



مطالعه‌ی تطبیق‌ی حجیت عقلی اقدام

محسن صفری^۱، مجتبی اشراقی آرانی^۲

تاریخ دریافت: ۹۲/۸/۱۶ تاریخ پذیرش: ۹۲/۱۱/۲۷

چکیده

«اقدام» که در زمره قواعد اقتصادی مطرح در فقه امامیه و حقوق ایران به شمار می‌رود از دیدگاه حقوقدانان قاعده‌ای تثبیت شده و بدیهی محسوب شده و در موارد متعدد بدون هیچ گونه مناقشه در وجه حجیت آن مورد تمسک قرار می‌گیرد. لیکن چگونگی استدلال به این قاعده و حدود کاربرد آن در اعمال و وقایع حقوقی و حتی میزان اقتدار آن در دورنمای نظام‌های حقوقی به مبنا و وجه حجیت آن بستگی دارد که با ورود به برخی از کتب معتبر فقهی و حقوقی تردیدهای جدی در این باره بوجود می‌آید. در این مقاله با توجه به اهمیت اقتصادی و حقوقی قاعده اقدام، به مدد مطالعه تطبیقی در نظام‌های حقوقی مختلف حجیت قاعده مزبور از نظر عقلی اثبات و تردیدهای مطرح شده در این باره مرتفع شده است.

واژگان کلیدی

اقدام، ضرر، ضمان، دلیل عقلی، حجیت، تقصیر مشترک، اسقاط حق



مقدمه

قاعده ی اقدام بر خلاف سایر قواعد فقهی و حقوقی، کمتر مورد بحث و بررسی فقها و نویسندگان قرار گرفته است؛ قاعده ای که مزایای اقتصادی آن برای جامعه بر کسی پوشیده نیست و اشخاص را در حفظ و تصمیم گیری عاقلانه، نسبت به اموالشان ترغیب می سازد. هر چند در موارد متعددی بر ای اثبات دلایل و احکام در متون فقهی و حقوقی به این قاعده استناد شده، اما این امر بدون در نظر گرفتن مبنا و مدرک آن و صرفاً در حد استناد باقی مانده است. نبودن متون قابل توجه و امعان نظر کافی و شایسته در این زمینه، ممکن است ذهن را در مورد حجیت و حتی کارایی قاعده اقدام به تردید بیندازد. علی رغم این تردید، که احتمال آن با توجه به بعضی از آرا و اندیشه های قدیم و جدید که در نفی حجیت این قاعده وارد شده است، دور از ذهن نمی باشد، نباید از سایر احتمالات غافل گشت؛ چه بسا این امر به علت عدم وجود نص صریحی در تأیید اقدام توسط شارع باشد، مسئله ای که خود ممکن است از عقلی بودن این قاعده و عدم نیاز به تنفیذ شارع نشأت گرفته باشد. احتمال دیگر آن است که افراد معمولاً کمتر به خویشتن ضرر وارد می کنند و چنان چه در ورود ضرر به خود مقصر باشند در صدد مطالبه ی آن از دیگری بر نیامده و لذا اقدام به ضرر خود به صورت یک امر متنازع فیه حادث نشده تا به صورت مبسوط مورد بحث و بررسی قرار گرفته باشد. البته فقها و علما در موارد متعددی اقدام را به عنوان یک قاعده ی مسلم فقهی پذیرفته اند و حتی عده ای به اجماع استناد کرده (مراغه ای، میرفتاح، ۱۴۲۹، ص ۴۸۸) وان را مورد اتفاق همه فقها می دانند. اکثراً در عقلی بودن اقدام، تردید نکرده و معتقدند این یک قاعده ی عقلی است که هر فرد مسئول ضررهایی باشد که با اقدام مثبت خویش وارد نموده یا با اقدام منفی خود موجب بروز آن شده است؛ عقل و همه ی عقلا می پذیرند که هر گاه کسی به زیان خود اقدام کند کسی جز خود را نمی تواند سرزنش کند. (مصطفوی، ۱۳۹۴، ص ۴۹ و محمدی، ابوالحسن، قواعد فقه ص ۲۰۵) حقوقدانان نیز، با اصطلاح «خود کرده را تدبیر نیست» به حجیت اقدام صحه گذاشته اند؛ قاعده ای که در راستای اصول علمی اقتصاد بوده و از افزایش ضرر و زیان به جامعه می کاهد. به همین جهت است که در بعضی کتابهای اصولی از این قاعده در ذیل مباحث مستقلات عقلیه یاد کرده اند. (محمدی، ۱۳۸۵، ص ۲۱۲؛ نایینی، ۱۴۰۴، ص ۳۳۱) پس عقل مستقلاً و بدون نیاز به حکم شارع اقدام را حجت می داند. اما گاه در مواردی حجیت اقدام با شک و تردید روبرو شده است؛ به عنوان مثال شیخ انصاری در ذیل مبحث ما یضمن، حجیت اقدام را نفی کرده و می فرماید «دلیلی بر حجت آن نیافتیم». بعضی دیگر اجرای اقدام را مستلزم دور می دانند. (محقق عراقی، به نقل از بحوث فی العلم الاصول، ج ۵، ص ۴۷۵). حتی برخی از نویسندگان حقوق معتقد هستند که نمی توان به طور عام، اقدام را قاعده دانست بلکه فقط در مورد صراحت قانون می توان به آن استناد کرد چه قانونگذار عکس قاعده ی اقدام را نیز گفته است



و برای اثبات گفته‌ی خویش به ماده‌ی ۳۶۵ (منظورشان ماده ۳۶۶ قانون مدنی بوده است) قانون مدنی ارجاع داده‌اند. پس ولو آنکه دهنده‌ی عوض یا معوض آگاه از بطلان بیع بوده حرمت مال او ساقط نشده و کسی که مال را دریافت کرده باید به صاحب آن پس بدهد. لذا در این مورد قاعده‌ی اقدام پذیرفته نشده است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۸، ص ۲۱۵) بنابراین باید دید که آیا عقل به حجیت اقدام حکم می‌کند یا باید نظر علمای اخیر الذکر را پذیرفت و تنها اگر دلیل شرعی بر صحت اقدام یافتیم به آن عمل کنیم. اما قبل از هر چیز باید مشخص کرد که اقدام چیست؟ و در چه صورتی تحقق می‌یابد؟

۱- تعریف اقدام

معنای لغوی اقدام، «به کاری دست زدن»، «پیش رفتن در کاری»، «پیشی گرفتن» و نظایر آن می‌باشد و حتی عده‌ای آن را به معنای شجاعت و ترس نداشتن دانسته‌اند. (بجنوردی، ۱۳۷۵، ص ۲۶) اما در اصطلاح فقهی، اقدام آن است که کسی با علم و قصد و رضا ضرر یا ضمانی را بپذیرد (مصطفوی، سید محمد کاظم، ۱۳۷۰، ص ۴۸) به عبارت دیگر هر کس به ضرر خود نسبت به مال خود اقدامی کند در مورد اقدام وی کسی به نفع او ضمان و مسئولیتی ندارد و قانون از مقدم (اقدام کننده) حمایت نمی‌کند. صاحب عناوین در این باره می‌فرمایند: «اقدام آن است که مالک احترام مال خودش را ساقط نماید و بنا را بر عدم عوضیت و مجانیت بگذارد که در نتیجه آن، ضمان ساقط می‌شود؛ چنانکه کسی به دلخواه خودش مال خود را در معرض تلف قرار دهد یا آن را بلاعوض به دیگری بدهد خود احترام مال خود را از بین برده است و نمی‌توان دیگری را ضامن آن دانست. (مراغه‌ای، میرفتاح، ۱۴۲۹، ص ۴۸۸) هم چنانکه اباحه و هبه جایز است و مالک مالش را بدون انتظار گرفتن عوض به دیگران می‌دهد بدون اینکه غرامتی بر عهده‌ی طرف مقابل او باشد. هنگامی که فردی در امور تجاری با دیگری صلح می‌کند در واقع اقدامی انجام داده و اعم از اینکه به سود یا ضرر او باشد برای او الزام آوراست؛ هم چنانکه اگر کسی طلب خود را به مقدار کمتری صلح کند یا کلاً از آن صرف نظر نماید به ضرر خویش اقدام کرده است و نمی‌تواند خسارت وارده از این باب را از دیگری مطالبه نماید. یکی از محققین برای اقدام معنای سومی را (غیر از معنای لغوی و اصطلاحی در فقه) در نظر گرفته و آن را به حسن نیت تعبیر کرده است. به عبارت دیگر وضع فکری کسی که از روی اشتباه اقدام به عمل حقوقی می‌کند و تصور میکنند که عمل او بر وفق قانون است در حالی که مطابق قانون نیست، هر چند قانون در قبال آثار زیانبار آن عمل حقوقی تا حدودی از آن حمایت میکند (بجنوردی، ۱۳۸۹، ص ۲۷) این معنا با سابقه فقهی این قاعده و حتی ساختار نظام حقوقی ایران منطبق به نظر نمی‌رسد؛ اولاً در اقدام، شخص به ضرر یا ضمانی اقدام می‌کند که از لحاظ موضوعی آن را اسقاط احترام مال



خود و تحمل ضرر می داند نه اینکه بر اساس تصویری که از قوانین حاکم داشته است دست به چنین کاری زده باشد؛ ثانیاً در حقوق ایران بر خلاف حقوق کشورهای خارجی، اصل حسن نیت به عنوان یک اصل منسجم و اساسی پذیرفته نشده است و نمی توان در همه موارد به آن استناد نمود مگر در موارد خاصی که قانون خود بدان تصریح کرده است. در نتیجه، منظور از اقدام در این نوشتار آن است که هر شخصی مباشرة یا تسبیحاً به ضرر خود نسبت به حق مالی یا غیرمالی خود اقدامی نماید یا ضمانی را بپذیرد، در مورد تضییع آن حق یا پذیرش آن ضمان، فقط شخص وی مسئول است و لاغیر. این قاعده در راستای اصول اقتصادی و تجاری حرکت کرده و به سبب این همگامی یک قاعده اقتصادی محسوب می شود؛ چه، هدف کلیه قواعد اقتصادی افزایش منفعت و کاهش زیان است و هر عملی را که بر خلاف این مسیر حرکت کند محکوم کرده و از انجام دهنده آن حمایت نمی کند. اتلاف و ایراد خسارت به اموال خواه متعلق به دیگران و یا حتی خود اقدام کننده باشد به زیان اقتصاد جامعه در سطح کلان تمام می شود. نکته ی دیگری که در اینجا باید خاطر نشان کرد آن است که اکثر فقها از اقدام با عنوان مسقط ضمان یاد می کنند و آن را در ردیف احسان و استیمنان و ذیل عنوان مسقطات ضمان می آورند. (مراغه ای، ۱۴۲۹، ص ۴۸۷؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۱۶۵) لیکن بهتر است گفته شود که اقدام نه مسقط بلکه مانع ضمان است؛ در واقع موضوع ضمان، مرکب از ید و عدم اقدام مالک بر مجانیت است. به عبارت دیگر موضوع ضمان از موضوعات مفید است؛ یعنی موضوع ضمان، ید و استیلا بر مال غیر، مفید به عدم اقدام مالک به مجانیت است. شیخ انصاری (ره) نیز پس از آنکه دلیل اقدام را به عنوان دلیل مستقل نمی پذیرد آن را بیانگر نبودن مانع از مقتضای ید در اموال و احترام اعمال می داند. (انصاری، ۱۲۷۵، ص ۱۰۵) آنچه که مرکب بودن موضوع ضمان را تأیید می کند این است که تحقق ید قبل از تسلیط مالک بر مال و بعد از تسلیط مالک کفایت می کند. پس اگر دیروز بر مالی ید داشته باشد و امروز اقدام بر مجانیت بکند کفایت رفع ضمان می کند. پس در نتیجه اگر قبلاً اقدام بر مجانیت بکند اثری بر آن مرتبت نیست مگر با بقاء اقدام تا زمان ید. اقدام بر مجانیت بعدی که رافع ضمان است به علت مرکب بودن موضوع، ضمان نیست بلکه به جهت این است که با اقدام، استیلای غیرمجاننی از جهت بقاء به استیلای مجاننی تبدیل می شود و این باعث رفع ضمان می شود.

۲- اثبات حجیت اقدام

برای اثبات حجیت اقدام علاوه بر اخبار و روایاتی که در این زمینه به آنها استناد شده است از قبیل «لا یحل مال امرء الا بطیب نفسه» و حدیث سمره بن جندب و... به اجماع فقها و نیز بنای عقلاستناد شده است. دلالت روایات موجود بر حجیت اقدام، صریح نیست و اجماع نیز نه یک اجماع اصولی، بلکه مدرکی دانسته شده است. در واقع اگر ما نحن فیه یک مسئله ی عقلایی باشد مجالی برای



تمسک به اجماع و تعبد شرعی وجود ندارد. (محمدی، ۱۳۸۵، ص ۲۰۵؛ بجنوردی، ۱۳۸۹، ص ۳۰؛ دار اب پور، ۱۳۷۷، ص ۹۷) اما سخن بر سر عقلی بودن این قاعده است که در صورت اثبات در هر موردی بدون نیاز به حکم شارع می توان به آن استناد نمود. در این مورد می توان بنای عقلا، عموم تسلیط و قدرت، اسقاط حق، روایی ضرر، رابطه علیت و... را خاطر نشان نمود که ادله موخر بر بنای عقلا به عنوان تقویت کننده‌ی آن، مورد بررسی و توجه قرار گرفته‌اند تا ارتباط بنای عقلا را با دلیل عقلی تقویت و مسجل نمایند.

۲-۱- بنای عقلا

از مهمترین دلایل برای اثبات حجیت اقدام، بنای عقلا و اثبات عقل است. قطعاً منظور کسانی که دلیل برای احراز قاعده‌ی اقدام نیافته‌اند دلیل نقلی است و الا عقل سلیم نمی تواند ورود چنین قاعده‌ای را نفی کند. کسی که اقدام به ضرر خویش می کند به طور ذاتی و نفسانی ملتزم به افعال و اعمال خود گردیده است. عقلا در چنین موردی فقط شخص وی را مسئول می دانند و لا غیر. از جانب شارع هم نهی و منع از این سیره عقلا ثابت نشده است. بنا بر این از آن بدست می آید که او با عقلا هم مسلک است زیرا او از جمله عقلا و بلکه رئیس آنان است. یکی از علما در این باره بیان می دارد: «باید بگوییم فردی که بالغ و رشید است و با علم و اراده بر علیه خود بر امور مالی اقدام نماید در واقع اقدام مجانی بر ضرر خود کرده و احترام مال خود را ساقط کرده است. در چنین مواردی که خود شخص اقدام بر ورود ضرر بر مال خود بکند عقلا بما هم عقلا، هیچ گونه مسئولیتی را برای شخصی که این عمل را انجام داد. قائل نیستند و قهراً شرع هم به مقتضای قاعده‌ی ملازمه (کل ما حکم به العقل حکم به الشرع) مسئولیتی نمی بیند. از این رو به طور صریح قاعده اقدام از موارد معافیت و عدم مسئولیت مدنی محسوب می شود.» (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۹، ۳۲) همان طور که در مطلب فوق مشاهده می شود بنای عقلا مستند حجیت قاعده اقدام قرار داده شده است و سپس بنای عقلا مساوی با دلیل عقلی دانسته شده است و تلامح حکم شرع با آن حاصل شده است. حقیقت آن است که در موارد متعددی فقها، بنای عقلا و دلیل عقلی را به جای یکدیگر به کار برده‌اند، اما علی رغم تشابه ظاهری موجود میان این دو دلیل، باید پذیرفت که دلیل عقلی برهانی است نظری و کشف حکم یا موضوع مستقیماً توسط عقل انجام می پذیرد، (صفری، ۱۳۸۷، ص ۱۹۴) اما بنای عقلا حکایت از عمل و رفتار خردمندان دارد. تفاوت عملی این تفکیک نیز آن است که دلیل عقلی به ویژه اگر مستقل عقلی باشد بدون نیاز به حکم شارع حجت است اما بنای عقلا وقتی حجت است که مورد تأیید شارع قرار گرفته، یا حداقل مورد ردع و منع شارع نباشد. بنای عقلا وقتی دلیل عقلی محسوب می شود که مبنای عقلی، نه تعبدی، داشته باشد به عنوان مثال قاعده صحت، به دلیل بنای عقلا حجت است و مبنای عقلی آن



غلبه، صلاح یا حفظ نظام جامعه و طبیعت افعال است. صاحب نهاییه الدرایه برای اثبات حجیت عقلی اقدام و دلیل عقلی محسوب شدن بنای عقلا می گوید: «اینکه بگوییم قاعده دفع ضرر یک قاعده عقلی است هیچ معنایی ندارد مگر این که مفاد حکم عقلی عملی یا بنای عملی عقلا مورد نظر باشد از آنجا که عاقله هیچ اثبات و منعی در مورد آن وجود ندارد بلکه شان آن صرف تعقل است. و از آن فهمیده می شود که حکم عقلی ارشادی هیچ معنایی ندارد (۱) بلکه ارشادی بودن در قبال مولوی بودن از خصوصیات امر است و از آنجا که نه جعلی و نه منعی و نه معنایی برای ارشادی بودن حکم عقلی وجود ندارد پس لامحاله معنی حکم عقلی اذعان عقل به قبح اقدام بر ضرر است. (بر اساس و ملاک قبح و حسن عقلی) و بارها گفته شده است که قبح و حسن عقلی در محل بحث ما فعلی است که نزد عقلا تحسین و تقبیح شده است. از طرف دیگر ملاک و معیار بنای عقلا برای مدح فاعل بعضی از افعال و ذم فاعل بعضی دیگر از افعال این است که اولی (مدح بعضی افعال) دارای مصلحت عامی است که موجب حفظ نظام است و دومی دارای مفسدتی است که موجب اختلال نظام می شود. (منبع پیشین، ص ۴۶۷) به نظر می رسد قبح عقلی اقدام به دلیل ضرری است که از اقدام بر جامعه وارد می شود و به دلیل همین مفسدت که موجب اختلال نظام می شود از نظر عقلا قبیح است. ممکن است ایراد کنید که مالک فقط به خودش ضرر رسانده است و به دیگران و جامعه لطمه ای وارد نشده است و او اختیار هر گونه تصرف در اموال خویش را داراست. اما در پاسخ باید گفت که هر چند به طور مستقیم به خود مالک ضرر وارد شده است اما به طور غیرمستقیم اگر افراد به خودشان ضرر برسانند از منابع و دارایی های جامعه نیز کاسته شده و بالتبع به کل نظام لطمه وارد می شود. و به همین دلیل عقلا چنین کاری را قبیح می دانند و کمترین اثر این قبح آن است که حقوق از اقدام او حمایت نکند و دیگران را به نفع او مسئول نداند. از طرف دیگر انسان عاقل و ذی شعور از آنجا که ذاتاً نفس و مال خود را دوست دارد، از ضرر فرار می کند و هیچ عاقلی خود به استقبال ضرر نمی رود و اقدام به ضرر نمی کند. پس اگر چنین کاری کرد عقل عملی چنین کاری را ذم و نکوهش می نماید و به او حق نمی دهد که از دیگران جبران خسارت بخواهد. در نتیجه بنای عقلا در این مورد بر خلاف سایر موارد مشهور به حسن و قبح عقلی مرتبط است و دلیل عقلی محسوب می شود. اما بنای عقلایی که در مورد عمل به خبر واحد یا عمل به ظاهر یا نظایر آنها وجود دارد از یک حکمت نوعی، در نظر عقلا ناشی می شود که آنها را به عمل به خبر یا ظاهر دعوت می کند و ارتباطی به حسن و قبح عقلی ندارد. محقق نایینی هم در قواعد الاصول فرموده است که «... عقل مستقلاً به قبح اقدام بر ضرر شخصی و نه ضرر نوعی حکم می کند» (نایینی، ۱۴۰۴، ص ۳۳۱) وی می افزاید که فوت مصلحت و وقوع در مفسدت ضرر محسوب می شود و باید از آن تحرز کرد و عقل، اقدام بر آن را قبیح می داند، اما اگر از فوت مصلحت حد اکثر عدم النفع حاصل شود عقل مستقلاً به قبح اقدام بر آنچه از آن فوت منفعت حاصل میشود



حکم نمی‌کند. از طرف دیگر هر مفسده‌ای ضرر محسوب نمی‌شود تا عقلاً، اقدام به آن قبیح باشد مگر آنکه بگوییم دفع مفسدت مثل دفع ضرر، عقلاً واجب است هر چند مفسدت از افراد ضرر نباشد. به هر حال نایینی در مجموع می‌پذیرد که اقدام به ضرر عقلاً قبیح است و لذا به دلیل عقل، حجت است و مانع از ضمان و دعوی مسئولیت می‌گردد. چرا که وقتی دفع ضرر احتمالی عقلاً پسندیده است اقدام به ضرر مسلم به طریق اولی قبیح است. میرزا حسن موسوی بجنوردی نیز در مقام دفاع از این عقیده می‌گوید: «... لان العاقل لا یقدم علی ضرر نفسه خصوصاً اذا علم آن هذا العمل لغو لا اثر له...» (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۹، ص ۵۶)

۲-۲- عموم تسلیط و قدرت:

این دلیل نیز یک دلیل عقلی محسوب می‌شود؛ به دلیل عقل، صاحب حق یا ملک هر تصرفی می‌تواند در آن انجام دهد. مالک می‌تواند به هر صورتی که بخواهد که در مال خویش تصرف کند و به هر طریق حلال و مشروع در ملک خود عمل کند، مثل آنکه آنرا به ثمن بخرس بفروشد یا به طور بلاعوض هبه کند. به عبارت دیگر مالک اختیار دارد هر اقدام متعارفی در خصوص اموال خویش انجام دهد. هر چند این اقدام موجب ضرر وی شود. چنانچه با علم به معیوب بودن مبیع آن را بخرد دیگر نمی‌تواند عقد را فسخ کند، یا از او ارش بخواهد. از اینکه مالک اختیار مطلق برای هر گونه تصرفی در مال خود دارد، می‌توان نتیجه‌گیری کرد که هر کس اقدامی راجع به حقوق یا اموال خویش نماید مسئول است چه خود آن را از بین ببرد و چه زمینه را برای از بین بردن آن توسط دیگران فراهم نماید (بالتسبیب) (مصطفوی، ۱۳۹۴، ص ۳۹) به نظر می‌رسد بر این استدلال خدشه‌هایی می‌توان وارد کرد: اولاً کسی را نمی‌توان به خاطر تصرف در مال خویش مسئول دانست چون هیچ کس در مقابل خود نمی‌تواند مدیون باشد. به عبارت دیگر، مسئولیت، تعهد به جبران خسارت زیان‌دیده است و تعهد همواره به دو شخص قائم است: متعهد و متعهد له، اتحاد متعهد و متعهد له محال است. بنابر این اگر کسی مال خود را تلف کرد یا ضرری به خودش وارد آورد، حداکثر آن است که کسی مسئول این اتلاف یا خسارت نیست. نه آنکه مالک مسئول باشد. ثانیاً در همه موارد این استدلال صدق نمی‌کند. به عنوان مثال اگر کسی گوسفندان خود را در جاده‌ای رها کند و بدین ترتیب به ضرر خود اقدام کند و اتومبیلی که با سرعت زیاد در حال حرکت است با آنها برخورد کند، چگونه می‌توان گفت که مالک به دلیل اختیار مطلق خود در تصرفاتش، خود مسئول است و راننده‌ی اتومبیل مسئول نیست. به عبارت دیگر عقل نمی‌تواند به دلالت عموم تسلیط و قدرت مالک حکم به عدم ضمان دیگران که در ورود خسارت نقش داشته‌اند بدهد.



۲-۳- اسقاط حق

هر صاحب حقی می تواند از حقوق خویش صرف نظر کند. مالک نیز می تواند حق خود را نسبت به مال خود ساقط نماید. اگر وی به چنین اقدامی مبادرت ورزد، متصرف در مال مذکور ضامن تصرف در آن وحتى تضييع آن حق نخواهد بود. در نتیجه هرکس حق خود را چه مالی، چه غیر مالی اسقاط نماید به ضرر خود اقدام کرده است و نمی تواند از بابت خسارت وارده به دیگری مراجعه نماید. حق اگر عینی باشد اسقاط آن اعراض و اگر دینی باشد اسقاط آن ابراء است و نتیجه هر دو حالت اقدام، به زیان خود صاحب حق است. این دلیل عقلی نیز خالی از اشکال نیست. اسقاط حق یک عمل حقوقی و ایقاع است. در نتیجه به قصد آنشا نیاز دارد و شخص بایستی با علم و آگاهی و اراده حق خود را ساقط کند. بدین ترتیب تقصیر ساده و غیر عمدی زیان دیده را نمی توان مفید اسقاط حق و اقدام به ضرر خویش دانست. البته در بعضی تعاریف از اقدام به لزوم وجود عنصر علم و قصد و رضا تصریح شده است، (۲) اما اگر عنصر علم و اراده در تعریف اقدام اخذ نشده باشد، استناد به دلیل اسقاط حق برای اثبات حجیت اقدام، قلمرو این قاعده را محدود خواهد نمود. از طرف دیگر در این استدلال مشخص نشده است که منظور از حق چیست؟ آیا منظور حق، اصلی است که گویی مالک از حق مالکیت خود اعراض کرده است یا اینکه از حق ملکیت خود نگذشته و تنها در صورت وقوع زیان به اموالش از طرف دیگران، از حق مطالبه خسارت صرف نظر کرده است. وانگهی اگر مقصود زیان دیده اسقاط حق پیش از ورود خسارت (که معمولاً نیز این چنین است) اسقاط مالیم يجب خواهد بود چرا که اسقاط حق همانطور که گفته شد یک عمل حقوقی است و هر عمل حقوقی لزوماً باید نسبت به موضوعی که موجود است صورت بگیرد.

۲-۴- روایی ضرر:

بعضی از نویسندگان حقوقی در موارد متعدد برای مسقط ضمان بودن اقدام، به ناروایی ضرر استناد نموده و گفته اند: «مسئولیت مدنی وسیله ای برای جبران ضرر است و ضرری باید دفع شود که در دید قانونگذار یا عرف ناروا باشد. آنچه را شخص خود به استقبال آن می رود نباید ناروا نامید. پس قانونگذار نباید از کسی که خود پذیرای خطر می شود حمایت کند و زبانی که از اقدام شخص به او می رسد به تدبیر رفع نمی شود.» (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۲۰۸) اما همانطور که خود ایشان در قسمت دیگری از تألیفات خود تصریح کرده اند ناروایی در مفهوم تقصیر اخذ شده است و این تقصیر است که موجب ضمان افراد می شود، در حقیقت نباید به روا یا ناروا بودن ضرر توجه کرد، چه ضرری که از نظر عرف روا باشد یا عرف به تسامح از آن بگذرد ضرر محسوب نمی شود. اما ایراد دیگر این استدلال آن است که تنها در مسئولیت های مبتنی بر تقصیر می توان به اقدام، برای سقوط ضمان استناد نمود و در



مسئولیت محض یا مبتنی بر ایجاد خطر از آنجا که تقصیر شرط تحقق ضمان نیست تا توسط اقدام زیان دیده زایل گردد شخص مسئول در هر حال مسئول باقی می ماند.

۲-۵- نبودن رابطه سببیت میان فعل عامل زیان و ضرر مالک :

عقل کسی را ضامن می داند که خسارت وارده از فعل او حاصل شده باشد و معلول منتسب به علت خود باشد. وقتی که شخص به زیان خود اقدام می کند عقل با احراز رابطه علیت میان فعل زیان‌دیده و ورود ضرر، شخص دیگری را ضامن نمی داند. در واقع زیان‌های ناشی از هر کار باید دامنگیر مرتکب آن شود و هر کس در گرو اعمال خود باشد و کسی را نباید به خاطر عمل دیگران مؤاخذه کرد. در نتیجه علاوه بر این که کار مقدم، امری است خلاف متعارف و بنای عقلا، اقدام را از اسباب سقوط ضمان می داند، باید از نظر عقل و عرف رابطه‌ی سببیت میان اقدام و ورود ضرر نیز احراز گردد. عده‌ای از فقها به نحو دیگری به وجود رابطه‌ی سببیت میان فعل مقدم و ورود ضرر اقرار نموده‌اند. اینان از قول شیخ انصاری علت حجیت اقدام را در این می دانند که قاعده‌ی لاضرر برای نفی ضرری وضع شده است که منتسب به حکم شارع باشد مثل جایی که حکم لزوم عقد موجب ضرر خریدار یا بایع می شود و به موجب لاضرر این لزوم نفی می گردد. اما اگر زیان‌دیده خود اقدام به ضرر کرده باشد در این صورت ضرر مستند به حکم شرعی به نحوی که حکم شارع جزء اخیر علت تامه‌ی ضرر باشد، نخواهد بود بلکه ضرر مستند به اقدام مشتری می باشد و حکم شارع از مقدمات اعدادی ضرر است و با قاعده‌ی لاضرر نفی نمی شود. زیرا آن چه با قاعده‌ی لاضرر مرتفع می گردد حکمی است که ضرر مستند به آن است هم چون معلولی که به جزء اخیر علتش، مستند است. بر این سخن ایراد گرفته‌اند که به عنوان مثال ضرر بر اقدام مشتری بر خرید مترتب نمی شود و صرفاً بر حکم شارع به صحت یا لزوم عقد بعد از اقدام به خرید عنوان ضرر مترتب می شود. لذا حکم شارع جزء اخیر علت ضرر است. صاحب منق‌ی الاصول وجه تفصیل بین دو صورت علم به غبن و جهل به غبن را در این می داند که لاضرر برای نفی ضرری وضع شده است که از خصوص غیر صادر شده است (یعنی فقط غیر موجب ضرر می شود) و در صورت علم به ضرر در معامله ضرر به خصوص بایع منتسب نیست آن چنان که در صورت مشتری این چنین است (که ضرر فقط از فعل بایع صادر شده است) بلکه ضرر به هر یک از بایع و مشتری به نحو اشتراک استناد دارد.



۳- نقد حجیت اقدام:

مهمترین مصداق اقدام در ضمان مقبوض به عقد فاسد است که به شدت مورد مناقشه‌ی فقها قرار گرفته است. در حقیقت به موجب قاعده‌ی «ما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده و ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده» ضمان در صورت فساد عقد تابع ضمان در صورت صحت آن است. بهر حال، مراد از ضمان لزوم و وجوب تدارک بدل است، بدل گاه بدل جعلی و قراردادی است که منظور همان عوضی (عوض المسمی) است که مالک و قابض بر آن تراضی و شارع آن را تأیید نموده است و گاه بدل واقعی است که منظور پرداخت مثل یا قیمت است و این در صورتی است که عقد مورد امضا شارع قرار نگرفته و بدل جعلی تلف شده باشد. (۳) به هر تقدیر عمده دلیل حجیت این قاعده، اقدام است به گونه‌ای که شیخ طوسی در تمام مصداق مقبوض به عقد فاسد با استناد به قاعده‌ی اقدام حکم به ضمان قابض نموده است. تتبع در کتب فقهی نیز کاملاً آشکار می‌سازد که از زمان شهید اول تا زمان شیخ انصاری تمامی فقها تصریح نموده‌اند که مستند قاعده ما یضمن، قاعده‌ی اقدام است. (تولیت، ۱۳۷۵، ص ۷۱). استدلال فقها بدین نحو است که در عقود معوض، بلکه مطلق معاوضات، شخص قابض خود تعهد نموده است که در مقابل نفعی که عاید او می‌شود عوضی را بپردازد. به عبارت دیگر شخص قابض به طور مجانی و بلاعوض اقدام به قبض مال ننموده بلکه اقدام او به قبض و اخذ مال بطور معوض و مقید به پرداخت عوض معین بوده است و به دلیل همین اقدام به ضمان مسمی است که وقتی عوض قراردادی به دلیل بطلان عقد مورد امضا شارع قرار نگیرد، قابض ضامن عوض واقعی یعنی مثل یا قیمت تالف است. اما شیخ انصاری به این استدلال ایراد می‌کند که: اولاً اقدام نیز مانند دلیلی است که ما دلیلی بر حجیت آن نیافتیم. ثانیاً طرفین به ضمان مسمی و عوض قراردادی اقدام کرده‌اند نه به ضمان واقعی و شارع نیز ضمان مسمی را امضا ننموده است، ضمان واقعی نیز مرضی الطرفین نبوده و مورد اقدام متعاقدين قرار نگرفته است. به عبارت دیگر آن چه طرفین به آن اقدام نموده‌اند واقع نشده و آنچه مورد ادعاست (عوض واقعی) مورد اقدام نبوده است. (ما قصد یقع وما وقع لم یقصد) ثالثاً قاعده‌ی اقدام عکساً و طرداً قابل نقض است (یعنی گاه اقدام به ضمان وجود دارد اما شخص شرعاً ضامن نمی‌باشد؛ مثل آنکه بر مستاجر شرط شود حتی در صورت عدم تعدی و تفریط ضامن عین مستاجر است و ما اجتهاداً یا تقلیداً بگوییم که این شرط فاسد و مفسد است و عین نزد مستاجر بدون تقصیر تلف شود هر چند مستاجر اقدام به ضمان کرده است اما او را ضامن نمی‌دانیم و گاه اقدام به ضمان وجود ندارد ولی ضامن تلقی می‌شود؛ مثل آن که کسی مالش را به ثمن بخش یا بدون عوض فروخت مشتری هم قبض کرد اگر بیع فاسد باشد مشتری ضامن است و باید عین یا مثل و قیمت را در صورت تلف رد کند هر چند اقدام به ضمان نکرده است. (انصاری، ۱۲۷۵، ص ۱۰۳) البته شیخ انصاری در مقام توجیه استدلال شیخ طوسی می‌افزاید که دلیل اقدام به تنهایی برای اثبات



ضمان کافی نیست، بلکه باید به ضمیمه‌ی قاعده‌ی علی الید و به منظور بیان عدم مانع مورد استناد قرار گیرد. به بیان دیگر اقدام علت تامه برای ضمان قابض نیست بلکه جزء سبب و به منزله‌ی مانع از عدم جریان قاعده‌ی ضمان ید است. چرا که اذن مالک به قابض مانع جریان قاعده‌ی علی الید است و ید مأذونه تخصیصاً از عموم ضمان ید خارج است و استناد به اقدام برای بر طرف نمودن مانع ضمان است و اذن مالک نه برای تصرف مجانی بلکه مقید به لزوم پرداخت عوض از سوی متصرف یعنی « اذن مع التضمین » بوده است. و اقدام قابض به پرداخت عوض مانع را بر طرف و علی الید تأثیر خود را می‌گذارد. (۴)

۴- جمع قول شیخ انصاری با قول مشهور:

به نظر می‌رسد که با توجه به مطالب فوق الذکر ایراد شیخ انصاری خدشه‌ای بر حجیت اقدام وارد نمی‌کند و فرمایش ایشان به دلایل زیر با قول مشهور منافاتی ندارد:

الف اقدام دارای دو معنی یا دو وجه است و صاحب نظران همواره تنها به یکی از این دو وجه نظر داشته و نتوانسته‌اند با تفکیک این دو از یکدیگر به تبیین نظریه عمومی از اقدام بپردازند. وجه اول آن است که از ناحیه غیر مالک اقدامی بر ضمان مال کسی گردد، چنین اقدامی از موجبات ضمان است مانند همه عقود معوضی که قابض اقدام به ضمان مقبوض به مسمی می‌کند و اگر مسمی به علت فساد عقد درست در نیاید ضمان به مثل یا قیمت تعلق می‌گیرد. این همان وجهی است که شیخ طوسی اتخاذ کرده است. (مکاسب محشی، ص ۷۲) اما وجه دوم آن است که شخص احترام مال خویش را اسقاط نماید و بنا را بر عدم عوضیت بگذارد که در این حالت ضمان دیگری ساقط می‌شود. به عبارت دیگر اقدام اولی موجب ضمان بود (که از ناحیه‌ی غیر مالک بر ضمان مالک صورت گرفت). ولی اقدام دومی رافع ضمان است. شیخ انصاری تنها وجه اول را مورد مناقشه و شک و تردید قرار داده است اما وجه دوم را همان طور که پیش از این ملاحظه گردید مورد قبول و استناد قرار داده است.

ب در مورد وجه اول باید گفت واژه‌ی ضمان به طور مطلق به معنای لزوم تدارک عوض واقعی است چرا که تدارک حقیقتاً در همین معنا به کار می‌رود، اما تدارک به غیر عوض واقعی از طریق دیگری مثل تراضی طرفین به عقد صحیح و امضاء شارع ثابت می‌شود. بنابر این ضمان جعلی اگر موضوع اقدام قرار گیرد، اقدام به ضمان به معنای حقیقی خود به کار نرفته است، بلکه در تمام عقود معوض هر یک از طرفین تعهدی را بروی خود می‌پذیرند و نمی‌توان گفت در همه موارد به ضرر خود اقدام کرده‌اند. در حقیقت در مفاد اقدام تحمل ضرر وجود دارد. چه اقدام به ضرر باشد و چه اقدام به



ضمان (در مورد اخیر به این علت ضرر می کند که تدارک باید از محل مال اصلی او انجام شود و این موجب نقصان در اموال او میشود) اما در اقدام به عوض المسمی ضرری وجود ندارد و ضرر با عوض مقابل آن جبران می شود.

ج بر فرض آنکه اقدام به عوض المسمی را اقدام به معنای اصطلاحی و حقیقی خود بدانیم (چون با توجه به اینکه مقدم در قبال پذیرش تعهد، عوض متقابل را بدست می آورد و بنا بر مجانیت و عدم عوضیت نگذاشته است) نمی توان از آن اقدام به عوض المثل را استنباط کرد چرا که به آن توجهی نداشته اند. بلکه تنها اقدام بر ضمان مسمی و قراردادی ثابت می شود که صحت آن از همان دلایلی که بر صحت تعهدات دلالت می کنند بدست می آید. از این روی محقق غروی در حاشیه مکاسب اقدام را به دلیل بیع نافذ دانسته است (۵) و در مورد حدود کاربرد قاعده اقدام فرموده است (۶) که حد اقدام در تملیک و ضمان همان حد بیع است.

د اگر آنها عالم به فساد معامله باشند و با این وجود هر یک به دادن مال خود به طرف مقابل اقدام کنند در این صورت می توان گفت هر یک از طرفین به اتلاف مال خود اقدام کرده است در حالی که این نتیجه بر خلاف منظور استناد کنندگان به اقدام است چون آنان با اقدام ضمان قابض را ثابت می کنند لیکن با استدلال اخیر ضمان قابض ساقط می شود. از طرف دیگر حتی در صورت علم به فساد معامله، طرفین عقد بنا را بر معاوضه ی دو مال هر چند به صورت ظاهری گذاشته اند و نمی توان گفت که به اتلاف مال اقدام کرده اند.

هـ همان کسانی که به اقدام قابض استناد کرده اند و او را ضامن می دانند در فرضی که خریدار با علم به فضولی بودن بایع ثمن را به او پرداخته و تلف شده است پس از رد مالک، به دلیل اقدام خریدار به ضرر خود حق رجوع به بایع را به او نمی دهند. در حالی که در فضولی خریدار انتظار اجازه ی مالک را می کشد. اما در اینجا طرفین به فساد معامله علم دارند. (صاحب عناوین پاسخ این ایراد را این چنین می دهد که خریدار در بیع فضولی مالش را به کسی می دهد که عوض دیگر متعلق به او نیست و می داند که صاحب مال آن را از او می گیرد بر خلاف این مورد که او مالش را به ازاء مال دیگری می پردازد و هر چند معاوضه باطل است اما او به خصوص عوض اطمینان دارد). (مراعی، ۱۴۲۹، ص ۴۶۰)

و اینکه شیخ انصاری می فرمایند «دلیلی بر حجیت اقدام نیافتیم» منظورشان دلیل لفظی است چرا که نص صریحی بر حجیت اقدام وجود ندارد. اما همان طور که پیش از این اثبات شد اقدام جزء مستقلات



عقلیه است و با وجود حکم عقل نیازی به تأیید شارع نیست. آیت الله خویی در این باره معتقدند ثبوت ضمان به قاعده اقدام به ضمیمه‌ی استیلاست که سیره عقلا بر آن استقرار پیدا کرده است بی آنکه شارع آن را رد کند، به خصوص آنکه این سیره متصل به زمان معصوم است. (خویی، ۱۳۹۰، ص ۳۵) از طرف دیگر شیخ به دلیل عقلی اعتنا و توجه خاصی نداشته است و دلیل عقلی را در زمره دلایل احکام بیان نکرده و بحث مستقلی را به آن اختصاص نداده‌اند بلکه صرفاً در میان مباحث خود اشاره‌ای گذرا داشته و گاه مثال‌هایی را ذکر کرده‌اند. (صفری، ص ۲۰۸)

ز صاحب عناوین که به تفصیل و بیشتر از سایر کتب فقهی اقدام و مصادیق آن را مورد بررسی قرار داده است اصل قاعده ما یضمن را از عکس آن (مالایضمن) جدا کرده و فقط عکس را بر خلاف اصل (که در عنوان مقبوض به عقد فاسد آمده است) در ذیل قاعده اقدام بررسی کرده است که این خود قرینه است که قاعده اقدام فقط در مورد عکس قاعده صادق است. اثبات حجیت مالایضمن با قاعده‌ی اقدام به این دلیل درست است که بر خلاف مطالب فوق الذکر اقدام را نباید مقید به فرض صحت عقد کرد بلکه مالک در هر صورت بنا را بر این گذاشته است که اگر مال در دست قابض تلف شود هیچ ضمانی بر او نیست و بر او تسلطی ندارد و به آن رضایت دارد خواه عقد صحیح باشد یا باطل. نتیجه آنکه چون در ذات اقدام به ضمان نیز ضرر وجود دارد و در اقدام به عوض المسمی ضرری وجود ندارد (چون معوض را قبض کرده است) اقدام به عوض المسمی اقدام حقیقی نیست و اگر مسامحتاً آن را اقدام بدانیم موجب اقدام به عوض واقعی نمی‌شود؛ زیرا ضمان واقعی نه تنها مقصود طرفین نبوده است بلکه اگر هم باشد تاثیری ندارد، چه ضمان از حکم شارع ناشی می‌شود.

۵- اقدام در حقوق خارجی

۵-۱- اقدام در حقوق کامن لا:

قاعده‌ی تقصیر مشترک (۷)

در کامن لا قاعده‌ی وجود دارد که به موجب آن زیان دیده‌ی که در اثر تقصیر خود در ایجاد ضرر دخالت داشته است نمی‌تواند از این باب مطالبه خسارت کند که به تقصیر مشترک مشهور شده است. مفاد این قاعده در حقوق رم نیز وجود داشته است و هنوز هم آثاری در حقوق اروپایی دارد چرا که رابطه‌ی مستقیم با سببیت در ایجاد خسارت دارد، هر چند از نظر اصولی مفهوم محدودتری از شرکت در خطا دارد و ناظر به موردی است که تقصیر زیان دیده علت منحصر حادثه



و عمدی باشد. (Prosser, William, 1971, p441) تقصیر مشترک یک دفاع کامل و تمام عیار است و عامل زیان با استناد به آن کاملاً از مسئولیت معاف می شود ولی با تصویب قانون اصلاحی تقصیر مشترک انگلستان، مصوب ۱۹۴۵ که اقتباسی از قانون کنوانسیون های دریایی (maritime convention) مصوب ۱۹۱۱ است، این قاعده تعدیل شد.

مطابق بند اول ماده ۱ قانون اصلاحی تقصیر مشترک «در هر مورد که شخص در نتیجه تقصیر خود و دیگری متحمل زانی شود، دعوای ضرر و زیان فرد مزبور به دلیل تقصیر زیان دیده منتفی و ملغی نمی شود، بلکه زیانهای قابل وصول در حدی که دادگاه با توجه به سهم مدعی از مسئولیت (میزان مداخله و تاثیر تقصیر مدعی در ورود زیان) عادلانه و منصفانه بداند کاسته خواهد شد.» (cit.p) (Prosser, 1941) این تغییر رویه به دلیل انتقاداتی بوده است که بر قاعده اشتراک خطا وارد شده است که چرا باید خطای زیان دیده موجب معاف شدن خواننده از مسئولیت شود؟ اجرای قاعده مستلزم این است که زیان به دلیل مکافات تقصیری که مرتکب شده است، نتواند خسارت بگیرد ولی اشخاص دیگری که در ایجاد ضرر دخالت داشته اند هیچ مسئولیتی به عهده نگیرند. هر چند تقصیر مشترک در مفهوم سنتی خود با قاعده ی اقدام کاملاً منطبق است اما بر خلاف نظر حقوقدانان ما علی رغم تغییراتی که در این قاعده (تقصیر مشترک) صورت گرفته است از قاعده اقدام فاصله نگرفته است. در واقع در قاعده اقدام نیز زیان دیده از گرفتن خساراتی محروم است که از خطا یا فعل او حاصل شده است. بنا بر این اگر تنها بخشی از خسارات وارده منسوب به فعل زیان دیده باشد او از خسارت مربوط به آن بخش به دلیل اقدام خود محروم است و لزومی ندارد که اقدام زیان دیده علت منحصر حادثه باشد. هر چند در این صورت او حق گرفتن هیچ خسارتی نخواهد داشت. این استنباط با توجه به بنایی که برای اثبات حجیت اقدام برگزیدیم (رابطه سببیت) به خوبی توجیه میشود. این قاعده در حال با قاعده اقدام تفاوت دارد:

- ۱- زیان دیده باید در خطا شرکت کرده باشد و شامل موردی که تقصیر زیان دیده علت منحصر خسارت وارده است نیست. در حالی که اقدام هر دو مورد را شامل می شود.
- ۲- تقصیر مشترک تنها در جایی کاربرد دارد که زیان دیده در وقوع حادثه ی زیانبار یا اضرار به خود عمد دارد. اما در لزوم وجود عمد برای تحقق اقدام اتفاقی میان علمای ما وجود ندارد. چه بسا در مواردی تقصیر غیر عمدی یا صرف دخالت زیان دیده در وقوع خسارت موجب تحقق اقدام شده است (بویژه اگر مبنای حجیت اقدام را صرف رابطه ی سببیت میان خطای او و خسارت بدانیم). اما علی الاصول باید پذیرفت که در اقدام نیز وجود عنصر علم و اراده از سوی زیان دیده (عمد) ضرورت دارد. و این امر با استقرار در قوانین بدست می آید. اشتراط عمد در تحقق اقدام از سوی فقها در موارد متعدد مثل اعراض، ترعات، علم به عیب مبیع، علم به غبن و... شاید به خاطر پذیرفتن اثر شدید



اقدام (اسقاط ضمان) است که در فروض تقصیر عادی و غیر عمدی زیان دیده، با قواعد ضمان قهری، در تسبیب ضرر معارض خواهد بود. در واقع وجود علم و عمد می‌تواند هر گونه رابطه سببیت دیگر را قطع کند و خود به صورت منحصر و ورود زیان از نظر عرفی در آید. به نظر می‌رسد که این گرایش برای اشتراط عمد در اقدام از آن جهت است که ترتب چنین اثر شدیدی بر قاعده اقدام را طبیعی و قابل دفاع سازند (زیرا سقوط ضمان با نیازهای عصر حاضر که دوران صنعتی شدن است سازگاری کافی ندارد). (جنیدی، ۱۳۸۰، ص ۶۰)

قاعده مقابله با خسارت (۸)

در حقوق کامن لا قاعده‌ی وجود دارد که به موجب آن در صورت کاهلی زیان دیده در کاهش زیان، او از در یافت خسارت بابت آن بخش از زیان که مورد احتراز قرار نگرفته است به طور کامل منع می‌شود. (Honore A.M. ۱۹۷۱. P. ۹۴) بدین ترتیب آنها بین کاهلی که در ابتدا در احتراز از زیان می‌شود و کاهلی که پس از وقوع حادثه زیانبار، جهت تقلیل زیان می‌گردد، تفاوت قائل می‌شوند و اولی را تحت شمول قاعده شرکت در خطا قرار می‌دهند و دومی را تحت حکومت قاعده مستقلی می‌دانند که از آن، گاه به قاعده تقلیل خسارات (Mitigation of damages) و گاه به نظریه نتایج قابل اجتناب (doctrine of avoidable Consequences) یاد می‌کنند. پس اگر زیان دیده از نقض قرارداد از مقابله با خسارات با وجود امکان آن خود داری نکند اقدامی به ضرر خود نموده است. او می‌بایست برای جلوگیری از ورود خسارت به خویش کوششهای لازم را معمول می‌داشت. و خسارات را رفع یا به حداقل می‌رسانید. حال که چنین نکرده کسی جز او مسئول خسارات وارده نیست. بخش ۳۳۶ از مجموعه قوانین امریکا در قسمت مربوط به قراردادها می‌گوید: «بابت ضرری که خواهان پیش بینی می‌کرده است و می‌توانسته است با کوشش متعارف و بدون تحمل خطر یا هزینه از آن اجتناب کند نمی‌توان خسارت در یافت کرد.» اما آیا این قاعده منطبق با قاعده‌ی اقدام در حقوق ایران است؟ دو اشکال در این زمینه ممکن است مطرح گردد:

۱- در این که اقدام به زیان خود نه در حین وقوع حادثه بلکه پس از وقوع حادثه زیانبار تحقق بیابد تردید وجود دارد. اما این تردید نابجاست و هیچ منطق عقلی این تفکیک را نمی‌پذیرد. و نشانه‌هایی از تحقق اقدام در فقه و حقوق ما در این حالت دیده می‌شود. مثل م ۳۵۵ ق مجازات اسلامی و صاحب خیار فوری که بی‌درنگ از حق خود استفاده نمی‌کند و...

۲- متبادر از اقدام فراهم آوردن سبب ورود ضرر به رضای خود یا شرکت مثبت شخص در تقصیر منشا زیان نسبت به خود است و شامل افعال منفی نمی‌شود. اما این اشکال نیز قابل رفع است چون باندک مسامحه می‌توان اقدام را ناظر به موردی هم دانست که شخص با عدم انجام آن چه عرفاً می



بایست انجام دهد موجب زیان خود شود از نظر تحلیلی اقدام از آن جهت مسقط زمان است که رفتار خلاف متعارف تلقی می شود. طبق این تحلیل عدم احتراز از زیان نیز واجد چنین خصیصه‌ی است و با الغای خصوصیت داخل در اقدام است.

۵-۲- اقدام در حقوق رومی ژرمنی:

قاعده‌ی پمپونیوس (۹)

در حقوق روم نیز زیان دیده‌ی که بواسطه تقصیر خویش متحمل زیان می گردد، جز در صورتی که تقصیر عامل ورود زیان از نوع تقصیر عمدی بود از مطالبه جبران خسارت محروم می باشد. زیرا به عقیده سمپونیوس زیان ناشی از تقصیر خود شخص، زیان تلقی نمی شود. (Ibid, p.100 Honore). مجموعه حقوق مدنی روم قدیم برای کاهش آثار شدید این قاعده، «تئوری در تحمیل خسارت بر تقصیر شدیدتر» را توسعه داد. به موجب این قاعده، طرفی که کمتر مقصراست می تواند به کسی که مرتکب تقصیر بزرگتری شده است مراجعه کند. صرف نظراز برخی کشورها مثل دانمارک که قاعده سمپونیوس را رها کرده و تقسیم خسارات را بر اساس ملاحظات انصاف مقرر داشتند اکثر نظامهای حقوقی فاقد کد نوشته، این قاعده را هم چنان حفظ نموده اند. (win field , p. H , 1950 , p.303) به نظرمی رسد که این قاعده نیز تعبیر دیگری از قاعده تقصیر مشترک در کامن لا باشد و بنا بر این منطبق با قاعده اقدام است. (به جز آنکه از نظر استدلال با این قاعده متفاوت است چون زیان ناشی از اقدام نیز زیان و خسارت محسوب می شود. منتها از آن جهت مسقط ضمان است که خود زیان دیده آن را موجب شده است.)

هیچ کس برای اقامه دعوا نمی تواند به اعمال ننگین و تقصیر خود استناد کند. (۱۰)

مفاد این قاعده این است که دعوی مبتنی بر فساد مسموع نیست؛ به عبارت دیگر هیچ کس نمی تواند برای اقامه دعوا به اعمال ننگین و تقصیر خود استناد کند. این قاعده بر حقوق کشورهای اروپایی تاثیر به سزایی گذاشته است (۱۱). (Ibid , p. 109) در غالب کشورهای اروپایی قانون یا رویه قضایی استرداد موضوع تعهد ناشی از یک عقد نامشروع و غیراخلاقی را منع می کنند و مرتکبین اعمال خلاف اخلاق و نظم عمومی را از استرداد و دادخواهی از دستگاه قضایی محروم می سازند. (حسنعلی درودیان، p. 588 , Campbell Black) پس اگر اداره‌ی پلیس فردی را دستگیر کند و او در مدت بازداشت خودکشی کند همسر متوفی نمی تواند علیه اداره پلیس اقامه‌ی دعوا کند و به این امر استناد کند که پلیس از تمایل متوفی به خودکشی به هنگام دستگیری آگاه بوده است و آن را به مسئولان بازداشتگاه منعکس نکرده است. این دعوا به استناد قاعده فوق الذکر مسموع



نیست. در حقوق ما نیز چنین قاعده‌ای در ماده ۶۵۴ قانون مدنی پذیرفته شده است که مقرر می‌دارد: «قمار و گروبندی باطل و دعاوی راجعه به آن مسموع نخواهد بود. همین حکم در مورد کلیه تعهداتی که از معاملات نامشروع تولید شده باشد جاری است.» پس کسی که طرف چنین معامله‌ای واقع شده اقدام به ضرر خویش نموده و نمی‌تواند آنچه را به طرف معامله داده است باز ستاند. (و اگر اقدام به طرح دعوایی در این باره نماید با قرار عدم استماع دعوا روبرو خواهد شد.) به نظر می‌رسد قاعده‌ی اقدام تنها در بعضی از مصادیق قاعده فوق قابل اجرا باشد. و باید اسقاط ضمان به استرداد مثل یا قیمت نه تنها از تقصیر زیان‌دیده و اقدام او بلکه حرمت شرعی (نظم عمومی) ناشی شده باشد. (۱۲) مثلاً فقها عمل قرض دهنده شراب و خوک را اقدام به سقوط قرض تلقی کرده‌اند و برای مقروض حق استرداد موضوع قرض یا مطالبه خسارت را قائل نیستند. (عناوین، ۱۴۲۹، ص ۴۹۰)

نتیجه:

با تتبع در متون فقهی و حقوقی در وهله اول چنین به نظر می‌آید که نویسندگان آنگاه که قادر به انتساب ضمان یا ضرر به مسئول یا حکم شارع حسب مورد نبوده‌اند در صدد توجیه حکم خویش بوسیله‌ی قاعده‌ی اقدام برآمده‌اند. در این راه هر کسی به نحوی اقدام را از ادله‌ی استنباط احکام بدست آورده است عده‌ای به روایات تمسک جستند، برخی اجماع را مدرک حجیت آن دانسته، برخی نیز با تمسک به ارکان ضرر از قبیل رابطه‌ی سببیت یا ضرر یا تقصیر آن را توجیه کرده‌اند، که هر کدام بخشی از حقیقت را به همراه دارد. اما آنچه بیش از همه نزد ایشان شهرت یافته بنا و سیره‌ی عقلایی باشد که به طور ویژه در مانحن فیه دارای مبنای عقلی و نه تعبدی بوده و دلیل عقلی محسوب می‌شود. لذا بدون نیاز به حکم شارع در هر مورد که شخص اقدام به ضرر یا ضمانی نمود می‌توان به رفع ضمان از دیگران (به تناسب ضرری که از اقدام او بر می‌خیزد) حکم نمود. از طرف دیگر برخی دیگر از فقها حجیت اقدام را به ظاهر از اساس مورد تردید قرار داده‌اند که در راس ایشان شیخ انصاری (ره) قرار دارد. فقهای بعد از زمان شیخ اعظم بدون توجه به ماهیت دوگانه‌ی اقدام و نحوه‌ی استدلال ایشان، از سویی تردید در حجیت اقدام را به خود راه نداده و همواره به آن تمسک جستند و از سوی دیگر به ایراد شیخ رهنمون گشته و تنها از مخالفت او اظهار تعجب کرده‌اند. در این نوشتار به تفصیل ادله‌ی شیخ مورد بررسی و حالات مختلفی که در رابطه با اقدام به ضرر یا ضمان (چه ضمان قراردادی و چه ضمان واقعی و قهری) وجود داشت مورد تبیین قرار گرفته و اثبات گردید که ادله شیخ منافاتی با حجیت عقلی اقدام ندارد نکته‌ی دیگر آن است که قاعده‌ی اقدام، در راستای حفظ مصالح و نظام اجتماع مقرر شده و از نفی و یا حتی کاهش کارایی آن جامعه متحمل ضرر می‌شود. به عبارت دیگر با تقویت این قاعده نه تنها افراد در افعال و گفتار خویش



جانب احتیاط را نگه داشته و از اضرار به دیگران پرهیز می کنند بلکه در حفظ اموال خویش نیز کوشا بوده و حتی در صورت ورود ضرر به مال یا جانشان از سوی دیگران به حمایت نظام حقوقی اکتفا نکرده و از گسترش زیان جلوگیری به عمل می آورند. بنابر این باید همراه با سایر کشورها در راستای اثر بخشیدن به این قاعده گام برداشت و اجازه نداد که تمایل به جبران تمام خسارت مانع از اجرای این قاعده ی نافع گردد. نکته ی پایانی اینکه گرایش جدیدی که بعضی از نظام های حقوقی اتخاذ کرده اند و به تقسیم خسارت میان شخص اقدام کننده (زیان دیده) و عامل زیان متمایل شده اند، بر خلاف آنچه ادعا شده نه تنها از کارایی این قاعده نکاسته بلکه بر عکس در راستای اجرای دقیقتر آن می باشد و هرکس تنها نسبت به زیانهایی که ناشی از اقدام او است مسئولیت دارد؛ به عبارت بهتر، اقدام را نباید ویژه ی حالتی دانست که خطای زیان دیده علت منحصر ورود ضرر به او باشد.

پی نویسی ها:

- ۱- لا بعث لها و لا زجر لها.
- ۲- محمدی، ابوالحسن، ۱۳۸۴، ص ۲۰۴.
- ۳- البته گاه در عقد صحیح نیز اقدام به ضمان واقعی می شود، مثل عقد قرض که مقترض ملتزم می شود که مثل یا قیمت معین را پرداخت کند.
- ۴- برای توجیه عکس قاعده نیز به قاعده اقدام متوسل شده اند. به این صورت که چون در عقودی مثل رهن، ودیعه، مضاربه و... اگر صحیح باشند قابض اقدام به ضمان نکرده است در فاسد آنها نیز نباید ضامن باشد. اما مخالفین در مقابل این توجیه ایراد کرده اند که در عقد صحیح، سبب عدم ضمان مرکب از دو امر است:
 - ۱ اقدام مالک به تسلیط مجانی.
 - ۲ امضاء اقدام مالک توسط شارع. اما در عقد فاسد به دلیل انتفاء جزء سبب، سبب عدم ضمان تحقق نیافته است لذا موجبی برای حکم به عدم ضمان وجود ندارد. (تولیت، ۱۳۷۵، ص ۷۷)صاحب جواهر نیز در مقام نفی حجیت عکس قاعده می گوید: دلیلی برای حجیت عکس قاعده وجود ندارد مگر اقدام مجانی مالک که این هم مقید به صورت صحت عقد است خصوصا در فرضی که دافع، جاهل به بطلان و قابض عالم به بطلان عقد با انتقال قید، مقید (اقدام مجانی) نیز منتفی می گردد. (نجفی، بی تا، ص ۲۵۹)
- ۵- الاقدام نافذ بدلیل البیع.
- ۶- حد الاقدام فی التملیک و الضمان حد البیع.



- 8- The rule of mitigation of damages.
- 9- si quis esc culpa sua damnum sentit non intellegitur damnum sentire
- 10- Nul ne peut pas in voquer sa turpitude pour agire en justice/ in pari turpitudinis causa cessat repetitio

۱۱- در نظام انصاف (که در مقابل سیستم کامن لا در بریتانیا و ایالات متحده حکومت دارد) نیز نظریه‌ای شبیه‌این قاعده وجود دارد که به تئوری دست‌ان پاک (clean hands theory) مشهور است و بر اساس آن کسی می‌تواند در دادگاه اقامه دعوا نماید که خود مرتکب خلاف نشده باشد و به تعهدات خود عمل نموده باشد. این تئوری نیز می‌تواند با قاعده اقدام منطبق باشد چون کسی که خود به ضرر خویشتن اقدام نموده نمی‌تواند برای مطالبه خسارت علیه شخص دیگری طرح دعوا کند.

۱۲- در واقع به همین دلیل است که قانون مدنی چنین قاعده‌ای را در ماده ۳۶۶ نپذیرفته است هر چند که معامله باطل بوده و طرفین نیز به آن اقدام کرده باشند.

منابع و ماخذ:

منابع فارسی

- ۱- باز گیر، یداله، (۱۳۸۱)، قواعد فقهی، حقوقی در آرای دیوان عالی کشور، چاپ اول، نشر دانش نگار.
- ۲- تولیت، سید عباس، (۱۳۷۵) بررسی و تحقیق در باره قاعده ما یضمن بصحیحه یضمن بنا شده و عکس آن، بنا شده و عکس آن، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی، شماره سوم.
- ۳- جعفری، لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۸) دائرة المعارف حقوق مدنی و تجارت، جلد اول، کتابخانه گنج دانش.
- ۴- جنیدی، لعیا، (۱۳۸۰) تقصیر زیان‌دیده، مجله دانشکده حقوق دانشگاه تهران.
- ۵- خویی، سید ابو القاسم، (۱۴۰۱) مصباح الفقاهه، ج ۴ موسسه انصاریان.
- ۶- داراب پور، مهراب، (۱۳۷۷) قاعده مقابله با خسارت، انتشارات گنج دانش.
- ۷- درودیان، حسنعلی، (۸۷۸۸) تقریرات درس متون حقوقی دوره کارشناسی ارشد.
- ۸- کا توزیان، ناصر (۱۳۸۷) قواعد عمومی قراردادها، ج دوم، شرکت سهامی انتشار
- ۹- کا توزیان، ناصر (۱۳۸۷) قواعد عمومی قراردادها، ج پنجم، شرکت سهامی انتشار
- ۱۰- کا توزیان، ناصر (۱۳۸۷) قواعد عمومی مسئولیت مدنی، ج اول، انتشارات دانشگاه تهران
- ۱۱- محمدی، ابوالحسن (۱۳۸۵) اصول فقه (مبانی استنباط حقوق اسلامی) انتشارات دانشگاه تهران.
- ۱۲- محمدی ابو الحسن (۱۳۸۴) قواعد فقه، چاپ دوم، نشر میزان.
- ۱۳- موسوی بجنوردی، سید محمد (۱۳۷۵) قاعده اقدام، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی، شماره سوم.



منابع عربی

- ۱۴- آخوند خراسانی، ملا محمد کاظم، کفایه الاصول، چاپ سنگی، دو جزء در یک مجلد، بدون سال چاپ
- ۱۵- اصفهانی (کمپانی)، شیخ محمد حسین، (۱۳۹۰) نهایی الدرايه، موسسه نشر اسلامي، ج ۳
- ۱۶- سرخسی، بی تا، (۱۳۹۰) المبسوط، ج ۲۷، بیروت: دار المعرفه الطباعه و النشر.
- ۱۷- انصاری، شیخ مرتضی، (۱۲۷۵) مکاسب، چاپ سنگی، در یک مجلد، تبریز.
- ۱۸- شهید ثانی، (۱۳۹۰) مسالک الافهام، چاپ سنگی، در دو مجلد، تبریز.
- ۱۹- صدر، سید محمد باقر، (۱۹۷۸) دروس فی علم الاصول، دوره چهار جلدی، قم دار الهادی للمطبوعات.
- ۲۰- علامه حلی، (۱۳۹۰) تذکره الفقهاء، ج دوم، چاپ سنگی.
- ۲۱- مراغی، میر فتح، (۱۴۲۹) العناوین، الجزء الثانی، موسسه النشر الاسلامی.
- ۲۲- مصطفوی، سید کاظم، (۱۳۹۴) القواعد، موسسه نشر اسلامي.
- ۲۳- مظفر، محمد رضا، (۱۴۰۵) اصول فقه، ج ۲، نشر دانش اسلامي.
- ۲۴- موسوی بجنوردی، میرزا حسن، (۱۳۸۹) القواعد الفقیهیه، نجف اشرف، من منشورات مکتبه الصدر،
- ۲۵- نائینی، محمد حسین، (۱۴۰۴) فوائد الاصول، جلد سوم، قم، موسسه نشر اسلامي.
- ۲۶- نجفی، شیخ محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۲۶ و ۲۷ و ۲۹، تهران: دار الکتاب اسلامیه.

منابع انگلیسی

- 27- Campbell Black, Henry (1990); Black's law dictionary. London, West publishing
- 28- Prosser, William (1971); Handbook of the Law of Torts, 4th ed. West publishing co.
- 29- Honore, A.M (1971); Causation and Remoteness of Damages, International Encyclopedia of Comparative law Ch 7, Oceana Publishing Inc.
- 30- Winfield, P.H (1950); A Textbook of law of Torts, 5th edition, London, Sweet and Maxwell Limited.