن دیه او نیست، ولی اگر سقوط با اختیار و اراده خویش باشد، سقوط نوعاً کشنده باشد یا قصد قتل وی محرز شود، قصاص واجب است، در غیر این صورت دیه بر ذمه وی تعلق می گیرد (خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۴: ۲۹۰)، همچنان که اگر کسی در محلی مجاز عبور کند و در اثر اصابت تیر وی مصدوم یا کشته شود، تیرانداز ضامن است، ولی اگر تیرانداز قبلاً زیان دیده را از تیراندازی آگاه کند، با این وصف بدون اطلاع تیرانداز، شخص با آگاهی به وضعیت راه در آن محل عبور کند و تیری به او بخورد، دیه وی هدر است (خویی، ۱۴۲۲ق، ج ۴: ۲۸۷)، حال ممکن است ایراد شود که معیار مشخصی برای تشخیص نوع سبب وجود ندارد و سبب پیچیدگی در دادرسی می شود، ولی باید توجه داشت که بررسی این مسئله نیز از ذهن فقها دور نمانده است، آنان قرار گرفتن تصرفات ناهنجار را اماره وجود ظن بر زیان آور بودن سبب و تعیین تقصیر نوعی قرار داده اند. برای نمونه شهید ثانی در مسالک پس از اعلام این امر که عمد مالک یا ظن او بر اضرار، تقصیر و برای تحقق ضمان کافی است می نویسد: در حکم ظن است اینکه عادتاً امکان سرایت آتش یا آب وجود داشته باشد، مانند آنکه آتش را در معرض باد شدید روشن کند یا آب زیاد باشد (کنترل آن دشوار شود) (شهید

ثانی، ۱۳۸۵: ۳۷۶). بر این اساس ظن غالب مبنی بر زیان آور بودن سبب عرفی برای اثبات تقصیر و تعلق ضمان به مسبب کفایت می‌کند (حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۲: ۲۲۴).

۵.۴. تقصیر نوعی در فقه اسلامی

منظور از تقصیر نوعی آن است که از رفتار یک انسان متعارف در شرایط خارجی حادثه زیانبار، بدون سنجش و ارزیابی وضع روحی فاعل زیان، تجاوز شود. کودک و دیوانه و اشخاص حقوقی نیز ممکن است مرتکب این تقصیر شوند. برای تحقق این تقصیر لازم نیست کار فاعل زیان قابل سرزنش باشد، بلکه کافی است از رفتار انسان متعارف تجاوز شود (قاسم‌زاده، ۱۳۸۸: ۵۴).

اگرچه در فقه اسلامی به صراحت موضوعی تحت عنوان تقصیر نوعی مطرح نشده، همچنان‌که در نمونه‌های یادشده بیان شد، تتبع و استقرا در آرای فقها نشان می‌دهد که در پاره‌ای از مسئولیت‌های ناشی از تسبیب مانند بی‌احتیاطی در حوادث راه‌ها، بی‌مبالاتی در تربیت کودک، عدم مهارت در مشاغل، غفلت در انجام مأموریت‌های محوله و حوادث ناشی از سرایت آتش یا آب به ملک یا مزرعه همسایه، برای تعلق ضمان و تحقق مسئولیت مدنی تقصیر نوعی مدنظر فقها بوده است، این جمله پرمعنا و مفهوم سرخسی «عذر الخاطی لاینفک عن تقصیره» عذر خطاکار از تقصیر نوعی او جدایی‌ناپذیر است نیز مؤید این نظریه است (سرخسی، بی‌تا، ج ۲: ۱۶۲). نظیر این مسئله در منابع معتبر فقهی با عبارت‌های گوناگون بیان شده است که فقها مسئولیت مدنی در حوادث معابر و راه‌ها را به تقصیر نوعی مسبب نسبت داده‌اند. برای نمونه در بدایع آمده است: چنانچه زین چهارپایی بر انسانی سقوط کند و او را بکشد، دیه بر سائق یا فائد حیوان واجب است، «لان السقوط لا یكون الا بتقصیره فی شد الحذام»، چون سقوط زین نتیجه تقصیر او در عدم استحکام پالان آن بوده است. در *الجوهرة النيرة شرحی بر مختصر قدوری* با بیانی واضح‌تر چنین آمده است: «لان الوقوع لتقصیره بترك الربط والاحکام فیه»، چون سقوط ناشی از تقصیر وی در استحکام زین بوده است (نقل از سید امین، *المسؤولیة التقصیریة عن فعل الغیر فی الفقه الاسلامی المقارن*، ۱۴۱۹، ۷۳). می‌توان نتیجه گرفت که در حقوق اسلام در جایی که مبنای ضمان، تقصیر است، مانند ضمان ناشی از تسبیب، مفهوم تقصیر جنبه نوعی دارد و معیار داوری درباره آن نظر عرف است (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ۳۷۸).

۵.۴.۱. نظریه فقها در مورد مسئولیت مالک یا متصرف حیوان

در فقه اسلامی مسئولیت صاحب حیوان مبتنی بر تقصیر است، با این توضیح که برای جبران زیان وارده توسط حیوان، تقصیر مسبب (متصرف حیوان و صاحب مزرعه) مورد توجه شارع قرار گرفته است، بر این اساس صاحب حیوان مسئول خسارتی نیست که حیوان او در روز به مزارع می‌رساند، ولی مسئول خسارتی است که حیوان شب‌هنگام به مزارع وارد می‌کند. علت تفصیل حکم در روز و شب این است که مبنای مسئولیت در این‌گونه موارد تقصیر مالک و متصرف حیوان یا مزرعه است، چون عرفاً صاحب مزرعه روزها از مزرعه خویش نگهداری می‌کند، صاحب حیوان مرتکب تقصیر نشده و اهمال صاحب مزرعه در حراست از مزرعه خویش موجب داخل شدن حیوان و ورود خسارت شده است، اما هر گاه صاحب حیوان آن را شبانه رها سازد، مرتکب تقصیر شده و ضامن است (قرطبی، ۲۰۱۲؛ شافعی، ۱۹۸۳؛ بخاری، ۱۴۹۹ق؛ مسلم، ۱۴۲۶ق؛ کلینی، ۱۴۲۹ق، ج ۵؛ ۲۰۳؛ خوبی، ۱۴۱۳ق، ج ۴۲؛ ۳۰۷). در تحریر الوسیله امام خمینی آمده است: هر گاه حیوان متعلق به شخصی بر حیوان دیگری یا مال او هجوم آورده و خسارت وارد سازد صاحب آن ضامن نیست مگر اینکه در حفظ آن تقصیر و کوتاهی کرده باشد (خمینی، ۱۴۰۴، ج ۲؛ ۵۶۷). علت قید این نکته آن است که در صورت عدم تقصیر در اتلاف با تسبیب صرف انتساب دلیلی برای تعلق ضمان نیست و انتساب خسارت به مسبب احراز نمی‌شود.

۵.۴.۲. مسئولیت صاحب بنا و دیوار در فقه اسلامی

در فقه اسلامی مسئولیت صاحب دیوار در مقابل زیان وارده بر اساس تقصیر (تعدی و تفریط) بنا نهاده شده است، بر این اساس چنانچه دیوار از ابتدای احداث آن مایل به سقوط به معبر عمومی یا به ملک غیر بنا شده باشد، سپس فرو ریزد و سبب ورود ضرری شود؛ همه فقها متفق القول‌اند که صاحب خانه ضامن همه خسارت‌های وارده در اثر سقوط دیوار است؛ چون فعل او تعدی با تسبیب به‌شمار می‌آید و زیان‌آور بودن سبب نیز عرفاً قابل پیش‌بینی بوده است (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۳؛ ۱۱۴؛ المرادوی، بی‌تا، ج ۶؛ ۶۵؛ حلی، بی‌تا، ج ۲؛ ۲۶۵؛ نجفی، ۱۳۵۹ق، ج ۲؛ ۱۵۰)، ولی اگر کسی در ملک خود دیواری را بنا کرده لکن در اثر حادثه پیش‌بینی نشده سقوط کند و موجب خسارت شود یا اگر آن دیوار را به سمت ملک خود بنا کرده که اگر سقوط کند طبعاً در ملک او سقوط خواهد کرد، لکن اتفاقاً به سمت دیگری سقوط کند و موجب خسارت شود، چون در این فرض هیچ تقصیری به مالک نسبت داده نمی‌شود، ضمان به او تعلق نمی‌گیرد و عهده‌دار خسارتی نمی‌شود (خویی، ۱۴۲۲ق). ماده ۳۳۳

قانون مدنی نیز به تبعیت از فقه اسلامی تصریح دارد که مسئولیت صاحب دیوار یا عمارت یا کارخانه مشروط بر آن است که ضرر در نتیجه عیبی حاصل شود که صاحب دیوار مطلع بر آن بوده یا ضرر ناشی از عدم مواظبت صاحب ملک، تولید شده باشد.

۵.۴.۳. مسئولیت مربی مبتنی بر تقصیر است

بیشتر فقها بر این باورند که مسئولیت مربی شنا در مقابل غرق شدن کودک مبتنی بر تقصیر است، بر این اساس هر گاه در حین آموزش شنا طفل به طور اتفاقی غرق شود، مربی مسئولیتی ندارد، مگر اینکه تقصیر او ثابت، یا غرق شدن مستند به فعل وی باشد (نوی، بی تا، ج ۱۹: ۱۱؛ عاملی، بی تا: ۲۵۹؛ شربینی، ۱۴۳۰، ۴: ۸۲؛ خوبی، ۱۴۲۲ق، ج ۴۲: ۳۰۱).

۶. حقوق ایران

در حقوق ایران نیز در قوانین مختلف از جمله قانون مدنی و مجازات اسلامی قانونگذار نقش تقصیر را در ضمان مدنی و کیفری به رسمیت شناخته است.

در مواد ۳۳۳ تا ۳۳۵ مسئولیت مدنی به نقش تقصیر در ضمان ناشی از تسبیب به ترتیب در مورد صاحب دیوار یا عمارت یا کارخانه، مالک یا متصرف حیوان و تصادم بین دو کشتی یا دو قطار راه آهن یا دو اتومبیل و امثال آنها پرداخته و مسئولیت را متوجه کسی دانسته که مرتکب تقصیر شده است.

با این حال در مورد نقش تقصیر در تسبیب چون هیچ ماده‌ای از قانون مدنی به طور صریح به آن اشاره نکرده است، اتفاق نظر وجود ندارد؛ هرچند بیشتر حقوقدانان معاصر از جمله مرحوم دکتر امامی، کاتوزیان، قاسم‌زاده و محقق داماد در تسبیب، تقصیر را شرط می‌دانند، مرحوم دکتر کاتوزیان می‌گوید: در اینکه مبنای اصلی مسئولیت مدنی در حقوق ایران مبتنی بر نظریه تقصیر است، کمتر حقوقدانی تردید به خود راه داده است، همچنان‌که در مواد ۱، ۷ و ۱۱ قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹ به عنصر «بی احتیاطی» در کنار عبارت «عمداً» تصریح شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۴۴۴). دکتر امامی از پیروان این نظریه می‌گوید: در تسبیب، کسی که سبب تلف مال و اضرار به دیگری شده، در صورتی مسئول است که در فعل خود تقصیر کرده باشد، یعنی احتیاطات لازمه را نکرده و آن در موردی است که عواقب عمل خود را که نوعاً پیش‌بینی می‌شده، از نظر دور داشته یا با توجه به آن مرتکب عملی شده که موجب خسارت شده است (امامی، ۱۳۷۵، ج ۱: ۳۹۰) چون در فقه اسلامی نیز

برای این نظریه‌ها پایگاه استواری وجود دارد (قاسم‌زاده، ۱۳۸۸: ۲۶). افزون بر آن از یک طرف فقها و حقوقدانان بر این باورند که تعدی و تفریط از ارکان مسئولیت مدنی به‌شمار می‌آید و با تعدی و تفریط ید امان به ضمان تبدیل می‌شود و از دیگر سوی ماده ۹۵۳ قانون مدنی نیز در تعریف تقصیر مقرر می‌دارد: «تقصیر اعم از تعدی و تفریط است»، بنابراین شخصی که به‌دلیل تعدی یا تفریط زبانی را به‌وجود آورده است، فعل وی تقصیر به‌شمار می‌آید.

به‌نظر می‌رسد با تصویب قانون جدید مجازات اسلامی نقش تقصیر در تسبیب پررنگ‌تر شده و با اختصاص فصل ششم این قانون به مسئله تسبیب و نقش تقصیر در آن، ایراد عدم تصریح قانون مدنی به نقش تقصیر تا حدودی مرتفع شده است؛ مواد ۵۰۶ تا ۵۳۷ این قانون به تعریف تسبیب و بیان مصادیقی از آن پرداخته است. ماده ۵۰۶ ابتدا در تعریف تسبیب مقرر می‌دارد: «تسبیب در جنایت آن است که کسی سبب تلف شدن یا مصدومیت دیگری را فراهم کند و خود مستقیماً مرتکب جنایت نشود، به‌طوری‌که در صورت فقدان رفتار او جنایت حاصل نمی‌شد مانند آنکه چاهی بکند و کسی در آن بیفتد و آسیب ببیند». قانونگذار در ماده ۵۲۲ در خصوص مسئولیت متصرف حیوان دو بار از واژه تقصیر استفاده کرده و مقرر می‌کند: متصرف حیوانی که از احتمال حمله آن آگاه است، باید آن را حفظ نماید و اگر در اثر تقصیر او حیوان مزبور به دیگری صدمه وارد سازد، ضامن است، ولی اگر از احتمال حمله حیوان آگاه نبوده و عدم آگاهی ناشی از تقصیر او نباشد، ضامن نیست. همچنان‌که در متن این ماده پیداست، قانونگذار برای مسئولیت متصرف حیوان دو شرط اثباتی و سلبی قرار داده است. یکی آگاهی از حمله حیوان و شرط دوم تقصیر وی در عدم اقدام به جلوگیری از حمله حیوان است.

بر این اساس از موجبات ضمان مستلزم جبران خسارت، تقصیر است و مقصر ضامن حسب مورد، ضامن جبران خسارت و دیه است (گلدوزیان، ۱۳۹۴: ۳۷۷). در قانون جدید مجازات اسلامی نیز قانونگذار نگاه خاصی به نقش تقصیر داشته، به‌طوری‌که در ماده ۵۲۹ با قرار دادن بار اثبات تقصیر بر دوش زیان‌دیده، اصل را بر عدم تقصیر مسبب نهاده است و در این زمینه به‌صراحت دادرس را مکلف کرده تا در تمامی مواردی که تقصیر موجب ضمان مدنی یا کیفری است، استناد نتیجه حاصله به تقصیر مرتکب را احراز کند، وجود ماده ۵۲۹ که با اقتباس از فقه اسلامی تدوین شده است، نشانه توجه خاص قانونگذار به نقش تقصیر در تسبیب است.

در مقابل عده دیگری از حقوقدانان در آثار و تألیفات خود در مسئله تسبیب تقصیر را شرط ندانسته و بر این باورند که عدم تصریح قانونگذار به نقش تقصیر به معنای پذیرش نظریه انتساب یا

نفی ضرر است، برای نمونه دکتر صفایی با انکار نقش تقصیر در ضمان ناشی از تسبیب می‌گوید: «در مورد تسبیب موضع قانون مدنی روشن نیست. ماده ۳۳۱ قانون مدنی که نخستین و بنیادی‌ترین ماده در این باب است به تقصیر اشاره‌ای نکرده و چنانکه ملاحظه می‌شود، در این ماده که اصل مسئولیت ناشی از تسبیب را بیان می‌کند، تقصیر به‌هیچ‌وجه مطرح نشده است» (صفائی، ۱۳۹۴: ۷۶). ایشان در ادامه می‌افزاید: «بر این اساس، صدق عرفی تلف، و به تعبیری استناد، برای مسئولیت کافی است. به دیگر سخن، چنانکه در نظریه خطر گفته‌اند، برای تحقق مسئولیت وجود یا اثبات تقصیر شرط نیست؛ بلکه اثبات ضرر و رابطه سببیت عرفی بین ضرر و فعل یا ترک فعل شخص برای مسئولیت و مطالبه خسارت کفایت می‌کند. بدیهی است که قبول این نظر به سود زیان‌دیده است، چه او را از اثبات تقصیر که اغلب کاری دشوار است معاف می‌کند» (صفائی، ۱۳۹۴: ۷۸).

یکی دیگر از حقوقدانان در تقویت این دیدگاه نوشته است: «در تحقیق مفهوم ضرر در لاضرر و لاضرار به وجود تقصیر هیچ نیازی نیست و اصولاً تقصیر در معنای جدید آن در فقه بیگانه است. حقوقی که چنان مسئولیت شدید را برای غاصب وضع کرده و برای صغیر و مجنون که قاصد نیستند تا بخواهند قاصر باشند، مسئولیت بدون تقصیر شناخته، به چه تقصیری باور دارد؟ در فقه، این مهم نیست که آیا شخص در ایراد ضرر مرتکب تقصیر شده یا نه، مهم آن است که شخصی دیگر متضرر شده است و ضرر او ضرورتاً باید جبران شود» (جعفری تبار، ۳۷۵: ۶۶). در نقد این نظریه می‌توان گفت اولاً موضوع مسئولیت صغیر و مجنون در مسئله اتلاف مطرح است نه تسبیب، برای نمونه اگر کسی مال خود را نزد صغیر یا مجنون قرار دهد و آن را تلف کند، ضمان به تلف‌کننده تعلق نمی‌گیرد، ثانیاً موضوع غاصب نیز مربوط به ضمان ید و تصرف غیرمجاز در مال غیر است.

۷. نتیجه

با توجه به آنچه گذشت می‌توان به نتایج زیر اشاره کرد: اولاً با ملاحظه تنوع در روابط اجتماعی و حقوقی میان انسان‌ها هیچ‌وقت نمی‌توان با قبول یا نفی یکی از نظریه‌ها و قرار دادن مبنای مسئولیت مدنی بر یک اصل واحد، مبانی همه مسئولیت‌ها را بر آن اساس تعیین کرد، بلکه باید نوع مسئولیت را براساس اقدام فاعل آن تفکیک کرد. برای مثال، در اتلاف با مباشرت تنها وجود ضرر کافی است. در تسبیب لازم است علاوه بر قابلیت انتساب ثابت شود که شخص کار نامشروعی را انجام داده است تا ضمان به فعل او تعلق گیرد، همچنانکه مسئولیت اشخاص امین مانند پزشک، مربی و معلم منوط به اثبات تعدی و تفریط است، این اختلاف و تنوع نشانه آن است که در زمینه مسئولیت

مدنی فقها به اجرای عدالت واقعی و رعایت انصاف بیش از احترام به اصل و مبانی علمی محض توجه داشته‌اند، از این رو توجه به نقش تقصیر در بسیاری از مصادیق تسبیب همواره مورد توجه فقها بوده است، بهترین معیار برای احراز نقش تقصیر نیز عرف است. بر این اساس هر زمان زیان ناشی از تسبیب به بار آید، باید در پی این بود که آیا مسبب عرفاً مرتکب خطا و تقصیری شده یا خیر، نظریه تقصیر با نظریه انتساب قابل جمع است، یعنی ابتدا باید انتساب موجود باشد تا دنبال تقصیر شد، اما نمی‌توان در یک نظام حقوقی نظریه انتساب را به‌تنهایی به‌عنوان مبنای منحصر به فرد مسئولیت مدنی قرار داد و این امر به لحاظ عدالت و انطباق با فلسفه مسئولیت مدنی توانایی پاسخگویی به نیازهای جامعه را ندارد؛

ثانیاً: سیر اجمالی و تتبع در متون فقهی نشان می‌دهد که سبب در باب ضمان، از دیدگاه فقها انواع مختلفی دارد و بر هر قسم نیز آثار حقوقی خاصی مترتب است، برای نمونه عامل توجیه‌کننده مسئولیت در آن بخش از اسباب که زیان‌آور بودن آن قطعی است، مانند شهادت کذب، یا عرفاً زیان‌آور بودن آن قابل پیش‌بینی باشد مانند قرار دادن مانع زیان‌آور در معبر عمومی، قابلیت انتساب وجود دارد، ولی نسبت به آن بخش از اسباب که زیان‌آور بودنش قابل پیش‌بینی نبوده و به‌طور اتفاقی یا در اثر قوه قاهره به زیان منجر شده، اثبات ورود ضرر به زیان‌دیده و احراز رابطه سببیت بین دو عامل ضرر و فعل زیانبار به‌تنهایی دعوی خسارت را توجیه نمی‌کند، بلکه دادرس باید تقصیر واقعی یا نوعی عامل را نیز ثابت کند؛

ثالثاً: احراز رابطه سببیت و ارتکاب تقصیر گاهی چنان پیچیده است که جز به یاری ذوق سلیم و توجه به امارات و قرائن هر دعوی نمی‌توان راه‌حلی برای آن پیدا کرد (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۴۵۰)، به‌نظر می‌رسد بهترین معیار و ملاک تشخیص در هر دو بخش چه مسئله انتساب مطرح باشد و چه اثبات تقصیر، نظر عرف است.

بیانیه نبود تعارض منافع

نویسندگان اعلام می‌کنند که تعارض منافع وجود ندارد و تمام مسائل اخلاق در پژوهش را شامل پرهیز از دزدی ادبی، انتشار و یا ارسال بیش از یک بار مقاله، تکرار پژوهش دیگران، داده‌سازی یا جعل داده‌ها، منبع‌سازی و جعل منابع، رضایت ناآگاهانه سوژه یا پژوهش‌شونده، سوءرفتار و غیره، به‌طور کامل رعایت کرده‌اند.

منابع

قرآن کریم.

۱. ابن قدامه، موفق‌الدین، ابی محمد، عبدالله، المعنی (۱۴۱۷). الرياض: دار ابن عفان.
۲. ابن ملقن، المحقق، سراج‌الدین ابی حفص عمر بن علی الانصاری (۱۴۳۱ق). قواعد ابن الملتن أولاً شباه والنظائر فی قواعد الفقه، ج اول، الرياض، دار ابن القیم.
۳. ابن منظور (۱۹۹۷). لسان العرب، بیروت: دار صادر.
۴. ابن نجیم، زین‌الدین بن ابراهیم (۱۴۴۳). الأشباه والنظائر فی قواعد و فروع فقه الحنفیة، قاهره: المكتبة الأزهریة للتراث.
۵. بوغانم، بغدادی (۱۴۲۰). مجمع الضمانات فی مذهب الامام أبی حنیفه، القاهره، دارالسلام.
۶. ابوزهره، محمد (۱۴۲۷ق). اصول الفقه، دار الفكر العربی.
۷. آبی، فاضل، حسن بن ابی طالب یوسفی (۱۴۱۷ق). كشف الرموز فی شرح مختصر النافع، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابستخ به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۸. امامی، حسن (۱۳۹۵). حقوق مدنی، ج ۱، تهران: اسلامیة.
۹. امین، سید محمد (۱۴۱۹). المسئولیه التقصیریة عن فعل الغير، قاهره، دانشگاه قاهره.
۱۰. انصاری، شیخ الاسلام، أبی یحیی، زکریا (۱۴۱۸). فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، بیروت، دارالکتب العلمیه.
۱۱. بجنوردی، محمد حسن (۱۴۱۹ق). القواعد الفقهیة، تحقیق محمد حسین درایتی و مهدی مهریزی، ایران، الهادی.
۱۲. بحرانی، آل عصفور، حسین بن محمد (بی تا). الانوار الوامع فی شرح مفاتیح الشرائع، للفیض، قم: مجمع البحوث العلمیه.
۱۳. جعفری تبار، حسن (۱۳۷۵). مسئولیت مدنی سازندگان و فروشنندگان، تهران: دادگستر.
۱۴. جعفری لنگرودی، جعفر (۱۳۹۰). ترمینولوژی حقوق، تهران: کتابخانه گنج دانش.
۱۵. حلّی، حسن بن یوسف، بن مطهر اسدی (۱۴۲۰ق). تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه، تهران: مؤسسه امام صادق.
۱۶. حلّی، محقق، نجم‌الدین جعفر بن حسن (۱۴۰۸ق). شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، تحقیق عبدالحسین بقال، قم، اسماعیلیان.
۱۷. ----- (۱۴۱۳ق). قواعد الاحکام فی معرفه الحلال والحرام، قم: دفتر انتشارات اسلامی حوزه علمیه قم.
۱۸. خفیف، علی (۱۴۲۳). الضمان فی الفقه الاسلامی، قاهره: دارالفکر العربی.
۱۹. خمینی موسوی، روح‌الله (۱۴۰۴ق). زیاده الاحکام، تهران: انتشارات سازمان تبلیغات اسلامی.
۲۰. ----- (بی تا)، تحریر الوسیله، چاپ اول، قم، مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
۲۱. خویی، سید ابوالقاسم موسوی، (۱۴۲۲). مبانی تکمله المنهاج، مؤسسه احیاء آثار الخوئی.
۲۲. دمشقی، حنبلی، یوسف بن الحسن (۱۴۱۵ق). القواعد الکلیه والضوابط الفقهیه، بیروت: دار البشائر الاسلامیه.
۲۳. رافعی، ابی القاسم عبد‌الکریم بن محمد (۱۴۱۷ق). فتح العزیز شرح الوجیز، بیروت: دار الکتب العلمیه.
۲۴. رشتی، میرزا حبیب‌الله (۱۴۰۱ق). کتاب الغصب، دار القرآن الکریم.
۲۵. زحیلی، وهبه (۱۴۲۷ق). الفقه الاسلامی و أدلته، دمشق: دارالفکر المعاصر.
۲۶. ----- (۱۹۹۸). نظریه الضمان أو المسئولیه المدنیة والجنائیه فی الفقه الاسلامی دراسة مقارنة، بیروت: دارالفکر.

٢٧. زرقا، احمد، مصطفی (١٤٣٣ق). شرح القواعد الفقهیه، دمشق، دار القلم.
٢٨. سبکی، تاج‌الدین (١٣٨٣). حاشیه‌ی علامه‌ی البانی، علی شرح الجلال شمس‌الدین علی متن جمع الجوامع، ٩٥/١، تبریز، تابش.
٢٩. سراج، محمد (٢٠١٥). ضمان العدوان فی الفقه الاسلامی، قاهره: دار المطبوعات الجامعیه.
٣٠. السرخسی، شمس‌الدین، محمد بن احمد (بی‌تا). اصول السرخسی، بیروت، دارالمعرفه.
٣١. سیوطی، جلال‌الدین (٢٠٠٨). الأشباه والنظائر فی القواعد الفقهیه، المنصوره، مصر: مکتبه الایمان.
٣٢. سیستانی، سید علی (١٤١٤). ابقاعه لاضرر ولاضرار، قم، مکتبه آیة العظمی السید السیستانی.
٣٣. شافعی محمد بن ادريس (١٤٠٣ق). الأم، بیروت: دارالفکر.
٣٤. شریینی، شمس‌الدین محمد بن محمد (١٤٣٠ق). مغنی المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، دمشق: دارالمنهج.
٣٥. شهید اول، محمد بن مکی (١٣٨٥). اللمعه الدمشقیه، تهران، انتشارات سمت.
٣٦. مسلم، بن حجاج نیشابوری (١٤٢٥). صحیح مسلم بشرح النووی. القاهره: دار الفجر للتراث.
٣٧. صفائی، سید حسین؛ رحیمی، حبیب‌اله (١٣٩٤). مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)، تهران: سمت.
٣٨. عطیه، رمضان (بی‌تا). موسوعه القواعد الفقهیه المنظمه للمعاملات المالیه، الاسکندریه، دارالایمان.
٣٩. عوده، عبدالقادر (١٤٠٥ق). التشريع الجنائي الاسلامی مقارنة بالقانون الوضعی، بیروت: مؤسسۃ الرساله.
٤٠. غزالی، محمد بن محمد (١٤١٨ق). الوجیز فی الفقه الشافعی، تحقیق علی معوض، عادل عبد الموجود، بیروت: شرکة ارقم بن ارقم.
٤١. فیض‌الله، محمد فوزی (١٩٨٣). نظریه الضمان فی الفقه الاسلامی، بیروت: دارالتراث.
٤٢. قاسم‌زاده، سید مرتضی (١٣٨٨). الزامها و مسئولیت مدنی بدون قرارداد، تهران: میزان.
٤٣. کاتوزیان، ناصر (١٣٧٧). وقایع حقوقی، تهران: شرکة سهامی انتشار.
٤٤. کاسانی، علاء‌الدین ابی بکر بن مسعود (١٤٢٤ق). بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع، بیروت: دارالکتب العلمیه.
٤٥. گل‌دوزیان، ایرج (١٣٩٤). محشای قانون مجازات اسلامی، تهران: مجد.
٤٦. محقق داماد، سید مصطفی (١٣٩٧). قواعد فقه، بخش مدنی (مالکیت و مسئولیت)، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
٤٧. محقق، کرکی، علی بن حسین (١٤٠٩ق). رسائل المحقق کرکی، قم: کتابخانه آیت‌الله العظمی مرعشی نجفی.
٤٨. مرداوی، علاء‌الدین ابی الحسن (١٤١٥ق). الإنصاف فی معرفه الراجح من الخلاف علی مذهب احمد بن حنبل، الرياض: مکتبه هجر للطباعة والنشر.
٤٩. مرزوقی، محمد بن عبدالله (٢٠٠٩). مسئولیه المرء عن الضرر الناتج من تقصيره، بیروت: الشبکه العربیه للابحاث والنشر.
٥٠. نجفی، محمدحسن (١٤٠٤ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت: دار احیاء التراث العربی.
٥١. ندوی، علی‌احمد (١٤١٩ق). موسوعه القواعد والضوابط الفقهیه الحاكمه للمعاملات المالیه فی الفقه الاسلامی، بیروت: دارعالم‌المعرفه.
٥٢. نووی، یحیی بن شرف‌الدین (بی‌تا). المجموع شرح المهذب، بیروت: داراحیاء التراث العربی.



Analytical attitude towards the effect of guilt arising from causation in the Islamic jurisprudence and in the Iranian law

Mohammad Adel Ziaei*

Assistant Prof, Department of Law, Faculty of Theology and Islamic Studies, University of Tehran, Iran.

Hassan Badini

Associate Prof, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Iran.

Ahmad Azagh

PhD Student, Faculty of Law, Theology and Political Science, Islamic Azad University, Science and Research Branch, Tehran, Iran

Abstract

Discussion about liability based on fault and the effect of fault in liability is an important topic in today's law. However, given that the laws have not explicitly required the establishment of fault in causation, there are different views on what role to assign to the fault in tort judgments. Although damage, liability, causation and fault are favorite topics in *fiqh* (Islamic law) and extensive discussions are devoted to them, they do not convey an explicit position about the place of causality and they have not addressed the "what we are in" theoretically and have not given an independent topic to this issue. Thus both in *fiqh* and in Iranian law, there are serious uncertainties around the essential question whether any causality relation is enough for necessity of compensation or there should be an element of fault so that a ruling for compensation is issued. And if the latter view is accepted, where is the domain of fault? Despite what is sometimes said in *fiqh*, detailed reviews indicate that there is consensus among jurists that fault has no role in liability caused by direct loss (*itlaf*), and inflicting loss and causality are enough for liability. Therefore, it can be said that the domain of effect of fault in civil liability is limited to the indirect loss (*tasbib*). Islamic jurists, however, have conflicting views over indirect loss. Some have

* Corresponding Author
Received: 13 October 2019, Accepted: 12 January 2020

Email: ziaey@ut.ac.ir
© University of Tehran

not required fault for liability in this category while majority of them, based on rules such as “the culprit is only liable for what he intended” and “there is no warranty in what is not considered harm by custom and even if it entails what is considered harm”, believe that in the event of indirect loss, the loss cannot be attributed to the agent and hence the liability doesn’t apply to him or her unless fault (even if in the objective sense) can be established. This view on indirect loss can be clearly understood from the writings of jurists such as *Gazali*, *Allama Helli*, and *Al-Karraki*. Thus whenever it is impossible to predict the loss to be resulted from an act so that rarely does that act lead to loss, that action is not subject to liability even if it leads to loss in the particular case. They believe that there is no evidence in the divine texts upholding that causation alone can bring about liability. Liability is, rather, but that accountability in causation is based on the coincidence of causality, the reasonable attributability of loss to the act, and about the establishment of the agent’s fault. In the Iranian law too due to lack of specification, lawyers have followed the same paths and there are two viewpoints among them. Some believe that in neither of direct and indirect losses, does the element of fault have any role and the realization of the three prongs of harmful action, loss and causation is enough for the compensation. This is while the majority of lawyers believe that the the motion for liability will be granted only when the fault exists in the committed act. In their opinion, the role and effect of fault in liability can be inferred not only from the articles 333 and 335 of the Civil Liability Act enumerating some variations of the indirect loss but from the articles 506 and 537 of the Islamic Penal Code. *Hassan Emami* supports this theory and believes that whoever damages other peopl’s properties will be liable only when he or she has either neglected the predictable results of his or her actions or has committed the act having thoseresults in mind. Given what was mentioned above, this article suggest that applying only one of the mentioned theories to the vast array of examples some of which are quite complicated and to diverse social and legal relations among humans is not reasonable and that a sound, principled approach would be to consult common usage and to use it as a criterion for proving or disproving the role of fault in liability caused by indirect loss.

This study is carried out in an analytical-descriptive library method referencing original sources of *fiqh* and credible law books, and evaluates different viewpoints and their reasoning, examining the soundest among them more thoroughly.

Keywords: Loss, Causation, Fault, Liability, Attributability

Declaration of conflicting interests

The authors declared no potential conflicts of interest with respect to the research, authorship, and/or publication of this article.

Funding

The authors received no financial support for the research, authorship, and/or publication of this article.

ORCID iDs: <https://orcid.org/0000-0002-2212-2629>



This article is an open-access article distributed under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC-BY) license.