

تحلیل جایگاه انسان متعارف در مسئولیت مدنی ناشی از قرارداد

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱/۲۰

بهروز اسدی امیرآبادی^۱

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۳/۲۱

مهدی دهشیری^۲داود نصیران^۳

چکیده

یکی از پرکاربردترین مباحث حقوق تعهدات، نقش انسان متعارف در تعهدات است. به گونه‌ای که در زمینه انعقاد قرارداد، تفسیر قرارداد، اجرای قرارداد، شرایط معافیت از مسئولیت قراردادی، تشخیص تقصیر متعهد در تعهدات به وسیله، انسان متعارف به عنوان الگوی مقایسه قرار می‌گیرد. همچنین در مبحث مسئولیت مدنی از آنجایی که تحقق تقصیر به عنوان یک اصل، یکی از ارکان دعوی مسئولیت مدنی است برای یافتن تعریف مناسبی از تقصیر، باید مفهوم انسان متعارف شناخته شود. بر اساس معیار انسان معقول و متعارف، تقصیر عبارت است از انجام کاری که این انسان فرضی (انسان متعارف)، در شرایطی که ضرر در آن روی داده است، انجام نمی‌داد و یا ترک کاری که او در آن شرایط انجام می‌داد. این معیار در گذشته کاملاً جنبه نوعی داشت و حقوقدانان به‌طور کلی شرایط درونی و فردی را در احراز تقصیر نادیده می‌گرفتند، اما امروزه بسیاری بر این باورند که قاضی باید آن دسته از شرایط درونی را که به‌سادگی به گونه عینی قابل ارزیابی است، مانند سن، وضعیت سلامتی و توانایی‌های جسمی و ... در نظر گیرد.

واژگان کلیدی: انسان معقول و متعارف، معیار نوعی تقصیر، معیار شخصی تقصیر، حقوق تعهدات، مسئولیت مدنی.

^۱ دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق، واحد نجف آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف آباد، ایران.

^۲ استادیار گروه حقوق، واحد نجف آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف آباد، ایران و گروه حقوق دانشگاه آزاد اسلامی شهرکرد (نویسنده مسئول)

dr.m.dehshiri@gmail.com

^۳ استادیار گروه حقوق، واحد نجف آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف آباد، ایران

حقوق مسؤولیت مدنی در صدد است تا در نقطه‌ای که می‌توانیم آن را «نقطه تعادل» بنامیم، «حق امنیت زیان‌دیدگان» را با «حق آزادی و فعالیت واردکنندگان زیان» جمع کند. برای برقراری این تعادل معیارهای مختلفی وجود دارد. نخستین معیار که بیشترین اهمیت را به حق آزادی و فعالیت می‌دهد، «معیار شخصی تقصیر» است. در این معیار دایره مسؤولیت بسیار محدود است و اشخاص تنها در صورتی مسئول شناخته می‌شوند که از لحاظ اخلاقی قابل سرزنش باشند. به دنبال انقلاب کبیر فرانسه و انقلاب صنعتی که فردگرایی در اوج خود بود، این برداشت از تقصیر که گمان می‌رفت زمینه را برای شکوفایی صنایع و علوم فراهم می‌سازد و به منزله دادن نوعی یارانه است، رواج داشت و همین مفهوم مدنظر تدوین‌کنندگان قانون مدنی فرانسه بوده است.

اما به دلیل دشواری ارزیابی و احراز سرزنش اخلاقی و ملاحظات مربوط به عدالت اجتماعی، به تدریج گرایش به معیار نوعی افزایش یافت و برای رفتار افراد جامعه استانداردهایی مقرر شد، به نحوی که اگر رفتارشان پایین‌تر از این استانداردها باشد، مسئول شناخته می‌شوند. در حقوق کشورها به تدریج این استانداردها در قالب انسانی‌الگو و قاعده‌ای رفتاری که عملکرد واردکننده زیان یا زیان‌دیده با آن سنجیده می‌شود، تجلی یافت. در معیار نوعی تقصیر، برخلاف معیار شخصی، به جای «آزادی و عدالت فردی» بیشتر به «امنیت و نظم و عدالت اجتماعی» توجه می‌شود.

در تعریف انسان متعارف برخی معتقدند که انسان متعارف کسی است که مطابق معمول عرف عمل کند بنابراین لازم است ابتدا تعریف درستی از عرف داشته باشیم. توضیح اینکه اگر طبق تعاریف جامعه شناسان عرف را عاداتی بدانیم که به مدت طولانی بین مردم مرسوم شده و همه در برابر واقع معین آن را بکار ببندند، در تعریف انسان متعارف دچار اشتباه خواهیم شد چراکه ممکن است برخی از رفتارهایی که در جامعه مستقر شده نامعقول باشد به همین دلیل تعریف عرف در منابع حقوقی از تعریف ارائه شده توسط جامعه شناسان متفاوت است. در منابع حقوقی مقصود از واژه عرف «عاداتی است که چهره الزامی یافته و قاعده حقوقی ایجاد کرده است».

بنابراین رفتارهایی که مدت‌ها تکرار شده و جنبه عمومی پیدا کرده ولی از نظر مردم اجباری نیست و به شکل قاعده حقوقی تجلی پیدا نکرده، به معنی خاص کلمه «عرف» نیست. مانند: آداب و رسوم محلی در جشن‌ها و سوگواری‌ها؛ به همین دلیل برخی از حقوق‌دانان اصطلاح «انسان معقول و متعارف» را به کار برده‌اند و بر این باورند که رفتار نامعقول، بی احتیاطی است هرچند که عادت همگان باشد، با این وصف انسان متعارف شهروند معمولی از طبقه متوسط جامعه است که دارای هوش، استعداد، حافظه، اطلاعات، تجربه، بینش، جرأت تشخیص، خویشتن‌داری، ایثار، نوع دوستی و توانایی‌های جسمی، انسان معمولی است. برای مثال اشتباه کند، بترسد و ...؛ ولی این ضعف‌ها نباید از معیارهای معمولی رفتار اجتماعی پایین‌تر باشد؛ به عبارت بهتر انسان متعارف حد وسط فضایل را دارد. این اوصاف ویژگی‌های توصیفی انسان متعارف است.

اما انسان متعارف ویژگی هنجاری نیز دارد به این معنی که باید تکالیفی که برای شهروندان مقرر شده را رعایت کند. به طور مثال: مقررات راهنمایی و رانندگی، شهرسازی، محیط زیست و ... را مراعات نماید؛ چراکه صرف نقض این مقررات، رفتاری خلاف انسان متعارف است. همچنین حقوق فردی دیگران مانند حق مالکیت و حقوق مربوط به شخصیت را نیز رعایت کند. در کنار این تکالیف، هر شخص موظف است در رفتارش احتیاط کند و مراقبت‌های لازم را به عمل آورد اما چون این تکالیف جنبه کلی دارند در هر مورد رفتار انسان متعارف به عنوان الگو، معیار مقایسه قرار می‌گیرد.

حقوق تعهدات به بررسی روابط بین اشخاص و ضمانت اجراهای آن می‌پردازد بنابراین قبل از هر چیز باید به بیان تعریف تعهد و منابع ایجاد آن پرداخت. در تعریف تعهد در قانون مدنی ایران مطلبی به چشم نمی‌خورد بنابراین باید به نوشته‌های حقوقدانان رجوع کرد. از نظر لغوی تعهد به معنی به گردن گرفتن کاری، به عهده گرفتن، عهدبستن و پیمان بستن آمده است (معین، ۱۳۷۷، ص ۱۱۰۵).

در اصطلاح حقوق‌دانان تعهد به معنی «رابطه حقوقی مالی و شخصی بین دو یا چند شخص که بر مبنای آن یک طرف بتواند طرف دیگر را وادار به انجام کار یا ترک کار یا تسلیم چیزی کند» (یزدانیان، ۱۳۹۲، ص ۷۰) تعریف شده است. منبعی که این تعهد را ایجاد می‌کند شامل اعمال حقوقی و وقایع حقوقی است. به عبارت بهتر تعهدات یا ناشی از اراده انشایی اشخاص است که به آن عمل حقوقی گویند و یا صرف نظر از خواست و اراده افراد به حکم قانون ایجاد می‌شود که در زبان حقوق‌دانان به وقایع حقوقی یا ضمان قهری تعبیر می‌شود (بابایی، ۱۳۹۴، ص ۱۱).

یکی از پرکاربردترین مباحث حقوق تعهدات، نقش انسان متعارف در تعهدات است. به گونه‌ای که در زمینه انعقاد قرارداد، تفسیر قرارداد، اجرای قرارداد، شرایط معافیت از مسئولیت قراردادی، تشخیص تقصیر متعهد در تعهدات به وسیله، انسان متعارف به عنوان الگوی مقایسه قرار می‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ش ۷۷۱ به بعد). همچنین در مبحث مسئولیت مدنی از آنجایی که تحقق تقصیر به عنوان یک اصل، یکی از ارکان دعوای مسئولیت مدنی است برای یافتن تعریف مناسبی از تقصیر، باید مفهوم انسان متعارف شناخته شود. حتی کاربرد این فرض حقوقی از قلمرو حقوق خصوصی فراتر می‌رود و در مواردی در تعیین تقصیر جزایی و سنجش رفتار متهم یا زیان دیده نیز نقش تعیین کننده دارد. با این وجود در متون قانونی ایران تعریفی از انسان متعارف ارائه نشده لذا در این رساله سعی بر آن است که تعریف جامع و کاملی از انسان متعارف ارائه گردد و کاربرد انسان متعارف در تعهدات قراردادی و الزامات خارج از قرارداد به تفکیک مورد تجزیه و تحلیل قرار گیرد و نهایتاً با ارائه پیشنهادهایی بتوان به نظم و انسجام نظام حقوقی کمک کرد.

در تعریف انسان متعارف برخی معتقدند که انسان متعارف کسی است که مطابق معمول عرف عمل کند (قاسم زاده، ۱۳۸۵) بنابراین لازم است ابتدا تعریف درستی از عرف داشته باشیم. توضیح اینکه اگر طبق تعاریف جامعه شناسان عرف را عاداتی بدانیم که به مدت طولانی بین مردم مرسوم شده و همه در برابر واقعه معین آن را بکار ببندند، در تعریف انسان متعارف دچار

اشتباه خواهیم شد چراکه ممکن است برخی از رفتارهایی که در جامعه مستقر شده نامعقول باشد به همین دلیل تعریف عرف در منابع حقوقی از تعریف ارائه شده توسط جامعه شناسان متفاوت است. در منابع حقوقی مقصود از واژه عرف «عاداتی است که چهره الزامی یافته وقاعده حقوقی ایجاد کرده است» (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ص ۱۷۸).

بنابراین رفتارهایی که مدت‌ها تکرار شده و جنبه عمومی پیدا کرده ولی از نظر مردم اجباری نیست و به شکل قاعده حقوقی تجلی پیدا نکرده، به معنی خاص کلمه «عرف» نیست. مانند: آداب و رسوم محلی در جشن‌ها و سوگواری‌ها (کاتوزیان، همان، ص ۱۷۹)؛ به همین دلیل برخی از حقوق‌دانان اصطلاح «انسان معقول و متعارف» را به کار برده‌اند و بر این باورند که رفتار نامعقول، بی احتیاطی است هرچند که عادت همگان باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ص ۳۵۸). با این وصف انسان متعارف شهروند معمولی از طبقه متوسط جامعه است که دارای هوش، استعداد، حافظه، اطلاعات، تجربه، بینش، جرأت تشخیص، خویشتن داری، ایثار، نوع دوستی و توانایی‌های جسمی، انسان معمولی است. برای مثال اشتباه کند، بترسد و ...؛ ولی این ضعف‌ها نباید از معیارهای معمولی رفتار اجتماعی پایین‌تر باشد؛ به عبارت بهتر انسان متعارف حد وسط فضایل را دارد. این اوصاف ویژگی‌های توصیفی انسان متعارف است.

اما انسان متعارف ویژگی هنجاری نیز دارد به این معنی که باید تکالیفی که برای شهروندان مقرر شده را رعایت کند. به طور مثال: مقررات راهنمایی و رانندگی، شهرسازی، محیط زیست و ... را مراعات نماید؛ چراکه صرف نقض این مقررات، رفتاری خلاف انسان متعارف است. همچنین حقوق فردی دیگران مانند حق مالکیت و حقوق مربوط به شخصیت را نیز رعایت کند. در کنار این تکالیف، هر شخص موظف است در رفتارش احتیاط کند و مراقبت‌های لازم را به عمل آورد اما چون این تکالیف جنبه کلی دارند در هر مورد رفتار انسان متعارف به عنوان الگو، معیار مقایسه قرار می‌گیرد (بادینی، ۱۳۸۹، ص ۴).

۱- مفهوم شناسی انسان متعارف

انسان متعارف شخصی است که؛ نه بسیار محتاط است و نه بسیار مهمل و بی احتیاط، بلکه یک شخص متعادل و متعارف است که به عنوان الگو در نظر می‌گیرند (قاسم زاده، ۱۳۸۷، ص ۴۲).

انسان معقول و متعارف «شهروندی معمولی از طبقه متوسط جامعه» است که مشغول کسب و کار خویش است و دارای دودسته ویژگی‌های توصیفی و هنجاری است: از لحاظ توصیفی دارای هوش و استعداد، حافظه، اطلاعات، تجربه، بینش، جرئت، تشخیص، خویشتن‌داری، ایثار و نوع دوستی و توانایی جسمی، انسانی معمولی است و حد وسط افراد جامعه‌ای است که در آن زندگی می‌کند و ممکن است ضعف‌هایی را که عرفاً قابل‌گذشت است، داشته باشد. برای مثال، اشتباه کند؛ بترسد؛ مسائل را درست تشخیص ندهد و در مواردی خودخواه باشد. اما این ضعف‌ها تا حدی است که پایین‌تر از معیارهای معمولی رفتار اجتماعی نباشد (بادینی، ۱۳۸۹، ص ۷۵).

۲- کاربرد انسان متعارف

انسان معقول، یک انسان فرضی و خیالی است که رفتار مرتکب با وی سنجیده میشود. اساسی ترین سؤال در این باره این است که آیا انسان معقول و نوعی فوق به طور کامل باید عاری از خصایص و ویژگیهای مرتکب باشد یا اینکه این فرد باید دارای تمام یا بخشی از این خصایص باشد؟ آیا معقولیت رفتار یک مرتکب زن با یک انسان نوعی بدون توجه به جنسیت وی ارزیابی میشود یا با یک انسان نوعی از آن جنس؟ و یا مثلاً آیا معقولیت رفتار یک مرتکب دارای ناتوانی جسمی و ذهنی یا رفتار یک فرد کم سن و سال با یک انسان نوعی مجرد و انتزاعی سنجیده میشود یا با افرادی که دارای تمام یا بخشی از خصایص مرتکب هستند؟ در پاسخ باید گفت که در این مورد اختلاف نظرهای شدیدی وجود دارد که حداقل در دو دیدگاه قابل دسته بندی هستند.

۳- دیدگاه های حاکم بر انسان متعارف :

۳-۱- دیدگاه نوعی محض

دیدگاه عینی محض قائل به این است که ذات و ماهیت معیار نوعی ایجاب میکند که هیچیک از خصایص مرتکب در مفهوم انسان معقول نباید لحاظ شود. این دیدگاه افراطی و بدبینانه از آن حیث که منجر به اعمال عدالت صوری شده و با مبانی و اصول مسلم حقوق کیفری که توجه حداقلی به خصایص مرتکب را لازم می‌شمارد ناسازگاری دارد، مورد پذیرش نظامهای حقوقی، قرار نگرفته است (آقایی نیا؛ منتی نژاد، ۱۳۹۳، ص ۲۷).

۳-۲- دیدگاه نوعی منعطف

دیدگاه دوم دیدگاه عینی منعطف است که قائل به این است که در محاسبه معقولیت رفتار مرتکب و مقایسه آن با رفتار یک فرد نوعی، لازم است برخی از خصایص فردی مرتکب مورد محاسبه و سنجش قرار گیرد. این دیدگاه که مبتنی بر فردی سازی انسان معقول،^۱ است. محصول تلاشهای متفکران حقوقی برای عادلانه کردن معیار نوعی است. اما مسئله اصلی در این دیدگاه مربوط به اختلاف نظری است که در خصوص دامنه احتساب خصایص فردی وجود دارد. در برخی آرای مشهور صادره در کامن لا گفته شده که صرفاً دو خصیصه «سن» و «جنس» باید در این محاسبه وارد شوند. در دعوی مشهور *Camplin. v Dpp* قاضی دیپلاک اعلام کرد که: «فرد معقول کسی است که توان کنترل فرد معمولی را داشته باشد که همجنس و همسن متهم باشد ...». در مقابل در آرای دیگر از جمله در پرونده معروف *Smith* در سال ۲۰۰۱م اکثریت اعضای مجلس اعیان مقرر داشتند که: «تمام خصایص فردی متهم باید مورد توجه و ملاحظه قرار گیرند...» اما باید توجه داشت که دامنه فردی سازی را

^۱ person reasonable individualizing

نباید چنان توسعه داد که موجب فروپاشی ضابطه نوعی و همپوشانی آن با ضابطه شخصی شود (Lee, ۲۰۰۳, p ۲۰۶). به باور هارت «آنچه قطعی است این است که کسانی که مجازات می کنیم بایست در زمان انجام عمل، صلاحیتهای معمول و متعارف جسمی و روحی را برای انجام آنچه حقوق ممنوع میدارد و نیز فرصت لازم برای اعمال این صلاحیت ها را داشته باشند» (Hall, ۱۹۶۰, p ۱۵۲).

برای فردی سازی انسان نوعی، باید آن دسته از خصایص و ویژگیهایی را که نه فرد مرتکب در خلق آنها مؤثر بوده و نه توان اثرگذاری بر آنها را دارد مانند سن و جنس و برخی معلولیت‌های جسمی و روحی شامل نابینایی و صرع و... در دامنه شمول فردی سازی قرار گیرند اما سایر خصایص فردی مرتکب باید از شمول این محاسبه خارج شوند (آقایی نیا؛ متی نژاد، ۱۳۹۳، ص ۲۸).

۴- متعارف بودن در مسئولیت مدنی

مفهوم مسئولیت مدنی آن است که هر کس ضرری به دیگری وارد کند به حکم قانون و با تحقق شرایط قانونی مکلف به جبران خسارت است. در نهایت باید دید مبنای تعهد جبران خسارت چیست؟ به سخن دیگر چرا اشخاص مکلف به جبران خسارت هستند؟ الزام به جبران خسارت نیاز به توجیه دارد، پس باید مبنای آن را از لحاظ حقوقی تعیین نماییم؛ اما ارائه یک سیستم و مبنای واحدی که مورد رضایت و توافق همگان باشد مشکل است. علت آن است که در قلمرو مسئولیت مدنی دو حکم یا دو نظریه متناقض وجود دارد که باید در سازش آن دو نظریه که هر کدام از آنها نمودار یک مکتب در این زمینه است کوشید. عقیده اول - نظریه تقصیر: فاعل یک عمل زیان‌آور را نمی‌توان ملزم به جبران خسارت نمود مگر اینکه مرتکب تقصیر شده باشد و تقصیر وی نیز باید اثبات شود و مسئولیت اثبات تقصیر هم به عهده زیان‌دیده است (یزدانیان، ۱۳۸۶، ص ۱۵۰-۱۳۴). عقیده دوم - نظریه خطر: حتی‌الامکان باید سعی شود در اغلب موارد ممکن ضرر وارده به زیان‌دیده به طور کامل جبران شود و هدف قواعد مسئولیت مدنی این است که هیچ‌زیانی بدون جبران نماند (بالینی، ۱۳۸۴، ص ۱۵۰) تفاوت این دو نظریه در آن است که اگر نظریه اول را بپذیریم زیان‌دیده کافی است که اثبات کند در نتیجه عمل مسئول حادثه، دچار خسارت شده و دیگر از اثبات تقصیر معاف است ولی بر اساس عقیده دوم زیان‌دیده علاوه بر اینکه ورود زیان را باید اثبات نماید، تقصیر مسئول حادثه منجر به خسارت را نیز باید اثبات کند (مراغی؛ فرج‌دنیوی، ۱۳۹۵، ص ۳).

۵- نظریات حاکم بر مسئولیت مدنی انسان متعارف و ضوابط حاکم بر آن

۵-۱- نظریه تقصیر

تقصیر،^۲ در زبان فرانسه معنی «گناه» را به ذهن تداعی می‌کند و سرزنش مقصر را به دلیل اعمالی که در ذهن داشته است، در پی دارد. معادل آن در زبان انگلیسی،^۳ غالباً با عبارات «سرزنش» یا «خطا» بیان می‌شود. رفتار تقصیر آمیز رفتاری «قابل سرزنش» یا «ناصواب» است (بالینی، ۱۳۸۴، ص ۱۵۰). در زبان عربی و فارسی مهم‌ترین معنی لغوی «تقصیر» کوتاهی کردن و سستی کردن در انجام کاری است (دهخدا، ۱۳۴۳، ص ۲۸۷). تقصیر مفهومی اخلاقی است و از دنیای اخلاق به جهان حقوق وارد شده است. در متون قانونی تعریف دقیقی از آن به چشم نمی‌خورد و باید مفهوم آن را با توجه به عرف و رویه قضایی و انصاف به دست داد. مفهومی که اگر تعریف آن محال نباشد چندان آسان نیست و بسیاری اساتید حقوق تعاریف متفاوتی در این خصوص ابراز داشته‌اند؛ که ذکر بعضی از این نظرات خالی از فایده به نظر نمی‌رسد. تارریل^۴ یکی از تدوین‌کنندگان قانونی مدنی فرانسه می‌گوید: خسارتی که باید جبران شود بایستی در اثر تقصیر یا غفلت شخص باشد چنانچه به سبب کسی نباشد و نتوان به او اسناد داد باید گفت که کار سرنوشت است ولی چنانچه تقصیر یا غفلت وجود داشته باشد هرچند که خسارت اندک و ناچیز باشد باید جبران شود. به نظر برخی از حقوقدانان باید به جای کلمه تقصیر تخطی را به کاربرد زیرا تقصیر شامل مورد عمد نمی‌گردد حال آنکه (Fault) شامل عمد و غیر عمد می‌گردد (لنگرودی، ۱۳۷۵، ص ۶۰). وعده‌ای دیگر اظهار می‌دارند تقصیر به معنای وسیع در امور حقوقی و جزایی مفهوم مشترک داشته و عبارت است از رفتار خلاف اخلاقی که قانون آن را منع می‌کند. (امیری قائم‌مقامی، ۱۳۸۶، ص ۲۱۶) تا اینجا دریافتیم که تقصیر انحراف در سلوک و رفتار است. به عبارتی انحراف و تجاوز از حدودی است که برای شخص در رفتارش مشخص شده است. اکنون می‌توان این سؤال را مطرح کرد که این انحراف و تجاوز چه موقعی صورت می‌گیرد و معیار آن چیست؟

۵-۱-۱- ضابطه شخصی

در این معیار شخصی را که مرتکب تقصیر شده در نظر می‌گیرند. در بررسی و ارزیابی رفتار تمام حالات داخلی و خارجی و قدرت‌ها و طبیعت و رشد و سن فاعل را در نظر می‌گیرند. در کاربرد این مقیاس لازم است تا از مسائل داخلی و امور باطنی مدعی علیه جستجو به عمل آورده و صفات او استخراج شده و از آنچه در دایره ذهن او در هنگام وقوع فعل زبان‌بار می‌گذشته کسب اطلاع نمود و با این استخراج صفات و دستیابی به امور ذهنی او دریافت که وظیفه وی هنگام وقوع فعل زبان‌بار چه بوده است. از نتایج این معیار این خواهد بود که وقتی فاعل در ضمیر خود احساس پشیمانی و گناه نکرده و منتظر نتیجه ضرری نبوده یا نمی‌توانسته از وقوع آن جلوگیری کند یا عادت وی مرتکب چنین اعمالی می‌شده اما به ضرر دیگران منتهی نمی‌گردیده وی نباید مقصر به شمار آید (یزدانیان، ۱۳۸۶، ص ۱۲۲).

^۲ Taute

^۳ Fault

^۴ Tarrible

در معیار موضوعی اتخاذ رفتار شخص معین و نمونه در خصوص رفتار مدعی علیه با لحاظ صفاتی که در این شخص نمونه است در نظر گرفته می‌شود. برای تعیین این انسان نمونه نظریات متفاوت و متعددی از سوی حقوقدانان بنام ارائه شده است.

۱- نظریه انسان معقول در حقوق کامن‌لا: در این نظر برای تشخیص تقصیر مرتکب، انسان معقول ملاک سنجش قرار می‌گیرد و بدین علت در تعریف بی‌احتیاطی اظهار داشته‌اند: «رفتاری که پایین‌تر از معیاری باشد که توسط حقوق برای حمایت از دیگران در مقابل خطر غیر معقول خسارت مقرر شده است.» (بالینی، ۱۳۸۴، ص ۱۷۸) فلمینگ در تعریف بی‌احتیاطی می‌گوید: «بی‌احتیاطی عبارت است ناکامی در انجام آنچه انسانی معقول در همان شرایط یا شرایط مشابه انجام می‌داد.^۵ انسان معقول کسی است که از ایجاد خطر غیر معقول و قابل پیش‌بینی منجر به خسارت پرهیز می‌کند».

۲- نظریه پدر خوب خانواده در حقوق نوشته: در حقوق فرانسه و بیشتر کشورهای تابع آن، انسان مجردی که رفتار وارد کننده زیان باید با آن مورد مقایسه قرار گیرد «پدر خوب خانواده» نامیده شده است که ریشه تاریخی کهنی دارد و یکی از معیارهای تشخیص تقصیر در حقوق روم بوده است. پدر خوب خانواده انسانی محتاط و نه زیاد دوراندیش است و نه زیاد بی‌احتیاط و سهل‌انگار بلکه انسانی معمولی است که محتاط و عاقل است (مراغی؛ فرج دنیوی، ۱۳۹۵، ص ۵).

۵-۱-۳- رهیافت و انتخاب نظریه مناسب

در خصوص معیار شخصی شاید به ذهن برسد این معیار مناسب است. چراکه عادلانه نیست که شخص بابت فعلی که نمی‌توانسته نتایج آن را پیش‌بینی کند یا منتظر نتایج آن باشد مسئول باشد. درحالی‌که به نظر می‌رسد که غیرعادلانه‌تر این است که ضرر را بر متضرری بار نماییم که هیچ فعلی انجام نداده است و خسارات وی بدون جبران بماند. به علاوه معیار شخصی بدون ابهام و اشکال در تطبیق موارد نیست؛ زیرا این کاوش درونی که لازمه این معیار است کار آسانی نیست و در هر بار هم نتایج به دست آمده دقیق نیست و از شخصی به شخص دیگر متفاوت است و نتایج در حالات نزدیک به هم فرق می‌کند و این با منطق اجتماعی ناسازگار است. به علاوه با زبان دیدگانی که در شرایط یکسان قرار دارند به گونه‌ای تبعیض‌آمیز رفتار می‌شود. برای مثال ممکن است خسارت کسی تنها به دلیل اینکه از دست انسانی جاهل، ناشی، سهل‌انگار و سنگدل که به سختی از نظر اخلاقی خود را قابل سرزنش می‌داند صدمه دیده است؛ قابل جبران نباشد اما خسارت کس دیگری که به طور اتفاقی از دست انسان با وجدان و محتاط که به راحتی خود را قابل سرزنش می‌داند جبران شود. روشن است در این صورت جبران خسارت وابسته به شانس و اقبال خواهد بود (بالینی، ۱۳۸۴، ص ۱۷۵). معیارهای انسان معقول و پدر خوب خانواده هم به تنهایی نمی‌تواند راهگشا باشد. عقلانیت در موقعیت‌های مختلف متفاوت است و پدر خوب خانواده (انسانی محتاط و دور اندیش) نیز به تنهایی کارگشا نیست؛ زیرا چنین موجودی خیالی است و مقید به زمان و مکان نیست و در عمل چنین الگویی

^۵ Bonus pater families= Bon pere se famille- the Good family father

وجود ندارد تا قاضی به آن مراجعه کند. به این دلیل مجبور شده‌اند تا عناصر عینی را به آن اضافه کنند و برای ارزیابی تقصیر شرایطی را که خواننده به هنگام ارتکاب فعل زیان‌بار در آن بوده است، در نظر گیرند (یزدانیان، ۱۳۸۶، ص ۱۹۵). پس باید به شخص متوسط‌الحال در رفتار از نظر بینایی، تعقل، هوشیاری، احتیاط و دقت بسنده نمود که البته اوضاع و احوال هم در نظر گرفته خواهد شد؛ اگر این شخص نمونه و عادی و متعارف در چنان اوضاع و احوالی که خواننده هست مرتکب آن فعل نمی‌شد که خواننده انجام داده است، خواننده مقصر است (النجیب، ۱۹۸۲، ص ۱۴۵)، معیار ارزیابی تقصیر در هر شغلی متفاوت است. برای تشخیص تقصیر یک پزشک رفتار وی با رفتار پزشکی محتاط در همان شرایط مقایسه می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۳۲۶).

۴-۱-۵- تعدیل معیار نوعی

در این تعریف، که از جمع مواد ۹۵۱ تا ۹۵۳ ق.م. نیز استنباط می‌شود، معیار تمیز تقصیر، رفتار انسانی معقول و متعارف در شرایط وقوع حادثه است: به بیان دیگر، تقصیر چهره نوعی دارد و ویژگی‌های مرتکب در آن به حساب نمی‌آید. رفتار معقول و متعارف قانون زندگی اجتماعی است و هر کس به آن تجاوز کند تقصیر کرده است، خواه رفتار او از نظر اخلاقی نیز قابل نکوهش و ناپسند باشد یا مذمتی به بار نیاورد. آنچه مهم است رفتار و آثار اجتماعی آن است نه ارزیابی فعل مرتکب (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۱۷۴). منتها، در دو مورد این معیار نوعی تعدیل می‌شود و شرایط ویژه مرتکب نیز در آن مؤثر است:

۱. در مورد تقصیرهای شغلی، که خطا و صواب به تناسب حرفه مرتکب و اقتضای شغل او تعیین می‌شود: به‌عنوان مثال، برای تمیز خطای پزشکی، رفتار پزشک متعارف معتبر است نه رفتار انسانی مجرد، یا برای تمیز خطای وکیل مدافع، رفتار وکیلی متعارف را در نظر می‌گیرند و اقتضای رفتار پزشکی و وکالت را از شرایط حادثه می‌دانند.

۲. این اختلاف وجود دارد که آیا سن و سلامت اعضای بدن مرتکب نیز باید از شرایط حادثه و مؤثر در ارزیابی فعل مرتکب باشد یا در زمره ویژگی‌های شخصی؟ آیا رفتار نایبانی که در حال گذر از خیابان است با رفتار نایبانی متعارف مقایسه می‌شود یا با رفتار انسانی متعارف و بینایی و نایبانی آن را مقید نمی‌سازد؟

در واقع، ریشه اختلاف در تعارض دو هدف «نوعی شدن مفهوم تقصیر» و «اخلاقی شدن تقصیر» است. زیرا از نوع اخلاقی و حمایت از معلولان ایجاب می‌کند که شرایط و قابلیت‌های جسمی آنان در ارزیابی رفتارشان مؤثر باشد و منصفانه و معقول نیست که از نایبانی انتظار داشته باشیم که به چاله‌ای که در راه او ایجاد شده است، همانند بینایان توجه کند.

همین اختلاف در مورد کودک و دیوانه نیز وجود دارد و تعارض برداشت‌های اخلاقی و اقتصادی سبب شده است که نویسندگان و قانون‌گذاران به اتفاق نرسند. آنان نیز که کودک و دیوانه را مسئول می‌بینند، در مورد خسارت معنوی و شدت و ضعف تقصیر به هنگام تقسیم مسئولیت، بین این گروه و بالغان و عاقلان تفاوت گذارند یا مسئولیت محافظ و سرپرست محجوران را مقدم

بر ضمان شخصی آنان کنند؛ چنان‌که در قانون مسئولیت مدنی ۱۳۳۹ از این شیوه پیر وی شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص ۲۰۵).

پاره‌ای از نویسندگان این گروه، به جای تجاوز از «رفتار انسان متعارف»، تکیه را بر رفتاری نهاده‌اند که خطر صدمه قابل پیش‌بینی به دیگران را ایجاد می‌کند یا خودداری از پرهیز چنین رفتاری است. این تعریف گامی است برای شناخت بیشتر تقصیر و رابطه آن با ایجاد خطر برای دیگران، زیرا نشان می‌دهد که مبنای اصلی مسئولیت ناشی از رفتار خطری است که برای دیگران به گونه‌ای نامتعارف ایجاد می‌شود، و رفتاری که خطری را سبب نمی‌شود، نباید تقصیر نامید، هرچند که با رفتار انسان متعارف در شرایط حادثه مخالف باشد. عامل دیگری که به روشن کردن مفهوم تقصیر کمک می‌کند، تکیه بر قابلیت پیش‌بینی خطر نامتعارف است: انسان وظیفه دارد از کاری که احتمال دارد به صدمه‌ای منتهی شود پرهیز کند، ولی این تکلیف محدود به امکان پیش‌بینی چنین خطری است، و گر نه چگونه می‌شود رفتاری مباح را که در دید عرف خطری ایجاد نمی‌کند «تقصیر» نامید (همان، ص ۲۰۶).

۶- مسئولیت محض^۶

طرفداران نظریه خطر می‌گویند چون هدف مسئولیت مدنی بیشتر جبران خسارت زیان‌دیده است تقصیر در همه موارد در زمره ارکان مسئولیت مدنی نیست و همین‌که شخصی زبانی را به بار آورد باید آن را جبران کند و در صورتی که بین عمل فاعل و زیان وارده رابطه علیت برقرار باشد برای حکم به جبران خسارت کافی است؛ چه عمل فاعل متضمن خطا باشد یا نباشد. به نظر پیروان نظریه خطر قبول تقصیر به عنوان پایه و اساسی مسئولیت مدنی وافی به مقصود نیست زیرا اعمال این نظریه سبب می‌شود؛ بسیاری از زبان‌هایی که زاینده تمدن جدید و توسعه زندگی ماشینی بوده و منشأ آن‌ها ناشناخته است بدون جبران بماند وانگهی زیان دیدگان حوادث جدید مانند کارگران کارخانجات و عابرین پیاده که در اثر حوادث رانندگی مصدوم می‌شوند اغلب اوقات متعلق به طبقات اجتماعی پایین بوده و از لحاظ اقتصادی در وضعیت نامناسبی به سر می‌برند. حال آنکه صاحبان کارخانه‌ها وسایل صنعتی خطرآفرین با امکانات اقتصادی که در اختیار دارند و با استفاده از خدمات وکلا و مشاورین حقوقی در صورت اقامه دعوا از جانب زیان‌دیده به راحتی با اثبات عدم تقصیر خود را از مسئولیت مبری نموده و زیان وارده به زیان‌دیده تحمیل می‌شود. لذا باید تمهیدی اندیشیده شود که استفاده کننده از ماشین ولو مرتکب تقصیر هم نشده باشد ملزم به جبران زیان وارده باشد. به موجب نظریه خطر با مسئولیت بدون تقصیر هر کس عامل خطر را در اختیار دارد و از آن سود می‌برد باید خسارت وارده از کاربرد آن وسایل را نیز جبران کند. هواداران این نظریه معتقدند که فی‌المثل هر کس اتومبیلی را خریداری

^۶ Absolute liability

می‌کند باید از عهده خسارات ناشی از آن برآید ولو تقصیری هم مرتکب نشده باشد؛ به عبارت دیگر مطابق این نظریه صرف انتساب عمل به فاعل و تلف به تألف برای تحقق مسئولیت کافی است^۷ (مراغی؛ فرج دنیوی، ۱۳۹۵، ص ۵).

۷- متعارف بودن در مسئولیت مدنی پزشک

مسئولیت مدنی پزشک، به عنوان یکی از شاخه های مورد مطالعه در حوزه مسئولیت مدنی و حقوق خصوصی، از اهمیتی به سزا برخوردار است. مسئولیت مدنی در حقوق ایران به تبعیت از نظر غالب فقهی، مبتنی بر نظریه اتلاف و تسبیب است. بر این اساس، بیشتر حقوقدانان مسئولیت پزشک را نیز با تکیه بر این دو قاعده توجیه نموده اند. نتیجه این امر آن است که پزشک در صورت مباشرت در ورود صدمه به بیمار در هر صورت مسئول شناخته میشود و در صورت تسبیب در ورود زیان، تنها در موردی ضمان را بر عهده دارد که مرتکب تقصیر شده باشد. با تصویب ماده ۴۹۵ قانون مجازات اسلامی جدید به تردیدها در تشخیص مبنای مسئولیت پزشکان پایان داد و مسئولیت مدنی پزشک را مبتنی بر فرض تقصیر وی دانست. (حاجی نوری، ۱۳۹۴، ص ۳۸).

^۷ قاعده اللزم بالغنم، یا نحن له، الغنم قطبه الغرم، به معنای اینکه زیان در مقابل سود است و با هر کس سود کاری را می‌برد باید زیانهای ناشی از آن را نیز جبران کند بی شباهت به نظریه ریسک یا خطر نیست.

حقوق مسئولیت مدنی در صدد است تا در نقطه‌ای که می‌توانیم آن را «نقطه تعادل» بنامیم، «حق امنیت زیان‌دیدگان» را با «حق آزادی و فعالیت واردکنندگان زیان» جمع کند. برای برقراری این تعادل معیارهای مختلفی وجود دارد. نخستین معیار که بیشترین اهمیت را به حق آزادی و فعالیت می‌دهد، «معیار شخصی تقصیر» است. در این معیار دایره مسئولیت بسیار محدود است و اشخاص تنها در صورتی مسئول شناخته می‌شوند که از لحاظ اخلاقی قابل سرزنش باشند. اما به دلیل دشواری ارزیابی و احراز سرزنش اخلاقی و ملاحظات مربوط به عدالت اجتماعی، به تدریج گرایش به معیار نوعی افزایش یافت و برای رفتار افراد جامعه استانداردهایی مقرر شد، به نحوی که اگر رفتارشان پایین‌تر از این استانداردها باشد، مسئول شناخته می‌شوند. در حقوق کشورها به تدریج این استانداردها در قالب انسانی‌الگو و قاعده‌ای رفتاری که عملکرد واردکننده زیان یا زیان‌دیده با آن سنجیده می‌شود، تجلی یافت. در معیار نوعی تقصیر، برخلاف معیار شخصی، به جای «آزادی و عدالت فردی» بیشتر به «امنیت و نظم و عدالت اجتماعی» توجه می‌شود. مفهوم انسان متعارف در تعهدات قراردادی و ضمان قهری یکسان است اما انسان متعارف در تعهدات قراردادی کارکردی متفاوت از ضمان قهری دارد به نحوی که در الزامات خارج از قرارداد انسان متعارف معیار سنجش تقصیر است. با این توضیح که قانون مدنی در ماده ۹۵۳ در تعریف تقصیر مقرر می‌دارد: «تقصیر اعم است از تعدی و تفریط» و بر اساس مواد ۹۵۱ و ۹۵۲ قانون مدنی، تعدی عبارت است از: «تجاوز از حدود اذن یا متعارف، نسبت به مال، یا حق دیگری»؛ و تفریط عبارت است از: «ترک عملی که به موجب قرارداد یا متعارف برای حفظ مال غیر لازم است».

در تعهدات قراردادی که نقش اراده طرفین در آن اساسی و سازنده است طرفین می‌توانند توافق کنند برخی چیزهایی را که در روابط دیگران شاید کاربرد نداشته باشد در روابط خود جای دهند و تعهداتی را بر عهده گیرند و آنگاه که اختلاف بر سر اجرای تعهدات حاصل می‌شود کشف این نیروی سازنده آن‌گونه که طرفین خواسته‌اند سخت و دشوار است و آنجاست که باید دانست کدامیک از ضوابط نوعی و شخصی را باید به کار گرفت؟ با عنایت به مطالب ذکر شده در این تحقیق می‌توان ادعا کرد در تعهدات قراردادی ابتدا سعی بر آن می‌شود با تمسک به ضابطه شخصی قصد و اراده طرفین را از قراین و امارات موجود بازشناخت و اگر امکان آن میسر نشد با به‌کارگیری ضابطه نوعی و سنجش رفتار طرفین با انسان نوعی و متعارف به حل اختلاف پرداخت؛ مثلاً اگر در عقدی مانند عقد بیع که شخصیت طرفین علت عمده عقد نیست ادعا شود که شخصیت فروشنده و تصویری که از آن شده است خریدار را به معامله را داشته است اگر از قراین و گفتار یا شروط مقدماتی بین طرفین این قصد قابل کشف باشد به آن ترتیب اثر داده می‌شود و این اراده را محترم می‌شماریم. به‌ویژه درجایی که از امارات برآید که این انگیزه مشترک بوده و وارد قلمرو تراضی گردیده است و اگر این ادعا از هیچ‌یک از قراین معلوم نگردد به دلیل جلوگیری از ورود اغراض یک‌سویه به بنیان عقد از انحلال آن جلوگیری کرده و با به‌کارگیری ضابطه نوعی و مقایسه رفتار طرفین با انسان متعارف، داوری صورت می‌گیرد. چراکه در عقد بیع معمولاً شخصیت طرفین علت عمده عقد نیست و آنکه ادعای خلاف متعارف دارد باید آن را اثبات کند. در تعهدات قراردادی در مرحله ثبوتی اصل بر ضابطه شخصی و در مرحله اثباتی اصل بر

ضابطه نوعی است. در پایان می‌توان نتیجه گرفت در تعهدات قراردادی به دلیل حاکمیت اراده اصل بر پذیرش ضابطه شخصی و در تعهدات غیر قراردادی اصل پذیرش ضابطه نوعی است و در انتخاب این نمونه برای سنجش اعمال افراد شرایط طرفین تعهد را در نظر می‌گیرند و همواره انسان نوعی که ملاک قرار می‌گیرد با توجه به شرایط طرفین متغیر است و از او در شرایط گوناگون انتظارات متفاوتی وجود دارد.

کتاب فارسی

۱. امامی، حسن، (۱۳۸۴)، حقوق مدنی، جلد اول، چاپ هجدهم، تهران، انتشارات اسلامیه.
۲. امیری قائم مقامی، عبدالمجید، (۱۳۸۶)، حقوق تعهدات، تهران، نشر میزان.
۳. آقای نی، حسین، (۱۳۸۶)، حقوق کیفری اختصاصی، جرائم علیه اشخاص (جنایات)، چاپ اول، تهران، نشر میزان.
۴. بادینی، حسن، (۱۳۸۴)، فلسفه مسئولیت مدنی، چاپ اول، شرکت سهامی انتشار.
۵. بابایی، ایرج، (۱۳۹۵)، حقوق مسئولیت مدنی و الزامات خارج از قرارداد، تهران، نشر میزان.
۶. بهرامی احمدی، حمید، (۱۳۹۰)، حقوق تعهدات و قراردادها، تهران، انتشارات دانشگاه امام صادق .
۷. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۷۰)، مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام، چاپ دوم، انتشارات گنج دانش.
۸. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۰)، ترمینولوژی حقوق، چاپ یازدهم، تهران، انتشارات گنج دانش.
۹. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۷۵)، دایره المعارف، حقوق تعهدات، تهران، انتشارات گنج دانش.
۱۰. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۷۸)، حقوق تعهدات، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۱)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد دوم، چاپ اول، تهران، انتشارات گنج دانش.
۱۲. دهخدا، علی اکبر، (۱۳۴۳)، لغتنامه دهخدا، تهران، موسسه چاپ و انتشارات دانشگاه تهران.
۱۳. دهخدا، علی اکبر، (۱۳۸۵)، لغت‌نامه (فرهنگ متوسط دهخدا) زیر نظر دکتر سید جعفر شهیدی، جلد ۲، چاپ اول، دانشگاه تهران.
۱۴. الشریف، محمد مهدی، (۱۳۹۲)، منطق حقوق، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۱۵. قاسم‌زاده، سید مرتضی، (۱۳۷۸)، مبانی مسئولیت مدنی، چاپ اول، تهران، نشر دادگستر.
۱۶. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۴)، حقوق مدنی، الزام‌های خارج از قرارداد، انتشارات دانشگاه تهران.
۱۷. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۶)، حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، جلد ۴، چاپ دوم، تهران، شرکت انتشار.
۱۸. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۸)، الزام‌های خارج از قرارداد مسئولیت مدنی، تهران، دانشگاه تهران.
۱۹. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۹)، نظریه عمومی تعهدات، تهران، دادگستر.
۲۰. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۳)، اموال و مالکیت، دوره مقدماتی، چاپ هشتم، تهران، نشر میزان.
۲۱. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۵)، التزام‌های خارج از قرارداد، دوره پیشرفته تک جلدی، چاپ پنجم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.

۲۲. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۷)، «الزام‌های خارج از قرارداد: مسئولیت مدنی»، جلد اول و دوم، چاپ هشتم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
۲۳. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۵)، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۴، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۲۴. معین، محمد، (۱۳۷۷)، فرهنگ فارسی، تهران، انتشارات امیر کبیر.
۲۵. یزدانیان، علیرضا، (۱۳۸۶)، قواعد عمومی مسئولیت مدنی، تهران، انتشارات میزان.
- ۲۶ آقایی نیا، حسین؛ متنی نژاد، صادق، (۱۳۹۳)، کاربرد معیارهای عینی و ذهنی در عوامل موجهه جرم، دانشگاه تهران، مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره ۱، شماره ۱.
۲۷. بادینی، حسن، (۱۳۸۹)، نگرشی انتقادی به معیار «انسان معقول و متعارف» برای تشخیص تقصیر در مسئولیت مدنی، فصلنامه حقوق، دوره ۴۰، شماره ۱، صص ۷۳-۹۳
- ۲۸- حاجی نوری، غلامرضا، (۱۳۹۴)، نگرش تطبیقی بر مفهوم معیار تقصیر پزشک، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال سوم، شماره یازدهم.
- ۲۹ قاسم زاده، سید مرتضی، (۱۳۷۸)، مفهوم غیر قانونی بودن یا ناهنجاری فعل زیان‌بار در مسئولیت مدنی، مجله دیدگاه‌های حقوقی، شماره ۱۳ و ۱۴.
- ۳۰- مراغی، علی اصغر؛ فرج دنیوی، حسن، (۱۳۹۵)، کاربرد معیار نوعی و شخصی در مسئولیت مدنی، اولین کنفرانس ملی حقوق و علوم جزا: قم - موسسه مدیریت کنفرانس‌های علمی اندیشوران هزاره سوم.

منابع انگلیسی

- Code Civil, (۲۰۰۳), Dalloz.
- Dobbs, Dan B., (۲۰۰۱), The Law of Torts, West Group, 1st reprint edition.
- Fleming. John, (۱۹۸۵), "An Introduction to the Law of Torts", Clarendon Press, Oxford.
- Hall, Jerom (۱۹۶۰), General Principles of Criminal Law, Indian polis, Bobbs-Merill.
- Issues, In Philosophical Foundations of Tort Law, Edited by David G. Owen, Clarendon, Press, Oxford, first edition.
- Jourdain, Patrice, (۲۰۰۷), "Les principes de la responsabilité civile", Dalloz.,
- Le Tourneau, Philippe, (۲۰۰۳), "La responsabilité civile," Que sais-je?, PUF, paris.
- Lee, Cynthia (۲۰۰۳), Murder and Reasonable Man: Passion and Fear in the Criminal Courtroom, New York University press.