

ضمان قهری

تألیف:

دکتر رسول ملکوتی

استادیار دانشکده آزا اسلامی واحد پردیس



مجمع علمی و فرهنگی مجد

سرشناسه	: ملکوتی، رسول
عنوان و نام پدیدآور	: ضمان قهری / تألیف رسول ملکوتی
مشخصات نشر	: تهران: مجد، ۱۳۹۷
موضوع	: عقد ضمان -- ایران
موضوع	: Suretyship and guaranty -- Iran
موضوع	: عقد ضمان (فقه)
موضوع	: Suretyship and guaranty (Islamic law)
رده بندی دیویی	: ۳۴۶/۵۵۰۷۴
رده بندی کنگره	: ۱۳۹۷ ض ۸/م ۹۰۰/ KMH
شابک	: ۹۷۸-۶۰۰-۱۹۳-۹۲۷-۳
وضعیت فهرست نویسی	: فیا
شماره کتابشناسی ملی	: ۵۲۵۰۵۳۰

هرگونه تکثیر کمالی از قسمت از کتاب بدون اجازه پدیدآورنده، یا ناشر خلاف قانون، شرع و اخلاق است. وارد تخلف را به دفتر مرکزی «مجد» گزارش فرمایید.

ضمان قهری

تألیف: دکتر رسول ملکوتی

اشارات مجد

چاپ اول ۱۳۹۷ تعداد: ۵۰۰ نسخه

حق چاپ محفوظ - انحصار «مجد» است.

شابک: ۹۷۸-۶۰۰-۱۹۳-۹۲۷-۳

ISBN 978-600-193-927-3

دفتر مرکزی مجد

تهران، میدان انقلاب، تقاطع خیابان منیری جاوید و شادمان، پلاک ۵۷

تلفن و دورنگار: ۶۶۴۹۵۰۳۴ - ۶۶۴۱۲۰۷۸ - ۶۶۴۱۲۰۷۸

فروشگاه مرکزی: تقاطع خیابان منیری جاوید و شهدای ژاندارمری، پلاک ۵۹

تلفن: ۶۶۴۰۹۴۲۲-۶۶۴۸۶۸۷۴

www.majdlaw.com

E-mail: info@majdlaw.com

کانال رسمی انتشارات مجد در تلگرام: @majdlaw

فهرست مطالب

۲۱	 مقدمه
۲۵	 بخش اول: مفهوم مسئولیت، ضمان و انواع آن در فقه و حقوق
۲۵	 فصل اول: مفهوم ضمان، مسئولیت و انواع آن
۲۵	 گفتار اول: مفهوم مسئولیت
۲۵	 ۱- مفهوم مسئولیت
۲۶	 ۲- مسئولیت مدنی
۲۷	 ۳- انواع مسئولیت
۲۷	 ۳-۱- مسئولیت اخلاقی
۲۷	 ۳-۲- مسئولیت حقوقی
۲۸	 الف- مسئولیت قهری
۲۸	 ب- مسئولیت مدنی
۲۸	 ۴- تفاوت میان مسئولیت مادی و کیفری
۳۰	 ۵- تفاوت و ارتباط میان مسئولیت اخلاقی و حقوقی
۳۰	 ۵-۱- تفاوت میان مسئولیت اخلاقی و حقوقی
۳۱	 ۵-۲- ارتباط میان مسئولیت اخلاقی و حقوقی
۳۱	 الف- ارتباط مسئولیت اخلاقی با مسئولیت حقوقی مدنی
۳۲	 ب- ارتباط مسئولیت اخلاقی با مسئولیت حقوقی کیفری
۳۳	 گفتار دوم: مسئولیت مدنی
۳۴	 ۱- مفهوم حقوقی مسئولیت مدنی
۳۴	 ۱-۱- الزام
۳۴	 ۱-۲- جبران
۳۵	 ۱-۳- خسارت
۳۵	 ۲- انتقاد به تعریف مسئولیت مدنی
۳۸	 گفتار سوم: ضمان در فقه
۳۸	 ۱- مفهوم ضمان در فقه
۳۸	 ۱-۱- ضمان قراردادی در فقه
۳۸	 الف- ضمان قراردادی به مفهوم اخص
۳۹	 ب- ضمان قراردادی به مفهوم اعم
۴۰	 ۱-۲- ضمان قهری در فقه

۴۰	الف- ضمان قهری با منشاء عقدی (قراردادی)
۴۱	ب- ضمان قهری با منشاء واقعه حقوقی
۴۱	۲- ضمانت اجرای ضمان در فقه
۴۱	۲-۱- ضمانت اجرای ضمان قراردادی در فقه
۴۲	الف- عقد معین ضمان
۴۲	ب- عقد حواله
۴۲	ج- کفالت
۴۳	۲-۲- ضمانت اجرای ضمان قهری در فقه
۴۴	۱- فایده تعریف فقهی از ضمان
۴۵	گفتار چهارم: ضمان در حقوق
۴۵	۱- مفهوم ضمان (مسئولیت مدنی) در حقوق
۴۶	۲- انواع مسئولیت مدنی در حقوق
۴۶	۲-۱- ضمان با مسئولیت مدنی قراردادی
۴۸	۲-۲- ضمان با مسئولیت مدنی قهری
۴۹	۳- تفاوت انواع مسئولیت مدنی در فقه و حقوق
۴۹	۳-۱- ملاک قبول و رد ضمان ضرر
۵۰	۳-۲- ملاک منشاء ضرر
۵۱	۴- انواع ضمان در قانون مدنی
۵۴	فصل دوم: منابع ضمان در فقه
۵۴	گفتار اول: منابع ضمان و مصادیق آن
۵۴	۱- مفهوم منبع ضمان
۵۶	۲- منابع فقهی موجد ضمان
۵۶	۲-۱- قاعده اتلاف ((من اتلف مال الغير فهو له ضامن))
۵۷	الف- اتلاف بالمباشره
۵۷	ب- اتلاف بالتسبیب
۵۸	۲-۲- قاعده استیلای ناروا ((علی الید اخذت حتی تودیه))
۵۹	۲-۳- قاعده غرور ((المغرور یرجع الی من غره))
۶۱	۲-۴- قاعده لاضرر ((لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام))
۶۲	گفتار دوم: ارتباط میان قاعده لاضرر و نظریه سوء استفاده از حق
۶۴	گفتار سوم: مقایسه قاعده لاضرر با سایر منابع موجد ضمان
۶۷	بخش دوم: منابع موجد ضمان در حقوق
۶۷	فصل اول: منابع رسمی موجد مسئولیت مدنی در حقوق

۶۸	گفتار اول: غصب.....
۶۸	۱- مفهوم غصب
۶۸	۲- ارکان غصب
۶۹	۲-۱- استیلاء
۶۹	الف- استیلاى فیزیکی
۶۹	ب- استیلاى عرفی
۷۰	۲-۲- حق
۷۱	۲-۳- غیر
۷۱	الف- شخص ثالث
	ب- فقدان رابطه قانونی و قراردادی میان ثالث و غاصب در موضوع
۷۲	غصب
۷۴	۲-۴- تحقق غصب در صورت خروج از حدود اذن قانونی
۷۵	۲-۵- عین
۷۵	الف- تصرف عادلانه
۷۶	ب- تصرف عاقدانه
۷۷	۳- نهاد در حکم غصب
۷۷	۳-۱- فقدان علم
۷۷	۳-۲- فقدان قصد تجاوز
۷۸	الف- اذن قانونی
۷۹	ب- اذن قراردادی
۸۰	۴- تفاوت آثار دو نهاد غصب و در حکم غصب
۸۰	گفتار دوم: آثار غصب
۸۰	۱- استرداد عین
۸۱	۱-۱- اسقاط تکلیف استرداد عین
۸۲	۱-۱-۱- وضعیت مستحذات در مال مفصوب
۸۵	۱-۱-۲- تلف یا اتلاف عین
۸۹	۱-۱-۳- مکان اجرای تعهد
۸۹	۲- دادن مثل
۹۰	۲-۱- ملاک مثلی بودن
۹۱	۲-۲- از قیمت افتادن مثل
۹۲	۳- پرداخت قیمت
۹۲	۳-۱- قیمت زمان غصب
۹۲	۳-۲- قیمت زمان تلف

- ۳-۳- قیمت زمان پرداخت ۹۳
- ۴- ضمان منافع ۹۴
- ۴-۱- منافع منفصل ۹۵
- الف- منفعت منفصل ملموس ۹۵
- ب- منفعت منفصل غیر ملموس ۹۵
- ۴-۲- منافع متصل ۹۵
- ۵- تعدد غاصبین ۹۶
- ۵-۱- ضمان عین در برابر مالک ۹۶
- الف- استرداد عین ۹۶
- ب- دادن مثل ۹۷
- ج- پرداخت قیمت ۹۸
- ۵-۲- ضمان غاصبین متعدد نسبت به منافع در برابر مالک ۹۸
- ۶- روابط بین غاصبین ۱۰۰
- ۶-۱- جبران ضمان نسبت به عین ۱۰۰
- الف- استرداد عین ۱۰۰
- ب- دادن مثل ۱۰۱
- ج- پرداخت قیمت ۱۰۲
- ۶-۲- جبران ضمان نسبت به منافع ۱۰۲
- ۷- رجوع غاصبین به یکدیگر خارج از باب غصب ۱۰۴
- ۷-۱- رجوع غاصبین به یکدیگر بر مبنای قرارداد ۱۰۵
- الف- عالم بودن منتقل الیه به غصبی بودن ۱۰۵
- ب- جاهل بودن منتقل الیه به غصبی بودن مال ۱۰۶
- ۷-۲- رجوع غاصبین به یکدیگر خارج از قرارداد ۱۱۴
- ۸- ابراء غاصبین متعدد از سوی مالک ۱۱۴
- ۸-۱- ابراء غاصب نسبت به اصل مال ۱۱۵
- ۸-۲- ابراء ذمه غاصب نسبت به مثل یا قیمت ۱۱۶
- ۸-۳- ابراء ذمه غاصب نسبت به منافع ۱۱۷
- ۹- انتقال حق مالک به یکی از غاصبین ۱۱۸
- ۹-۱- انتقال حق مالک نسبت به عین به یکی از غاصبین ۱۱۸
- ۹-۲- انتقال حق مالک نسبت به منافع به یکی از غاصبین ۱۱۹
- الف- انتقال حق نسبت به منافع به طور کلی به غاصب ۱۱۹
- ب- انتقال حق نسبت به منافع به غاصب به میزان زمان تصرف خود او ۱۲۰
- گفتار سوم: اتلاف ۱۲۱

۱- مفهوم ائتلاف.....	۱۲۱
۱-۱- از بین بردن.....	۱۲۱
الف- نابود کردن.....	۱۲۱
ب- معیوب کردن.....	۱۲۲
ج- ناقص کردن.....	۱۲۲
۱-۲- مستقیم بودن.....	۱۲۲
۱-۳- مال.....	۱۲۳
۲- ویژگی‌های نهاد ائتلاف.....	۱۲۴
۲-۱- انجام فعل مثبت.....	۱۲۴
۲-۲- احراز آسان سببیت.....	۱۲۶
۲-۱- عدم لزوم احراز قصد.....	۱۲۶
۲-۴- عدم لزوم احراز تقصیر.....	۱۲۶
۳- ضمانت اجباری خسارت در ائتلاف.....	۱۲۷
۳-۱- دادن خسارت یا پرداخت قیمت.....	۱۲۷
۳-۲- پرداخت ارس.....	۱۲۷
گفتار چهارم: تسبیب.....	۱۲۹
۱- مفهوم تسبیب.....	۱۲۹
۱-۱- انجام فعل یا ترک فعل.....	۱۲۹
۱-۲- وجود واسطه بین فعل یا ترک فعل شخص مسبب و خسارت حاصله.....	۱۳۰
۲- تعریف واسطه و ارکان آن.....	۱۳۰
۲-۱- داشتن نیرو.....	۱۳۰
۲-۲- اثرگذاری.....	۱۳۱
الف- اثرگذاری ایجابی.....	۱۳۱
ب- اثرگذاری سلبی.....	۱۳۱
۲-۳- عامل انسانی یا طبیعی.....	۱۳۱
۳- خصوصیات واسطه.....	۱۳۱
۳-۱- واسطه در طول عامل اصلی باشد نه در عرض آن.....	۱۳۲
۳-۲- واسطه ممکن است از نظر زمان حدوث، مقدم یا موخر بر عامل باشد.....	۱۳۲
۳-۳- واسطه باید از نظر زمان تاثیر، موخر یا همزمان بر عامل باشد.....	۱۳۲
۳-۴- واسطه باید ضعیف تر از عامل باشد.....	۱۳۲
۳-۵- واسطه ممکن است خود به عنوان یکی از اسباب در کنار سبب دیگر.....	۱۳۳
مسئول شناخته شود.....	۱۳۳
۴- جمع اسباب.....	۱۳۳

- ۱۳۳..... ۴-۱- اسباب منجر به زیان در طول هم اند
- ۱۳۴..... الف- همه اسباب طولی انسانی هستند
- ۱۳۴..... ب- برخی اسباب طولی غیر انسانی هستند
- ۱۳۵..... ۴-۲- اسباب منجر به زیان در عرض هم اند
- ۱۳۵..... ۵- جمع سبب و مباشر
- ۱۳۵..... ۵-۱- تاثیر مباشر از سبب قوی تر است
- ۱۳۶..... ۵-۲- تاثیر مباشر و سبب مساوی هم است
- ۱۳۷..... ۵-۳- تاثیر سبب قوی تر از مباشر است
- ۱۳۸..... ۶- مصادیق سبب اقوی از مباشر
- ۱۳۸..... ۶-۱- فقدان اراده در مباشر و وجود آن در سبب
- ۱۳۸..... ۶-۲- انسانی بودن مباشر و عامل انسانی بودن سبب
- ۱۳۹..... ۶-۳- عمد ب و خطای مباشر
- ۱۳۹..... ۷- مسئولیت اسباب متعدد در وقوع زیان
- ۱۳۹..... ۷-۱- مسئولیت اسباب طولی متعدد
- ۱۳۹..... الف- سبب مقدم بر تاثیر
- ۱۴۰..... ب- سبب مستقیم بر واسطه
- ۱۴۱..... ج- سببی که عرفاً قوی تر است
- ۱۴۱..... د- تقسیم مسئولیت میان همه اسباب به صورت مساوی
- ۱۴۳..... ۷-۲- مسئولیت اسباب عرضی متعدد
- ۱۴۳..... الف- دخالت اسباب متعدد در حادثه و تاثیر آن به یک سبب
- ۱۴۵..... ب- دخالت اسباب متعدد در حادثه و انتساب آن به همه اسباب
- ج- دخالت اسباب متعدد در حادثه و عدم امکان انتساب زیان به یک یا همه اسباب
- ۱۴۶..... گفتار پنجم: نقش تقصیر در تحقق منابع سه گانه ضمان و مصادیق آن
- ۱۴۷..... ۱- نقش تقصیر در منابع سه گانه ضمان
- ۱۴۷..... ۱-۱- غصب
- ۱۴۸..... ۱-۲- اتلاف
- ۱۴۸..... ۱-۳- تسبیب
- ۱۵۳..... ۲- مصادیق شرط تقصیر در فقه
- ۱۵۳..... ۲-۱- ضمان ناشی از تصرف حیوان
- ۱۵۶..... ۲-۲- ضمان ناشی از خسارت وارده توسط صغیر و مجنون
- ۱۵۷..... الف- ضمان سرپرست فرع بر ضمان محجور است
- ۱۵۷..... ب- ضمان سرپرست منوط به اثبات تقصیر اوست

۱۵۸.....	۲-۳- ضمان ناشی از خسارت وارده توسط اشیاء.....
۱۶۱.....	گفتار ششم: استیفاء.....
۱۶۱.....	۱- مفهوم استیفاء.....
۱۶۱.....	۱-۱- استفاده.....
۱۶۲.....	۱-۲- مال غیر.....
۱۶۲.....	الف- عین معین بودن حق یا مال موضوع استیفاء.....
۱۶۳.....	ب- مصرفی نبودن مال موضوع استیفاء.....
۱۶۳.....	۱-۳- عمل غیر.....
۱۶۴.....	الف- درخواست آمر.....
۱۶۵.....	ب- انجام کامل عمل.....
۱۶۶.....	ج- وجود احرار عرفی برای عمل.....
۱۶۶.....	د- م یا شدن قبلی عامل برای انجام عمل.....
۱۶۶.....	۱-۴- وجوب اذن.....
۱۶۷.....	۱-۵- عدم قصد تبر.....
۱۶۷.....	۲- ضمانت اجرای استیفاء.....
۱۶۹.....	۳- انواع استیفاء.....
۱۶۹.....	۱-۳- استیفاء مشروع.....
۱۶۹.....	۲-۳- استیفاء نامشروع ((بلاجهت)).....
۱۷۰.....	الف- استفاده از مال یا عمل دیگری.....
۱۷۱.....	ب- فقدان رابطه قراردادی یا قانونی.....
۱۷۲.....	ج- فقدان رضایت یا اذن قبلی.....
۱۷۳.....	۴- ماهیت و مبنای استیفاء.....
۱۷۳.....	۱-۴- شبه عقد.....
۱۷۴.....	۲-۴- واقع حقوقی.....
۱۷۵.....	۳-۴- اجرای عدالت و انصاف.....
۱۷۶.....	فصل دوم: سایر منابع موجد ضمان در قانون مدنی.....
۱۷۶.....	گفتار اول: ایفاء ناروا.....
۱۷۶.....	۱- مفهوم ایفاء ناروا.....
۱۷۶.....	۱-۱- عین معین بودن مال.....
۱۷۷.....	۱-۲- دریافت از شخص.....
۱۷۷.....	۱-۳- دریافت اختیاری.....
۱۷۷.....	۱-۴- عدم استحقاق.....
۱۷۸.....	۱-۵- عدم تفاوت تعمد یا اشتباه در دریافت.....

- ۱۷۹..... ۲- ضمانت اجرای ایفاء ناروا
- ۱۷۹..... ۲-۱- ضمانت اجرا نسبت به دریافت کننده مال
- ۱۷۹..... الف- نگاهداری مال
- ۱۸۰..... ب- تلف مال
- ۱۸۰..... ج- انعقاد عقد نسبت به مال
- ۱۸۱..... ۲-۲- ضمانت اجرا نسبت به دهنده مال
- ۱۸۳..... ۳- مبنای ایفاء ناروا
- ۱۸۴..... رفتار دوم: اداره فضولی مال غیر
- ۱۸۴..... ۱- مفهوم اداره فضولی مال غیر
- ۱۸۴..... ۱-۱- اداره کردن
- ۱۸۵..... ۱-۲- مال اموال
- ۱۸۵..... ۱-۳- باتوانی الک
- ۱۸۶..... ۱-۴- بدان اذن و عدم امکان تحصیل آن
- ۱۸۸..... ۱-۵- خوف ورود ضرر
- ۱۸۹..... ۱-۶- قصد احسان
- ۱۸۹..... ۲- تعارض میان قصد و نتیجه
- ۱۹۰..... ۲-۱- اقدام مدیر عرفا یا نوعا بار بوده است
- ۱۹۱..... ۲-۲- اقدام مدیر عرفا یا نوعا زربار نبوده است
- ۱۹۲..... ۳- ضمانت اجرای نهاد اداره فضولی
- ۱۹۲..... ۳-۱- ضمان مدیر فضولی در برابر مالک
- ۱۹۲..... الف- حساب زمان تصدی
- ۱۹۳..... ب- عقود منعقد توسط مدیر
- ۱۹۵..... ۳-۲- تلف یا اتلاف مال توسط مدیر فضولی
- ۱۹۷..... ۳-۳- ضمان مالک در برابر مدیر فضولی
- الف- تحصیل اجازه اساسا مقدور نبوده است یا تاخیر در دخالت موجب ضرر می شده است
- ۱۹۷..... ب- دخالت با هدف جلوگیری از ورود ضرر یا دفع آن صورت گرفته باشد
- ۱۹۸..... ج- مخارج صرف شده لازم بوده باشد
- ۲۰۰..... ۴- ماهیت نهاد اداره فضولی مال غیر
- ۲۰۱..... ۴-۱- نظریه عقد
- ۲۰۱..... ۴-۲- نظریه ایقاع
- ۲۰۲..... ۴-۳- نظریه ضمان قهری
- ۲۰۳..... ۵- مبنای تحقق ضمان در نهاد اداره فضولی مال غیر

۲۰۳.....	۵-۱- عمل حقوقی
۲۰۴.....	۵-۲- واقعه حقوقی
۲۰۴.....	الف- قاعده احسان
۲۰۴.....	ب- استیفای بلاجهت ((نامشروع))
۲۰۵.....	بخش سوم: ارکان و مبنای ضمان
۲۰۵.....	فصل اول: ارکان ضمان
۲۰۵.....	گفتار اول: مفهوم ارکان ضمان
۲۰۶.....	۱- انجام فعل زیانبار یا تقصیر
۲۰۷.....	۱-۱- اسباب و جنایات
۲۰۷.....	الف- تفاوت در مقدار زیان
۲۰۷.....	ب- تفاوت در مانع جبران
۲۰۸.....	۱-۲- فعل مثبت موجب ضمان
۲۰۸.....	۱-۳- فعل مثبت منفرع مسبب ضمان
۲۰۹.....	۱-۴- فعل مثبت ناشی از فعلی ضمان
۲۰۹.....	۱-۵- ترک فعل شرط موجب ضمان
۲۱۰.....	۲- وقوع زیان
۲۱۱.....	۲-۱- ضرر مادی
۲۱۱.....	الف- ضرر وارده به مال
۲۱۱.....	ب- ضرر وارده به جسم
۲۱۲.....	۲-۲- ضرر معنوی
۲۱۲.....	۳- رابطه سبب میان زیان واقع شده و فعل زیانبار
۲۱۳.....	۳-۱- ورود مستقیم خسارت
۲۱۳.....	۳-۲- ورود غیر مستقیم خسارت
۲۱۵.....	۴- احراز سببیت در فقه
۲۱۵.....	۵- عدم شرطیت وجود تقصیر در وقوع زیان به حالت تسبیب ناشی از سبب واحد
۲۱۷.....	واحد
۲۲۱.....	گفتار دوم: دبه و ضرر موضوع ضمان قهری
۲۲۴.....	گفتار سوم: ماهیت ارش در فقه و حقوق
۲۲۵.....	۱- ارش در اموال
۲۲۵.....	۱-۱- خیار عیب
۲۲۶.....	۱-۲- خیار تبعض صقعه
۲۲۶.....	۲- ارش در نفوس

۲۲۷.....	۱-۲- در صورت تقویت منفعت
۲۲۷.....	۲-۲- در صورت ورود جنایت تبعی
۲۲۷.....	گفتار چهارم: رابطه ارش و خسارت مازاد بر دیه
۲۲۸.....	ضرر معنوی و شیوه ی جبران آن
۲۲۹.....	الف- الزام به عذر خواهی
۲۳۰.....	ب- درج حکم در جراید
۲۳۱.....	فصل دوم: مبنای ضمان
۲۳۲.....	گفتار اول: نظریه تقصیر
۲۳۲.....	۱- مفهوم تقصیر و انواع آن
۲۳۳.....	۱-۱- ملاک مفهوم شخصی تقصیر
۲۳۴.....	۱-۲- ملاک مفهوم نوعی تقصیر
۲۳۵.....	۲- استناد وارد به نظریه تقصیر
۲۳۵.....	۱-۲-۱- استناد آرای تقصیر در روابط میان قوی تر و ضعیف تر
۲۳۵.....	۲-۲- استناد آرای تقصیر در خسارات حاصله از پیشرفت های صنعتی
۲۳۵.....	۲-۳- تعذر یا دشواری استناد تقصیر
۲۳۶.....	۳- راهکار گریز از انتقاد
۲۳۶.....	۱-۳- فرض تقصیر به نفع زیان دیده
۲۳۷.....	۲-۳- وضع مصادیق استثناء بر نظریه تقصیر
۲۳۷.....	الف- اتلاف
۲۳۷.....	ب- غصب
۲۳۸.....	ج- خسارت ناشی از حوادث رانندگی وسایل نقلیه موتوری
۲۴۰.....	۴- انتقاد وارده به استثنائات نظریه تقصیر
۲۴۱.....	۵- نظریه تقصیر در فقه
۲۴۴.....	۶- مصادیق ضمان مبتنی بر تقصیر در فقه
۲۴۴.....	۱-۶- مسئولیت مالک ناشی از عمل حیوان
۲۴۶.....	۲-۶- مسئولیت مالک ناشی از خراب شدن دیوار
۲۴۸.....	گفتار دوم: نظریه خطر
۲۴۸.....	۱- مفهوم نظریه
۲۴۹.....	۲- انتقادات وارده
۲۴۹.....	۱-۲- دور شدن هر چه بیشتر مسیر اخلاق از حقوق
۲۴۹.....	۲-۲- کمتر شدن دامنه فعالیت های عمده در اجتماع
۲۵۰.....	۳- نظریه خطر در فقه و قانون مدنی
۲۵۱.....	گفتار سوم: نظریه تضمین حق

۲۵۲.....	۱- مفهوم نظریه.....
۲۵۲.....	۲- نظریه تضمین حق در فقه و قانون مدنی.....
۲۵۵.....	بخش چهارم: ضمان ناشی از فعل غیر، نهاد تخفیف و معافیت از ضمان.....
۲۵۵.....	فصل اول: ضمان ناشی از فعل غیر.....
۲۵۶.....	گفتار اول: ضمان کارفرما نسبت به خسارات وارده از طرف کارگر به غیر.....
۲۵۶.....	۱- ارکان تحقق.....
۲۵۶.....	۱-۱- تحقق رابطه کارگری و کارفرمایی مشمول قانون کار.....
۲۵۷.....	الف- دریافت مزد.....
۲۵۷.....	ب- درخواست کارفرما.....
۲۵۷.....	ج- انجام کار به حساب کارفرما.....
۲۵۷.....	د- تحقق نظارت کارفرما.....
۲۵۸.....	۱-۲- مسئول بودن کار نسبت به کارگر و کارفرما.....
۲۵۸.....	۱-۳- خسارت بین کارگر و کارفرما یا به مناسبت آن وارد شده باشد.....
۲۵۸.....	الف- حین انجام کار.....
۲۵۹.....	ب- به مناسبت انجام کار.....
۲۵۹.....	۱-۴- زیان وارده از جانب کارگر مرتبط با کار باشد.....
۲۶۰.....	۱-۵- عامل زیان کارگر باشد.....
۲۶۱.....	۱-۶- کارگر فی نفسه مسئول خسارت وارده باشد.....
۲۶۲.....	۲- مبنای رجوع زیاننده به کارفرما.....
۲۶۲.....	۲-۱- عدم توانایی عامل زیان در جبران خسارت.....
۲۶۳.....	۲-۲- قاعده من له الغنم فعلیه الغرم.....
۲۶۳.....	۲-۳- قاعده سبب اقوی از مباشر.....
۲۶۴.....	۳- معافیت کارفرما در قبال خسارات وارده ناشی از فعل کارگر.....
۲۶۵.....	۳-۱- عدم ارتکاب تقصیر از جانب کارفرما.....
۲۶۶.....	۳-۲- عدم انتساب خسارت به رابطه کارگری و کارفرمایی.....
۲۶۶.....	الف- قوه قاهره.....
۲۶۷.....	ب- تعمد زیاننده.....
۲۶۷.....	ج- تعمد کارگر.....
۲۶۸.....	۴- ضمان کارگر و کارفرما.....
۲۶۸.....	۴-۱- ضمان کارگر و کارفرما در مقابل زیاننده.....
۲۶۹.....	۴-۲- مسئولیت کارگران متعدد در برابر زیاننده.....
۲۶۹.....	الف- مسئولیت کارگران در مقابل زیاننده.....

- ۲۷۰..... ب- مسئولیت کارگران در مقابل یکدیگر
- ۲۷۱..... ۳-۴- مسئولیت نیابتی و تبعی کارفرما
- ۲۷۲..... ۴-۴- ضمان کارگر در مقابل کارفرما
- ۲۷۳..... ۵- مبنای رجوع کارفرما به کارگر
- ۲۷۳..... ۱-۵- نظریه قائم مقامی
- ۲۷۴..... ۲-۵- انتقال طلب
- ۲۷۵..... ۳-۵- حق ناشی از حکم مستقیم قانونی
- ۲۷۶..... ۶- مبنای فرض تقصیر برای کارفرما
- ۲۷۷..... گفتار دوم: مسئولیت دولت ناشی از فعل کارمند
- ۲۷۸..... ۱- مفهوم کارمند
- ۲۷۹..... ۲- مفهوم دولت
- ۲۸۰..... ۳- عبارت و اجزاء ناشی از تقصیر شخصی
- ۲۸۱..... ۴- خسارت وارد ناشی از تقصیر اداری
- ۲۸۱..... ۱-۴- تقصیر ناشی از هارت شغلی
- ۲۸۲..... ۲-۴- تقصیر ناشی از تصرف امکانات دولتی
- ۲۸۲..... الف- عدم استناد خسارت به کارمند
- ۲۸۳..... ب- نقص وسایل اداری
- ۲۸۵..... ۵- مسئولیت کارمند و دولت
- ۲۸۶..... ۱-۵- رجوع زیان‌دیده به کارمند و دولت
- ۲۸۷..... ۲-۵- رجوع دولت به کارمند
- ۲۸۸..... ۶- مسئولیت مدنی دولت ناشی از اعمال حاکمیتی
- ۲۸۸..... ۷- اعمال حاکمیتی
- ۲۸۹..... ۱-۷- تحقق آن موجب اقتدار و حاکمیت کشور گردد
- ۲۸۹..... ۲-۷- منافع آن بدون محدودیت شامل همه اقشار گردد
- ۲۹۰..... ۸- لزوم جبران ضرر علی‌رغم حاکمیتی بودن عمل
- ۲۹۰..... ۱-۸- اعمال حاکمیتی که منجر به سلب حق عینی یا دینی شهروندان می‌گردد
- ۲۹۲..... ۲-۸- اعمالی حاکمیتی که منجر به ایجاد ضرر از طریق تقویت منفعت حال یا بالقوه نسبت به شهروندان می‌گردد
- ۲۹۳..... ۹- اعمال تصدی
- ۲۹۳..... ۱-۹- صلاحیت انجام آن منحصر در حیطة اختیار یا وظیفه دولت نیست
- ۲۹۳..... ۲-۹- صلاحیت انجام عمل منحصر در اختیار دولت باشد، اما منافع آن صرفاً متوجه بخش خاصی از اقشار جامعه گردد

۱۰- مبنای مسئولیت مدنی دولت در جبران خسارات ناشی از اعمال تصدی	۲۹۴
گفتار سوم: مسئولیت مدنی سرپرست ناشی از فعل زیانبار محجور	۲۹۸
۱- ارکان تحقق ضمان سرپرست	۲۹۸
۱-۱- صرف صغیر یا مجنون بودن محجور	۲۹۸
۱-۲- وجود تکلیف قانونی یا قراردادی	۲۹۸
۱-۳- تکلیف نگهداری یا مواظبت	۲۹۹
۱-۴- تقصیر در نگهداری یا مواظبت	۳۰۰
۱-۵- مسئولیت شخصی محجور در زیان وارده	۳۰۱
۶- عدم حدوث حالت اعسار برای سرپرست در نتیجه ی جبران زیان	
۱- رده ی رسط محجور	۳۰۱
۲- رجوع عامل زیان به محجور	۳۰۳
۳- قالب و بنای رجوع زیاننده به محجور	۳۰۴
۴- رجوع سرپرست به محجور بعد از جبران زیان	۳۰۴
۵- ارکان ضمان سرپرست	۳۰۵
۵-۱- ورود زیان توسط محجور	۳۰۵
۵-۲- ارتکاب تقصیر از جانب سرپرست	۳۰۵
۵-۳- رابطه سببیت میان تقصیر سرپرست و نگهداری محجور	۳۰۵
گفتار چهارم: زیان، ناشی از فعل غیر و مسئولیت ناشی از فعل خود	۳۰۶
۱- رابطه کارگر و کارفرما	۳۰۷
۲- رابطه دولت و کارمند	۳۰۸
۳- رابطه محجور و سرپرست	۳۰۹
فصل دوم: نهاد تخفیف و معافیت از خسارات قابل جبران	۳۱۱
گفتار اول: مفهوم نهاد تخفیف	۳۱۱
۱- تفاوت نهاد تخفیف با نهاد اعسار	۳۱۲
۲- مصادیق نهاد تخفیف	۳۱۳
۱-۲- مساعدت موثر عامل زیان در جبران آن	۳۱۴
الف- موثر باشد	۳۱۴
ب- داوطلبانه باشد	۳۱۴
ج- پس از وقوع خسارت باشد	۳۱۵
۲-۲- تقصیر قابل اغماض عامل زیان و حدوث اعسار وی در صورت جبران کامل	۳۱۵
الف- تقصیر عرفاً قابل اغماض	۳۱۵
ب- حدوث اعسار در صورت جبران کامل زیان	۳۱۶

- ۳۱۷..... ۲-۳- دخالت موثر زیان‌دیده در حدوث یا تشدید زیان وارده
- ۳۱۷..... الف- تسهیل ورود زیان
- ۳۱۸..... ب- تشدید زیان وارده
- ۳۱۹..... ۲-۴- تشدید وضعیت عامل زیان توسط زیان‌دیده
- ۳۲۰..... الف- تشدید موقعیت قبل از ورود زیان
- ۳۲۰..... ب- تشدید موقعیت بعد از ورود زیان
- ۳۲۱..... ۳- مبنای نهاد تخفیف
- ۳۲۲..... ۳-۱- رکن ذهنی
- ۳۲۲..... ۳-۲- رکن عینی
- ۳۲۳..... گفتار دوم: اصل جبران کامل زیان
- ۳۲۴..... ۱- مفهوم اصل جبران کامل زیان
- ۳۲۵..... ۲- شناخت ضرر قابل جبران
- ۳۲۵..... ۲-۱- رکن عری
- ۳۲۶..... ۲-۲- ملاک فائز
- ۳۲۷..... ۳- مطلوبیت یا عدم مطابقت اصل جبران کامل ضرر
- ۳۲۹..... گفتار سوم: عوامل معافیت انسان
- ۳۲۹..... ۱- خلل در سببیت
- ۳۳۰..... ۱-۱- خلل کامل
- ۳۳۰..... ۱-۲- خلل جزئی
- ۳۳۰..... ۲- مصادیق خلل در سببیت
- ۳۳۱..... ۲-۱- مفهوم قوه قاهره
- ۳۳۱..... الف- خارجی بودن
- ۳۳۲..... ب- غیر قابل پیشگیری بودن
- ۳۳۴..... ج- غیر قابل پیش بینی بودن
- ۳۳۵..... ۳- مصادیق قوه قاهره
- ۳۳۵..... ۳-۱- عامل طبیعی
- ۳۳۵..... الف- دخالت جزئی
- ۳۳۶..... ب- دخالت کلی
- ۳۳۶..... ۳-۲- عامل انسانی
- ۳۳۶..... الف- خود زیان‌دیده
- ۳۳۷..... ۳-۳- شخص ثالث
- ۳۳۷..... الف- دخالت جزئی
- ۳۳۸..... ب- دخالت کلی

۴- آثار قوه قاهر ۳۳۸

۴-۱- دخالت عامل طبیعی ۳۳۹

۴-۲- دخالت عامل انسانی ۳۴۰

الف- دخالت زیانده ۳۴۰

ب- دخالت شخص ثالث ۳۴۱

منابع ۳۴۳

www.ketab.ir

مقدمه

ضمان قهری یا مسئولیت مدنی، از جمله مهمترین و بحث برانگیز ترین مباحث علم حقوق است. ما ترین، از این جهت که بیشتر مبتلابه است و عمده دعاوی مطرح در محاکم مستقیم غیر مستقیم مربوط به این موضوع می باشد. و بحث برانگیز ترین، به این خاطر که علی رغم متردگی نظرات و نوشته ها در این باب، هنوز اختلافات باقی است و ملاک مضبوط و مورد اجماعی برای حل مسائل پیرامون آن وجود ندارد.

((مسئولیت مدنی)) در حقوق در معادل اصطلاح ((ضمان)) در فقه به کار گرفته شده است، حاصل ادغام نظرات فقهاء و حقوق اروپا است و در کنار قانون مدنی که قواعد باب ضمان آن بیشتر متخذ از فقه می شد، بدون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹ وضع شده که از حقوق اروپا استنباط گردیده است. قانون اخیر در برخی زمینه ها نوآوری داشته و در برخی موارد تصریح و تاکید همان است که در گذشته موجود بوده است. اگر چه در حقوق به استناد دو قانون مزبور کلیاتی به عنوان قواعد عمومی باب مسئولیت مدنی مقرر شده است، اما استثنائات وارده بر این کلیات فراوان است و حقوق بان تراسته اند همه مقررات این باب را مطابق قواعد کلی که خود متخذ از دو قانون مذکور بر سر می کرده اند، تحلیل و توجیه کنند. و اتفاقاً قانون مسئولیت مدنی که با هدف تکمیل قانون مدنی در باب ضمان وضع شده، در برخی موارد موجد ناهماهنگی و ایجاد استثناء بر قواعد کلی مسئولیت مدنی شده است. این ناهماهنگی و ایجاد استثنائات در باب مسئولیت مدنی موجب نشئت آراء، سردرگمی دانشجویان و تبعاً تاثیر در رویه محاکم و جمود و کاهلی در رویه قضایی محاکم شده تا جایی که دادگاه ها در کشور ما مایل اند دعاوی مسئولیت مدنی که اتفاقاً بیشترین ارتباط با مسائل جدید روز نیز دارند، را در همان قالب های کمتر مورد اختلاف سنتی تطبیق و حل نماید. که نتیجه ی این رویکرد رکود در حوزه مسئولیت مدنی و عدم جبران بسیاری از زیان هایی می باشد که اگر چه عرف و عقل و اقتضائات روز آن را زیان می داند اما چون بر پایه مبانی سنتی به حل آن همت گماشته شده، مورد قبول محاکم قرار نگرفته است.

از جمله مصادیق این تشتت توجه بی اندازه به نظریه تقصیر است که برخی از آن به عنوان مبنای اصلی تحقق مسئولیت در فقه و حقوق یاد کرده اند و سایر موجبات ضمان را به عنوان استثنای بر این مبنا مورد بحث قرار داده اند. در حالی که در قانون مدنی قسمت منابع تحقق ضمان سخن صریح در شرطیت تقصیر به عنوان رکن تحقق ضمان وجود ندارد. بلکه احکام راجع به باب ضمان که در آن هیچ اشاره ای به تقصیر نشده فراوان است. از طرفی قانون مسئولیت مدنی به عنوان منبع دیگر احکام باب ضمان، در موارد متعدد از تقصیر سخن گفته است. بنابراین سوال این است که این تشتت چگونه می بایست حل شود. آیا در باب مسئولیت مدنی همانند باب قراردادها می توان قائل به چیزی به عنوان قواعد عمومی بود یا خیر؟ مصداق دیگر اینکه حقوقدانان در ارکان شکل گیری ضمان معتقد به ((از باب سببیت)) و ((ورود ضرر)) از جمله مهمترین عناصر استقرار ضمان بر عهده شخص مسئولیت با انتفاء این دو عنصر، اساساً نمی توان سخن از مسئولیت مدنی گفت. در حالی که می بینیم سره از حقوقدانان قواعد نهادهای غصب و استیفاء را به جهت عدم لزوم تحقق این دو رکن، از جمله استثنائات باب ضمان مطرح کرده اند و معتقدند نمی توان این دو نهاد را ذیل قواعد عمومی ضمان تحلیل و توجیه کرد. همین استثنائات منشاء اختلافات و تشتت آراء و عدم فهم دقیق و قاعده مند از باب مبتلابه مسئولیت مدنی و تبعاً عدم جبران کامل زیان در جامعه ما شده است.

انگیزه تالیف این کتاب، وجود اختلافی است که در فوق مقرر شد. در این کتاب تلاش شده با تبیین مفهوم ضمان در فقه و تطبیق آن با مفهوم مسئولیت مدنی در حقوق، تا حد امکان قواعد کلی باب ضمان با توجه به مقررات قانون مدنی و قانون مسئولیت مدنی ترسیم گردد و نهادهایی که در کلام حقوقدانان به عنوان استثناء بر باب کلی ضمان مطرح شده، با قواعد عمومی این باب تحلیل و توجیه گردند. توجه این است که منشاء بسیاری از اختلافات در توضیح خودخواسته مفهوم مسئولیت مدنی می باشد. با این شرح که در فقه مفهوم ضمان عبارت از انجام تعهد است که این انجام تعهد به سه شکل استرداد عین، دادن مثل و نهایتاً پرداخت قیمت البته به صورت طولی و در امتداد هم، ظهور خواهد یافت. لکن در حقوق، مفهوم مسئولیت مدنی صرفاً به جبران خسارت یعنی شکل سوم از مفهوم عام ضمان در فقه مورد توجه قرار گرفته و همین توضیح خود ساخته حقوقدانان از مفهوم مسئولیت مدنی، موجب عدم امکان ترسیم قواعد همه گیر در باب ضمان به عنوان قواعد کلی شده و نهادهایی مانند غصب و استیفاء را از ذیل این تعریف خارج کرده است. همین طور در سخن از مبنای مسئولیت مدنی با تنقید بیش از حد به مبنای تقصیر و مطرح کردن عنصر تقصیر به عنوان رکن تحقق مسئولیت در کلام

حقوقدانان، موجب شده مواردی را که عامل فعل زیانبار فاقد تقصیر است را نتوان در ذیل قواعد کلی باب ضمان توجیه کرد و به عنوان استثناء نام برد یا اینکه اساساً رویه قضایی جبران زیان ناشی از آن را به جهت فقدان تقصیر متعذر می‌داند. در حالی که نه در فقه و نه در قانون مدنی از تقصیر به عنوان عنصر الزامی تحقق ضمان سخن گفته نشده و تقصیر همواره در کلام فقها طریقی برای احراز سببیت مورد توجه بوده است و در حقوق غرب نیز سالها است از مبنای تقصیر عبور شده و در گذشته مورد توجه بوده است.

در این کتاب تلاش شده با توجه به مفهوم، قواعد و مصادیق ضمان در فقه، قانون مدنی، قانون مسئولیت مدنی و اقتضائات روز، قواعد کلی باب ضمان به گونه ای ترسیم گردد که همه منابع موجد مسئولیت ذیل آن قابل تحلیل و توجیه باشد به نحوی که برای دانشجویان فارغی فهم و موجد وحدت ملاک در مورد افعال متعدد زیانبار باشد. برای انجام این مهم، مباحث در سه بخش جداگانه و هر بخش در دو فصل تبیین گردیده است. امید که حاصل تلاش مورد استفاده دانشجویان و توجه صاحب نظران قرار گیرد. لازم است از مساعی جناب آقای دکتر سیّد عباس حسینی نیک مدیر محترم انتشارات مجد و همکاران ایشان در چاپ و عرضه این کتاب، تشکر گردد.

رسول ملکوتی^۱