

مفهوم غیر قانونی بودن یا ناهنجاری فعل زیانبار در مسؤولیت مدنی

دکتر سید مرتضی قاسم زاده^{*}

در این مقاله مفهوم بدون مجوز قانونی بودن فعل زیانبار بررسی شده است. منظور از قانون معنای وسیع آن است و شامل آیین نامه‌ها، دستورالعمل‌ها و مقررات عرفی و حتی قواعد اخلاقی نیز می‌شود. پس تعدی عرفی مبنای ضمان مالی یا مسؤولیت مدنی است و در این مسأله تفاوتی بین اتلاف به مباشرت و تسبیب وجود ندارد. قرینه‌هایی مانند قرینه‌مقالیه است و لازم است از آن پیروی شود و غلبه، عرف عام یا عرف خاص از قوی‌ترین قراین و اماراتی هستند که می‌توانند کلام را توجیه کنند. با وجود این چون اضرار به دیگری از نظر شرعی و به حکم قانون مسؤولیت آور است و زیانهای وارد باید جبران گردد، برای تعیین موضوع تعدی و تجاوز باید ضابطه عرفی را در نظر گرفت و در فهم عرفی قضیه و تعیین وجود تعدی و تجاوز به آن مراجعه کرد.

بخش پایانی مقاله درباره ضابطه و معیار تجاری و تعدی است. پس از بررسی نظریه‌های مختلف ذکر امتیازها و انتقاد از پاره‌ای از آنها نظریه نوعی پذیرفته شده است. این نظریه با حقوق ایران و مبانی حقوق اسلام در ضمان مالی سازگارتر است.

مقدمه: گوناگونی افعال زیانبار و غیر قانونی بودن پاره‌ای از آنها

انسان در جامعه‌ای که زندگی می‌کند، همواره در حال تلاش و فعالیت است. بسیاری از این فعالیتها که اغلب برای تحصیل منفعت و دفع مضرت صورت می‌پذیرد، برای دیگران زیانبار است اما تقصیر محسوب نمی‌شوند و مرتکبان آنها هم، چه از نظر اخلاقی و چه از نظر حقوقی، مسوول نمی‌باشند زیرا لازمه زندگی اجتماعی پذیرش این گونه فعالیتها است بنابراین برای مثال رقابت مشروع لازمه زندگی اجتماعی است و از نظر حقوق و اخلاق تقصیر محسوب نمی‌شود پس به

صرف اینکه تاجری در جوار و همسایگی تاجر دیگر به شغل تجارت اشتغال دارد، تقصیری را مرتکب نشده است هر چند که فعالیت‌های وی موجب ضرر و تقلیل فروش تاجر همسایه شود و در نتیجه موجب تقلیل منافع متعارف مورد انتظار تاجر رقیب گردد. البته به شرط اینکه قصد اضرار رقیب تجاری خویش را نداشته باشد زیرا در این صورت از حق خویش سوء استفاده نموده است و باید بر اساس مقررات سوء استفاده از حق جوابگویی اعمال زیانبارش باشد (اصل چهلم ق.او. مستفاد از ماده ۱۳۲ ق.م).

به طور کلی کسانی که در مقام اعمال و اجرای حق خویش هستند گاهی دیگران را در تنگنا قرار می‌دهند و ممکن است زیانهای مادی و معنوی هم برایشان وارد آورند. اصولاً در اجرای هر حقی برای صاحب آن امتیازی پیش‌بینی شده است و هر حقی اختیار و اقتداری برای صاحب آن ایجاد می‌کند که این اقتدار بر ضرر دیگران است در غیر این صورت، حق مفهوم خود را از دست می‌دهد و بی‌ارزش می‌شود. اگر داشتن و نداشتن حق یکسان باشد باید گفت که آنچنان حقی دیگر حق نیست بنابراین نفس حق برای دارنده‌اش توانایی ایجاد می‌کند و این توانایی برای دیگران محدودیت می‌آورد، اگر عرف این گونه محدودیتها را ضرر بدانند، صاحب حق در صورت استفاده، مسؤول جبران زیان ناشی از آنها نیست زیرا اجرای حق اصولاً نباید ضمان آور باشد.

در مثل نامزدی که از نامزدی پشیمان می‌شود، چون به موجب قانون حق بر هم زدن نامزدی را دارد (ماده ۱۰۳۵ ق.م) پس نباید به خاطر صرف بر هم زدن مسؤول جبران خسارات طرف مقابل باشد بلکه اگر بر اثر تقصیر خود سبب ورود خسارات بر طرف مقابل شود یا باعث مغرور شدن او گردد، مسؤول است. (مفاد ماده ۱۰۳۶ محذوف ق.م).^۱

در عمل دلایل مدعی علیه و زیان‌دیده در برابر هم قرار می‌گیرند. قاضی به

۱- اگر چه ماده ۳۶ ق.م. نسخ گردیده است اما با استفاده از قواعد و مقررات کلی (مسئولیت مدنی) مثلاً با استفاده از قاعده تسبیب و غرور می‌توان زیانهای وارده را مطالبه نمود. ر.ک. سید مصطفی، محقق داماد، حقوق خانواده، ص ۲۵، ۳۶ و ۳۷؛ سید حسن صفائی و اسدالله امامی، حقوق خانواده، ج ۱، ص ۳۲ و ۳۳، ش ۲۱ و ۲۲ و نیز ر.ک: محمد مصطفی شلیبی، احکام الاسرة فی الاسلام، ص ۶۹، ۷۰، ۷۱ و ۷۲.

بررسی و رسیدگی آنها می پردازد و حکم مقتضی را صادر می کند. زیان دیده مدعی است و باید علاوه بر اثبات ورود زیان، وجود رابطه سببیت بین فعل زیانبار و زیانهای وارده، غیر قانونی بودن عمل فاعل زیان (مدعی علیه) را نیز ثابت کند. برای روشن شدن مسأله نخست رابطه تقصیر و غیر قانونی بودن عمل را مطالعه می کنیم و سپس عناصر غیر قانونی بودن را تجزیه و تحلیل می نماییم.



گفتار یکم - تقصیر و غیرقانونی بودن

پیشینه تاریخی و حقوق خارجی

از نظر تاریخی در حقوق رم قانون معروف اکویلیا (Aquilia) که سه قرن پیش از میلاد قدرت اجرایی داشت به مسأله «بدون هر گونه حقی» و «برخلاف قانون» بودن خسارت تأکید می‌کرد. نظام ژرمنی نیز بر همین مفهوم تأکید داشت اما هیچ کدام از آنها وجه تمایز غیرقانونی بودن و تقصیر را به روشنی بیان نمی‌کردند.

در حالی که سیستم حقوقی فرانسه مفهوم تقصیر را برای بیان نامشروع بودن فعل زیانبار کافی دانسته است و مسئولیت را بر تقصیر استوار می‌سازد، در نظام حقوقی کامن لو و حقوق آلمان بین مفهوم غیرقانونی بودن و تقصیر تفکیک قائل می‌شوند. (damnum) سیستم حقوقی آلمان فقط با حفظ شیوه پذیرفته شده در حقوق رم و که قانون اکویلیا بر مفهوم غیرقانونی بودن تأکید دارد در واقع از شرایطی یعنی (بدون هر در قانون اکویلیا موجود است به قانون) متمایل injuria گونه حقی) و (برخلاف شده است^۲ و سنتهای حقوق رم را حفظ کرده است.

علت این دوگانگی در این است که چون سیستم حقوقی فرانسه مسئولیت را بر پایه تقصیر بنا نهاده است و تقصیر یعنی تجاوز از قانون یا رفتار متعارف یک انسان متعارف در همان شرایط خارجی وقوع حادثه، بنابراین تصریح مجدد (غیر قانونی بودن) لازم نبوده است اما در نظامهای دیگر حقوقی مانند حقوق آلمان و سویس و کامن لو و همچنین حقوق ایران که مسئولیت بدون تقصیر (مسئولیت مطلق) را، ولو به طور استثنایی، پذیرفته‌اند، اشاره به لزوم نامشروع بودن فعل لازم است.^۲

در حقوق آلمان، وجه تمایز بین مفاهیم نامشروع بودن (Rechtswidrigkeit) و

2- A. Tunc and Salle, International Encyclopedia of comparative Law, Vol XI (12-20), torts, 1989 p.15.

۳- هر عملی که بدون مجوز قانونی صورت گیرد تقصیر نیست، چنانکه اعمال بدون مجوز قانونی که از ناحیه طفل غیر ممیز و مجنون سرزند تقصیر به شمار نمی‌رود. برعکس، عملی که در حدود قانون صورت گیرد نه در عداد اعمال بدون مجوز قانونی و نه از مصادیق تقصیر است، مع الوصف اجرای حق ممکن است بدون مجوز قانونی و تقصیر بوده، تجاوز از حق محسوب شود، عبدالمجید، امیری قائم مقامی، حقوق تعهدات، ج ۱، ص ۱۵۱؛ ناصر، کاتوزیان، ضمان قهری، ص ۱۷۰ و ۱۷۱.

تقصیر (Verschulden) به زمان ایرینگ (Ihering) حقوقدان معروف آلمانی بر می‌گردد. او از شرایط نوعی (عینی) Objective و شخصی (Subjective) غیر قانونی بودن استفاده کرده، برای تبیین و تفهیم این معنا به ارائه مثال زیر مبادرت می‌ورزد: متصرف با حسن نیت (bona fide) چیزی که به دیگری تعلق دارد در یک موقعیت نوعی عمل غیر قانونی در حالی که متصرف با سوء نیت (mala fide) یعنی یک دزد در موقعیت شخصی (عمل) غیر قانونی یعنی تقصیر قرار دارد.^۴

اگر چه این مثال ایرینگ مورد انتقاد قرار گرفت اما نویسندگان و قضات آلمانی این تفاوت را بین غیر قانونی بودن نوعی و تقصیر پذیرفتند.

این مفهوم بدون تردید در نویسندگان قانون مدنی آلمان (که در سال ۱۸۹۶ تصویت گردیده و در سال ۱۹۰۰ به موقع اجرا گذاشته شده است) به ویژه در وضع و تنظیم ماده ۸۲۳ اثر گذاشت: آنان در این ماده چنین مقرر داشتند: «هر شخصی که عمداً یا از روی بی احتیاطی و به طور غیر قانونی صدمه بزند (خسارت وارد نماید)»^۵.

چنانکه ملاحظه می‌شود قانونگذار آلمانی در این ماه به صدمه غیر قانونی از روی بی احتیاطی تأکید دارد.

نقش تعدی و رابطه آن با فعل زیانبار

با اینکه در افواه شایع است که در حقوق اسلامی تنها عنصر مسؤولیت، فعل زیانبار است و هرگونه فعل زیانبار مسؤولیت ایجاد می‌کند چه اگر این گونه اعمال از ناحیه صغیر غیر ممیز و مجنون هم صادر شود، مسؤولیت آوار است اما با کمی دقت در مسأله و مطالعه آراء و نظرات فقها و حقوقدانان اسلامی ملاحظه می‌کنیم که عنصر غیر قانونی بودن عمل زیانبار هم مورد توجه آنان قرار گرفته است.

فقیهان اسلام برای بیان مقصود در این زمینه از واژه تعدی و اعتدا و مشتقات آن استفاده کرده‌اند.

تعدی و اعتدا و عدوان در لغت به معنی ظلم، تجاوز از حد، تجاوز کردن و گذشتن

4- A. Tunc and salle, International Encyclopedia of comparative Law, Vol XI, p.15.

5- Ibid, p.15

از جایی به جای دیگر، ستم و زورآوری، سختگیری و تجاوز چیزی به غیر خودش آمده است.^۶ فقه هم از معنی لغوی دور نیفتاده و از این واژه در معنی تجاوز (به معنی اعم کلمه) استفاده کرده است.^۷ همچنین این واژه در معانی غضب، تجاوز در چیزی بدون اذن مالک، اتلاف مال، انجام کاری بدون اذن شرعی، تجاوز از حد مأذون و... به کار رفته است و گاهی هم این واژه را به جای تقصیر به کار می‌برند و آن زمانی است که کسی از شیوه متعارف در جایی که شایسته و سزاوار آن است تجاوز کند، برای مثال می‌گویند: او به خاطر تقصیرش در فلان کار متعدی است در نتیجه تعدی یا اعتدا در این معنی در نزد فقها شامل عمد، خطا، تقصیر، اهمال، تفریط و عدم تحرّز می‌گردد.^۸

دو نظریه پیرامن تعدی

به عقیده برخی از نویسندگان در ضرر موجب ضمان شرط نیست که ایجاد کننده ضرر متعدی و متجاوز باشد یا از کار ممنوعی سرپیچی کرده باشد بلکه بر وارد کننده ضرر لازم است که آن را جبران نماید خواه با تجاوز آن کار را انجام داده باشد یا نه. البته مشروط بر اینکه در انجام آن کار از نظر شرعی مأذون نباشد بنابراین اگر صغیر ممیز یا غیر ممیز یا مجنون مال دیگری را تلف کند مسؤلیت شخصی دارد و باید آن را از مال خویش جبران نماید و همین طور است اگر شخص خوابیده‌ای بغلتد و بر روی مال دیگری بیفتد و آن را تلف کند، ضامن است.^۹

در تمامی این حالات فرقی نمی‌کند که اتلاف مال دیگری از روی عمد باشد یا خطا یا شخص متلف عالم باشد یا جاهل، آگاه باشد یا فراموشکار، حتی برخی از فقیهان تا اندازه‌ای در اجرای این حکم به صورت ظاهر مسأله توجه کرده‌اند که کودک

۶- جمال‌الدین محمد بن مکرم الانصاری، لسان العرب، واژه عدا، المعجم العربی الحدیث، خلیل جبر، ترجمه به فارسی (فرهنگ لاروس) سید حمید طبیبیان، ج ۱، ص ۵۹۷.

۷- در قرآن کریم نیز واژه تعدی در معنای ظلم و ستم و تجاوز به حقوق دیگران در معنی اعم کلمه آمده است: فمن اعتدی علیکم فاعتدوا علیه بمثل ما اعتدی علیکم، آیه ۳۵ سوره البرائة، و نیز برای ملاحظه معنای مختلف تعدی رک: صبحی محمصانی، النظرية العامة للموجبات والعقود، ج ۱ ص ۱۷۳.

۸- سلیمان، محمد احمد، ضمان المتلفات فی الفقه الاسلامی، ص ۲۲۹، باید این نکته را نیز اضافه نمود که در لسان فقها استعمال تعدی در مقابل تفریط نیز شایع است که در اینجا مورد بحث نمی‌باشد. برای دیدن این معنی رک: عبدالفتاح بن علی المرغی الحسینی، عناوین، ص ۳۲۵، عنوان شستم (تعدی و تفریط از موجبات ضمان است).

۹- سلیمان، محمد احمد، ضمان المتلفات فی الفقه الاسلامی، ص ۲۲۹.

نوزاد را هم، اگر در هنگام تولد بر روی مال دیگری بیفتد و به آن آسیبی برساند، ضامن دانسته‌اند و همین طور است شخص صرعی و ...^{۱۰}

اما به نظر می‌رسد که در این تحلیل اشتباهی رخ داده است زیرا هر گاه منظور از تجاوز و عدوان مأذون نبودن از طرف شارع باشد یا به سخن دیگر تجاوز از مقررات در مفهوم وسیع خود مورد نظر باشد، اتلاف و تسبیب با همدیگر فرقی ندارند، در اتلاف هم اگر کسی با مجوز قانونی (اذن شرعی یا مالکی) مال دیگری را تلف کند، ضامن نمی‌باشد. این اشتباه در تحلیل برخی از شارحان «المجلة» نیز دیده می‌شود چه در تفسیر برخی از مواد این قانون بر پایه بودن ضرر برای مسؤولیت تأکید شده است و در تفسیر ماده ۹۱ مجله که مقرر می‌دارد: «الجواز الشرعی ینافی الضمان» یعنی جواز شرعی با ضمان و مسؤولیت منافات دارد. گفته‌اند: «مناطق تضمین همانا تحقق ضرر است پس هر کس ضرری را در مال دیگری ایجاد کند ضامن است خواه در ایجاد آن ضرر متجاوز باشد یا غیر متجاوز و این در صورتی است که وقوع ضرر به صورت مباشرتی (مستقیم^{۱۱}) باشد» چنانکه گذشت این تفسیر اشتباه است و باید هماهنگ با عقیده برخی از فقیهان معتقد بود که: تعدی یعنی عدم اذن شرعی یا مالکی در تمامی اسباب ضمان (حتی در اتلاف به مباشرت)، شرط (مسؤولیت) است.^{۱۲}

البته ماده ۹۳ مجله در مسأله تسبیب، مسؤولیت را زمانی مستقر می‌داند که تعدی صورت گرفته باشد. به ظاهر در این مسأله مخالفی وجود ندارد و در توجیه آن جمعی گفته‌اند: «اگر ضرر به تسبیب ایجاد شده باشد برای لزوم استقرار مسؤولیت شرط

۱۰- علت مسؤول دانستن شخص را در موارد اتلاف خطاب وضع دانسته‌اند نه خطاب تکلیف یعنی مسؤولیت مدنی یک حکم وضعی است نه حکم تکلیفی بنابراین ضرر از ناحیه هر کسی وارد شده باشد باید آن را جبران کند حتی صغیر غیر متمیز و مجنون و خواب و ... اعم از اینکه این اضرار از روی تجاوز (تعدی) باشد یا نه، مرجع پیشین، ص ۲۳۰، اما باید دانست که حکم قضیه بر روی صدق عرفی اتلاف استوار است بنابراین به طور قطع در موارد فرس مازور (قوة قاهره) که خسارت به تلف کننده نسبت داده نمی‌شود (و همچنین به کودک نوزاد تلف نسبت داده نمی‌شود) و در نتیجه مسؤولیت منتفی است. به همین دلیل است که برخی از نویسندگان تحقق دو شرط را برای استقرار مسؤولیت در افعال مباح لازم می‌دانند:

الف - تجاوز از رفتار متعارف. ب - امکان تحرز از ضرر که در نهایت مفهوم تعدی در هر دو مورد به یک ضابطه و معیار یعنی تجاوز از رفتار و سلوک انسان متعارف، بازگشت دارد - محمد احمد سراج، ضمان العدوان فی الفقه الاسلامی، ص ۱۴۳ و ۱۴۴.

۱۱- محمد احمد، سلیمان، ضمان المتلفات فی الفقه الاسلامی، ص ۲۳۰.

۱۲- محمد الحسین، آل کاشف الغطاء، تحریر المجلة، ج ۱، ص ۵۸، شرح ماده ۹۲ و ۹۳ المجلة.

است که فعل مسبب به صورت تجاوز باشد زیرا مباشر قوی‌تر از سبب است بنابراین برای نسبت دادن ضرر به مسبب آن لازم است که فعل اول (فعل مسبب) از روی تعدی (تجاوز) صورت گرفته باشد.^{۱۳}

این نویسندگان برای توجیه این مطلب با آوردن چند مثال چنین نتیجه می‌گیرند که: «اساس ضمان در مباشرت دو چیز است: یکی فعل و دیگری ضرر ناشی از آن، اما اساس مسؤولیت در تسبیب سه چیز است: فعل، ضرر و تجاوز.^{۱۴} علت تفکیک این است که مباشر، با عمل خود بدون ایجاد فاصله، متصل و مرتبط است و تردیدی نیست که رابطه‌اش با ضرر قوی است و به تنهایی برای ایجاد مسؤولیت کافی است اما ارتباط تسبیب برعکس مباشرت، ضعیف و از عمل دور است بنابراین به عنصر تجاوز، از این جهت نیازمند است که او راتقویت نماید و فعل را به او به صورت ملموسی نزدیک و متصل کند.^{۱۵}

توجیه دیگر

توجیه دیگر تفکیک حکم مباشرت و تسبیب در این است که در مباشرت به روشنی، سببیت فعل برای ایجاد ضرر، بدون نیاز به فاعل آن و قصدش، محرز است بنابراین لازم است که مباشر ضامن جبران زیانها باشد زیرا او همان کسی است که ضرر را ایجاد کرده است و نسبت دادن ضرر به وی صحیح می‌باشد اما در تسبیب آن چنان ظهوری برای سببیت فعل برای ایجاد ضرر نمی‌باشد زیرا فعل دیگری که ضرر را ایجاد کرده، بین سبب و ضرر فاصله انداخته است و ضرر هم از فعل مسبب فاصله گرفته است. پس هر چه نسبت دادن ضرر به سبب دور شود سببیت سبب، خفیف و

۱۳- سلیمان، محمد احمد، ص ۲۳۰، برای دیدن اسامی این جمع ر.ک: پیشین، زیرنویس همان صفحه.

۱۴- مرجع پیشین، ص ۲۳۱ و ۲۳۲، فعل موجب ضمان ممکن است از جمله افعالی باشد که بر خلاف خواسته قطعی و جازم شارع انجام شده است مانند ارتکاب فعل حرام یا ترک عمل واجب یا از جمله کارهایی باشد که بر خلاف متعارف در حیطه کارهای مباح صورت گرفته است بدیهی است که کارموافق خواسته شارع در صورتی که از حدود اذن شرعی تجاوز نشود، مسؤولیت ایجاد نمی‌کند مانند دادرسی که مطابق اصول و قواعد عمل کرده است و ضابطه کارهای مباح هم تجاوز از رفتار انسان متعارف است (بنابراین حکم اتلاف و تسبیب در تمامی موارد یکی است)، نیز ر.ک: محمد احمد سراج، ضمان العدوان فی الفقه الاسلامی، ص ۱۴۲، ۱۴۳، ۱۴۴.

۱۵- حامد مصطفی، الالتزامات و العقود فی الشریعة الاسلامیة، بغداد، ۱۹۴۳، ص ۵۲ نقل از سلیمان محمد احمد، ضمان المتلفات فی الفقه الاسلامی، ص ۲۳۲.

ضعیف می‌گردد. بنابراین سزاوار نیست که چنین سببی اساس و مبنای الزام صاحب آن بر مسؤولیت باشد. در این صورت اگر به طور عادی و متعارف ضرر به او نسبت داده شود و آنچنان فعلی هم از نظر شرعی ممنوع نباشد، چه حق انجام دادن آن فعل را داشته‌است، نسبت دادن مسؤولیت بر او صحیح نمی‌باشد، پس لازم است که: آن فعل ممنوع باشد تا دلیل روشنی بر تجاوز فاعل آن شود و مسؤولیت در این صورت از موجبات ممنوع بودن او بوده و از تبعات دفع اضرائی که به وسیله آن (تجاوز) صورت گرفته است می‌باشد.^{۱۶}

نتیجه - تجاوز پایه عنصر قانونی و شرط تحقق آن است.

با وجود تلاش نویسندگان موصوف اگر چه در پاره‌ای از مسائل نحوه استدلال آنان پسندیده است اما نتیجه‌گیری ایشان با متون اسلامی و سایر مقررات و اصول کلی سازگار نیست زیرا در مسأله اتلاف به مباشرت نیز اگر اذن شرعی در کار باشد هیچ گونه مسؤولیت ایجاد نمی‌گردد و هیچ فرقی بین اتلاف به مباشرت و تسبیب در این مسأله نمی‌باشد بنابراین غیر قانونی بودن فعل در تمامی مسایل و موضوعات حتی در مورد صغیر ممیز و غیر ممیز لازم است و گرنه برای مثال اگر صغیر غیر ممیز یا مجنونی کاری انجام دهد که آن کار از نظر شرعی ذاتاً یا با در نظر گرفتن یک انسان متعارف خلاف قانون در معنای عام کلمه محسوب نشود، ولی اگر زبانی از این طریق به دیگران برسد، صغیر یا مجنون مسؤولیت نخواهد داشت چرا که شخص محجور هم: «در صورتی مسؤول است که عمل او نامشروع باشد این عدم مشروعیت در مورد صغیر ممیز به معنی تقصیر است اما در مورد صغیر غیر ممیز و مجنون بدین معنی است که عمل ذاتاً و نوعاً نامشروع و قابل سرزنش باشد.»^{۱۷}

بنابراین با اینکه در مسأله عنصر معنوی بین اتلاف به مباشرت و اتلاف به تسبیب قایل به تفکیک شدیم و عنصر معنوی را فقط در مورد تسبیب شرط تحقق تقصیر دانستیم (البته با معیار نوعی) اما در مورد عنصر قانونی تقصیر باید بگوئیم که هم در

۱۶- صبحی محمضانی، النظرية العامة للموجبات والعقود، بحث مقارن فی المذاهب المختلفة والقوانين الحديثة، ج ۱،

بیروت، ۱۹۴۸، م، ص ۱۹۷؛ سلیمان محمد احمد، ص ۲۳۲.

۱۷- سید حسین، صفائی، مجلة حقوقی وزارت دادگستری، دوره جدید، شماره ۱۶، خرداد ۱۳۵۶، ص ۵۹ و ۶۰.

مورد اتلاف به مباشرت و هم در مورد اتلاف به تسبیب غیر قانونی بودن عمل در معنای عام کلمه از عناصر تشکیل دهنده تقصیر است و بدون تحقق آن تقصیر صورت نمی‌پذیرد.^{۱۸}



۱۸- با این تحلیل می‌توان گفت تقصیر همواره حتی در مورد اتلاف شرط مسؤلیت است البته تقصیر به مفهوم نوعی نه تقصیر شخصی. نکته ظریف تحلیل این است که در آن به نفس و ذات عمل توجه شده است نه به شخصیت خواننده یعنی صرف نظر از وضع روحی فاعل زیان هرگاه عمل او ذاتاً و نوعاً نامشروع باشد، مسؤول است در غیر این صورت هیچ‌گونه مسؤولیتی به وجود نخواهد آمد البته همان‌طور که گفته شد لازمه این تحلیل کنار گذاشتن ضابطه تقصیر شخصی و پذیرفتن نظریه نوعی تقصیر است. برای مطالعه بیشتر ر.ک: سید مرتضی قاسم‌زاده، مبانی مسؤولیت مدنی، نشر دادگستر، ۱۳۷۸، ش ۱۰۰.

گفتار دوم - معنا و چهره‌های گوناگون تجاوز

معنای تجاوز یا تعدی

منظور از تجاوز و تعدی یا انحراف از رفتار اجتماعی که به فعل انسان وصف نامشروع بودن را می‌دهد این است که: شخص از محدوده‌ای که قانون به او اجازه داده است تجاوز نماید.

منظور از قانون معنای وسیع کلمه است و قانون شامل تمامی قوانین موضوعه و آیین نامه‌ها و دستورالعملهای اداری و دستور شفاهی پلیس نیز می‌گردد.^{۱۹} قواعد و مقررات عرفی نیز در داخل قانون به معنای اعم کلمه قرار می‌گیرد بنابراین همان طور که نقض یک قاعده قانونی تقصیر بشمار می‌رود نقض قواعد عرفی نیز تجاوز محسوب می‌شود و در صورت زیانبار بودن مسئولیت آفرین است.

بند یکم - نقض مقررات قانونی

منظور از قانون معنای وسیع و عام آن است و شامل قانون اساسی، قوانین عادی و تمامی آیین نامه‌ها نیز می‌گردد. به عنوان مثال زیر پانهادن مقررات و قواعد راهنمایی و رانندگی تقصیر محسوب می‌شود. تذکر این نکته نیز ضروری است که: دستورالعمل کتبی و دستور شفاهی هیچ گونه تفاوتی با همدیگر ندارند و اگر مأمور صالح دستوری را صادر نماید، تبعیت از آن برای همه لازم است و نقض آن در بسیاری از موارد علاوه بر مسئولیت مدنی، دارای مسئولیت کیفری هم می‌باشد. به سخن دیگر مجرد نقض قانون و زیر پا نهادن آن در معنای وسیع کلمه تقصیر محسوب می‌شود و مسئولیت آفرین است اما مسئولیت مدنی فقط زمانی ایجاد می‌شود که نتیجه این تجاوز، ورود زیان به دیگران باشد و گرنه صرف تخلف ممکن است در پاره‌ای از موارد مسئولیت کیفری به دنبال داشته باشد نه مسئولیت مدنی.

بند دوم - نقض قواعد عرفی

الف - نظریه تکالیف عرفی

فقه عامه

نه تنها از تکاب عمل خلاف قانون مسؤلیت آور است بلکه هر فعلی که با عرف نیز مغایر باشد ضمان آور است. از نظر فقهای عامه مبنای اعتبار و حجیت عرف حدیثی است از پیامبر اکرم (ص) با این مضمون: «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن»^{۲۰} یعنی آنچه را که مسلمانان نیکو می‌پندارند در پیشگاه خداوند هم نیکو و پسندیده است. ماده ۳۶ مجله در این راستا مقرر می‌دارد: «العادة محكمة یعنی ان العادة عامة او خاصة تجعل حکما لاثبات حکم شرعی». یعنی عرف و عادت اعم از اینکه عام یا خاص باشد قاعده‌ای را برای اثبات حکم شرعی ایجاد می‌نماید. در همین قانون مواد ۱۸۸، ۲۳۰، ۳۵۴، ۴۵۹، ۵۵۵، ۶۲۲، ۸۲۹ و ۱۴۱۵ بر مبنای ماده ۳۶ جعل و وضع گردیده‌اند. مواد ۳۷ تا ۴۵ نیز در خصوص شرایط و عادت و بیان پاره‌ای از عرفهای معتبر است برای مثال در ماده ۳۷ ملاحظه می‌کنیم که شیوه و رفتار عملی مردم حجت است و لازم است که مطابق آن عمل شود: «استعمال الناس حجة يجب العمل بها» بنابراین اگر از مخالفت با آنها زبانی به دیگران برسد ضمان آور خواهد بود.

نقد برخی از فقیهان امامیه

برخی از فقیهان امامیه^{۲۱} در صحت حدیث نبوی مذکور تردید کرده‌است و بر فرض صحت آن معتقدند که: هیچ‌گونه دلالتی بر حجیت عرف و عادت مبنی بر اینکه از نظر شرعی برای اثبات حکم شرعی هم دلیل باشد، ندارد و هر امر پسندیده و نیکویی در نزد مردم، واقعاً یا شرعاً نیکو نمی‌باشد اگر چه عمل کردن به آن امر از نظر مدارا کردن و همسنگ بودن با مردم و هموعان و هموطنان نیکو باشد.

۲۰- سلیم رستم باز اللبانی، شرح المجلة داراحیاء التراث العربی، ص ۳۴، شرح ماده ۳۶، سیوطی، الاشباه والنظائر ص ۸۰؛ ابن نجیم، الاشباه والنظائر ص ۹۳ نقل از: محمد جعفر، جعفری لنگرودی، مکتبهای حقوقی در حقوق اسلام، ج ۲، کتب دانش، ۱۳۷۰، ص ۸۷

۲۱- محمد الحسین، آل کاشف الغطاء، تحرير المجلة، ج ۱، ص ۳۳.

ایشان در تبیین نظر خویش می‌افزایند: «عادت‌ی که عبارت از تکرار یک عمل در نزد طایفه یا گروهی از عقلا باشد هیچ‌گونه ارتباطی با شرع ندارد تا اینکه دلیلی برای حکمی از احکام آن باشد اگر چه نص خاصی هم در آن مورد نباشد بنابراین اگر برای مثال درباره خوردن گوشت خرگوش یا شرب نیبند نص خاصی در میان نباشد و گروهی از مسلمانها مثل اهل برخی از قرا و بیابان‌نشینها به خوردن آنها عادت داشته باشند آیا می‌توان عادت آنها را دلیلی بر حلال بودن آنها دانست؟

آری ممکن است عرف و عادت قرینه صارفه‌ای باشد بر اینکه در موارد اطلاق احکام در مقام معاملات و کاربرد الفاظ و کلام متعاقدان برای تعیین موضوع به عرف و عادت مراجعه شود^{۲۲} نه حکم، برای مثال اگر عرف و عادت شهری این باشد که باربر کالا را تا در خانه حمل کند و کسی باربری را در این شهر اجیر کند، مستأجر حق ندارد که از او بخواهد تا کالا را به داخل خانه ببرد و اگر بر خلاف آن باشد یعنی متعارف این باشد که کالا تا داخل خانه حمل می‌شود در این صورت مستأجر حق خواهد داشت از وی چنین درخواستی نماید اگر چه در ضمن عقد، حمل کالا به داخل خانه شرط نشده باشد. پس عادت، قرینه‌ای است بر اینکه منظور متعاقدان را از الفاظ به کار گرفته شده در عقد، تعیین کند.^{۲۳} و شاید مسأله عرف عام و خاص به این مسأله برگردد و... ایشان در توضیح ماده ۴۵ المجله «التعین بالعرف کالتعین بالنص» یعنی معین و مشخص کردن به وسیله عرف و عادت همانند معین کردن بانص است می‌گویند: ملاک و ضابطه تمامی مواد یاد شده به یک قاعده بر می‌گردد و آن قاعده عبارت است از: «قرینه‌حالیه مانند قرینه‌مقالیه است و لازم است که از آن پیروی شود و غلبه و عرف خاص یا عرف عام از قوی‌ترین قرائن و اماراتی هستند که می‌توانند کلام را توجیه کنند بنابراین هیچ‌گونه انگیزه‌ای برای زیاد کردن تعداد مواد قانونی نیست.»^{۲۴}

۲۲- الفاظ عقود محمول است بر معانی عرفیه (ماده ۲۲۴ ق.م.ایران).

۲۳- ماده ۲۲۰ قانون مدنی ایران در این باره مقرر می‌دارد: «عقود نه فقط متعالمین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است ملزم می‌نماید بلکه متعالمین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود ملزم می‌باشند.»

۲۴- محمد الحسین آل‌کاشف الغطاء، همان، ص ۳۳ و ۳۴، این نویسنده در مقام اعتراض به تعداد مواد قانونی المجله که نسبتاً زیاد هستند، برآمده و می‌گوید بازگشت مفاد تمامی مطالب به قاعده یاد شده است و نیازی به افزودن به تعداد مواد نمی‌باشد و نیز ر.ک: محمد جعفر جعفری لنگرودی، دانشنامه حقوقی، ج ۲، مؤسسه انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۲، <

نتیجه - تعدی عرفی مبنای مسؤلیت است

به نظر می‌رسد که نقض مقررات عرفی را باید از زاویه دیگری بررسی و مطالعه کرد؛ بدین سان: چون اضرار به دیگری از نظر احکام شرعی مسؤلیت‌آور است و زیانهای وارد باید جبران گردد برای تعیین موضوع تعدی و تجاوز باید ضابطه عرفی را هم در نظر گرفت یعنی اگر چه همیشه نمی‌توان عرفهای موجود را دلیلی بر وجود احکام شرعی دانست زیرا عرف بد هم در میان افراد جامعه وجود دارد و این گونه عرفها نمی‌تواند دلیلی بر وجود احکام شرعی باشد اما در فهم عرفی قضیه و تعیین وجود تعدی و تجاوز می‌توان به عرف مراجعه نمود به سخن دیگر در اینجا نیز حکم قضیه، ممنوع بودن تجاوز و تعدی به اموال و ... دیگران بر اساس آیات و روایات و یک حکم شرعی است اما تعیین موضوع و اینکه چه چیزی تعدی و تجاوز است به عهده عرف گذاشته شده است بنابراین حتی اگر مواردی از نظر شرع هم حرام نباشد اما عرف مردم آن را تعدی و تجاوز بشمارد ضمان‌آور است برخی از فقهای عظام^{۲۵} در این زمینه می‌گویند: «فریما مبنی الضمان علی التعدی العرفی و ان لم یکن محرماً...» یعنی چه بسا مبنای ضمان تعدی عرفی باشد اگر چه (ارتکاب آن عمل) از نظر شرعی حرام نباشد بسیاری از فقیهان هم تعدی و تفریط را در برخی از موضوعات (در موارد اتلاف به تسبیب) مبنای ضمان دانسته‌اند^{۲۶} بنابراین همان‌طور که مخالفت با مقررات موضوعه ضمان‌آور است، انجام کارهای مخالف عرف هم، اگر چه انجام آنها از نظر شرعی حرام نباشد، ایجاد مسؤلیت می‌کند و به گفته برخی از فقیهان^{۲۷} «ضمان و مسؤلیت دلالتی بر حرام بودن آن فعل نمی‌کند» بنابراین می‌توان مبنای مسؤلیت را تعدی عرفی دانست.

(ادامه صفحه قبل) ص ۳۷۵ به بعد؛ برای مطالعه بیشتر ر.ک: سید مرتضی قاسم‌زاده، حل اختلافات قراردادی، فصلنامه دیدگاههای حقوقی، سال دوم، ش ۵ و ۶، بهار و تابستان ۷۶، ص ۵۷ تا ۷۰.

۲۵- شیخ مرتضی، انصاری، مکاسب محشی، ص ۳۷۵.

۲۶- ر.ک: سید مرتضی قاسم‌زاده، همان کتاب، مبنای ضمان از نظر فقه اسلامی، ش ۲۱۴ به بعد.

۲۷- شیخ مرتضی، انصاری، کتاب المکاسب، محشی به حاشیه حاج میرزا فتح الشهدی التبریزی، چاپ تبریز، ذیل رساله «رسالة فی قاعدة نفی الضرر»، صفحه ۳۴۸، متن کامل عبارت شیخ عبارت است از: ان الضمان لا یدل علی تحریم الفعل فریما کان مبنی الضمان علی التعدی العرفی و ان لم یکن محرماً کما یظهر من کثیر من کلماتهم...».

ب. اقسام عرف از حیث منشأ

تجاوز به مقررات عرفی از نظر منشأ پیدایش این مقررات به چند دسته تقسیم می‌گردد: نقض مقررات عرف عام و نقض مقررات عرف خاص.

عدم رعایت مقررات متعارف در حرفه و شغل معین

صاحبان هر یک از شغلها و حرفه‌های موجود در اجتماع، علاوه بر مقررات قانونی حاکم بر روابط آنها، عرف و عادت مخصوصی نیز دارند که در میان افراد آن حرفه پذیرفته شده و تا اندازه‌ای تکرار گردیده است که به صورت عرف و عادت در آمده است. به سخن دیگر عناصر تشکیل دهنده عرف یعنی عنصر مادی و معنوی را، توأم در بر دارد. حال اگر یکی از اعضاء همین حرفه این گونه مقررات عرفی را رعایت ننماید مقصر شناخته می‌شود و باید زیانهایی را که به علت رعایت نکردن عرف حرفه خویش به دیگری وارد کرده است جبران نماید در صورتی که هرگاه آن مقررات را رعایت می‌کرد، در مقابل دیگران مسؤولیتی نداشت.

رعایت قواعد و مقررات عرفی فقط برای افراد آن حرفه الزامی است و اشخاص دیگر ملزم به رعایت چنین مقرراتی نیستند به عنوان مثال رعایت مقررات حرفه پزشکی برای پزشک الزام آور است^{۲۸} و همچنین اگر ورزشکاری به عنوان یک عضو و به طور رسمی دز ورزش معینی شرکت نمود باید مقررات عرفی آن ورزش را مراعات نماید و نیز هرگاه آموزگاری دانش‌آموزان خود را در حد متعارف تأدیب نماید، مرتکب تقصیر نشده است.^{۲۹}

برخی از حقوقدانان گفته‌اند: «لازم نیست عادات و رسوم که در حرفه معینی معمول است تا اندازه‌ای تکرار گردد که به حد یک قاعده عرفی الزام آور برسد بلکه همین مقدار که وجود آن رسم و قاعده ثابت شده باشد، کافی است، اگر چه به حد الزام آور بودن نرسد، زیرا مجرد وجود رسم و عادت برای اتکا و استناد به آن کافی است و این همان شیوه یک فرد متعارف است.»^{۳۰}

۲۸- عبداللطیف الحسینی، المسؤولية المدنیة عن الاخطاء المهنيّة، ص ۷۷ و ۱۶۲؛ محمد وحید الدین سوار، النظرية

العامّة للالتزام، ج ۲ ص ۷۹ و ۸۰.

۲۹- دیوان تمیز سوریه نیز این نظرات را اتخاذ کرده است. ر.ک: محمد وحید الدین سوار، همان، ص ۸۰ زیر نویس شماره

باید توجه داشت که: اگر امری الزامی نباشد تجاوز از آن نباید تقصیر محسوب شود بنابراین عادات و رسوم یا صورت عرف را به خود می‌گیرند و الزام‌آور می‌شوند یا اینکه به موجب قواعد و ضوابط دیگری الزام‌آور و لازم‌الاتباع معرفی می‌گردند در غیر این صورت چون تبعیت از آنها الزامی نیست تجاوز و نقض آنها تقصیر محسوب نمی‌شود و ایجاد مسؤلیت نمی‌کند بلکه فعل مباحی است که به طور معمول ترک می‌شود یا انجام می‌گیرد و از طرف دیگر برای مثال در عرف ورزشی سایر شرکت‌کنندگان در مسابقه ورزشی نیز با شرکت خود تحمل این گونه خسارات را پذیرفته‌اند^{۳۱} و به ضرر خود اقدام کرده‌اند به نظر می‌رسد که این دو نظر را نیز می‌توان جمع کرد و چنین گفت: وقتی وجود رسم و قاعده‌ای در حرفه معین ثابت شد، اعضاء آن حرفه باید آن را مراعات نمایند زیرا عضو متعارف همواره خود را ملزم به رعایت رسوم حرفه خود می‌داند و به سبب همین رعایت‌هاست که رسم و عادت شکل می‌گیرد.

زیر پانهادن قواعد اخلاقی - عرف عام

در اصل، بانفس شکستن یک قاعده اخلاقی مسؤلیت مدنی ایجاد نمی‌شود و یکی از تفاوت‌های مسؤلیت اخلاقی و حقوقی این است که نقض مقررات اخلاقی مسؤلیت مدنی ایجاد نمی‌کند بلکه شرمساری وجدان و مسؤلیت اخروی به دنبال دارد در صورتی که یک قاعده حقوقی، اصولاً دارای ضمانت اجرای مادی است و در صورت زیانبار بودن مسؤلیت مدنی نیز به دنبال دارد. اما باید دانست که در پاره‌ای از موارد منشأ ضررهای وارده بر دیگری عدم رعایت مقررات اخلاقی است برای مثال در فریب دادن دیگری و دادن اطلاعات دروغ، مبنای مسؤلیت، فریب دیگری و دادن اطلاعات دروغ است که اگر این دو مرتفع گردد، مسؤلیت نیز مرتفع می‌شود. چنانچه اطلاعات شخص دروغ نباشد، مقصّر نیست و مسؤلیت هم ندارد. بنابراین ادای شهادت یک امر پسندیده است مشروط بر اینکه مطابق با واقع باشد و کذب نباشد، در غیر این صورت یا در صورت عدول از شهادت یا اثبات کذب بودن آن شخص شاهد مسؤول خساراتی است که از شهادت وی بر محکوم علیه وارد شده

۳۱- اشاره به قاعده معروف: الجواز الشرعی ینافی الضمان وقاعده اقدام، ر.ک: شرح (ماده ۹۱) مجله الاحکام العدلیة، علی حیدر، همان، ص ۸۳.

است^{۳۲} اگر چه احکام و مقررات مربوط به این مسأله را ضمن مباحث تسبیب هم می توان ملاحظه نمود و پیرامون برقراری رابطه سببیت یا گسستگی آن سخن گفت لیکن در اینجا از این جهت مورد مطالعه قرار گرفته اند که نقض آنها (مقررات اخلاقی مانند تحمل شهادت و ادای آن و ...) تقصیر به شمار می رود و ایجاد مسؤولیت می نماید.^{۳۳}

بر عکس هر گاه شخص هدفی نیکو و خیرخواهانه داشته باشد و نیکوکارانه عمل کند، مقصر نیست و در جای خویش ملاحظه کردیم که احسان از مسقطات ضمان است.^{۳۴} از طرف دیگر چون متعارف بودن امری اگر مخالف با نص نباشد حجت است.^{۳۵} و جواز شرعی هم با مسؤولیت منافات دارد^{۳۶}، می توان گفت که اگر کسی مطابق مقررات عرفی عمل نماید نباید ضامن باشد بنابراین آنچه که مخالف اخلاق است به طور معمول غیر قانونی (نامشروع) تلقی می شود و در صورت زیانبار بودن تقصیر مدنی به شمار می آید. چنانکه فریب دادن دیگران، عدم انجام وظیفه قانونی (تفریط)، دادن اطلاعات و شهادت دروغ در خصوص کسی که فاقد شرایط لازم برای استخدام است و می خواهد در کارگاهی استخدام شود در صورتی که سبب استخدام شدن او گردد و از این راه زیانی به کارفرما برسد، عدول نابهنگام و غیر موجه از وعده

۳۲- محمد احمد، سراج ضمن العدوان فی الفقه الاسلامی، ص ۲۵۳ به بعد، تذکر این نکته ضروری است که در صورت رجوع از شهادت حد و قصاص اجرا نمی شود زیرا با ایجاد شبهه (رجوع از شهادت) حد و قصاص ساقط می گردد (الحدود تدرأ بالشبهات) و خسارات مالی که بر محکوم علیه وارد شده است باید جبران گردد. این حکم در صورتی است که شهود عمداً شهادت ندهند و گرنه اگر به عمد شهادت دهند و بر اساس شهادت آنها حدی از حدود بر محکوم علیه اجرا شود، در صورت عدول از شهادت و اثبات تعدد و کذب بودن شهادتشان قصاص می شوند ر.ک: مرجع اخیر، همان صفحه، فخرالمحققین، ایضاح الفوائد فی شرح اشکالات القواعد، ج ۴، ص ۴۵۰، ۴۵۱ به بعد و ۴۵۶ تا ۴۶۸؛ شیخ محمد حسن النجفی، جواهر الکلام، ج ۴۱، کتاب شهادت، ص ۲۲۳ به بعد، ص ۲۲۷، ۲۳۸ و ۲۳۹.

۳۳- ر.ک: محمد وحید الدین سوار، همان کتاب، ج ۲، ص ۷۹ و ۸۰ محمد احمد سراج، ضمان العدوان فی الفقه الاسلامی، ص ۳۵۳ به بعد.

۳۴- (ما علی المحسنین من سبیل) آیه ۹۱، سوره التوبه، (هل جزأ الاحسان الا الاحسان) آیه ۶۰ سوره الرحمن.

۳۵- استعمال الناس حجة يجب العمل بها، ۳۷ مجلة الاحکام العدلیة وان العرف و العادة حجة اذا لم یکن مخالفاً للنص او الشرط، علی حیدر، دررالْحکام، شرح مجلة الاحکام، ج ۱، ص ۴۲، شرح ماده ۳۷، سلیم رستم باز اللبثانی، شرح المجلة، ص ۳۵، برای دیدن نظر امامیه ر.ک: محمد الحسین، آل کاشف الغطاء، تحریر المجلة، ج ۱، ص ۳۱ به بعد.

۳۶- الجواز الشرعی ینافی الضمان، ماده ۹۱ المجلة، علی حیدر، همان ص ۸۲ آل کاشف الغطاء، همان، ص ۵۷ سلیم رستم باز اللبثانی، همان ص ۵۹ و ۶۰.

از دواج در صورتی که موجب ورود خسارت به طرف مقابل گردد، موجب استقرار مسئولیت مدنی است. در این گونه موارد زیر پا نهادن قواعد اخلاقی تعدی عرفی محسوب شده و از مصادیق نامشروع بودن فعل می‌باشد زیرا برای مثال شخص بر هم زنده نامزدی (در مواردی که مشمول ماده ۱۰۳۶ محذوف ق.م. می‌باشد) طرف مقابل را فریب داده و او را مغرور ساخته است اگر چه چنین فردی به موجب ماده ۱۰۳۵ همین قانون با مجوز قانونی دست به چنین کاری یازیده است، اما رفتار خلاف اخلاق او که «فریب دادن و مغرور ساختن طرف مقابل است، موجب مسئولیت می‌گردد.»^{۳۷}

بند سوم - ضابطه و معیار تجاوز

همان طور که گذشت، تجاوز و انحراف از رفتار و سلوک یک شخص متعارف تقصیر محسوب می‌شود اما فرد متعارف و محتاط چه کسی است و میزان و معیار آن چیست؟ برای روشن شدن این مسائل به ترتیب تعریف شخص متعارف و محتاط و میزان احتیاط و معیار و ضابطه سنجش را، مورد مطالعه و بررسی قرار می‌دهیم:

یکم - شخص متعارف

شخص متعارف کسی است که در زندگی اجتماعی (و در اعمال و اقوال) خویش معیارها و ضوابط عرف را مراعات کند. به گفته برخی از استادان: (شخص متعارف کسی است که مطابق معمول عرف عمل نماید (ماده ۱۳۲ ق.م.) متعارف ممکن است روش یا مفهوم باشد، اولی را روش عرف و سیره عرف و به طور خلاصه عرف و نیز عرف و عادت نامند و دومی را متفاهم عرف و تفاهم عرف و فهم عرف نامیده‌اند.^{۳۸})

۳۷- سید مصطفی، محقق داماد، حقوق خانواده، ص ۳۶ و ۳۷؛ سید حسین، صفائی و امامی، حقوق خانواده، ج ۱، ص ۳۲ و ۳۳؛ عبدالرزاق احمد السنهوری، الوسیط، ج ۱، ص ۸۳۰؛ محمد جعفر، جعفری لنگرودی، دوره متوسط حقوق خانواده، ص ۹ و ۱۰؛ ناصر، کاتوزیان، حقوق مدنی (خانواده)، ص ۳۵ به بعد؛ محمد مصطفی شلبی، احکام الاسرة فی الاسلام، ص ۶۹ به بعد.

۳۸- محمد جعفر، جعفری لنگرودی، ترمینولوژی حقوق، ص ۶۱۲؛ ش ۴۸۲۷ «عرف در اصطلاح فقها به روش مستمر قومی در رفتار و گفتار گفته می‌شود که آن را عادت و تعامل نیز می‌نامند، برای تحقق عرف کافی است که اغلب مردم (ادامه صفحه قبل) دارای روش مزبور باشند (عرف غالب) و اگر همه افراد یک قوم آن روش را داشته باشند عرف آنها عرف شایع نامیده می‌شود همچنین عرف به عملی گفته می‌شود که اکثریت صنفی از اصناف (یا طبقه‌ای از طبقات یا گروهی از اجتماع) به طور مکرر انجام دهند و آن عمل مطابق با مصلحت نوعی آن صنف یا آن طبقه و گروه باشد، مرجع

دوم - شخص محتاط و معقول

به عقیده برخی از حقوقدانان^{۳۹} مسؤولیت مدنی مبتنی بر یکی از علل اساسی زیر است:

۱- قصد و اراده ۲- مسؤولیت مطلق ۳- غفلت

ایشان در توضیح غفلت گفته است: «رفتار هر فرد در اجتماع نسبت به دیگران باید با کمال حزم و احتیاط و معقولانه باشد و اگر این دقت و احتیاط را از دست بدهد مرتکب غفلت و اهمال در انجام عملی شده است که فرد معقول و محتاط معمولاً بدان توجه دارد و آن را رعایت می کند...» (و فرد محتاط کسی است که همواره مراقب رفتار و حرکات خویش بوده و متوجه خط مشی خود می باشد...) به طور خلاصه از آنچه که نقطه ضعف صفات انسانی محسوب می شود عاری است و از شرارت و گناه اجتناب می کند^{۴۰} به عقیده برخی از حقوقدانان: «جهل به قانون نوعی مسامحه محسوب می شود. زیرا، همان طور که از ضرب المثل «هیچ کس جاهل به قانون فرض نشده است» مفهوم می شود، هر کس وظیفه دارد از وضع حقوقی قوانین مربوط به

پیشین، ص ۴۴۷ و ۴۴۸ ش ۳۵۶۲، برای مطالعه بیشتر درباره عرف و عادت ر.ک: همان نویسنده، حقوق اسلام، ص ۵، نیز ر.ک: دفتر همکاری حوزه دانشگاه، حقوق اسلامی، ج ۱، ص ۳۶۵؛ محمد، سلجوقی، نقش عرف در حقوق مدنی ایران، (رساله دکتری)، تهران، ۱۳۴۷.

۳۹- محمود، حیدریان، مبادی علم حقوق، ج ۳، ۱۳۵۰، ص ۲۰۱.

۴۰- پیشین، ص ۲۰۴ و ۲۰۵، این نویسنده در ادامه معرفی شخص محتاط می افزاید: «محتاط ... قبل از اقدام به عملی یا گفتاری یا خودداری از کاری به اوضاع و احوال و شرایط و مقتضیات اطراف خود توجه دارد به ابزارهای فنی و الکتریکی با احتیاط نزدیک می شود، اتوبوسی را که در حال حرکت است سوار نمی شود، از قطار در حال حرکت به خارج خم نمی گردد، سگی را که بدون قلاده رها می کند باید به طبیعت درنده خوبی یا اهلی بودن آن آشنا باشد. به حیواناتی که ممکن است آسیبی به او برسانند با احتیاط نزدیک می شود، شایعات بی اساس و بدگویی دیگران را باور نمی کند و قبل از تحقیق در صحت و سقم آنها را تکرار نمی نماید، در تجارت سودی را که عده ای از همکارانش عادلانه تشخیص می دهند می پذیرد، منافع و مصالح همکاران خود را همواره در نظر دارد، از رقابت مشروع استفاده می کند نه رقابت مکارانه. در گفتار خود به سوگند متوسل نمی شود، قمار نمی کند، خشمگین نمی شود، از هر چیز با اعتدال استفاده می کند حتی در موقع تنبیه فرزند خود به موازین اخلاقی توجه دارد. از طرفداری بی سبب و مخالفت بی جهت یا به طور کلی تعصب بیزار است. از گناهان مخصوصاً گناهانی که به حال جامعه مضر است دوری می جوید. تفر و تمایل بی جهت به کسی اظهار نمی کند. در کارها مسامحه و تعلل نمی جوید. حریص و طماع نیست. خبث طینت ندارد کارها را با حضور ذهن و هشیاری انجام می دهد و بی مبالاتی ندارد. همان طور که به سلامت و ایمنی خود دقت می کند به همین نسبت به ایمنی و سلامت دیگران نیز علاقمند است.» محمود حیدریان، همان منبع، ص ۲۰۵ و ۲۰۶؛

A.P.Herbert, on common Law, 1935, P.4-33.

۴۱- عبدالمجید، امیری قائم مقامی، حقوق تعهدات، ج ۱، ص ۱۶۹.

عملی که می‌خواهد به آن دست زند آگاه باشد و بی‌اعتنایی به این وظیفه نوعی مسامحه به شمار می‌رود.» با توجه به تعاریف و تعابیر یاد شده می‌توان گفت شخص محتاط و معقول کسی است که مرتکب غفلت و مسامحه (بی‌احتیاطی) نشود. البته در غالب موارد شخص متعارف نیز چنین است اما او صافی که از شخص محتاط شمرده شده در پاره‌ای از موارد او را از شخص متعارف متمایز می‌گرداند. به سخن دیگر ممکن است یک شخص متعارف تمام ویژگیها و صفات شخص محتاط را، که نمی‌توان به صورت حصری بیان نمود، دارا نباشد زیرا داشتن برخی از آنها از جمله صفات پسندیده و کمال انسانی است اما انتظاری است که نمی‌توان یک جا همه آنها را از همه افراد انتظار داشت قانون ایران نیز به شخص متعارف توجه داشته و ملاک و ضابطه را انسان متعارف قرار داده است (مفاد مواد ۹۵۱ و ۹۵۲ ق.م.ا. نه شخص محتاط بنابراین همان‌طور که برخی از حقوقدانان^{۴۲} گفته‌اند: «عدم رعایت این گونه احتیاطها (یعنی احتیاط بیشتر و خارق العاده) مسامحه نیست و در تشخیص مسامحه رعایت احتیاط متعارف ملاک است.»

البته اغلب، این دو واژه یعنی شخص متعارف و محتاط به صورت مترادف استعمال می‌شوند و منظور نویسندگان در بیشتر موارد از شخص محتاط همان شخص متعارف است. بدیهی است که بدون وجود قرینه صارفه‌ای نمی‌توان مفهوم آن دورا یکی دانست، بنابراین اگر شخص متعارف و محتاط با هم به کار روند مقصود روشن است در غیر این صورت یعنی اگر شخص محتاط جداگانه استعمال شود باید قرینه‌ای موجود باشد که منظور از آن شخص متعارف است.

سوم - میزان احتیاط و دقت

هر یک از افراد جامعه وظیفه دارد که در رفتار خویش احتیاط و دقت را رعایت بکند به طوری که از رفتار او زبانی متوجه دیگران نگردد (لاضرر ولاضرار فی الاسلام). در نظام حقوقی کامن لو این وظیفه یا تکلیف زیر عنوان تکلیف دور اندیشی و مراقب (Duty of care) شناخته شده است. و چنانچه برخی از حقوقدانان^{۴۳} گفته‌اند:

۴۲- مرجع پیشین، ص ۱۷۰.

۴۳- محمود، حیدریان، مبادی علم حقوق، ص ۲۰۶ و ۲۰۷؛ عبدالمجید، امیر قائم مقامی، حقوق تمهیدات، ج ۱، <

«در تمامی موارد یاد شده (در باره اوصاف شخص محتاط و معقول) تلویحی از ملاک دقت در رفتار فرد (میزان دوران‌دیشی) (The standard of care) وجود دارد اما ملاک رفتار یا دقت و احتیاط کودک با شخص بالغ متفاوت است ... به همین نحو ضابطه رفتار و دقت شخص نابینا با افراد بینا نیز متفاوت است ... شرایط و مقتضیات خاصی ممکن است موجب تغییر ملاک رفتار شوند مثلاً رفتاری که تحت شرایط عادی غیر عاقلانه به نظر می‌رسد ممکن است تحت شرایط و مقتضیات دیگری مثلاً مقاومت در برابر خطر عاقلانه دانست.»

علاوه بر اینها دوران‌دیشی و احتیاطی را که افراد معمولی در زندگی خویش معمول می‌دارند با احتیاط مورد نیاز برای مشاغل و حرف خاص متفاوت است بنابراین «کسی که حرفه خاصی را که نیازمند داشتن تخصص و مهارت ویژه‌ای است انتخاب می‌کند، باید در حرفه خویش مهارت‌های لازم را کسب نماید و شیوه فرد محتاط را پیشه خود کند اما لازم نیست که عالی‌ترین حد تخصص را به دست آورد.^{۴۴} بلکه کافی است که مهارت یک شخص معمولی و متعارف و کاردان را کسب نماید.^{۴۵}

چهارم - میزان انحراف

الف - نظریه‌های مختلف

تاکنون به این نتیجه رسیدیم که نقض مقررات عرفی نیز اعم از اینکه آن مقررات مربوط به عرف عام یا عرف خاص باشد، تقصیر محسوب می‌گردد و در صورت زیانبار بودن مسؤولیت مدنی هم ایجاد می‌کند در اینجا می‌خواهیم معیار و ضابطه تشخیص این انحراف را بررسی کنیم. منظور این است که آیا داوری در این مسأله به وجدان شخص مقصر واگذار گردیده است؟ یا اینکه صرف نظر از شرایط روحی و جسمی (شرایط داخلی) او، کاری را که انجام داده است با رفتار انسان معقول و

(ادامه صفحه قبل) ص ۱۶۸ و ۱۶۹.

44- R.A. Percy, Charles worth on negligence, London, 15, edition, 1971, P. 162; Richard, Kidner, The variable standard of care, contributory Negligence and Volenti, Legal studies, Vol 11, No 1, 1991, p. 16-22-23.

۴۵- عبدالمجید، امیری قائم مقامی، حقوق تعهدات، ج ۱، ص ۱۶۹ و ۱۷۰.

William L. Prosser, Law of torts, P.168.

متعارف برای مثال یک مهندس یا پزشک متعارف یا می‌سنجند و به شخصیت مقصر در حین انجام عمل توجه نمی‌کنند. پس در اینکه تجاوز باید با چه معیار و ضابطه‌ای سنجیده و تعیین شود، اختلاف وجود دارد؛ عده‌ای معیار را شخصی می‌دانند و گروهی دیگر نوعی. اکنون درباره این دو نظریه معروف سخن می‌گوئیم و به نقد و بررسی آنها می‌پردازیم:

نظریه یکم - تقصیر یک مفهوم شخصی است^{۴۶}

بر اساس این معیار که به معیار شخصی^{۴۷} یا ذاتی معروف است برای تمیز تقصیر به حالت عادی و متعارف خود شخص توجه می‌شود نه به ذات و نفس تجاوز بلکه این وجدان شخص مقصر است که کاری را خلاف عرف و عادت می‌بیند و ناپسند می‌شمارد بنابراین هر اندازه درجه آگاهی و تمیز شخص بیشتر باشد لغزشهای کوچک او تقصیر محسوب می‌شود در صورتی که اگر به جای او یک شخص معمولی یا پائین تر از آن بود همان اعمال نسبت به او تقصیر به شمار نمی‌آمد. چنانکه برخی از حقوقدانان^{۴۸} گفته‌اند: در مقیاس شخصی به تجاوز از زاویه شخص متجاوز نگاه می‌کنیم بنابراین اگر یک شخص عادی و متعارف باشد باید همان اندازه انحراف داشته باشد تا مقصر قلمداد شود بدین سان ضابطه شخصی با عدالت سازگارتر است. زیرا هر کسی چوب گناه خویش را می‌خورد و میزان انحراف و تجاوز هر کسی با آگاهی و تمیز خودش سنجیده می‌شود و بین مسئولیت حقوقی و اخلاقی هم ارتباط مستقیمی برقرار می‌گردد و هیچ کسی مرتکب تقصیر حقوقی نمی‌شود مگر اینکه احساس کند که: مرتکب تقصیر اخلاقی شده است و وجدان و ضمیر خودش او را بدین امر راهنمایی کند و از تقصیرش آگاه سازد تا اینکه ارتکاب تقصیر برایش قطعی و مسلم گردد.

46- in contracto.

47- Subjectif

۴۸- عبدالرزاق احمد السنهوری، الوسیط، ج ۱، ص ۷۷۹؛ حسین عامر، المسئولية المدنية التقصيرية والعقديه، مصر، الطبعة الاولى، ۱۳۷۶ هـ ۱۹۵۶ م، ص ۱۷۹.

انتقاد از نظریه شخصی

نظریه شخصی دارای یک عیب ذاتی است چه اولاً: یک معیار دقیق و منضبطی نیست زیرا وجدان شخص و نیروی تمیز او، یک امر مخفی و پوشیده‌ای است که بر اختلاف افراد متفاوت است و حقوق وسایل و ابزار کشف و اکتشهای وجدانی افراد را در اختیار ندارد.

ثانیاً: با در نظر گرفتن این ملاک مسؤولیت اشخاص دقیق و با وجدان سنگین‌تر از افراد لایابالی و بی مبالات خواهد شد.

ثالثاً: باید توجه داشت که در اینجا مسأله ضرر و جبران آن مورد نظر است نه مجازات شخص مقصر و مسؤولیت مدنی و کیفری را نباید با همدیگر به اشتباه گرفت. بنابراین جمعی به جای معیار شخصی، معیار و ضابطه دیگری را که به معیار نوعی^{۴۹} معروف است و یک معیار موضوعی^{۵۰} است پیشنهاد کرده‌اند.

نظریه دوم - تقصیر دارای مفهوم نوعی^{۵۱} است (مفهوم نوعی یا موضوعی تقصیر)

برای بر طرف کردن انتقادهای وارد بر نظریه شخصی بسیاری از حقوق‌دانان معیار نوعی را پذیرفته‌اند. اینان شخص متعارفی را که نه بسیار محتاط است و نه بسیار مهمل و بی احتیاط بلکه یک شخص متعادل و متعارف است به عنوان الگو در نظر می‌گیرند. در حقوق رم چنین شخصی به پدر خوب خانواده معروف بود.^{۵۲} مطابق این معیار انسان زمانی مقصر قلمداد می‌شود که در رفتارش، رفتار یک انسان متعارف را به کار نیندد و مقتضای متعارف بودن این است که هر گاه شخصی مهارت کافی و لازم برای انجام امری را ندارد نباید به آن کار دست یازد برای مثال بدون گواهینامه، رانندگی نکند و در صورت لزوم با استفاده از عینک و ... اقدام به رانندگی نماید.

همان طور که گذشت: رفتار شخصی که فعل زیانبار از او سرزده است با رفتار شخص متعارف سنجیده می‌شود. اگر در مقام مقایسه، فعل انجام شده با فعل یک

49- in abstracto.

50- Objectif.

51- in abstracto.

52- bon pere de la famille' A. Tunc and Salle' International Encyclopedia of comparative Law, Vol XI, torts, 2-20, p.14;

انسان متعارف هماهنگ باشد، تقصیری رخ نداده است، در نتیجه مسئولیت محقق نمی‌شود، اما اگر در مقایسه با شخص متعارف تعدی و تجاوز صورت گرفته باشد، آنچه که از فاعل سر زده است تقصیر به شمار می‌آید، خواه مرتکب فعل در رفتارهای خویش شخص با توجه و بسیار محتاط باشد یا اینکه یک شخص لاپرواہی و بی‌مبالا باشد. این همان چیزی است که از تمام مردم خواسته شده و مورد انتظار است و رفتار آنان نیز با این مقیاس مجرد مقایسه می‌شود و مورد مؤاخذة قرار می‌گیرند. بنابراین باید خودشان را به حدی از آگاهی و تمیز برسانند که، متعارف آنها، دارای آن آگاهی و تمیز است البته هر چه از این حد بگذرند و تمیز بالاتری را کسب کنند چه بهتر و اگر از این حد اعتدال تنزل کنند، نقصان و کمبودی است بر آنها...»^{۵۳}

ب - حقوق تطبیقی

حقوق اسلام

معیار نوعی با مقررات و قواعد پذیرفته شده در حقوق اسلام سازگارتر است زیرا، چنانکه گذشت، فقیهان اسلام مبنای ضمان را تعدی عرفی^{۵۴} دانسته و در بسیاری از مسائل آن را به عنوان ضابطه پذیرفته‌اند. از طرف دیگر مقررات مربوط به مسئولیت مدنی از نظر احکام اسلام، وضعی هستند که تقصیر شخصی در آنها مبنای مسئولیت نمی‌باشد.^{۵۵} بعضی از نویسندگان معاصر نیز با نقل نظرات فقهای اسلام معتقدند که: «تقصیر مفهوم نوعی و اجتماعی دارد و باید جدای از شخصیت خطاکار مورد بررسی قرار گیرد. دیگر قابلیت انتساب تقصیر در زمره شرایط مسئولیت قرار داده نمی‌شود»^{۵۶}...

۵۳- عبدالرزاق احمد السهوی، الوسیط، ج ۱ ش ۵۲۸، ص ۷۸۲.

۵۴- ر.ک: سید مرتضی قاسم‌زاده، همان، ضابطه تشخیص تقصیر در فقه اسلامی، ش ۵۱.

۵۵- محمد الحسین، آل کاشف الغطاء، تحریر المجله، ج ۳، ص ۱۴۱ و ۱۴۲؛ سید ابوالقاسم خونی، مصباح الفقاهة، تقریرات درس به کوشش علی التوحیدی، ج ۳، نجف، ۱۳۲۸ هـ، ص ۲۶۱، برخی از نویسندگان گفته‌اند: در قرآن کریم نیز به مسأله برون ذاتی عمل توجه شده است: فمن يعمل مثقال ذرة خیراً یره و من يعمل مثقال ذرة شراً یره، زلزال آیه ۷ و ۸ و همچنین حدیث منقول از پیامبر اکرم نیز مؤید مدعا است الناس مجزون باعمالهم ان خیرا فخریران شراً فشر، حسین نجومیان، زمینه حقوق تطبیقی در نظامهای حقوقی اسلام، فرانسه، انگلیس، روسیه، ص ۴۳۷.

۵۶- ناصر کاتوزیان، ضمان قهری، ص ۱۹۰ و ۱۹۱. نیز ر.ک: محمد جعفر، جعفری لنگرودی، دایرة المعارف حقوق مدنی و تجارت ص ۱۰۵۳.

قانون مدنی هم به پیروی از فقه اسلامی ضمن مواد ۹۵۱، ۹۵۲ و ۹۵۳ به ویژه ماده ۱۲۱۶، داوری دربارهٔ تقصیر را با معیار نوعی پذیرفته است. زیرا در این مواد به شرایط جسمی و روحی مقصر توجهی نشده است. معیار تمیز خطانیز داوری عرف است.^{۵۷}

حقوق فرانسه

در حقوق قدیم فرانسه، حقوقدانان با الهام از قاعدهٔ معروفی که در حقوق رم تحت عنوان پدر خوب خانواده موجود بود معیار نوعی را پذیرفته بودند و تدوین کنندگان قانون مدنی هم این مفهوم را در وضع مادهٔ ۱۱۳۷ محلوپ داشتند. همان طور که در بررسی تعاریف مختلف حقوقدانان فرانسوی از تقصیر دیدیم، مازوها و تنک معیار تقصیر را یک معیار نوعی (برون ذاتی) می‌دانند.^{۵۸} بنا به گفتهٔ برخی از حقوقدانان^{۵۹} «مفسران قوانین مخصوصاً قانون ۱۹۶۸ فرانسه بر این عقیده‌اند که مفهوم تقصیر در این قوانین مفهومی کلی و برون ذاتی است و حقوقدانانی که رفتار ناشی از تقصیر را منشأ مسؤلیت می‌دانند برای این نوع قوانین تفسیری مضیق قائلند.» با وجود این در فرانسه، مفهوم شخصی تقصیر هم طرفداران جدی دارد به طوری که در غالب کشورهای عرب زبان که مقررات مسؤلیت مدنی فرانسه را پذیرفته‌اند، نیز طرفداران نظریهٔ شخصی تقصیر در اکثریت قرار دارند.^{۶۰}

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

۵۷- همان.

58- A. Tunc and Sallie, International Encyclopedia of comparative Law, XI, P. 14, fault in tort is an error of conduct such as would not have been committed a prudent man placed in the same external circumstances as the man who did the damage.

و نیز ر.ک: سید مرتضی قاسم‌زاده، همان، تعریف تقصیر در حقوق خارجی، ش ۳۳ به بعد؛ میشل لوراسا، مسؤلیت مدنی ترجمهٔ محمد اشتری، همان، صفحهٔ ۲۳؛ عبدالرزاق احمد السنهوری، الوسيط، ج ۱، ص ۷۸۰ و ۷۸۱؛

Konard Zweigert and Hein Kotz, Introduction to comparative Law, P. 311-313.

۵۹- حسینقلی حسینی‌نژاد، مسؤلیت مدنی، ص ۳۵.

۶۰- به عنوان نمونه ر.ک: حسن عکوش، المسئولية المدنية في القانون المدني الجديد، ص ۴۴ به بعد، حسین عامر، المسئولية المدنية التفسيرية، ص ۱۶۷ به بعد و صفحهٔ ۲۰۱ به بعد؛ محمد وحیدالدین سوار، النظرية العامة للالتزام، ج ۲، ص ۶۳ به بعد، عاطف التقیب، النظرية العامة للمسئولية الناشئة عن الفعل الشخصي، ص ۱۴۲ به بعد، رمضان ابوالسعود، مصادر الالتزام في القانون المصري و اللبناني، ص ۳۲۷ به بعد؛

نظام کامن لو

در نظام کامن لو نیز در خصوص ضابطه تجاوز دو معیار موجود است:

۱- معیار نوعی (objective) و ۲- معیار شخصی (Subjective) حقوقدانان انگلیسی^{۶۱} و گاه آمریکایی هر دو ضابطه را مورد نقد و بررسی قرار داده‌اند. آنها می‌گویند: اگر ضابطه شخصی ملاک عمل قرار بگیرد، باید رفتار زیانبار شخص را با رفتار خودش سنجد که این امر خود موجب بروز مشکلاتی خواهد شد، بنابراین تمایل خویش را بر پذیرش معیار نوعی ابراز داشته‌اند. بر اساس معیار نوعی باید رفتار فاعل زیان را با رفتار یک شخص معقول و منطقی (The reasonable man) سنجد.^{۶۲}

از طرف دیگر می‌گویند: یک شخص معقول و منطقی به هیچ‌کاری اقدام نمی‌کند مگر اینکه مهارت‌های لازم را که لازمه آن کار است، فرا بگیرد^{۶۳} همیشه مراقب و مواظب اعمال و رفتار خویش است، به شرایط و اوضاع و احوال قضیه توجه دارد، معتدل و مراقب بوده و موازن اخلاقی را هم رعایت می‌کند.^{۶۴}

ج - مزایای نظریه منتخب

نرمش و انعطاف‌پذیری معیار نوعی^{۶۵} از مزایای نظریه منتخب است. طرفداران نظریه نوعی، آن را به نحو مطلق و مجرد ارائه نکرده‌اند بلکه به نظریه خویش طبیعت انعطاف‌پذیری را اعطا کرده‌اند: گاهی شرایط خارجی و گاه برخی از شرایط داخلی و زمانی بعضی از شرایط را به طور نسبی مد نظر قرار داده‌اند.

61-Salmond on the Law of torts, P.82-281; A. Tunc and Salle, International Encyclopedia of comparative Law, P.19-20; Konard zweigert and Hein kotz, Introduction to comparative Law, P.299-300-305.

62- Salmond on the Law of torts, P.82-281; A. Tunc and Salle, International Encyclopedia comparative Law, P.19-20; Konard zweigert and Hein kotz, Introduction to comparative Law, P.299-300-305.

63- Ibid, P.301-302-303; R.A. Percey, charlesworth negligence, P.162.

64- A. P. Herbert, on common Law, 1935, P. 4-39; Willam L.Prosser, Law of torts, 1964, P.153-156-160-164.

نادیده گرفتن شرایط داخلی و رعایت شرایط خارجی در اندازه‌گیری و تشخیص تقصیر. چنانکه گفته شد، معیار و ضابطه تشخیص تقصیر، رفتار شخص متعارف است و به شرایط و اوضاع و احوال داخلی شخص متجاوز توجه نمی‌شود بلکه به کلیه شرایط خارجی و عمومی که عمل شخص را در بر می‌گیرند عنایت می‌شود. منظور از شرایط داخلی، اموری هستند که به خود شخص متجاوز (مقصر) مربوط می‌شوند و با او پیوند و ارتباط دارند و به طبیعت او بر می‌گردند، بدین سان عصبانی بودن، سردی مزاج، نزدیک بینی، مریضی^{۶۵}، سن (بچگی، جوانی، پیری)، جنس (زن و مرد بودن)، حالت اجتماعی (روستایی و شهری و ...) و شغل (وکیل و پزشک و ...) و مانند آنها تأثیری در اندازه‌گیری تقصیر ندارند^{۶۶} بنابراین در اندازه‌گیری تقصیر به اینکه راننده زن بوده، بر اعصابش تسلط نداشته یا روستایی بوده، نمی‌توانسته در شهر رانندگی بکند و ... توجه نمی‌شود بلکه فقط به رفتار یک راننده متعارف که دارای درجه متوسط و متعارفی از تمیز و آگاهی است با در نظر گرفتن شرایط و اوضاع و احوال خارجی که در حین رانندگی او را احاطه کرده است ملاحظه می‌شود.

منظور از شرایط خارجی آن اوضاع و احوال و پوششهای خارجی است که در هنگام حدوث و وقوع فعل زیانبار شخص مقصر را در بر می‌گیرند.

این شرایط عبارتند از: شرایط زمانی و مکانی^{۶۷} و تعلق فاعل زیان به گروههایی از جامعه. بنابراین شب و روز بودن، وضع محل حادثه، شلوغی و خلوتی راه و مه‌آلود بودن و بارانی شدن آن مورد توجه قرار می‌گیرد بنابراین رفتار یک راننده را با یک راننده متعارف در همان شرایط زمانی و مکانی می‌سنجند زیرا اینها شرایط کلی و

۶۵- در حقوق فرانسه آرای و وجود دارد که بر اساس آنها: حالت صحت و سلامتی جسمانی از شرایط خارجی به شمار آمده است. بنابراین نزدیک بینی، افلیجی، کوری و ... در اندازه‌گیری تقصیر مؤثر می‌باشد. اما این رأی مورد انتقاد قرار گرفته است چرا که به سختی می‌توان بین نقص جسمی و روانی تفاوت گذاشت در نتیجه همان طور که دیوانه و صغیر مسؤولیت دارند شخص معلول و ناقص عضو نیز باید مسؤول قرار بگیرد و رفتار هر دو باید با رفتار انسان متعارف سنجیده شود، آیا این خود تقصیر نمی‌باشد که افراد معلول و ناتوانی همانند افراد کور و نزدیک بین فعالیت افراد متعارف را که نیازمند داشتن حواس کامل است بدون رعایت پیش‌بینیهای لازم انجام بدهند، مازوها، درس حقوق مدنی، ج ۲، ش ۴۴۹، ص ۳۹۱، نقل از محمد وحیدالدین سوار، النظرية العامة للالتزام، ج ۲، ص ۱۸۹.

۶۶- عبدالرزاق احمد السهوی، الوسيط، ج ۱، ص ۷۸۴.

عمومی هستند که همه افراد را در بر می‌گیرند و شخص متعارفی که رفتار او را مقیاس و ضابطه اندازه‌گیری در تقصیر قرار می‌دهند باید به طور مجرد و مجزا از شرایط داخلی (و بدون ملحوظ داشتن این گونه شرایط) اما با در نظر گرفتن شرایط خارجی که در هنگام وقوع حادثه زیانبار او را در بر گرفته است، مدنظر قرار بگیرد و مهمترین شرایط عمومی خارجی، شرایط مکانی و زمانی وقوع حادثه است.^{۶۸}

به عقیده برخی از حقوقدانان^{۶۹} هر یک از شرطهای سه‌گانه داخلی (سن و جنس و حالت اجتماعی) که در اندازه‌گیری تقصیر مدنظر قرار نمی‌گیرند، ممکن است در پاره‌ای از موارد نسبت به برخی از افراد به عنوان شرط خارجی تلقی شود و در اندازه‌گیری تقصیر مؤثر باشد، پس یک شرط ممکن است نسبت به چیز معینی شرط داخلی شخصی باشد اما نسبت به چیز دیگری به یک شرط خارجی مبدل گردد.^{۷۰}

نسبی بودن برخی از شرایط

چنانکه گفته شد، برخی از شرایط در پاره‌ای از موارد یک شرط داخلی و در پاره‌ای از موارد دیگر یک شرط خارجی محسوب می‌شود.^{۷۱} ضابطه این امر هم، بستگی و ارتباطی است که شرط مورد نظر با فعل انجام شده دارد، بنابراین اگر کسی با در نظر گرفتن شرایط عادی و متعارف به رانندگی بپردازد؛ شرایط و اوصافی از قبیل

۶۸- همان.

۶۹- همان، ص ۷۸۴ و ۷۸۵

۷۰- برای مثال در خصوص انحراف و تجاوز در امور رانندگی سن (بچه بودن و ...) و حالت اجتماعی (روستایی بودن و ...) و جنس (زن و مرد بودن) مورد توجه قرار نمی‌گیرند زیرا این گونه شرایط با در نظر گرفتن رانندگی جزو شرایط داخلی محسوب می‌شوند و تمامی افراد نامبرده با ضابطه یک شخص متعارف (مجرد از این سه شرط) سنجیده می‌شوند اما اگر کودکی با دوستانش بازی بکند و در حین بازی به آنها ضرر برساند نباید رفتار او را با رفتار یک مرد متعارف یا، با زن متعارف سنجید بلکه باید با رفتار یک کودک متعارف در همان شرایط مقایسه نمود و همچنین اگر یک زنی به کارهای مخصوص زنان مباشرت بکند مانند تعلیم، پرستاری و ... نباید کار او را با رفتار یک مرد متعارف سنجید بنابراین تخلف کودک را (در کارهایی که به کودکان اختصاص دارد)، با یک کودک متعارف و تقصیر زن را (در کارهای تخصصی زنان) با یک زن متعارف و رفتار پزشک را با یک پزشک متعارف می‌سنجند، عبدالرزاق احمد السنهوری، همان، ص ۷۸۴؛ حسین عامر، المسؤولية المدنية، ص ۱۸۱.

۷۱- حشمت ابوسبت، نظرية الالتزام فی القانون المدني المصري، همان، ص ۳۱۴ ش ۴۴۷؛ عبدالرزاق احمد السنهوری، الوسيط، ج ۱، ص ۷۸۴ و ۷۸۵؛ حسین عامر، المسؤولية المدنية التفسيرية والعقدية، ص ۱۸۱.

پزشک بودن، زن و مرد یا ... تأثیری در اندازه گیری تقصیر نخواهد داشت زیرا راننده بودن منحصر به این افراد نمی باشد، برای مثال چون صفت پزشکی ارتباطی با رانندگی ندارد پس یک شرط داخلی محسوب می شود و همین طور است صفت وکیل بودن، زن و ... یعنی اگر بگوییم این راننده مرتکب تقصیر شده است باید رفتار او را با یک راننده متعارف بسنجیم، بر عکس اگر فعل انجام شده از جمله اموری باشد که درباره آن از پزشکان سؤال می کنند (و مخصوص حرفه پزشکی است) در این صورت صفت پزشکی یک شرط خارجی محسوب می شود و در اندازه گیری و تشخیص تقصیر ملاک عمل قرار می گیرد و بدین سان، معیار و ضابطه مورد نظر در اندازه گیری رفتار شخص متعارف از همان گروه و طبقه (صنف و حرفه خاص) ای است که شخص مقصر به آن تعلق دارد. به سخن دیگر با در نظر گرفتن عرف خاص هر گروه ممکن است شرطی خارجی به شمار رود در صورتی که همان شرط نسبت به دیگران، یک شرط داخلی است که در اندازه گیری و تشخیص تقصیر مد نظر قرار نمی گیرد.^{۷۲}

مراعات برخی از شرایط داخلی

در حقوق برخی از کشورها، برخی از شرایط از قبیل سن و عقل با اینکه در واقع از شرایط داخلی هستند اما با در نظر گرفتن مقررات موجود در آن کشورها، شرط خارجی به حساب می آیند و در اندازه گیری تقصیر مورد ملاحظه قرار می گیرند. برای مثال در مسؤولیت صغیر غیر ممیز یا دیوانه سن و عقل را که اصولاً باید یک شرط داخلی محسوب می شدند و مورد توجه قرار نمی گرفتند، شرط خارجی به شمار آورده، در تحقق مسؤولیت مؤثر ندانسته اند و بدین سان آنان را تحت شرایطی مسؤول قرار داده اند. البته ویژگیهایی چند نیز برای این نوع مسؤولیت قائلند و آن را مسؤولیت خفیف، احتیاطی و اختیاری می دانند.^{۷۳}

۷۲- ضابطه (مجرد) شخص متعارف را که بدون در نظر گرفتن شرایط داخلی (سن و جنس و حالت اجتماعی) نسبت به فعل انجام شده، معیار سنجش قرار می دهیم اختصاص به تقصیر غیر عمدی (بی احتیاطی و بی مبالائی) ندارد بلکه در سنجش تقصیر عمدی نیز می توان از آن بهره جست و ملاک عمل قرار داد برای مثال < «ادامه صفحه قبل» تاجری که قصد اضرار به دیگری دارد در همه شرایط مقصر محسوب نمی شود بلکه هنگامی مقصر شناخته می شود که از رفتار یک انسان متعارف (تاجر متعارف) تجاوز کرده باشد، عبدالرزاق احمد السنهوری، الوسیط، ص ۷۸۵.

۷۳- محمد وحیدالدین سوار، النظرية العامة للالتزام، ج ۲، ص ۸۶، ۷۰ و ۷۱؛ رمضان ابوالسعود، مصادر الالتزام فی

اخلاق

قواعد و مقررات اخلاقی نه تنها انسانها را از اضرار به دیگران باز می‌دارند بلکه آنان را از بدخواهی و قصد بد نسبت به دیگران نیز منع می‌کنند. به عقیده برخی از حقوقدانان چون در یک زندگی اجتماعی تخرز و دوری جستن از اضرار به دیگران در همه حال اجتناب ناپذیر و غیر ممکن است زیرا مقتضای زندگی انسانی همین است بنابراین انسانها بر صبور بودن بر این گونه زیانها توصیه شده‌اند و به همین خاطر است که خداوند متعال انسانها را ظلوم و جهول می‌نامد.^{۷۴}

بنابراین نه تنها کار خلاف قانون و خلاف عرف (عرف عام و عرف خاص) تقصیر محسوب می‌شود و تحت شرایطی مسئولیت مدنی ایجاد می‌کند بلکه کار خلاف اخلاق هم تقصیر است و می‌تواند مسئولیت آفرین باشد. به سخن دیگر کاری را که مرتکب فعل انجام می‌دهد باید به نوعی غیر مشروع باشد و گرنه انجام کار مباح و اعمال حق نباید ضمان آور باشد مگر اینکه صاحب حق از آن سؤاستفاده نماید.^{۷۵} of (abuse right) از طرف دیگر معاذیری وجود دارد که وصف غیر قانونی بودن تقصیر را می‌زدایند و به آن رنگ و بوی قانونی می‌دهند و خواننده را از مسئولیت معاف می‌کنند و در سایر موارد یعنی در آنجا که شخص با انجام دادن کار خلاف اخلاق و نقض

(ادامه صفحه قبل) القانون المصری و اللبناني، ص ۳۲۸ و ۳۲۹؛ عاطف النقیب، النظرية العامة للمسئولية الناشئة عن الفعل الشخصي، ص ۱۵۰ به بعد؛ حسن عكوش، المسؤولية المدنية في القانون المدني الجديد، ص ۴۹ به بعد؛ حسین عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، ص ۲۰۱ به بعد، برای مطالعه بیشتر ر.ک سید مرتضی قاسم‌زاده، مسئولیت مدنی شخص غیر ممیز، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی، سال اول، ش ۲، ص ۷۵-۱۲۸، ۷۴- ان الانسان ظلوم آية ۳۴ سورة ابراهيم؛ انه كان ظلوماً جهولاً؛ آية ۷۲ سورة الاحزاب نقل از: محمد وحیدالدین سوار، النظرية العامة للالتزام، همان ص ۸۶.

۷۵- برای مطالعه بیشتر در زمینه سؤ استفاده از حق ر.ک: رمضان ابوالسعود، مصادر الالتزام في القانون المصری و اللبناني، التعسف في استعمال الحق، ص ۳۳۷ به بعد؛ محمد وحیدالدین، سوار، النظرية العامة للالتزام، ج ۲، نظرية التعسف في استعمال الحق، ص ۹۸، ش ۷۲۰؛ محمد احمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الاسلامی، ص ۳۸، ش ۲۸ (التعسف في استعمال الحقوق)؛ حمید بهرامی احمدی، سوء استفاده از حق انتشارات اطلاعات، ۱۳۶۶؛ ناصر، کاتوزیان، ضمان قهری، همان، ص ۲۰۱ به بعد؛

And see: A. Tunc and salle, International Encyclopedia of comparative Law, XI, N.250; F.H.Lawson, A.E. Anton, L.Nevile Brown, Amos and walton's Introduction to French Law, P. 219-220.

قواعد اخلاقی موجب ایراد ضرر بر دیگران می‌شود، مسؤول می‌باشد.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی



پرويشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی