

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



دانشگاه آزاد اسلامی

واحد تهران مرکزی

دانشکده حقوق

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد (M.A)

گرایش: خصوصی

عنوان:

بررسی تطبیقی قابلیت پیش بینی ضرر

در حقوق ایران و آمریکا

استاد راهنما:

دکتر عباسعلی دارویی

استاد مشاور:

دکتر حسن بادینی

نگارش:

محسن مکاریان

سپاس

گفته‌اند، تقدیر هم از نوع ادب است، و ادب، آداب دارد. شاید آداب تقدیر هم به گوناگونی انسان‌ها باشد ولی در هدف یکی است.

اگر چه آداب تقدیر را نمی‌دانم، اما می‌دانم که خوشبختانه دست تقدیر چونان خواست و ساخته تا به بهانه پیش‌گفتار پایان‌نامه، از بزرگانی که چندی است که در اندیشه‌ی قدردانی از آنها بوده‌ام، تقدیر کنم: بنابراین از تمامی اساتیدم در دانشگاه، به ویژه از استاد راهنما، جناب آقای دکتر عباسعلی دارویی که علاوه بر تعلیم، نمونه خوب استاد موفق و مهربان و آگاه برایم بوده‌اند و نیز از استاد مشاورم جناب آقای دکتر حسن بادینی که دلسوزانه من را در نگارش این پایان‌نامه یاری کردند تشکر و سپاس فراوان خودم را نثارشان می‌نمایم و در پایان از دوست بسیار خوبم جناب آقای دکتر محمد خانی که از مشاوره‌های ایشان بهره‌های فراوانی برده‌ام کمال تشکر و قدردانی را دارم.

تقدیم به یگانه قطب عالم امکان

مهدی صاحب زمان (عجل الله تعالی فرجه شریف)

تقدیم به پدر زحمتکشم و مادر مهربانم

فهرست مطالب

۱.....	مقدمه
۱.....	بیان موضوع
۲.....	تبیین جایگاه موضوع
۲.....	ضرورت و اهمیت موضوع
۳.....	هدف پژوهش
۳.....	پیشینه تحقیق
۳.....	سوالات تحقیق
۳.....	فرضیات پژوهش
۴.....	روش کار
۴.....	فرایند تحقیق
۵.....	فصل اول : کلیات
۶.....	مبحث اول : مسئولیت
۶.....	گفتار اول: مفهوم و اقسام مسئولیت
۶.....	بند اول: مفهوم مسئولیت
۷.....	بند دوم: اقسام مسئولیت
۹.....	گفتار دوم: ارکان تحقق مسئولیت
۱۰.....	بند اول: فعل زیانبار
۱۱.....	بند دوم: رابطه سببیت

- بند سوم : ضرر ۱۳
- الف: مفهوم ضرر..... ۱۳
- ب: اقسام ضرر..... ۱۴
- ۱- ضرر مادی..... ۱۴
- ۲- ضرر معنوی..... ۱۵
- ۳- زیان ها و صدمات بدنی..... ۱۶
- بند چهارم: شرایط ضرر و زیان های قابل جبران..... ۱۶
- الف- ضرر باید مسلم باشد..... ۱۸
- ب- ضرر باید مستقیم باشد..... ۱۸
- ج- ضرر باید جبران نشده باشد..... ۱۹
- د- ضرر باید بر امری مشروع وارد شود..... ۱۹
- ه- ضرر باید ناشی از اقدام زیان دیده نباشد..... ۲۰
- و- ضرر باید قابل پیش بینی باشد..... ۲۰
- فصل دوم: قاعده قابلیت پیش بینی ضرر در حقوق ایران و آمریکا..... ۲۲
- مبحث اول : قاعده قابلیت پیش بینی ضرر..... ۲۳
- گفتار اول: پیشینه قاعده در فقه اسلامی ۲۳
- گفتار دوم : پیشینه قاعده در حقوق آمریکا..... ۲۴
- بند اول : قاعده هادلی..... ۲۵
- بند دوم : قاعده پالسگراف..... ۲۸

مبحث دوم: قلمرو قاعده ضررهای قابل جبران در حقوق امریکا.....	۳۰
گفتار اول: هزینه های ناشی از نقض قرارداد.....	۳۰
گفتار دوم: هزینه های مازاد در نتیجه نقض قرارداد.....	۳۱
گفتار سوم: جبران خسارت نسبت به اعتبار و حسن نیت.....	۳۳
گفتار چهارم: تفویت منفعت.....	۳۴
گفتار پنجم: ضرر و زیان ناشی از از دست دادن شانس.....	۳۵
گفتار ششم: زیان های ناشی از تغییر در ارزش پول.....	۳۷
گفتار هفتم: اعمال قاعده در فرض عدم تناسب میان ضرر وارده و منفعت ناقص	
قرارداد (خسارات نامتناسب).....	۴۰
مبحث سوم: قلمرو قاعده قابلیت پیش بینی ضرر در مسئولیت مدنی در قوانین	
موضوعه.....	۴۴
گفتار اول: قابلیت پیش بینی ضرر در مسئولیت قراردادی در قوانین	
موضوعه.....	۴۴
بند اول: حقوق مدنی.....	۴۵
بند دوم: حقوق تجارت.....	۴۷
بند سوم: قانون دریایی.....	۴۹
بند چهارم: مسئولیت امین.....	۵۰
گفتار دوم: قاعده قابلیت پیش بینی ضرر در مسئولیت غیر قراردادی در قوانین	
موضوعه.....	۵۱

- بند اول: مسئولیت مالک در قانون مجازات اسلامی..... ۵۲
- بند دوم: مسئولیت آتش افروز در قانون مجازات اسلامی..... ۵۴
- مبحث سوم: مبانی قاعده قابلیت پیش بینی ضرر در حقوق ایران و امریکا..... ۶۰
- گفتار اول: مبانی قاعده قابلیت پیش بینی ضرر در حقوق ایران..... ۶۰
- بند اول: مبانی قاعده قابلیت پیش بینی ضرر در مسئولیت قراردادی..... ۶۰
- الف: اصل حاکمیت اراده..... ۶۱
- ب: حمایت از منافع قراردادی..... ۶۲
- بند دوم: مبانی قاعده قابلیت پیش بینی ضرر در مسئولیت غیر قراردادی..... ۶۴
- الف - قاعده فقهی لاضرر..... ۶۵
- ب - حدیث رفع..... ۶۶
- ج - اخلاق مدنی..... ۶۷
- د - تقصیر..... ۶۸
- ه - رابطه سببیت..... ۶۹
- گفتار دوم: مبانی قاعده قابلیت پیش بینی ضرر در حقوق امریکا..... ۷۱
- بند اول: آگاهی..... ۷۱
- بند دوم: تقصیر..... ۷۵
- الف - تعریف تقصیر..... ۷۶
- ب - شرایط تقصیر..... ۷۶
- ۱ - تکلیف به مراقبت..... ۷۷

- ۲- رفتار خلاف احتیاط (فعل زیان بار)..... ۷۹
- ۳- رابطه سببیت..... ۸۱
- ج- نقش تقصیر در اعمال قاعده قابلیت پیش بینی ضرر..... ۸۲
- د- نتیجه گیری..... ۸۴
- فصل سوم: اجرای قاعده قابلیت پیش بینی ضرر ۸۷
- مبحث اول: ضابطه تعیین زیان قابل پیش بینی در حقوق ایران و امریکا..... ۸۸
- مبحث دوم: منظور از انسان متعارف کیست؟..... ۹۶
- مبحث سوم: چه کسی باید ضرر را پیش بینی کند..... ۹۷
- مبحث چهارم: زمان قابل پیش بینی بودن ضرر..... ۹۸
- مبحث پنجم: قابلیت پیش بینی نوع یا میزان ضرر..... ۱۰۰
- مبحث ششم: قاعده قابلیت پیش بینی ضرر در مسئولیت های محض..... ۱۰۲
- مبحث هفتم: تکلیف زیان دیده در صورت پیش بینی احتمال وقوع ضرر(قاعده
تقلیل)..... ۱۰۴
- مبحث هشتم: استثنائات اجرای قاعده..... ۱۰۵
- گفتار اول: تقصیر عمدی و آنچه در حکم عمد است..... ۱۰۵
- گفتار دوم: خسارات وارد بر شخص (خسارات شخصی) ۱۰۷
- فهرست منابع..... ۱۱۰

چکیده

رسالت حقوق مسئولیت مدنی به عنوان شاخه ای از حقوق تعهدات، جبران خساراتی است که در نتیجه نقض تعهدات قراردادی و یا غیر قراردادی بر افراد تحمیل می گردد. همانطور که می دانیم همه خساراتی که در اجتماع بر افراد وارد می گردد، قابل جبران نیستند و عرف از کنار آنها به راحتی می گذرد (مانند خساراتی که نامزد بازنده انتخابات متحمل می گردد). بنابراین خسارات قابل جبران دارای شرایطی (مانند مستقیم و مسلم بودن خسارت) می باشند. نظام های حقوقی با توجه به اصول حقوقی مورد قبولشان شروطی را برای قابل جبران بودن خسارات، مقرر داشته اند. یکی از این شروط که در غالب نظام های حقوقی صریحاً مورد پذیرش قرار گرفته، لزوم قابل پیش بینی بودن ضرر است، که از آن تحت عنوان «قاعدۀ قابلیت پیش بینی ضرر» یاد می گردد. قاعدۀ مذکور که در این نوشتار مورد بررسی قرار خواهد گرفت یکی از مؤثرترین شیوه های محدود نمودن جبران خسارت، در جهت رعایت عدالت و نیز جلوگیری از جبران خساراتی که گاه عرف و عقل سلیم آن خسارات را قابل جبران نمی دانند، می باشد. لذا بر اساس این قاعدۀ هنگامی می توان فردی را مسئول جبران خسارتی دانست که احتمال وقوع ضرر برایش قابل پیش بینی بوده (معیار شخصی) و یا می بایست وقوع چنین ضرری را پیش بینی می کرده است (معیار نوعی) چرا که اگر هر فرد متعارفی در شرایط فرد ضرر زننده قرار می گرفت، قادر به پیش بینی وقوع چنین ضرری می بود. اینک معیار شخصی و یا معیار نوعی را بپذیریم دارای آثار حقوقی متفاوتی خواهد بود که در جای خود به آن خواهیم پرداخت. علی رغم کاربرد فراوانی که این قاعدۀ در ترویج عدالت در جبران خسارات دارد، قانون مدنی ایران در هیچ ماده ای به صراحت بر لزوم وجود این قاعدۀ در ردیف شرایط ضرر ناروا اشاره ای نکرده و تنها در برخی از قوانین دیگر به صورت مصدافی و موردی می توان قابل پیش بینی بودن ضرر را تلویحاً استنباط نمود. در مقابل در نظام حقوق ایالات متحده امریکا، این قاعدۀ در هر دو حیطه مسئولیت اعم از قراردادی و غیر قراردادی مورد پذیرش قرار گرفته است. با توجه به مبانی و شیوه اجرای این قاعدۀ در حقوق امریکا و تجربه موفق کشور امریکا در اعمال آن، و همچنین پیشینه ای که این قاعدۀ در فقه امامیه در تعریف رابطه سببیت دارد، پذیرش آن در حقوق ما با هیچ کدام از مبانی و اصول حقوقی متعارض نمی باشد و عدم ذکر آن، با توجه به سببۀ فقہیش شاید به سبب مسامحه مقنن

در تدوین قانون بوده است. با توجه به آنچه بیان شد به بررسی مبنای اعمال این قاعده و چگونگی اجرای آن، به صورتی که همسو و هماهنگ با اصول حقوقی ایران باشد، می پردازیم.

واژگان کلیدی : مسئولیت ، مسئولیت قراردادی ،مسئولیت غیر قراردادی، ضرر ، قابلیت پیش بینی ضرر، تقصیر.

فصل اوّل : کلیات

در این بخش سعی بر آن است تا مبانی اولیه ای که برای درک هر چه بهتر بحث به ما کمک خواهد نمود مورد بحث قرار گیرد. این مفاهیم شامل مواردی همچون مسئولیت، ضرر و انواع آن و نیز اوصاف و شرایط ناروا می گردند که هر یک به تفصیل بیان خواهد شد.

مبحث اول: مسئولیت

اصولاً مسئولیت هر فرد در خصوص ضرر و زیانهای که به دیگران می زند، از دو فرض کلی خارج نمی باشد یا عهد شکنی نموده است یا مرتکب یک فعل موجب مسئولیت مدنی شده است که مورد اول را به اختصار مسئولیت قراردادی و مورد دوم را ضمان قهری یا الزامات خارج از قرارداد می نامند. در ادامه بحث به بررسی مفهوم و اقسام مسئولیت می پردازیم.

گفتار اول: مفهوم و اقسام مسئولیت

بند اول: مفهوم مسئولیت

مسئولیت کلمه ای عربی و مصدر جعلی از مسئول است. معادل فارسی آن عبارت «پاسخگویی» می باشد که از لحاظ لغوی معنای واضح و روشنی دارد. در اصطلاح حقوقی به پاسخگویی شخص در قبال اعمالی که به او استناد داده می شود، می باشد. مسئول در معنای عام حقوق کسی است که مورد بازخواست قرار می گیرد و تعهد یا وظیفه ای به موجب قرارداد یا قانون برعهده اوست و پاسخگویی انجام آن می باشد. در قرآن کریم و احادیث نیز به معنای بازخواست شدن در برابر اعمال به کار رفته است. از جمله آیات ۳۴ و ۳۵ اسراء و آیه ۲۴ صافات و حدیث نبوی «کلکم راع و کلکم مسئول عن رعیتة». به طور کلی مسئولیت به تکلیف وارده کننده زیان نسبت به پاسخگویی به زیان در مقابل دادگاه و بر عهده گرفتن آثار مدنی، کیفری،

انتظامی و ... آن است اعم از این که چنین تکلیفی در مقابل زیان دیده باشد یا جامعه^۱.

بند دوم: اقسام مسئولیت

مسئولیت دارای اقسامی است که شناخته ترین چهره آن مسئولیت اخلاقی است. این مسئولیت لازمه اختیار بشری و به مسائل قضا و قدر و حکمت باز می گردد و ما در اینجا به لحاظ رعایت اختصار از وارد شدن به بحث و تفصیل مطلب خودداری می نماییم. در برابر مسئولیت اخلاقی، مسئولیت حقوقی به معنای عام، قرارداد که واجد ضمانت اجرای قانونی و قضائی می باشد، که خود به مسئولیت مدنی و کیفری تقسیم می گردد. برخلاف مسئولیت اخلاقی که ضمانت اجرای آن شرمساری وجدان و احساس گناه است، ضمانت اجرای مسئولیت مدنی و کیفری، جبر و الزام دستگاههای قانونی و قضائی کشور می باشد. در حیطه مسئولیت کیفری هر کس مرتکب جرمی شود، مجازات می شود و دستگاه قضائی ضامن حسن اجرای قوانین و اجرای مجازات می باشد و در حیطه مسئولیت مدنی نیز هر کس به دیگری خسارت بزند، باید جبران نماید، در غیر اینصورت ملزم به جبران گردیده و در صورت امتناع، اموال آن توقیف و وثیقه اجرای حکم دادگاه قرار می گیرد که در اینجا به لحاظ آنکه موضوع بحث اختصاصاً در حیطه مسئولیت مدنی می باشد، از تشریح بیشتر سایر موارد صرفنظر می نماییم.

مسئولیت مدنی در حقوق دارای دو معنی عام و خاص است. مسئولیت مدنی در معنای عام خود به هر گونه تعهدی به جبران خسارت می گویند که قانون بر عهده فرد گذاشته است اعم از این که دارای ریشه قراردادی باشد یا نه. در معنای خاص

^۱ - دکتر حسن بادینی، فلسفه مسئولیت مدنی، انتشارات شرکت سهامی انتشار، چاپ اول، سال ۱۳۸۴، ص ۲۷ و ۲۸.

خود(مسئولیت غیر قراردادی) عبارت است از تخصیص مسئولیت به زیان دیده یا وارد کننده زیان توسط قانون و اعلام آن توسط دادگاه در رابطه زیان بار غیر قراردادی بین طرفین با هدف برقراری مجدد عدالت بین آنها و با رسیدن به کارایی اقتصادی و یا تحقق عدالت توزیعی^۱. بر این اساس مسئولیت مدنی را به دو دسته تقسیم کرده اند:

۱- مسئولیت قراردادی ۲- مسئولیت غیر قراردادی

مسئولیت قراردادی زمانی تحقق می یابد که متعهد به تعهد خویش عمل نکند و منجر به زیان متعهدله گردد البته جبران خسارت مشروط بر آن است که اجبار متعهد بر اجرای قرارداد ممکن نباشد.

لازم به ذکر است که مسئولیت قراردادی در جایی مطرح می گردد که قراردادی صحیح نقض شده باشد، بدون این که سبب خارجی (قوه قاهره) مانع اجرای آن باشد و نقض قرارداد منتهی به بطلان آن نشده باشد. لذا مسئولیت قراردادی در نتیجه نقض تعهدی به وجود می آید که اجرای مستقیم آن امکان ندارد و متعهد پیمان شکن را به جبران غیر مستقیم زیان هایی که به متعهد له در نتیجه پیمان شکنی وارد کرده است وادار می سازد^۲.

مسئولیت غیر قراردادی هنگامی است که هیچ پیمانی بین دو فرد نیست و یکی به دیگری صدمه ای وارد می کند، (در واقع تخلف از تکالیف قانونی کرده که همگان ملزم به رعایت آنند) که باید خسارات وارده را جبران نماید. در واقع این دو نوع مسئولیت در ماهیت، تفاوتی با یکدیگر ندارند و در هر دو، وظیفه قانونی مبنی بر جبران زیان وارده از عمل شخص مسئول به دیگری وجود دارد. اما در مسئولیت غیر قراردادی(قهری) منشاء این الزام و وظیفه قانونی نقض یک وظیفه عمومی یا

^۱ - همان منبع، ص ۶۲۰.

^۲ - دکتر قاسم زاده، سید مرتضی، الزام ها و مسئولیت های بدون قرارداد، انتشارات میزان، چاپ هفتم، سال ۱۳۸۸، ص ۲۲.

قانونی مربوط به عدم اضرار به دیگران است ولی در مسئولیت قراردادی منشاء آن، وجود رابطه قراردادی میان طرفین و نقض آن توسط یکی از آنها می باشد.

به عبارت دیگر مسئولیت قراردادی زاییده اراده طرفین و خواست مشترک آنهاست ولی مسئولیت قهری ناشی از تجاوز به حکم قانون و یک الزام عمومی می باشد. تفاوت دیگری که می توان ذکر کرد، درباره اثبات دلیل می باشد؛ در مسئولیت قراردادی، تقصیر متعهد در عدم انجام تعهد مفروض است؛ مگر این که ثابت کند که منشاء تخلف، علت خارجی ای بوده است که مربوط به او نمی شده است (ماده ۲۲۷ ق.م.ا). در صورتی که در مسئولیت غیر قراردادی، در مواردی که وجود تقصیر برای تحقق مسئولیت لازم است، تقصیر مفروض نیست و باید وجود آن بوسیله زیان دیده اثبات شود.

گفتار دوم: ارکان تحقق مسئولیت

برای تحقق مسئولیت وجود سه عنصر ضروری است: ۱ - فعل زیانبار ۲ - رابطه سببیت ۳ - ضرر

در هر یک از اقسام مسئولیت که ذکر کردیم وجود این سه عنصر برای مسئول شناختن فرد ضروری است. بنابراین اگر هر کدام از این عناصر محقق نگردد، بحثی از مسئولیت به جبران خسارت پیش نمی آید. البته برخی از حقوقدانان^۱ علاوه بر این سه شرط، شرط دیگری اضافه کرده اند که آنرا از شروط متغیر مسئولیت می دانند (سه شرط فوق را شروط ثابت مسئولیت می نامند). این شرط متغیر عنصر تقصیر است که در برخی مواقع آن را پایه مسئولیت قرار داده اند و در جای دیگر مسئولیت بدون تقصیر را پذیرفته اند و بر پایه مسئولیت مبتنی بر خطر یا تضمین

۱- همان منبع، ص ۴۲.

حق استوار شدند. اما از آنجا که اصل بر مسئولیت مبتنی بر تقصیر است در موارد تردید باید بنا را بر اصل مذکور نهاد.

بند اول: فعل زیانبار

فعل زیان بار یعنی عملی که موجب ضرر زدن به دیگران می شود. فعل زیان بار چه به صورت سلبی و یا ایجابی باشد؛ برای وارد کننده آن ایجاد مسئولیت می کند. لذا فعل زیان بار می تواند در نتیجه فعل و و یا ترک فعل رخ دهد. قانونگذار در ماده ۱ ق.م.م بیان می کند: «هر کس بدون مجوز قانونی عمداً یا در نتیجه بی احتیاطی به جان یا سلامتی یا مال یا آزادی یا حیثیت یا شهرت تجاری یا به هر حق دیگری که به موجب قانون برای افراد ایجاد گردیده لطمه ای وارد نماید که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود می باشد.»

قانونگذار در این ماده به اصلی کلی اذعان داشته که هر گونه عمل زیان بار غیر قانونی، تقصیر محسوب می گردد و مرتکب آن، مسئول جبران خسارات ناشی از آن است. البته لازم به ذکر است که همه ضرر و زیان هایی که در اجتماع به اشخاص می رسد، قابل جبران نمی باشند؛ بلکه ضرری که به بار می آید باید نتیجه عمل و فعلی باشد که قانون و یا عرف آن را ناپسند و ناروا بدانند تا زیان دیده بتواند برای جبران خسارتش متمسک به سازمان های قضایی گردد. به همین جهت می گویند عمل زیانبار باید «نا مشروع» باشد. فعل زیان بار هر گونه عملی را خواه ایجابی باشد یا سلبی را در بر می گیرد. فعل زیان بار به دو شق تقسیم می گردد:

الف- فعل مثبت مادی که جنبه ایجابی فعل زیان بار است که نه تنها شامل انجام دادن یک عمل فیزیکی است، بلکه اعمال و فعالیت های حقوقی و اعتباری اشخاص را نیز در بر می گیرد. مانند امضای کتبی یک قرارداد تجاری در جایی که شخص دیگری حق اولویت و انحصاری در انعقاد قرارداد را دارد.

ب- ترک فعل یا فعل سلبی: در این که آیا می توان فردی را به سبب ترک فعلی که موجب اضرار به غیر شده مسئول دانست، نظرهای متفاوتی بیان شده که مطرح کردن آنها از حوصله این بحث خارج است و ضرورتی بر طرح آنها نمی باشد. در واقع آنچه که از ماده ۹۵۲ ق.م فهمیده می شود قابل مطالبه بودن برخی از خسارات ناشی از ترک فعل است. ماده ۹۵۲ ق.م بیان می دارد: « تفریط عبارت است از ترک عملی که به موجب قرارداد یا متعارف برای حفظ مال غیر لازم است.»

در این ماده قانونگذار خسارت ناشی از ترک عملی که به موجب قرارداد یا عرف بر عهده فرد گذاشته شده را قابل جبران می داند. لذا هر گاه قرارداد یا عرف معینی وجود داشته باشد که برای کسی تکلیف و وظیفه ای را معین می کند، آن شخص باید به وظیفه ای که قرارداد یا عرف و یا فراتر از این دو قانون بر عهده آنها گذاشته است عمل کند، در غیر این صورت مسئول خسارات ناشی از ترک وظایف خویش است.

بند دوم : رابطه سببیت

میان فعل زیانبار و ضرر ایجاد شده باید یک رابطه علت و معلولی وجود داشته باشد تا بتوان ضرر ایجاد شده را به فعل طرف مقابل منتسب کرد و بگوییم که این خسارت در نتیجه آن فعل یا ترک فعل ایجاد گشته است؛ به طوریکه در صورت انتفاء فعل زیانبار، ضرر نیز منتفی شود.

لزوم برقراری رابطه سببیت بین فعل زیانبار و ضرر در جایی که چند عامل موجب ایجاد ضرری می گردند، اهمیت به سزایی می یابد، تا بتوان سببی را که مسئول حقیقی جبران خسارت است را مشخص ساخت. حقوقدانان برای تعیین سبب مسئول و میزان مسئولیت هر یک از چند سبب در حوزه مسئولیت مدنی نظریه های گوناگونی را مطرح کرده اند که عبارتند از:

الف- نظریه برابری اسباب و شرایط

ب- نظریه سبب مقدم در تأثیر

ج- نظریه سبب نزدیک یا بی واسطه یا آخرین سبب

د- نظریه سبب متعارف و اصلی

از میان نظریاتی که مطرح گردید هیچ کدام مصون از ایراد نمانده اند و بر هر کدام ایرادات متعددی وارد گردیده است. که بیان و بحث در مورد نقاط قوت و ضعف آن ها موضوعاً از بحث ما خارج است. اما آنچه در تمامی این نظریات مشترک است و نقش اساسی در تعیین سبب مؤثر ایفاء می کند، عنصر تقصیر است. چرا که در تمامی نظریات مطرح شده حقوقدانان به دنبال یافتن مقصر اصلی حادثه اند و معیار در تعیین فرد تقصیرکار، داوری عرف است. بنابراین مساله مهم در تمامی این نظریات، انتساب عرفی ضرر به ایجاد کننده آن است.

در نظام حقوقی ما جمعی از حقوقدانان سعی دارند نظریه سبب متعارف و اصلی را که با عدالت و انصاف همخوانی بیشتری دارد را مورد قبول قرار دهند. البته این به معنای آن نیست که رسیدن به عدالت تنها از طریق امکان دارد. بلکه به آن اعتماد کامل نکرده اند و گفته اند: «این کاوش قاعده نمی پذیرد و دادرس باید در هر مورد خاص و با توجه به اوضاع و احوالی که حادثه زیانبار را احاطه کرده است داوری کند. هر کدام از نظریه ها بخشی از حقیقت را به همراه دارد و راهنمای مفیدی است لیکن به طور قاطع بر هیچ یک نمی توان تکیه کرد»^۱.

۱ - دکتر کاتوزیان ، ناصر ، الزامهای خارج از قرارداد، چاپ هشتم، ج ۱، انتشارات دانشگاه تهران، سال ۱۳۸۶، ش ۲۲۶، ص ۴۸۱.

بند سوم : ضرر

بیان شد که ضرر یکی از ارکان تحقق مسئولیت است. چرا که باید زیانی حادث گردد تا بتوان برای جبران خسارت وارده از آن به دنبال مسئول خسارت بود. در ذیل معنا، اقسام و شرایط ضرری که قابل جبران است را مورد بررسی قرار می دهیم.

الف- مفهوم ضرر

در مورد معنای لغوی ضرر در میان اهل لغت تعابیر مختلفی به کار گرفته شده است هر چند که همگی به مفهومی واحد در قالب کلمات متفاوت اشاره می کنند. در مورد معنی ضرر این گونه بیان شده که: ضرر به معنای ضد نفع، تنگی و ضیق، سوء حال، نقض در حق یا اعیان است که همگی اشاره بر این دارد که هر گونه خسارت و اجحاف به جان و مال و آبرو افراد ضرر محسوب می شود.^۱ در حقوق در تعریف ضرر بیان می دارند: «هر جا نقصی در اموال ایجاد شود یا منفعتی از دست برود و یا به سلامت و حیثیت و عواطف شخصی لطمه ای وارد آید می گویند ضرری به بار آمده است».^۲ در خصوص ضرورت وجود ضرر در قانون مدنی هیچ ماده ای اختصاص داده نشده است و آن هم به خاطر بداهت آن است. البته در قانون آیین دادرسی مدنی سابق در ماده ۷۲۸ این گونه آمده بود که: «ضرر ممکن است به واسطه از بین رفتن مالی باشد یا به واسطه فوت شدن منفعتی که از انجام تعهد حاصل می شده است». همین طور مواد ۱ و ۲ قانون مسئولیت مدنی که به ضرورت وجود ضرر اشاره دارند. نویسندگان حقوقی ضرر را به سه دسته مادی، معنوی، مادی تقسیم کرده اند. البته این تقسیم بندی به معنای آن نیست که هر ضرری تنها در یکی از این دسته ها قرار خواهد گرفت. بلکه غالب ضررهایی که بر افراد وارد می

^۱ - این تفاوت ظاهری معانی، می تواند به دلیل عرف حاکم بر زمان و مکان آن ها باشد.

^۲ - دکتر ناصر، کاتوزیان، همان منبع. ش ۹۰، ص ۲۴۴.