

## بررسی مسئولیت مدنی افراد ناتوان ذهنی در حقوق ایران، هند و افغانستان

۲- احسان سامانی

۱- علیرضا آبین

### چکیده

یکی از مباحث اساسی در حقوق مسئولیت مدنی، مسئولیت افراد ناتوان ذهنی (صغار و مجانین فاقد تمیز و ناتوان در ادراک) است که در حقیقت یکی از مهم‌ترین ابعاد ناظر به کیفیت دخالت عناصر ذهنی و روانی است و در تمامی نظام‌های حقوقی دنیا از دیرباز محل مناقشه بوده است. بنابراین پرسش اصلی این است که چنانچه از سوی افراد ناتوان ذهنی، خسارتی به دیگری وارد شود، آیا افراد مذکور، مسئول جبران خسارت وارده هستند؟ براساس تحقیق حاضر که پژوهشی توصیفی-مقایسه‌ای، براساس ابزار کتابخانه‌ای است، علی‌رغم اینکه حقوق مسئولیت مدنی در قبال این مسئله، بر سر یک دو راهی قرار دارد؛ از یک سو مسائل عاطفی، اخلاقی و ناظر به انصاف و عدالت ماهوی، خواهان تعدیل مسئولیت مدنی این افراد می‌باشد و از سوی دیگر، دغدغه ایجاد شرایط مطلوب اجتماعی در سایه عدالت صوری محض، بر حمایت از شخص زیان‌دیده تأکید دارد، به نظر نگارندگان، در این مسأله، آمیزه‌ای از عدل ماهوی (در سایه احساسات عمومی-عاطفی) با نظم (در سایه مطلوبیت اجتماعی) می‌تواند توازن و دورنمای مناسبی در راستای برقراری هدف غایی عدالت و توازن، ترسیم نماید و تعدیل مسئولیت این اشخاص را مبرهن سازد.

**کلید واژه ها:** مسئولیت مدنی - ناتوان ذهنی - اعمال زیان‌بار - حقوق ایرن - هند - افغانستان.

### ۱- مقدمه

بی‌تردید مسئولیت مدنی به معنای خاص - ناشی از اتلاف و تسبیب - یکی از پیچیده‌ترین شاخه‌های

۱- استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه سیستان و بلوچستان

۲- استادیار فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه سیستان و بلوچستان (نویسنده مسئول) Email: esamani63@lihu.usb.ac.ir

تاریخ پذیرش: ۹۹/۲/۲۶

تاریخ دریافت: ۹۸/۵/۱۲

حقوق مدنی می‌باشد. آمیختگی این شاخه حقوقی با مصالح و سیاست‌های گوناگون و نیز تأثیر روزافزون تحولات مختلف سایر علوم، این رشته را به پویاترین بخش حقوق مدنی مبدل ساخته است. در این میان، سخن از مسئولیت مدنی صغار و مجانین فاقد تمیز و ناتوان در ادراک، یکی از مهم‌ترین ابعاد ناظر به کیفیت دخالت عناصر ذهنی و روانی است که در تمامی نظام‌های حقوقی دنیا از دیرباز محل مناقشه و اختلاف شدید واقع شده است. ظاهراً این مسأله یکی از مسائل مورد چالش در حقوق مسئولیت مدنی است؛ زیرا از یک طرف اقتضای مسائل اخلاقی، عاطفی و ناظر به انصاف و عدالت ماهوی، تعدیل مطلق و یا نسبی مسئولیت مدنی چنین افرادی است و از طرف دیگر اقتضای عدالتِ صوری محض، حمایت از اشخاص زیان دیده می‌باشد. (Cees Van Dam, 2013, 269) پاسخ نظام‌های حقوقی به این مسأله و چالش، متفاوت است. از نظر برخی نظام‌های حقوقی، هم صغار و هم مجانین دارای مسئولیت مدنی کامل هستند اما برخی دیگر از نظام‌ها، تنها مسئولیت مدنی کامل مجانین را پذیرفته و در خصوص صغار، حکم به تعدیل مسئولیت نموده اند. هرچند به نظر، توجه به عدل ماهوی در کنار امنیت و انتظام، برای تحقق هدف غایی عدالت و توازن در مسأله مذکور، کارسازتر است. از این رو، در ادامه پس از توضیح مفاهیم کلیدی مقاله، به تبیین نظریه‌های مطلق‌گرا، تعدیل‌گرا و نسبی‌گرا در حقوق اسلام، ایران و برخی دول شبه‌قاره (هندوستان و افغانستان) خواهیم پرداخت.

#### ۱-۱- بیان مسأله و سوالات تحقیق

پرسش اصلی که نوشتار حاضر در پی پاسخ به آن می‌باشد، این است که آیا ضمان، متوجه صغار و مجانین غیرممیز می‌گردد؟ آیا وجود جامع اعتباری «عُهده» در افراد غیرممیز (با فقدان عنصر تمیز) قابل تصور است یا خیر؟ به بیانی ساده آیا صغیر یا مجنون غیرممیز (و حتی کم‌توان در ادراک) در قبال زیان‌های ناروایی که به صورت مستقیم (اتلاف) یا غیرمستقیم (تسبیب) به بار آورده، مسئولیت مدنی دارد یا خیر؟ موضع حقوق اسلام، ایران، افغانستان و هندوستان در قبال این مسأله چیست؟ به واقع چالش فراروی، به این پرسش بازمی‌گردد که ضعف و فقدان عنصر روانی و درون‌ذاتی «ادراک و تمیز» تا چه میزان در مبانی، ارکان و آثار حقوق مسئولیت مدنی مؤثر است؟

#### ۱-۲- اهداف و ضرورت تحقیق

به دلیل ارتباط عمیق تابعان کشورهای ایران، هندوستان و افغانستان خصوصاً در منطقه جنوب شرق ایران، مطالعه مسئولیت مدنی صغار و مجانین، به صورت تطبیقی ضروری به نظر می‌رسد. به

ویژه اینکه در این زمینه تحقیق مستقلی مشاهده نشده است. هدف از تحقیق مذکور نیز، تبیین دیدگاه قانونگذاران ایران، هندوستان و افغانستان در خصوص مسئولیت مدنی افراد صغیر و مجنون و همچنین آشنایی حقوقدانان و دانشجویان حقوق با دیدگاههای مختلف حقوقی در این مسأله می باشد. همچنین با تحلیل علمی و نگاهی تلفیقی به عدالت ماهوی در کنار انتظام اجتماعی به دنبال ارائه نظریه ای متمایز و نزدیکتر به عدالت و انصاف می باشیم.

### ۱-۳- روش تفصیلی تحقیق

تحقیق حاضر، پژوهشی توصیفی-مقایسه ای بر اساس ابزار کتابخانه ای است که هدف آن، توصیف عینی و منظم موضوع مورد پژوهش است. روش گردآوری اطلاعات پژوهش حاضر از طریق فیش برداری و ثبت داده ها (با مراجعه به منابع کتابخانه ای و اینترنتی مانند کتب، مقالات، روزنامه ها، بانک ها و پایگاه های اطلاعاتی و...) انجام خواهد شد. در این پژوهش اطلاعات بصورت کتابخانه ای-اسنادی جمع آوری می شود. روش تجزیه و تحلیل اطلاعات پژوهش حاضر، از نوع کیفی و به صورت توصیفی تحلیلی خواهد بود که در ابتدا به توصیف موضوعات مرتبط با بحث اصلی پرداخته می شود و آنگاه به تحلیل چالش های پیش رو پرداخته خواهد شد.

### ۱-۴- پیشینه تحقیق

در خصوص موضوع مورد بحث، اصولاً حقوقدانان ایرانی در کتب مسئولیت مدنی و بخش مسئولیتهای ویژه، به مبحث مسئولیت مدنی محجورین غیرممیز پرداخته اند که از جمله آن می توان به کتاب مسئولیت مدنی سید حسین صفایی و حبیب الله رحیمی (۱۳۹۲) و نیز کتاب الزامهای خارج از قرارداد ناصر کاتوزیان (۱۳۸۷) اشاره نمود. ضمن اینکه نخستین مقاله ای که در این حوزه نگارش یافته، مقاله مسئولیت مدنی صغیر و مجنون توسط سید حسین صفایی است که در کتاب حقوق مدنی و تطبیقی (۱۳۹۵) وی انعکاس یافته است. در میان کتب جدید نیز، کتاب حقوق و تکالیف اشخاص دارای معلولیت در نظام مسوولیت مدنی (۱۳۹۶) نوشته حسن مراد زاده، به نحو قابل توجهی به این مبحث پرداخته است. با وجود این، کتب مسئولیت مدنی به نحو بسیار مختصر و کلی به مسأله مذکور پرداخته و کتاب مراد زاده نیز صرفاً به مسأله مسئولیت مدنی مجانین و نه صغار غیرممیز، پرداخته است. مطالعه تطبیقی نیز در این کتب معطوف به حقوق فرانسه است. این در حالی است که در نوشتار حاضر ما علاوه بر حقوق ایران و اسلام، به حقوق هندوستان و افغانستان

و حتی انگلستان اشاره کرده و نظامهایی را برای مطالعه تطبیقی برگزیده ایم که اختلافات بنیادین با نظام بومی داشته تا از دل این تمایزات، بتوان چالشهای نظام بومی خود را مرتفع ساخت.

## ۲- تحلیل مفهوم غیرممیز و مسئولیت مدنی

در تحلیل مفهوم «غیرممیز» می توان گفت وجود یا فقدان قوه تمیز و حتی میزان شدت و ضعف آن، از حیث تحلیلی به دو مرحله نخست فعل ارادی (تصور و تصدیق) باز می گردد. بدین معناکه اگر فرد دارای قوه تمیز و ادراک کامل باشد این دو فرآیند ذهنی برایش امکان پذیر است، اما چنانچه فردی غیرممیز (به ویژه در درجات شدیدتر آن) باشد، هیچ یک از این دو فرآیند ذهنی در موردش اتفاق نمی افتد چه اینکه اصولاً چنین فردی نه می تواند به گونه ای متعارف، سود و زیان و حسن و قبح را درک کرده و نه توان سنجش و تصدیق آن را دارد. از نقطه نظر تحلیلی، علت فقدان «اراده» در غیرممیزین نیز به همین نکته بازمی گردد چه، شکل گیری و سامان یابی اراده استعملی (مدلول تصدیقی اولی) و اراده جدی (مدلول تصدیقی ثانوی) در مراحل تصور و تصدیق اتفاق می افتد، درحالی که این دو مرحله درخصوص افراد غیرممیز (به ویژه درجات شدیدتر یا متوسط آن) اصولاً منتفی است. (سنهوری، ۱۳۹۰، ۱، ۱۶۴)

اگرچه عملاً در نظام حقوقی کنونی ایران، تعیین سن تمیز برعهده دادرس گذارده شده است، اما به نظر بهتر است قانونگذار سن ۶ (یا حداکثر ۷) سالگی را به عنوان سن تمیز و به صورت اماره قانونی تعیین نماید که در این زمینه رویه قضایی نیز می تواند کارگشا باشد. آری، هرچند صغیر غیرممیز به معنای واقعی - که یا فاقد هرگونه ادراک و شعور بوده یا به جهت ضعف دماغی قابل اعتناء، قادر به کنترل و انتخاب رفتاری معقولانه نیست - تنها منحصر به صغار ۱ تا ۳ سال است، با وجود این، به جهت مراعات حال اینگونه افراد و نیز حمایت از این قشر ضعیف جامعه می توان سن ۶ سالگی را به عنوان اماره ای منطقی، معقول و متعارف تلقی نمود، چه، کودک تا این سن (و به ویژه سنین ابتدایی زندگی) یا اصولاً قدرت تمیز ندارد و یا اگر هم آموخته که هنجار رفتاری چیست اصولاً قادر به اجرای همیشگی آن نیست و نمی داند آنچه آموخته را چگونه اعمال کند که این نیز ناشی از ضعف شدید قوای دماغی اوست. (Cees Van Dam, 2013, 269) این اماره نیز همسان با سایر امارات حقوقی بر مبنای «غلبه عرفی» استوار بوده و اثبات خلاف آن از سوی مدعی امکان پذیر است.

از نقطه نظر تحلیلی، به نظر در حوزه ناظر به ضمان ناشی از ایراد خسارت به سایرین (غیر قراردادی و غضب) ضمان به معنای «عُهد» می‌باشد، (اصفهانی، ۱۴۳۱، ۳۰۷) منتهی آنچه از این «جامع اعتباری» انتزاع می‌شود، حکم وضعی ثبوت دین بر عهده شخص زیان‌زننده و لزوم پرداخت خسارت از ناحیه اوست. به دیگر سخن، در حوزه ضمان ناشی از اتلاف و تسبیب (مسئولیت مدنی به معنای خاص)، ضمان مفید «ضمانِ ملکی یا دینی» بوده و به سبب آن زیان‌زننده مکلف به جبران خسارت است تا از این طریق ذمه‌اش فارغ گردد. پس به نظر می‌رسد مباحثی که امروزه در حوزه مسئولیت مدنی به معنای خاص مطرح می‌شود صرفاً ناظر به ضمان مفید «ضمانِ ملکی یا دینی» است.

### ۳- نظریه‌های مطلق گرا

پیروان نظریه مذکور، بر این عقیده‌اند که حقوق مسئولیت مدنی را باید از عناصر درون ذاتی پیراست و بر معیارهای عینی و مطلق متمرکز نمود، بدین معنا که چنانچه خسارتی توسط شخص یا اشخاصی -ولو مجنون یا صغیر- به دیگری وارد شود بدون توجه به حالات روانی و ذهنی آنها، حکم به جبران خسارت می‌شود، یعنی عناصر روانی در انتساب خسارت دخالتی ندارد (سبحانی، ۱۴۳۵، ۲، ۶۲؛ بجنوردی، ۱۴۱۹، ۱۷۴؛ لنگرانی، ۴، ۳۳۱؛ صافی، ۱۱۱). در ادامه به تبیین این نظریه و قائلین آنها به همراه استدلال‌هایشان در چهار نظام حقوقی اسلام، ایران، افغانستان و هندوستان خواهیم پرداخت.

#### ۳-۱- حقوق اسلام

در خصوص زیان‌های ناروایی که فرد غیرممیز به صورت مستقیم یا غیرمستقیم به اموال و حقوق مالی سایرین وارد می‌آورد، مشهور فقیهان (امامیه و عامه) عنصر روانی «فقدان ادراک و تمیز» را در سه ساحت مبانی، ارکان و آثار مسئولیت مدنی صغار و مجانین غیرممیز فاقد هرگونه اثر دانسته؛ و در نتیجه، به ثبوت و فعلیت مسئولیت مدنی کامل فرد غیرممیز فتوا داده و حکم به جبران کامل و فوری خسارت از سوی او نموده‌اند. در نگاه مشهور فقیهان امامیه، اتلاف یک واقعه مادی محض است که در آن صرف استناد عرفی زیان، ملاک ثبوت و فعلیت حکم ضمان قهری بر عهده زیان‌زننده است. قوت و وضوح استناد زیان به شخص زیان‌زننده در اتلاف بالمباشرة (مستقیم) به میزانی است که وجود یا فقدان قصد، علم، بلوغ، عقل و... در تحقق ضمان قهری شخص زیان‌زننده نقش آفرین نیستند. (کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ۳، ۱۷، رشتی، بی تا، ۷۹؛ نجفی، بی تا، ۴۳، ۹۷، مراغی، ۱۴۱۷، ۲،

(۴۳۵) در فقه عامه نیز قاعده خاصی حاکم بر مباحث اتلاف وجود دارد که مقرر می‌دارد: «مباشر، ضامن است هر چند که قصد و عمدی نداشته باشد». (علی حیدر، ۲۰۰۸، م ۹۲) مختصر اینکه، حفظ و تأمین حقوق جانی، مالی و معنوی افراد جامعه جزء اصول اساسی پذیرفته شده در نظام حقوقی اسلام است. اهمیت تضمین این حقوق موجب شده تا از سوی شارع ادله عامی مبنی بر حرمت اضرار به سایرین (طباطبایی، ۱۴۲۹، ۲۴، ۲۰۲) و احترام به حقوق مالی، جانی و معنوی ایشان (نساء، ۲۹، کلینی، ۱۴۲۹، ۴، ۸۸؛ اردبیلی، ۱۴۰۳، ۶، ۸۳) صادر شود. عموم و اطلاق این ادله شامل غیرممیزین نیز شده و این افراد در قبال رفتارهای زیانبارشان مسئولیت مدنی کامل داشته و ملزم به جبران کامل خسارتند. (سبحانی، ۱۴۳۵، ۲، ۶۲؛ بجنوردی، ۱۴۱۹، ۱۷۴؛ لنگرانی، ۱۴۱۶، ۴، ۳۳۱؛ صافی، ۲۰۱۰، ۱۱۱) براساس قاعده اتلاف، هرکس که عامل ورود خسارتی ناروا به اموال یا حقوق مالی سایرین شود، ملزم به جبران خسارت است. فقهاء این قاعده را عام دانسته و آن را شامل عالم و جاهل، عامد و غافل، کودک و بالغ، عاقل و مجنون و... می‌دانند. برپایه این تفسیر، غیرممیزین نیز در قلمرو و شمول این قاعده جای گرفته و در قبال افعال زیانبارشان مسئولند. (جمعی از نویسندگان، بی تا، ۴۲، ۱۵۸؛ سبحانی، ۱۴۳۵، ۱، ۲۱۳؛ زحیلی، ۲۰۱۲، ۱۷۱؛ علی حیدر، ۱۴۱۷، ۱، ۹۳) همچنین برخی از فقیهان امامیه و عامه در جهت اثبات ضمان قهری افراد غیرممیز ادعای اجماع کرده و مدعی شده‌اند تمامی فقها بر این مسئله اتفاق نظر دارند. (بجنوردی، ۱۴۱۹، ۴، ۱۷۳؛ مهنا، ۱۹۷۴، ۹۵) سیره و بناء عقلاء و نیز سیره متشرعین جامعه نیز حاکی از آن است که ضمان قهری غیرممیزین امری پذیرفته شده نزد عرف عقلاء و عرف متشرعین جامعه می‌باشد و کمتر کسی در آن تردید دارد. مضاف بر اینکه این سیره نه تنها مورد منع و ردّ شارع قرار نگرفته بلکه عموم و اطلاق ادله ضمان قهری بیانگر تأیید و امضاء آن توسط شارع می‌باشد. وانگهی ضمان قهری (یا مسئولیت مدنی) در زمره خطابات وضعیه‌ای جای دارد که ثبوت و فعلیت آن منوط به وجود قصد، علم، بلوغ، عقل و... نمی‌باشد. (مراغی، ۱۴۱۷، ۲، ۶۶۰؛ کاشف الغطاء، ۱۳۵۹، ۳، ۱۷۷ و ۲۱۸؛ بجنوردی، ۱۴۱۹، ۴، ۱۷۶؛ لنگرانی، ۱۴۱۶، ۳۳۸، بحرانی، ۱۴۰۵، ۱۳، ۱۱) اکثر فقهای امامیه و عامه، باتوجه به حقیقت ماهوی خطابات وضعی و نیز عمومات روایی، (صفایی، ۱۳۹۲، ۱، ۱۶۶؛ طوسی، ۱۳۹۰، ۳، ۱۰۷؛ صدوق، ۱۴۱۳، ۳، ۱۱۲) ثبوت و فعلیت برخی از احکام وضعیه را منوط به وجود قصد، علم، اراده، اختیار، عقل و... ندانسته و صرف تحقق اسباب فعلیه در این خصوص را عاملی جهت ترتب آثار شرعی و حقوقی می‌دانند. (سبحانی، ۱۴۳۵، ۲، ۶۳)

در تحلیل نهایی می توان گفت: قدر متیقن از تمامی این دیدگاه‌ها این است که تفکر مشهور فقیهان امامیه و عامه، تفکری به غایت «عینی‌گرا» و «مطلق‌گرا» بوده و مسئولیت را از حالت شخصی خارج کرده و به صورت نوعی، موضوعی، عینی و مادی درآورده‌اند. بنابراین در محل بحث، اصولاً مشهور فقیهان مبنای مسئولیت در اتلاف مستقیم (مباشراً) و غیرمستقیم را نظریه قابلیت استناد مادی یا عرفی زیان به رفتار زیان‌زننده می‌دانند؛ مبنایی که ریشه در تعهد به نتیجه دارد؛ یعنی تعهد به عدم اضرار ناروا به سایرین و حفظ احترام اموال و حقوق مالی‌شان. از دیدگاه مشهور فقهاء، فرد غیرممیز نیز می‌تواند مرتکب تقصیر ناشی از بی احتیاطی (غیرعمد) شود؛ از این رو، وی در قبال خسارات ناشی از تسبیب، تعهد به وسیله داشته و در فرض نقض تعهد، مسئولیت مدنی کامل (نه همراه با تخفیف) دارد. این مسئولیت، فوری بوده و باید فوراً از اموال وی جبران شود و اگر توان مالی نداشته باشد زیان‌دیده باید تا هنگام توانمند شدن زیان‌زننده صبر کند. در هر صورت سرپرست وی - اگر مرتکب تقصیر نشده باشد - مسئولیتی در قبال رفتار زیانبار فرد غیرممیز نخواهد داشت.

## ۲-۳- نظام‌های حقوقی مورد مطالعه در ایران، افغانستان و هندوستان

### ۲-۳-۱- نظریه مطلق‌گرا در نظام حقوقی ایران

بنیادی‌ترین ماده ناظر به مسئولیت مدنی غیرممیزین در نظام حقوقی ایران، ماده ۱۲۱۶ ق.م.ا است که مقرر می‌دارد: «هرگاه صغیر، مجنون یا غیررشید باعث ضرر شود، ضامن است». برپایه تفسیری موسع از عبارت «باعث ضرر می‌شود» می‌توان این ماده را هم ناظر به زیان‌های ناشی از اتلاف و هم ناظر به زیان‌های ناشی از تسبیب دانست. این ماده به صراحت حکم به مسئولیت مدنی غیرممیزین نموده و از این حیث با سابقه فقهی خود (نظیر عدم اناطه ضمان به بلوغ و عقل و نیز عدم تأثیر حجر بر افعال مادی) کاملاً هم‌خوان است. (سبحانی، ۱۴۳۵، ۱، ۲۱۳؛ بجنوردی، ۱۴۱۹، ۴، ۱۷۳؛ جمعی از نویسندگان، بی تا، ۴۲، ۱۵۸؛ مغنیه، ۱۴۲۱، ۳، ۵۲؛ حسینی عاملی، ۱۴۱۹، ۱۶، ۱۴۲) از آنجایی که هدف اصلی مسئولیت مدنی، جبران زیان نارواست نه مجازات شخص زیان‌زننده، بنابراین فقدان قوه تمیز در فاعل زیان‌مورد توجه واقع نمی‌شود و این امر با حمایت حداکثری از زیان‌دیده نیز سازگاری دارد. این تحلیل به‌ویژه براساس رویکرد حقوقدانانی که مبنای مسئولیت را «نفی اضرار ناروا» یا صرف احراز «استناد عرفی زیان به زیان‌زننده» دانسته‌اند قابل توجیه است چراکه ایراد خسارت، واقعه‌ای مادی محض است و عرف، زیان وارده را مستند به زیان‌زننده غیرممیز

می‌داند. همچنین اگر مبنای مسئولیت (خواه در اتلاف یا تسبیب) را نظریه «تقصیر» دانسته و یا لاقلاً ارتکاب تقصیر را رکن یا شرط ضمان ناشی از تسبیب بدانیم، باز هم می‌توان حکم به مسئولیت مدنی غیرممیزین حتی در تسبیب نمود، چه در حقوق ایران و از جمع مواد ۹۵۱ تا ۹۵۳ ق.م. بدست می‌آید تقصیر، مفهومی نوعی و اجتماعی داشته و تجاوز از رفتار متعارف یا هنجارهای اجتماعی، میزان سنجش عملکرد مقصرانه است. به بیانی دیگر ضابطه تشخیص «تقصیر»، ضابطه‌ای عینی و فرضی است که بر پایه آن، صرف تخلف از رفتار یک انسان معقول و متعارف که در حد میانه‌ای از خصائص و استانداردهای یک شهروند خوب قرار دارد، تقصیر تلقی می‌گردد. این فرض قانونی بر تمامی اشخاص جامعه تحمیل شده که نتیجه‌اش مقایسه رفتار صغیر غیرممیز و مجنون با رفتار انسانی متعارف و معقول است. بنابراین فرد غیرممیز نیز می‌تواند مقصر تلقی شود و در نتیجه مسئول جبران خسارات وارده شناخته شود. (صفایی، ۱۳۹۵، ۲۴۸؛ صفایی و رحیمی، ۱۳۹۲، ۳۵۰؛ لنگرودی، ۱۳۹۱، ۱، ۵۸؛ لنگرودی، ۱۳۸۷، ۲۵؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۲، ۴۰؛ کاتوزیان، ۱۳۷۵، ۲، ۱۸۰؛ یزدانیان، ۱۳۹۵، ۱، ۲۳۷؛ عباسلو، ۱۳۹۴، ۱۹۵؛ قاسم زاده، ۱۳۹۵، ۷۱؛ لطفی، ۱۳۹۳، ۲۳۱؛ تقی زاده و هاشمی، ۱۳۹۴، ۱۳۶؛ رهپیک، ۱۳۹۵، ۳۳؛ حیاتی، ۱۳۹۲، ۲۸۴؛ داراب پور، ۱۳۹۰، ۱۷۶؛ باریکلو، ۱۳۹۳، ۱۵۲؛ بهرامی، ۱۳۹۱، ۴۵۸؛ امیری، ۱۳۸۵، ۱، ۳۰۴) وانگهی، محاکم داخلی نیز همگام با دیدگاه مشهور حقوقدانان ایرانی و فقیهان، نظریه مسئولیت مدنی کامل غیرممیزین را پذیرفته‌اند که از باب نمونه به چند رأی صادر شده در این خصوص اشاره می‌کنیم:

الف: رأی وحدت رویه ردیف ۱/۶۰ مورخ ۱۳۶۰/۰۱/۲۹ خورشیدی: «مطابق مواد ۱۲۱۶ و ۱۱۸۳ ق.م. در صورتیکه صغیر باعث ضرر غیر شود، خود ضامن و مسئول جبران خسارت است و ولی او به علت عدم اهلیت صغیر، نماینده قانونی او می‌باشد. بنابراین جبران ضرر و زیان ناشی از جرم در دادگاه جزا به عهده شخص متهم صغیر است و محکوم به مالی، از اموال خود اوستیفاء خواهد شد.» (حسینی، ۱۳۸۷، ۳۱۴)

ب: نظریه مشورتی اداره حقوقی دادگستری ردیف ۳۶، شماره ۷/۳۷۶۸ مورخ ۱۳۶۴/۰۸/۲۳ خورشیدی: «... (ثانیاً) به استناد آیه شریفه (و لا تزروا وازره و زر اخری) و باتوجه به اطلاق تبصره ۲ ماده ۲۶ قانون راجع به مجازات اسلامی، در مواردی که صغیر باعث ضرر غیر شود ضمان اتلاف و جبران مالی به عهده خود طفل و از مال اوست خواه در حال حاضر دارای مال باشد یا نباشد...» (قاسم زاده، رهپیک، کیایی، ۱۳۸۸، ۴۳۸)



ج: دادنامه شعبه ۱۸۲ دادگاه حقوقی تهران به شماره ۲۶۰ مندرج در پرونده کلاسه ۲۲/۱۸۲/۸۲ مورخ ۱۳۸۲/۰۴/۰۵ هـ.ش: خلاصه جریان پرونده از این قرار بوده که دو کودک با همکاری یکدیگر به اتومبیل خواهان خسارت وارد کرده و هر یک به میزانی اقدام به تخریب اتومبیل نموده‌اند. پس از طرح شکایت از ناحیه خواهان دادگاه در نهایت مقرر داشت: «... نظر به اینکه تناسب ذاتی فی ما بین فعل تخریب اتومبیل توسط خواندگان و ضرر حاصل از آن موجود بوده و عنوان جزایی موجود در قانون مجازات اسلامی مانع تحقق مسئولیت مدنی آنان نیست و نظر به اینکه ائتلاف مال غیر از موجبات ضمان است و در تحقق آن تفاوتی بین صغیر و یا غیرصغیر نیست؛ زیرا ضمان قهری از احکام وضعی بوده (که) منتزع از شرایط عمومی تکلیف نیست. بدین اعتبار، دادگاه مسئولیت خواندگان را به نحو تناصف و مساوات نسبت به خسارت وارده به اتومبیل ثابت دانسته و مستنداً به مقررات مادتین ۳۲۸ و ۳۳۱ ق.م و ملاک مقررات ماده ۱ ق.م.م حکم به محکومیت خواندگان به نحو مساوی به پرداخت مبلغ ۱۰/۰۰۰/۰۰۰ ریال خسارت وارده بر اتومبیل خواهان در حق خواهان صادر و اعلام می‌دارد...» (میرشکاری، ۱۳۹۴، ۳۴۶)

### ۲-۳-۲- نظریه مطلق گرا در نظام حقوقی هندوستان

در حقوق هندوستان اگرچه کودکان کمتر از ۷ سال فاقد مسئولیت کیفری هستند اما در خصوص مسئولیت مدنی افراد صغیر هیچگونه قانونی وضع نشده است و به دیگر سخن برای مسئولیت مدنی داشتن شخص، قانون هندوستان حداقل سن در نظر نگرفته است. لذا یک فرد خردسال بالای هفت سال نیز می‌تواند همانند یک شخص بالغ، به آسانی مورد تعقیب قضایی قرار گیرد مشروط به اینکه فعل ارتكابی ایشان، مغایر با رفتار متعارف و معقولی باشد که از کودک دارای چنین سنی در یک وضعیت خاص انتظار می‌رود. البته از آنجایی که در هندوستان در خصوص این موضوع در برخی مصادیق، رویه قضایی نیست دادگاه در موارد فقدان قانون و رویه قضایی می‌تواند به رویه های قضایی و قوانین انگلستان رجوع کند و هیچ یک از قوانین هندوستان نیز ما را از رجوع به قوانین کامن لو در چنین مواردی منع نمی‌کند. (Legalserviceindia, Mohd Uma, 2)

### ۲-۳-۳- نظریه مطلق گرا در نظام حقوقی افغانستان

حقوق افغانستان نیز همانند دیگر نظامها و سیستمهای حقوقی در خصوص مسئولیت صغیر و مجنون بین مسئولیت کیفری و مسئولیت مدنی آنان تمایز قائل شده است. بر اساس قوانین این

کشور اگرچه برای اعمال زیان بار صغیر و مجنون، مسئولیت کیفری مورد شناسایی واقع نشده است اما چنانچه در اثر فعل صغیر (اعم از ممیز یا غیر ممیز) و یا فرد مجنون، خسارتی به دیگری وارد شود به استناد قواعد عام مسئولیت مدنی و لزوم جبران خسارت و برخی مواد قانون مدنی افغانستان (مواد ۷۶۰، ۷۹۰ و ۷۹۱ قانون مدنی افغانستان)، خسارت مذکور می بایست جبران شود. برای اینکه روشن شود مسئولیت (ابتدایی و نهایی) جبران خسارت اعمال زیان بار صغیر و مجنون بر عهده چه کسی است لازم است به تحلیل و تفسیر اعمال زیان بار ارتكابی صغیر و مجنون پردازیم. ماده ۷۶۲ قانون مدنی افغانستان هیچ تفاوتی بین اعمال زیان بار صغیر ممیز و غیر ممیز قائل نشده است و بر اساس آن چنانچه فرد صغیر (خواه غیر ممیز باشد و یا ممیز) موجب اتلاف مال غیر شود، از مسئولیت در قبال اتلاف مال دیگران مستثنی نبوده و جبران خسارات وارده بر عهده خودش می باشد و باید خسارت وارده از اموال او جبران شود. طبق فحوائی این ماده چنانچه صغیر اموالی داشته باشد بلافاصله و بدون نیاز به مهلت، خسارت وارده از اموال او پرداخت می شود اما چنانچه اموالی نداشته باشد، دادگاه مدت زمانی متعارف برای دارا شدن و جبران خسارت وارده، به او مهلت می دهد. بر اساس ماده مزبور، اگرچه به نظر می رسد در جبران خسارات و مسئولیت مدنی، اصل بر مسئولیت خود صغیر است اما با توجه به ذیل ماده این مسئولیت، مطلق نبوده و در برخی موارد و تحت شرایطی، مسئولیت متوجه پدر یا پدر بزرگ (پدر کلان) و یا شخص و مؤسساتی است که طبق قرارداد مسئول نگهداری او می باشند چرا که اطفال در سن طفولیت در حال آموختن ارزش های اجتماعی، اخلاقیات، و توقعات رفتاری اجتماع می باشند و هنوز همانند افراد بالغ از قدرت ارادی کامل برخوردار نیستند. بنابراین جامعه همیشه آنان را به صورت کامل مسئول رفتار هایشان نمی داند بلکه والدین را مسئول صحت و محافظت از اطفال خود دانسته و در نتیجه تقصیر والدین در قسمت اضرائی که آنها وارد می سازند نیز مفروض است. به طور مثال اگر طفلی سنگی را پرتاب کند و شیشه را بشکند، در این حال فرض بر این است که پدر طفل در مراقبت از فرزند خود مرتکب تقصیر شده است. (تیم پروژه تعلیمات حقوقی افغانستان، ۲۰۱۲-۲۰۱۳، ۱۹۶) اگرچه طبق ظاهر ماده ۷۶۲ ق. مدنی افغانستان، اصل بر عدم مسئولیت پدر یا پدر بزرگ و یا ..... نسبت به اعمال زیان بار صغیر است مگر اینکه خلاف آن ثابت شود، اما ماده ۷۹۰ ق. مدنی افغانستان مخالف این ظهور بوده و اصل را بر مسئولیت مدنی پدر و جد پدری صغیر نسبت به اعمال زیان بار صغیر دانسته مگر اینکه خلاف آن ثابت شود. هر چند ماده مذکور نسبت به شرایط مسئولیت پدر، پدر

بزرگ و یا ... در قبال اعمال زیان بار صغیر سکوت نموده و صرفاً بیان می دارد: ولی، وصی و قیم به ضمان مال تلف شده، مکلف پنداشته نمی شود، مگر در صورتی که محکمه آنها را به ضمان مال مکلف سازد، اما با توجه به ماده ۷۹۰ ق. مدنی افغانستان پدر یا جد پدری صغیر در صورتی در قبال اعمال زیان بار صغیر مسئول هستند که نسبت به مراقبت از صغیر و ممانعت او از اعمال زیان بار، کوتاهی نموده باشند مگر اینکه ثابت کنند با وجود مراقبت‌های لازم نیز ضرر مذکور واقع می شد. بنابراین بر اساس ماده مذکور، گویا نظریه فرض تقصیر پذیرفته شده و اصل بر مسئولیت مدنی پدر و جد پدری نسبت به اعمال زیان بار صغیر می باشد مگر اینکه آنان ثابت کنند مراقبت‌های لازم از صغیر را در این زمینه انجام داده اند و یا اینکه ثابت نمایند ضرر مذکور با وجود مراقبت‌های لازم نیز حتماً واقع می شد. بر اساس ماده مذکور که بیان داشته: پدر و جد پدری به ترتیب ...، مسئولیت پدر و جد پدری در طول هم هستند نه در عرض هم و به صورت اشتراکی، یعنی با فرض وجود پدر، نوبت به جد پدری نمی رسد و چنانچه پدر نباشد یا توانایی مالی نداشته باشد، پدر بزرگ مسئول جبران خسارات است. (تیم پروژه تعلیمات حقوقی افغانستان، ۲۰۱۲-۲۰۱۳، ۱۹۶ و ۱۹۷)

تا کنون سخن از مسئولیت پدر و جد پدری بود، اما چنانچه به جای پدر یا جد پدری، شخص یا نهادی بر اساس قرارداد، مسئولیت نگهداری صغیر را (مثلاً در پرورشگاه یا مدارس) بر عهده بگیرد، او نیز همانند پدر و جد پدری مسئولیت نیابتی خواهد داشت. البته در خصوص اینکه آیا مسئولیت این اشخاص و نهادها همانند پدر و جد پدری، مشروط به تقصیر و کوتاهی در مراقبت است و یا اینکه به صورت مطلق می باشد، موضع قانون مدنی افغانستان، ابهام دارد، چرا که قانون مذکور برخلاف ماده ۷۹۰ که مسئولیت پدر و جد پدری را مشروط به شرایطی نموده، هیچگونه قید و استثنائی نسبت به مسئولیت این اشخاص و نهادها بیان ننموده است، (تیم پروژه تعلیمات حقوقی افغانستان، ۲۰۱۲-۲۰۱۳، ۱۹۷) بنابراین چه بسا بتوان ادعا نمود قانون مدنی افغانستان ظهور در مسئولیت مطلق اشخاص و نهادهای مذکور دارد، اگرچه با توجه به ملاک ماده ۷۹۰ می توان گفت مسئولیت او نیز همانند مسئولیت پدر و جد پدری مشروط به تقصیر اوست و در صورت اثبات عدم تقصیر، هیچگونه مسئولیتی ندارد. قسم دیگر از افراد ناتوان که نیاز به مراقبت دارند، افراد مجنون هستند. این افراد نیز از توانایی ذهنی و اراده کامل برخوردار نیستند لذا همانند افراد صغیر، فاقد مسئولیت کیفری هستند. اما چنانچه از اعمال آنان خسارتی به دیگری وارد شود قانونگذار افغانستان آنان را مسئول خسارات مالی وارده دانسته است. مقصود از جمله «و یا شخصی که تابع حکم

صغیر غیر ممیز پنداشته شود» مذکور در ماده ۷۶۲ قانون مدنی افغانستان، افراد مجنون می باشند. طبق این ماده قانونی، افراد مجنون در حکم افراد صغیر (اعم از ممیز و غیر ممیز) می باشند و چنانچه با اعمالشان مرتکب اتلاف مالی شوند مسئول جبران خسارت وارده می باشند. باید توجه داشت که مسئولیت مدنی افراد مجنون نیز همانند افراد صغیر نسبت به اعمال زیان بارشان مطلق نیست بلکه در برخی موارد مسئولیت متوجه افرادی است که به حکم قانون یا قرارداد موظف به نگهداری و مراقبت از آنان می باشند. ماده ۷۹۲ قانون مدنی افغانستان در این خصوص مقرر می دارد: «شخصی که به حکم قانون یا موافقت، مکلفیت نظارت شخص را داشته باشد، از اعمال مضره شخص تحت نظارت خود، مانند صغیر و مجنون، مسئول پنداشته می شود». البته همان گونه که قبلاً نیز بیان شد، این ماده قانونی - برخلاف ماده ۷۹۰ که بیانگر مسئولیت مدنی مشروط پدر و جد پدری در قبال اعمال زیان بار افراد صغیر است - ظهور در مسئولیت مطلق مراقبین افراد مجنون دارد چرا که برخلاف ماده ۷۹۰ هیچگونه قید و استثنایی برای مسئولیت این افراد ذکر نمی نماید. بله چه بسا بتوان ادعا نمود که با توجه به وحدت ملاک، می توان اطلاق ماده مذکور را با ماده ۷۹۰ تخصیص زد. ماده ۷۶۲ قانون مدنی افغانستان، در پایان نکته ای مهم بیان می کند و آن اینکه مسئولیت نهایی را حتی در این صورت، بر عهده افراد مزبور نمی داند و مقرر می دارد: در این صورت، حق رجوع آنها (ولی، وصی و قیم) بر تلف کننده (صغیر) محفوظ می باشد (تیم پروژه تعلیمات حقوقی افغانستان، ۲۰۱۲-۲۰۱۳، ۱۸۵). همچنین ماده ۷۹۲ قانون مذکور بیان می دارد: مسئول از عمل غیر، می تواند جبران خسارتهایی را که پرداخته است، از عامل مطالبه نماید.

بنابراین بر اساس صریح ذیل ماده ۷۶۲ قانون مدنی افغانستان و همچنین اطلاق ماده ۷۹۲ قانون مذکور، افراد مسئول مراقبت صغیر، پس از پرداخت خسارت، حق مطالبه خسارت پرداختی را دارند. اگرچه در عمل بسیار بعید به نظر می رسد شخصی که خسارات ناشی از اعمال زیان بار طفل یا شخص مجنون را پرداخت نموده، مبلغ پرداختی را دوباره بدست بیاورد. البته ماده ۷۹۲ قانون مدنی در قسمت کارفرما که مکلف به پرداخت جبران خسارات ناشی از فعل زیان بار کارمند است به احتمال زیاد تطبیق می گردد. (تیم پروژه تعلیمات حقوقی افغانستان، ۲۰۱۲-۲۰۱۳، ۲۰۱)

#### ۴- نظریه‌های تعدیل‌گرا

پیروان این نظریه براین عقیده‌اند که باید عناصر درون ذاتی را در حقوق مسئولیت مدنی دخالت داد. بدین معنا که چنانچه خسارتی توسط شخص یا اشخاصی -ولو مجنون یا صغیر- به دیگری وارد شود با توجه به حالات روانی و ذهنی آنها، حکم به جبران خسارت می‌شود، یعنی عناصر روانی در انتساب خسارت، مؤثر هستند. در ادامه به تبیین این نظریه و قائلین آنها به همراه استدلال‌هایشان در چهار نظام حقوقی اسلام، ایران، افغانستان و هندوستان خواهیم پرداخت.

##### ۴-۱- حقوق اسلام

برخلاف تصویری که در میان فقها و حقوقدانان رواج داشته و مسئولیت مدنی افراد غیرممیز را امری مسلم و مورد اتفاق می‌دانند، به نظر می‌رسد که گرایش‌ها و دیدگاه‌های مخالفی نیز در حقوق اسلام یافت می‌شود. گرایش‌هایی که گاه عناصر ذهنی را به صورت نسبی (حداقلی) در مسئولیت مدنی غیرممیزین و به ویژه آثار آن تأثیر داده و گاه، به صورت مطلق (حداکثری) بنیان تحقق مسئولیت برای این دسته از افراد را به جهت فقدان عنصر روانی تمیز، مورد تردید قرار داده‌اند براساس این - رویکرد، حکم وضعی «ضمان قهری» به صورت «تبعی» جعل شده به این معنا که قانونگذار ابتداءً حکم تکلیفی «وجوب پرداخت خسارت» را جعل می‌کند و پس از آن، حکم وضعی «ضمان قهری» شخص زیان‌زننده را انتزاع می‌نماید. پس چون غیرممیزین (مانند صغیر غیرممیز و دیوانه) به دلیل فقدان شرایط عامه تکلیف (یعنی عقل و تمیز)، به هیچ وجه در حقیقت احکام تکلیفی فعلیت ندارد بنابراین حکم وضعی «ضمان قهری» نیز در مورد ایشان نایستی فعلیت داشته باشد چه، حکم وضعی از حکم تکلیفی انتزاع می‌شود و چون در مورد غیرممیزین، جعل حکم تکلیفی منتفی است، طبیعتاً جعل حکم وضعی نیز منتفی خواهد بود. بنابراین در فرضی که فرد غیرممیزی سبب اتلاف نامشروع اموال دیگری شود، قاعدتاً نباید ملزم به جبران خسارت شود تا زمانی که شرایط تکلیف مانند عقل، تمیز و... در او جمع گردد. (آشتیانی رازی، ۱۴۲۹، ۷، ۵۷ تا ۶۵؛ ایروانی، ۲۰۰۷، ۱، ۳۹؛ نائینی، ۱۴۱۴، ۴، ۳۸۷؛ عراقی، ۱۴۰۵، ۴، ۱۰۳؛ خراسانی، ۱۴۳۰، ۳، ۲۰۹؛ صدر، ۱۴۲۳، ۲۸۶ و ۲۸۷؛ حسینی روحانی، ۱۴۳۴، ۶، ۱۴۹) از حیث اثباتی نیز، امیرالمومنین علی (ع) از پیامبر (ص) نقل می‌کنند: «قلم تکلیف از سه گروه برداشته شده است: (۱) از انسان خواب تا هنگامی که بیدار شود؛ (۲) از مجنون تا هنگامی که افاقه یافته (و جنونش برطرف شود)؛ و (۳) از کودک تا زمانی که به سن بلوغ برسد». (تمیمی مغربی، ۱۳۸۵، ۱، ۱۹۴)

روایت فوق، هم برای پیروان نظریه تعدیل نسبی مسئولیت غیرممیزین و هم برای طرفداران نظریه تعدیل مطلق آن، مستند شرعی مناسبی به شمار می‌رود؛ به طوری که هر دو گروه می‌کوشند تا برپایه این روایت دیدگاه خویش را به اثبات رسانند. طرفداران نظریه انتفای کامل ضمان قهری غیرممیزین به ظهور این قبیل روایات استناد کرده و معتقدند که روایات، اطلاق داشته و ظهور در رفع مطلق قلم تشریح اعم از تشریح تکلیفی یا تشریح وضعی دارند. (طباطبایی، ۱۴۲۳، ۱۷۲؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ۲۰، ۳۷۱). وانگهی، عده‌ای از فقهاء امامیه، افراد غیرممیز را همسان حیوانات دانسته و ایشان را در قبال افعال زیانبارشان مسئول نمی‌دانند. (عاملی کرکی، ۱۴۱۴، ۶، ۱۰) تحلیل مزبور (تنها دلیلی است که) توسط برخی فقهای عامه نیز بیان شده است. برای نمونه ابن جزری در این باره می‌نویسد: «و اما کودکی که از قوه ادراک (تمیز) برخوردار نیست در قبال اتلاف نفس یا مال ضامن نمی‌باشد درست همانند حیوانات. (البته برخی گفته اند که) در قبال اتلاف مال مسئولیتی ندارد اما در اتلاف جان، دیه بر عهده عاقله اش است. همانند فرد مجنون (یعنی این احکام هم در مورد صغیر غیرممیز جاری است و هم در مورد فرد مجنون)». (غرناطی مالکی، ۱۹۷۵، ۳۴۹؛ صبحی محمصانی، ۱۳۳۹، ۱، ۳۰۹)

## ۲-۴- نظام‌های حقوقی مورد مطالعه در ایران، افغانستان و هندوستان

### ۱-۲-۴- نظریه تعدیل گرا در نظام حقوقی ایران

در مقابل دیدگاه مشهور حقوقدانان ایران و نیز آراء صادره از محاکم داخلی، هستند حقوقدانانی که بنا به ملاحظات اخلاقی درصددند تا مسئولیت مدنی غیرممیزین را تعدیل ساخته و نه تنها از سنگینی بار مسئولیت از عهده ایشان بکاهند، همچنین با ارائه راه‌کارهای جایگزین، توزیع و تحمیل زیان به سایرین، جنبه حمایت از زیاندیدگان را نیز پاس دارند. دیدگاه‌های خواهان تعدیل در مسئولیت افراد غیرممیز بیشتر ملاحظات ناظر به اخلاق، انصاف و عدالت را برای اثبات مدعیانشان عرضه می‌دارند. در این تفکر، وضعیت روانی فرد نسبت به محتوای عمل ارتكابی و آثاری که از آن رفتار برجای می‌گذارد از نظر اجتماعی در تحمیل مسئولیت بر وی مؤثر است. (امامی، ۱۳۸۸، ۱، ۵۹۶) فرد غیرممیز به جهت فقدان قوه تعقل بسان حیوانات بوده (امامی، ۱۳۸۸، ۵، ۲۶۷) یا در حکم قوه قاهره است (بادینی، ۱۳۸۹، ۴۰ د، ۱، ۹۰) برخی حقوقدانان بر این عقیده‌اند که مقرر کردن مسئولیت محض و حتی مسئولیت مبتنی بر تقصیر نوعی در خصوص غیرممیزین، نه تنها برخلاف

اصل بنیادین «برابری مدنی» است، همچنین نوعی تکلیف بما لایطاق و فراتر از توان چنین اشخاصی است. (بادینی، ۱۳۸۹، د ۴۰، ش ۱، ۹۰) برخی از حقوقدانان نظریه تقصیر به مفهوم شخصی را پذیرفته و عنصر روانی و ذهنی مقصر را در ارتکاب تقصیر مؤثر می‌دانند. در نتیجه، چون فرد غیرممیز از این حیث، مرتکب تقصیری نمی‌شود پس در قبال زیان‌های ناشی از تسبیب مسئولیتی نخواهند داشت. (امامی، ۱۳۸۸، ۱، ۵۹۶-۵۹۷ و ۲۶۶ تا ۲۶۸ و ۲۷۸) بعضی از این هم پا را فراتر نهاده و مدعی شده‌اند که ارتکاب تقصیر به مفهوم نوعی نیز از سوی غیرممیزین ممتنع است چه اینکه «آنان نمی‌توانند عامل خودمختار و عاقلی در ورود خسارت محسوب شوند و چنین مسئولیتی هدف‌های پیش‌بینی شده برای معیار نوعی تقصیر (یعنی بازداشتن افراد از تخطی از هنجارهای اجتماعی) را برآورده نمی‌سازد زیرا کودک غیرممیز (یا مجنون) نمی‌تواند آثار رفتار خود را درک کند؛ نمی‌تواند ضرر را پیش‌بینی کند و از آن پرهیز نماید و به این جهت قابلیت انتساب فعل زیانبار را ندارد». (بادینی، ۱۳۸۹، د ۴۰، ش ۱، ۸۴) با تمام این اوصاف، اینگونه تحلیل‌ها قابل انتقاد به نظر می‌رسد. چه، (اولاً) اثبات شخصی و درون‌ذاتی بودن مفهوم تقصیر در حقوق ایران دشوار است، اگر کلمه «عمد» در ماده ۱ ق.م.م. ظهور در عنصر روانی تقصیر دارد اما اصطلاح «بی‌احتیاطی» اشاره به یک هنجار رفتاری داشته و به تجاوز از یک استاندارد بیرونی اجتماعی اشاره می‌کند. وانگهی، قانونگذار از عطف «عمد» به «بی‌احتیاطی» درصدد بوده این‌را بیان دارد که معیار تحقق تقصیر، صرفاً معیاری روانی نیست بلکه فقدان عنصر روانی عمد و سوءنیت نیز در قالب بی‌احتیاطی می‌تواند تقصیر تلقی شود. (ثانیاً) آنچه از مواد ۹۵۱ تا ۹۵۳ ق.م قابل استنباط است، پذیرش معیار نوعی و اجتماعی برای تقصیر می‌باشد چه، قانونگذار در این مواد خروج از رفتار متعارف را تقصیر دانسته است؛ ضمن اینکه از تحلیل‌های مشهور فقیهان (حلی، ۱۴۲۰، ۲، ۵۳۹) نیز نوعی بودن معیار ارتکاب تقصیر قابل استنباط است. (ثالثاً) در مباحث فقهی این‌بخش بیان داشتیم که مشهور فقیهان امامیه، روایاتی را که عمد و خطا غیرممیزین را یکسان دانسته ناظر به نهادهای حقوقی می‌دانند که در موضوع آنها قصد و اراده اخذ شده درحالی‌که بنابر مبنای مشهور قصد و اراده در مسئولیت مدنی اصولاً بی‌تأثیر است. این قبیل دغدغه‌ها موجب شده تا نظریه تقصیر به مفهوم نوعی بدل به یک «فرض قانونی» (Fiction) شود. این فرض (یعنی الگوبرداری از رفتار یک انسان متعارف و معقول) به‌عنوان یک هنجار رفتاری- اجتماعی بر تمامی اقشار جامعه تحمیل می‌شود ولو اینکه قادر به درک و رعایت آن نباشند.

### ۲-۲-۴- نظریه تعدیل گرا در نظام حقوقی هندوستان

در حقوق هندوستان همانگونه که قبلاً نیز بیان شد در خصوص مسئولیت مدنی افراد صغیر و ناتوان از حقوق انگلستان تبعیت می شود و لذا یک فرد خردسال نیز می تواند همانند یک شخص بالغ، به آسانی مورد تعقیب قضایی قرار گیرد مشروط به اینکه فعل ارتكابی ایشان، مغایر با رفتار متعارف و معقولی باشد که از کودک دارای چنین سنی در یک وضعیت خاص انتظار می رود. (Minors In Torts, Legal service india, Mohd Umar, 2019, 2) از این رو، معیار تحقق تقصیر را تخلف از رفتار انسانی معقول و متعارف در شرایط حادثه قرار نداده و برپایه آن رفتار صغیر غیرممیز را با هنجارهای رفتاری یک فرد بزرگسال معقول و متعارف در شرایط حادثه نمی‌سنجند. (European center of tort and insurance law ; Anita Stuhmcke, 2001, 431) یعنی نوعی نظام «مسئولیت مبتنی بر انصاف» (Liability in Equity) در راستای تعدیل مسئولیت مدنی صغار پیش‌بینی شده و به دادرس این اختیار داده شده که با در نظر گرفتن متغیرهایی نظیر سن و میزان پیشرفت صغیر، (Age and development of the minor) شاخصه‌ها و ویژگی‌های فعل زیانبار، (Charcter of The damaging act) عقلانیت (معقول بودن تعدیل خسارت) (The reaspnable ness)، وجود بیمه مسئولیت و... مسئولیت مدنی وی را تعدیل کرده و به جای دریافت تمامی خسارت، میزانی منصفانه از آن دریافت گردد. (Anita Stuhmcke, 2001, 431) در حقوق انگلیس نیز هرچند اصولاً صغر سن مانع تحقق مسئولیت نیست اما در زیان‌های ناشی از بی‌احتیاطی، (Anita stuhmcke, 2001, 1) (13) اصولاً رفتار یک کودک با کودکی متعارف همسالی مقایسه می‌شود. برای مثال، در پرونده Mulin علیه Richard در سال ۱۹۸۸ م دو دختر (۱۵ ساله) در حال شمشیربازی با دو خط‌کش پلاستیکی بودند که ناگاه خط‌کش خوانده به چشم خواهان اصابت کرد و بینایی او را مخدوش نمود با این اوصاف، دادگاه حکم به ردّ دعوای خوانده داد با این استدلال که از کودکی متعارف همسال خوانده انتظار پیش‌بینی چنین عواقبی نمی‌رود. پس وی مرتکب تقصیر و تخطی از رفتار متعارف نشده است. (Vivienne Harpwood, 2009, 138) البته این رویه در حقوق انگلیس همیشگی نیست و تصمیمات واضح اندکی در این باره وجود دارد. و این امر به آشفتگی مسئله دامن می‌زند. برای نمونه اگر کودکی حدوداً ۱۲ ساله اقدام به انجام اعمال مخصوص افراد بزرگسال (نظیر رانندگی با اتومبیل) کند رفتار او با عملکرد یک کودک متعارف و هم‌سنش مقایسه نمی‌شود بلکه دادگاه رفتار



او را با بزرگسالی بی تجربه مقایسه می‌کند. (Cees Van Dam, 2013, 277) به هر روی، در نظام حقوقی هندوستان و کامن‌لو رویه قضایی بیشتر به این تمایل دارد که معیار رفتار انسانی متعارف و معقول (Reasonable man) را تعدیل کرده و رفتار ناشی از بی احتیاطی کودکان را با رفتار کودکی متعارف از همسالانش قیاس کند و نیز تمایل بیشتر به این است که مسئولیت متوجه سرپرست او شود البته اگر در نگاهداری و نظارت مرتکب تخطی و تقصیر شده باشند. (Cees Van Dam, 2013, 138) همچنین در تقصیرهای مشارکتی (Contributory negligence) نیز توجه به سن کودک برای تعیین استاندارد احتیاط و مراقبت او مدنظر دادگاه‌های انگلیس است. برای مثال در پرونده Yachuk علیه Oliver Blais.ltd (در سال ۱۹۴۹ م) کودکی ۹ ساله مقداری مواد مشتعل‌زا را به آتش کشید و به خواهان زیان وارد نمود. اما دادگاه حکم به بی حقی خواهان داد چه، (اولاً) کنجکاوای (و بازیگوشی) کودکی در این سن و سال قابل پیش‌بینی بوده (و شرکت خواهان نباید مواد مشتعل‌زا را در دسترس وی قرار می‌داده است)؛ و (ثانیاً) از کودک متعارفی در این سن و سال انتظار نمی‌رود که خطرات ناشی از رفتارش را درک کرده (و پیش‌بینی نماید). (Vera Birmingham, 2005, 57)

### ۳-۲-۴- نظریه تعدیل گرا در نظام حقوقی افغانستان

اما در حقوق افغانستان، دیدگاه حقوقدانان و رویه قضایی، اطلاق گرایی و عینی گرایی در مسئولیت مدنی غیرمتمیز است، زیرا به استناد قواعد عام مسئولیت مدنی و لزوم جبران خسارت و برخی مواد قانون مدنی افغانستان (مواد ۷۶۰، ۷۹۰ و ۷۹۱ قانون مدنی افغانستان)، خسارت ناشی از فعل زیان بار افراد مذکور می‌بایست توسط آنان جبران شود. بنابراین بدیهی است که نظام حقوقی افغانستان هرگونه تعدیل مطلق یا نسبی در مسئولیت مدنی صغار و مجانین را نپذیرفته است. (م ۷۶۲ ق.م افغانستان)

### ۵- نظریه برگزیده؛ در مسیر نسبی گرایی

به نظر در مسأله مسئولیت مدنی افراد صغیر و مجانین، باید بین خسارات ناشی از اتلاف و تسبیب تمایز قائل شد. به عبارت دیگر می‌بایست میان صورتی که خسارت به صورت مستقیم، توسط فرد صغیر ایجاد می‌شود با صورتی که شخص صغیر به صورت غیر مستقیم، سبب ورود خسارت به دیگر می‌شود، تفاوت قائل شد. در ذیل به هریک از این دو فرض به تفصیل خواهیم پرداخت و دیدگاه مورد نظر خود را بیان می‌کنیم.

### ۱-۵- مسئولیت ناشی از اتلاف

در خصوص ایراد خسارتی که به صورت مستقیم توسط افراد غیرممیز به بار می‌آید؛ ماده ۱۲۱۶ ق.م. مقرر می‌دارد: «هرگاه صغیر، مجنون یا غیررشید باعث ضرر شود ضامن است». این ماده در راستای معیار عینی و مبنای قابلیت استناد زیان به زیان‌زننده که در ماده ۳۲۸ ق.م نیز انعکاس یافته، صغار و مجانین را واجد اهلیت ضامن شدن در قبال افعال زیانبارشان دانسته است. چالش جدی فراوی، صراحت ماده ۱۲۱۶ ق.م. در حکم به مسئولیت مدنی فرد غیرممیز بر جبران کامل خسارت است. در چنین موقعیتی چه باید کرد؟ در این خصوص چند راه کار می‌توان پیشنهاد داد:

(۱) نخستین راه کاری که به نظر می‌رسد این است که بگوییم که مقصود از «ضامن بودن» غیرممیز در قبال افعال زیانبارش که در ماده مذکور انعکاس یافته، «ضمان تعلیقی» است به این معنا که شخص غیرممیز پس از حصول شرایط تکلیف (مثلاً حصول عقل، ایجاد تمکن مالی و...) باید اقدام به جبران خسارت زیان‌دیده کند. یا اینکه ماده صرفاً در مقام جعل صوری (غیرجدی) ضمان تا حصول شرایط تکلیف بوده و یا در مقام اخبار از اصل امکان ثبوت ضمان پس از حصول شرایط تکلیف است. به نظر می‌رسد که این توجیه‌ها با ظهور عرفی حدیث رفع قلم و جعل تبعی حکم وضعی ضمان قهری - که پیش‌تر گذشت - لا اقل از نقطه نظر پاسداشت «اصل امکان تعدیل» همگام است.

(۲) حتی اگر مانند برخی حقوقدانان، مبنای تحقق مسئولیت مدنی در اتلاف را نیز ارتکاب تقصیر از ناحیه شخص زیان‌زننده بدانیم. با دشواری کمتری در مسیر تعدیل مسئولیت مدنی غیرممیزین مواجهیم چه، به نظر می‌رسد که با اعمال «معیار مختلط یا موضوعی نسبی» می‌توان رفتار و عملکرد فرد غیرممیز را با رفتار و عملکرد متعارف شخصی غیرممیز مقایسه کرد؛ در چنین حالتی اگر وی مطابق معیار رفتار کرده باشد در قبال زیان‌دیده مسئولیتی ندارد اما چنانچه مطابق استاندارد متعارف، رفتار نکرده باشد، مقصر قلمداد شده و مسئول است. در هر صورت، بار اثبات تقصیر بر عهده زیان‌دیده است. (در این باره در ادامه سخن خواهیم گفت).

(۳) اما چنانچه همانند اکثر فقها (رشتی، بی تا، ۷۹؛ نجفی، ۱۴۳۶، ۱۹، ۳۱ به بعد؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۱، ۲، ۴۶۲؛ محقق داماد، ۱۴۰۶، ۱، ۱۱۴، صافی، ۲۰۱۰، ۱۰۷؛ زحیلی، ۲۰۱۲، ۱۷۱) و حقوقدانان، (امامی، ۱۳۸۸، ۱، ۳۸۶؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۹۱، ۱، ۵۴ تا ۵۸؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷، ۱، ۲۱۰ تا ۲۱۲؛ صفایی و رحیمی، ۱۳۹۲، ۸۱ و ۸۰؛ شهیدی، ۱۳۹۰، ۳، ۲۲۸) مبنای تحقق ضمان ناشی از اتلاف را مبتنی بر مسئولیت محض و بدون خطا بدانیم، اگرچه رفتاری ناهنجار و خطاآلود بازم

می تواند نقش آفرین باشد، اما آنچه اصولاً اهمیت دارد استناد عرفی زیان به زیانزننده است، بنابراین پیشنهاد می شود که بابره گیری از فنون تفسیری در مسیر تعدیل مسئولیت مدنی غیرممیزین گام برداشت. از این رو، ابتدا بهتر است مسئولیت سرپرست از نوعی تقدم رتبی نسبت به مسئولیت فرد غیرممیز برخوردار باشد (م.م.م.م.ق.م.م). وانگهی، از صدر ماده ۳ ق.م.م. برمی آید که قانونگذار درصدد بوده تا موقعیت ویژه ای را برای دادرس ترسیم کرده و به او این امکان را دهد که حسب اوضاع و احوال پرونده اقدام به تعدیل مسئولیت مدنی غیرممیز نماید. برپایه این ماده: «دادگاه میزان زیان و طریقه و کیفیت جبران آنرا با توجه به اوضاع و احوال قضیه تعیین خواهد کرد...». به نظر می رسد که این ماده بیانگر یک امر اختیاری نیست بلکه از لحن ماده و ظهور عرفی آن برمی آید که قانونگذار، دادرس را موظف کرده که اوضاع و احوال قضیه را در تعیین تکلیف پرونده دخالت دهد. این تفسیر این امکان را در اختیار دادرس قرار می دهد که در مسیر تعدیل مسئولیت مدنی غیرممیز حسب اوضاع و احوال حاکم بر پرونده گام بردارد؛ و از این رهگذر توازن مطلوبی میان خواهان و خواننده برقرار سازد. حال حتی اگر تفسیر موسع از ماده ۳ ق.م.م. را نیز نپذیریم، به نظر می رسد که برپایه بند دوم ماده ۴ ق.م.م. می توان امکان تعدیل مسئولیت غیرممیز را مهیا ساخت؛ برپایه این ماده: «دادگاه می تواند میزان خسارت را در موارد زیر تخفیف دهد:..... ۲- هرگاه وقوع خسارت ناشی از غفلتی بوده که عرفاً قابل اغماض باشد و جبران آن نیز موجب عسرت و تنگدستی واردکننده زیان باشد...». در این ماده دو شرط غفلت قابل اغماض و عسرت زیانزننده را عامل تخفیف در میزان خسارت می داند. غفلت در این ماده مرادف با بی احتیاطی به معنای عام (تقصیر غیر عمدی) می باشد که برپایه تفسیری موسع، هم می توان آنرا به مفهوم مرسوم تقصیر یعنی تخلف هنجاری از رفتار متعارف و معقول (که از نوع تعهد به وسیله است) دانسته و هم آنرا به مفهوم تقصیر قانونی یعنی تجاوز از حدود قانونی (که از نوع تعهد به نتیجه است) بدانیم. فایده چنین تفسیری این است که این بند هم شامل ضمان ناشی از اتلاف می گردد و هم شامل ضمان ناشی از تسبیب. از این رو، صرف ایراد زیان مستقیم و استناد به فرد غیرممیز، نوعی تقصیر (به مفهوم هنجاری یا قانونی) بوده و چون از ناحیه فرد غیرممیز است، عرفاً قابل اغماض تلقی می شود. پس اگر جبران زیان منجر به عسرت و تنگدستی فرد غیرممیز شود -که غالباً اینگونه است- قاضی موظف به تعدیل در میزان خسارت است. به هر روی، به نظر می رسد که قانونگذار -به ویژه برپایه مواد ۴ و ۷ ق.م.م.- تا حد معقول و متعارفی این امکان را فراهم آورده تا با در نظر گرفتن متغیرهای عینی حاکم بر اوضاع و احوال پرونده، از خشکی قواعد حاکم بر

عدالتِ صوریِ انعکاس یافته در ماده ۱۲۱۶ ق.م کاست و مسئولیت مدنی غیرممیزین را تعدیل نمود. از این رو، پیشنهاد می شود که تا حد امکان و در محدوده‌ای متعارف و معقول، بتوان در ارزیابی قضیه به امور ذیل نیز نهایتِ اهتمام را داشت: ۱- ارزیابی رفتار غیرممیز با رفتار متعارف همسان او؛ ۲- وضعیت مالی طرفین و میزان تأثیر زیان وارده و جبران آن در موقعیت عینی آن‌ها؛ ۳- ویژگی‌های فعل زیانبار از حیث آثار مخرب فردی و اجتماعی که به دنبال دارد؛ ۴- درجه و میزان تقصیر (البته در مواردی که تقصیر شرط یا رکن یا مبنای مسئولیت است)؛ ۵- وجود یا فقدان سرپرست (اعم از حقیقی یا حقوقی)؛ ۶- وجود یا فقدان پوشش بیمه مسئولیت مدنی فرد غیرممیز یا سرپرست (اعم از بیمه اختیاری یا اجباری) و... گفتنی است که ملاک‌هایی که برشمردیم به هیچ وجه جنبه حصری نداشته بلکه از باب تمثیل بوده و باید در استفاده از این معیارها محتاط بود و جانب تعدیل متعارف و معقول را پاس داشت.

#### ۲-۵- مسئولیت مدنی ناشی از تسبیب

به نظر می‌رسد که بایسته است از ماده ۱۲۱۶ ق.م. تفسیری مضیق ارائه شود و آنرا صرفاً ناظر به اتلاف انگاشت؛ بنابراین در خصوص تسبیب می‌توان به قواعد عمومی مسئولیت مدنی که مبتنی بر تقصیر است استناد جست (م.ا.ق.م.م.). استفاده از مبنای تقصیر -لااقل در تسبیب- می‌تواند نقطه توازن مناسبی میان منافع متعارض خواهان و خواننده ایجاد کرده و علاوه بر حمایت از منافع فعالیت و آزادی در توسعه شخصیت، استعداد و توانایی‌های (مالی، جسمی و...) خواننده، همچنین از منافع مهمی نظیر صیانت از حقوق مالی و جانی خواهان نیز حمایت کند. از این رو، بایسته است که میان تقصیر عمد و ناشی از بی‌احتیاطی تفکیک نمود: ۱- در مواردی که تحقق یا افزایش مسئولیت مبتنی بر تقصیر عمدی است، سخن از مسئولیت مدنی غیرممیزین بی‌معنا خواهد بود چه، وجود عمد و سوءنیت فرع بر وجود اراده یا قصد در شخص خطاکار می‌باشد؛ و تحقق چنین اراده‌ای نیز مبتنی بر وجود قوه ادراک و تمیز در اوست. پس خسارات تنبیهی که اصولاً ناظر به تقصیرهای عمد یا سنگین بوده و نقشی بازدارنده ایفاء می‌کند هرگز متوجه افعال زیانبار غیرممیزین نمی‌شود یا ماده ۱۵ قانون بیمه اجباری شخص ثالث (مصوب ۹۵) که ناظر به رجوع بیمه‌گر به مسبب حادثه در فرض عمد و سوءنیت اوست، به هیچ وجه بر غیرممیزی که مسبب حادثه بوده تحمیل نخواهد شد. این تحلیل با حقوق تطبیقی نیز همگام است چه، در حقوق انگلیس نیز که اصولاً صغر سن یا اختلال روانی (Unsound mind (or) mentally incapacity) و جنون (Insanity) مانع از ثبوت

مسئولیت مدنی نمی‌شود اما در برخی از خطاهای مدنی (Torts) نظیر تعقیب غیرقانونی (Malicious prosecution) یا فریب (Deceit) که داشتن عنصر روانی سوءنیت (Malice) یا قصد (Intention) دخیل است افراد غیرممیزی که در عدم ادراک کامل به سر می‌برند، مسئولیت مدنی نخواهد داشت. (Anita Stuhmcke, 2001, 121; Cees Van Dam, 2013, 276- 277; Barker, 2007, 188- 189) -۲

در مواردی که مبنای مسئولیت مبتنی بر تقصیر غیر عمد (بی‌احتیاطی به معنای عام) است؛ می‌توان تفسیری نوین، منصفانه و منطبق با نظریه برگزیده از مواد ۹۵۱ تا ۹۵۳ ق.م. ارائه داد. بر این اساس، مقصود از رفتار «متعارف» که صراحتاً در مواد ۹۵۱ و ۹۵۲ به کار رفته، رفتار متعارف شخص با توجه به ویژگی‌ها و وضعیت حقوقی که دارد می‌باشد. به بیانی دیگر، -چنانچه پیش از این گفتیم- افراد را با توجه به وضعیت و ویژگی‌هایی عمومی و مشترکی که دارند به گروه‌ها و زیرمجموعه‌های مختلف تقسیم کرده و سپس با توجه به وضعیت‌شان استاندارد و نُرم رفتاری آن گروه را مشخص می‌کنیم. حال اگر فردی از آن گروه متناسب با آن استاندارد، رفتار نکرد مقصّر و مسئول تلقی می‌شود. بنابراین مقصود از رفتار «متعارف» در مواد ۹۵۱ و ۹۵۲ ق.م. رفتار متعارف در هر گروه یا زیرمجموعه و متناسب با ویژگی‌های عمومی و مشترک آنهاست. معیار مزبور، معیاری میانه، مختلط و مرکب از ملاک‌های شخصی و نوعی می‌باشد و در یک جمله، معیاری «عینی نسبی» است؛ چرا که با هر گروه یا زیرمجموعه متناسب با خود آن برخورد می‌کند. در نتیجه یکی از کارکردهای معیار مختلط موضوعی، پیش‌بینی نظامی انعطاف‌پذیر برای تشخیص «تقصیر» در حقوق مسئولیت مدنی است. به‌هر روی استفاده از معیار مختلط «عینی نسبی» به‌ویژه در مواردی که فرد غیرممیز دارای حظّی (ولو ناقص یا اندک) از ادراک باشد کاملاً امکان‌پذیر است. فقدان تمیز جزء مفاهیم تشکیکی و دارای مرتبه بوده و مانند سایر اعضای بدن در حال رشد و نمو است. آری، اگرچه تعیین استاندارد رفتاری متعارف در خصوص افرادی که کاملاً از قوه درک و تمیز بی‌بهره‌اند چندان معقول و امکان‌پذیر نیست، با وجود این، در خصوص سایر مراتب فقدان تمیز می‌توان از معیار مختلط «عینی نسبی» جهت تعیین استاندارد و هنجار رفتاری متعارف و متناسب آن گروه بهره‌جست.

#### ۶- نتیجه

اصولاً در خصوص مسئله تأثیر (مستقیم یا غیرمستقیم) عنصر روانی «ادراک و تمیز» در مسئولیت مدنی غیرممیزین با دو نحوه نظام فکری مواجهیم. در یک‌سوی قضیه نظام‌های تابع قواعد عینی - گرای از جمله نظام‌های حقوقی ایران، افغانستان هستند که در آن، آنچه اهمیت بیشتری دارد مطالعه

کنش‌ها و فعل و انفعالات حقوقی از زاویه‌ای کاملاً عینی و خارجی است. بر این اساس، در حقوق مسئولیت مدنی آنچه اهمیت اصیل می‌یابد فعل زیانبار و آثار سوئی است که به بار آورده؛ هدف، ترمیم یک رابطه عینی حقوقی است که بر اثر رفتاری ناهنجار، نامشروع و زیانبار از وضعیت توازن اولیه خارج شده است تا در سایه عدالت اصلاحی و اصل مقابله به مثل متوازن، توازن برهم خورده قبلی، بازگرد چنان خطی که به دو نیمه کاملاً مساوی تقسیم شده است. در سوی دیگر، نظام‌های ذهنی‌گرا که حقوق هندوستان به تبع حقوق کامن لای انگلیسی به آن گرایش دارد، به وضعیت طرفین دعوا به مثابه موقعیتی کاملاً بی‌طرف نگرسته نمی‌شود. بلکه قانونگذار و دادرس می‌کوشد از دریچه نگاه فرد و وضعیت روانی واقعی به قضیه بنگرد. در این نظام‌ها، عدالت ماهوی بر عدالت صوری ترجیحی چشم‌گیر دارد. از این‌رو، در حقوق مسئولیت مدنی نباید صرفاً به دنبال جبران زیان و ترمیم وضعیت زیان‌دیده در سایه مقابله به مثل متوازن بود. در نگرش‌های ذهنی‌گرا اگرچه جبران زیان اهمیت دارد؛ اما اصیل‌تر از آن دخالت دادن وضعیت روانی زیان‌زننده در تحلیل داده‌های قضیه است. معیار پیشنهادی نگارندگان، یعنی معیار میانه و مختلط، معیاری است که عدالت صوری محض و عدالت ماهوی افراطی را تعدیل کرده و در کنار هم می‌نشانند؛ معیاری که تا حد امکان با برابرها به صورت برابر رفتار کرده و با نابرابرها به صورت نابرابر. در این چنین معیاری، توجه همزمان به دو پدیده را شاهدیم، یکی رابطه حقوقی عینی و مادی میان طرفین دعوا و دیگری توجه به دو طرف رابطه حقوقی یعنی اشخاص طرف دعوا. جوهره چنین عدالتی نیز صوری و همگانی بودن آن است. منتهی همگانی بودن و کلیت، وصف قواعدی متناسب با گروه‌های همگن از افراد جامعه است؛ نه تمامی افراد جامعه. بر این پایه، به نظر می‌رسد که با توجه به نظام بومی حقوق مسئولیت مدنی، می‌توان پیشنهاد داد که قانونگذار اصل کلی جبران زیان توسط زیان‌زننده غیرممیز را تقنین نماید (عدالت صوری) اما این امکان را نیز فراهم آورد که با توجه به ویژگی‌های بارز زیان‌زننده غیرممیز که در موقعیت وی از حیث میزان پاسخ‌گویی او در قبال زیان‌دیده بسیار موثر است (نظیر ارزیابی نحوه فعالیتش با توجه به ضعف قوای دماغی و سن او، وجود یا فقدان توان مالی، وجود یا فقدان سرپرست، وجود یا فقدان پوشش بیمه‌ای و...) آن اصل کلی تعدیل شود (عدالت ماهوی). مثلاً بر اساس ضابطه پیشنهادی، مقصود از رفتار «متعارف» در مواد ۹۵۱ و ۹۵۲ ق.م. رفتار متعارف در هر گروه یا زیرمجموعه از غیرممیزین متناسب با ویژگی‌های عمومی و مشترک باشد. معیار مزبور، معیاری میانه،

مختلط و مرکب از ملاک‌های شخصی و نوعی می‌باشد و در یک جمله، معیاری «عینی نسبی» است؛ چرا که با هر گروه یا زیرمجموعه متناسب با خود آن برخورد می‌کند.

#### ۷- منابع

- ۱- آشتیانی رازی، محمدحسن، بحرال فوائد فی شرح الفرائد، انتشارات موسسه التاريخ العربی، ج ۷، چاپ اول، بیروت، ۱۴۲۹ ه. ق.
- ۲- ابن باویه، قمی، محمد بن علی (شیخ صدوق)، *من لا یحضره الفقیه*، ج ۳، چاپ دوم، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۳ ه. ق.
- ۳- اردبیلی، احمد بن محمد، مجمع الفائده و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، ج ۶، اول، قم، موسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۳ ه. ق.
- ۴- اصفهانی، محمدحسین، حاشیه المکاسب، (ت عباس محمد آل سباع القطیفی)، ج ۱، چاپ سوم، قم، منشورات ذوالقربی، ۱۴۳۱ ه. ق.
- ۵- امامی، سیدحسن، *حقوق مدنی*، ج ۵، شانزدهم، انتشارات اسلامی، تهران، ۱۳۸۸ ه. ش.
- ۶- -----، *حقوق مدنی*، ج ۱، چاپ بیست نهم، تهران، انتشارات اسلامی، ۱۳۸۸ ه. ش.
- ۷- امیری قائم مقامی، عبدالمجید، *حقوق تعهدات*، ج ۱، چاپ سوم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۵ ه. ش.
- ۸- ایروانی، باقر، *الحلقه الثالثه فی اسلوبها الثانی*، ج ۱، اول، قم، المحیین للطباعه و النشر، ۲۰۰۷ م.
- ۹- بادینی، حسن، نگرشی انتقادی به معیار انسان معقول و متعارف برای تشخیص تقصیر در مسئولیت مدنی، فصلنامه حقوق، دوره ۴۰، شماره ۱، ص ۹۰، بهار ۱۳۸۹ ه. ش.
- ۱۰- باریکلو، علیرضا، *مسئولیت مدنی*، چاپ پنجم، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۳ ه. ش.
- بحرانی، آل عصفور، یوسف بن احمد ابراهیم، *الحدائق الناضره فی احکام العتره الطاهره*، ج ۲۰، چاپ اول، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۵ ه. ق.
- ۱۱- بحرانی، آل عصفور، حسین بن محمد، *الانوار اللوامع فی شرح مفاتیح الشرایع*، ج ۱۳، اول، قم- ایران، مجمع البحوث العلمیه، بی تا.
- ۱۲- بهرامی احمدی، حمید، ضمان قهری (مسئولیت مدنی با مطالعه تطبیقی)، چاپ اول، تهران، انتشارات دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۹۱.
- ۱۳- تقی زاده، ابراهیم و هاشمی، سیداحمدعلی، مسئولیت مدنی (ضمان قهری)، تهران: دانشگاه پیام نور، ۱۳۹۴.
- ۱۴- تمیمی مغربی، ابوحنیفه نعمان بن محمد، دعائم الاسلام، ج ۱، چاپ دوم، قم، موسسه آل البيت، ۱۳۸۵.
- ۱۵- تیم پروژه تعلیمات حقوقی افغانستان، مبادی حقوق وجانب افغانستان، کابل، ۲۰۱۲-۲۰۱۳ م.

- ۱۶- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *اساس در قوانین مدنی: المدونه*، تهران، نشر گنج دانش، ۱۳۸۷ هـ.ش.
- ۱۷- الفارق (دایره المعارف عمومی حقوق)، ج ۱، چاپ دوم، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۹۱ هـ.ش.
- ۱۸- جمعی از نویسندگان، *مجله فقه اهل‌البيت عليهم‌السلام*، ج ۴۲، چاپ اول، قم، مؤسسه دایره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل‌البيت، بی‌تا.
- ۱۹- حائری طباطبایی، سید محمد مجاهد، المناهل، اول، قم- ایران، مؤسسه آل‌البيت عليهم‌السلام، بی‌تا.
- ۲۰- حسینی روحانی، سیدمحمد، *منتقى الاصول*، مقرر شهید سید عبدالصاحب حکیم، ج ۶، چاپ سوم، قم، انتشارات تک، ۱۴۳۴ هـ.ق.
- ۲۱- حسینی عاملی، سیدمحمدجواد، *مفتاح الکرامه*، ج ۱۶، اول، قم- ایران، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۹ هـ.ق.
- ۲۲- حسینی مراغی، سیدمیر عبدالفتاح، *العناوین الفقهيہ*، ج ۲، چاپ اول، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۷ هـ.ق.
- ۲۳- حسینی، سیدمحمدرضا، *قانون مدنی در رویه قضایی*، چاپ چهارم، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۸۷ هـ.ش.
- ۲۴- حلی، اسدی، حسن بن یوسف بن مطهر (علامه حلی)، *تحریر الأحكام الشرعية علی مذهب الإمامیه*، ج ۲، قم- ایران، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰ هـ.ق.
- ۲۵- حیاتی، علی‌عباس، مسئولیت مدنی، چاپ اول، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۲ هـ.ش.
- ۲۶- حیدر، علی، *درر الحکام شرح مجله الاحکام*، ج ۱، چاپ اول، کویته، مکتبه السلطانیه، ۱۴۱۷ هـ.ق.
- ۲۷- خراسانی، محمدکاظم، *کفایه الاصول*، (تحقیق و تعلیق: عباسعلی زارعی سبزواری)، ج ۳، ششم، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۳۰ هـ.ق.
- ۲۸- داراب‌پور، مهرباب، مسئولیت‌های خارج از قرارداد، چاپ دوم، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۹۰ هـ.ش.
- ۲۹- رشتی، میرزاحیب‌...، *کتاب الغصب*، بی‌جا، بی‌نا، بی‌تا.
- ۳۰- رهپیک، حسن، *حقوق مسئولیت مدنی و جبران‌ها*، چاپ سوم، تهران، انتشارات خرسندی، ۱۳۹۵ هـ.ش.
- ۳۱- زحیلی، وهبه، *نظریه الضمان او احکام المسئولیه المدنیه و الجنائیه فی الفقه الاسلامی*، چاپ نهم، دمشق، دارالفکر، ۲۰۱۲ م.
- ۳۲- سیحانی، جعفر، *الایضاحات السنیه للقواعد الفقهيہ*، ج ۱ و ۲، قم، مؤسسه امام صادق (ع)، ۱۴۳۵ هـ.ق.
- ۳۳- سنهوری، عبدالرزاق احمد، ترجمه دادرزی، مهدی و دانش کیان، محمد حسین، الوسیط فی شرح القانون المدنی، دوره حقوق تعهدات، ج ۱، انتشارات دانشگاه قم، دوم، بهار ۱۳۹۰.
- ۳۴- شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی آثار قراردادها و تعهدات*، ج ۳، چاپ پنجم، انتشارات مجد، ۱۳۹۰ هـ.ش.



- ۳۵- صافی، علی‌الحکیم، *الضمان فی فقه الاسلامی*، چاپ اول، تهران، مؤسسه تقریب مذاهب، المجمع العالمی للتقریب بین المذاهب الاسلامیه، ۲۰۱۰ م.
- ۳۶- صبحی، محمصانی، *النظریات العامه للموجبات و العقود*، ج ۱، مترجم جمال الدین جمالی، تهران: چاپ موسوی، ۱۳۳۹ ه. ش.
- ۳۷- صدر، سیدمحمد باقر، *دروس فی علم الأصول: الحلقة الثالثه*، اول، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۳ ق.
- ۳۸- صفایی، سیدحسین و رحیمی، حبیب...، *مسئولیت مدنی*، چاپ پنجم، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۹۲.
- ۳۹- صفایی، سیدحسین، *اشخاص و اموال*، ج ۱، چاپ ۱۶، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۲ ه. ش.
- ۴۰- -----، *حقوق مدنی و حقوق تطبیقی*، چهارم، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۵ ه. ش.
- ۴۱- طباطبایی بروجردی، آقاسین، *جامع احادیث الشیعه*، ج ۲۴، تهران: فرهنگ سبز، ۱۴۲۹ ه. ق.
- ۴۲- طباطبایی قمی، سید تقی، *الانوار البهیة فی القواعد الفقهیه*، اول، قم، انتشارات محللاتی، ۱۴۲۳ ه. ق.
- ۴۳- طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، *الاستبصار فیما اختلف من الاخبار*، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۹۰.
- ۴۴- عاملی کرکی، علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، ج ۶، چاپ دوم، قم، مؤسسه آل‌البیت علیهم‌السلام، ۱۴۱۴ ه. ق.
- ۴۵- عباسلو، بختیار، *مسئولیت مدنی*، دوم، تهران، نشر میزان، ۱۳۹۴.
- ۴۶- عراقی، آغاضیاءالدین، *نهایه الافکار*، (مقرر: محمدتقی بروجردی نجفی)، ج ۴، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۰۵ ق.
- ۴۷- غرناطی المالکی، محمد بن احمد بن جزی، *قوانین الاحکام الشرعیه و مسائل الفروع الفقهیه*، قاهره مصر، عالم الفکر، ۱۹۷۵ م.
- ۴۸- فخری، رشید مهنا، *اساس المسئولیه التقصیریه و مسئولیه عدیم التمییز*، بغداد: مطبع الشعب، ۱۹۷۴ م.
- ۴۹- قاسم‌زاده، سیدمرتضی، *الزامها و مسئولیت مدنی بدون قرارداد*، چاپ دهم، تهران: میزان، ۱۳۹۵ ه. ش.
- ۵۰- قاسم‌زاده، سیدمرتضی، رهپیک، حسن و کیایی، عبد...، *تفسیر قانون مدنی: اسناد- آراء و اندیشه‌های حقوقی*، چاپ سوم، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۸ ه. ش.
- ۵۱- قانون مدنی افغانستان مصوب ۱۳۵۵ ه. ش.
- ۵۲- قانون مدنی ایران مصوب ۱۳۰۷ ه. ش.
- ۵۳- کاتوزیان، ناصر، *الزامهای خارج از قرارداد: مسئولیت‌های خاص و مختلط*، ج ۲، چاپ هشتم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۷.
- ۵۴- کاتوزیان، ناصر، *حقوق خانواده*، ج ۲، چاپ چهارم، تهران: شرکت انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۷۵. ش.

- ۵۵- کریمی، عباس و دیگران، *نظریه عمومی عدالت در علم حقوق*، دادگستر، تهران، ۱۳۹۶.
- ۵۶- کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، *الکافی*، قم-ایران، دارالحديث للطباعة والنشر، ۱۴۲۹ق.
- ۵۷- لطفی، اسدالله، *سلسله مباحث فقهی-حقوقی مسئولیت مدنی*، تهران، انتشارات جنگل، تهران، ۱۳۹۳.
- ۵۸- لنکرانی، موحدی، محمد فاضل، *القواعد الفقهیه*، اول، قم- ایران، چاپخانه مهر، ۱۴۱۶ هـ.ق.
- ۵۹- علی حیدر، *شرح المجله الاحکام العدلیه*، مکتبه الرشیدیه، کاسی رود، پاکستان، چاپ اول، ۲۰۰۸.
- ۶۰- محقق داماد، سیدمصطفی، *قواعد فقه*، ج ۱، دوازدهم، تهران-ایران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۴۰۶ هـ.ق.
- ۶۱- مغنیه، محمدجواد، *فقه الامام صادق (ع)*، ج ۳، چاپ دوم، قم، *مؤسسه انصاریان*، ۱۴۲۱ هـ.ق.
- ۶۲- موسوی بجنوردی، سید حسن، *القواعد الفقهیه*، ج ۴، چاپ اول، قم، مؤسسه الهادی، ۱۴۱۹ هـ.ق.
- ۶۳- موسوی خمینی، سیدروح...، *کتاب البیع*، ج ۲، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره)، ۱۴۲۱ق.
- ۶۴- میرشکاری، عباس *رساله عملی در مسئولیت مدنی*، اول، تهران، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۴ هـ.ش.
- ۶۵- نائینی، محمدحسین، *فوائد الأصول*، ج ۴، (مقرر: محمدعلی کاظمی)، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۴ق.
- ۶۶- نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام* ج ۴۳، چاپ هفتم، بیروت، داراحیاء التراث العربی، بی تا.
- ۶۷- نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام فی ثوبه الجدید*، ج ۱۹، قم: مؤسسه دایره المعارف الفقه الاسلامی، ۱۴۳۶ هـ.ق.
- ۶۸- نجفی، کاشف الغطاء، محمد حسین بن علی بن محمد رضا، *تحریر المجله*، اول، نجف اشرف-عراق، المکتبه المرتضویه، ۱۳۵۹ هـ.ق.
- ۶۹- یزدانیان، علیرضا، *قواعد عمومی مسئولیت مدنی با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه*، ج ۱، تهران: نشر میزان، ۱۳۹۵.

70-anita stuhmcke, *Essential tort law*. 2ed, london, Cavendish, 2001.

71-Barker, *Law made simple*, 12<sup>th</sup> ed, London, made simple Books and Elsevier, 2007.

72-Cees Van Dam, *European Tort law*, 2<sup>nd</sup> Ed, London, Oxford University press, 2013.

73-European center of tort and insurance law, vol17. *children in tort law*, springer wien new york, 2006.

74-Vera Birmingham, *tort in a nutshell*, 7ed, London, sweet & Maxwell, 2005.

75-Vivienne Harpwood, *Moderd Tort law*, 7ed, london, cavendish, 2009.