

## نگرشی انتقادی به معیار «انسان معقول و متعارف» برای تشخیص تقصیر در مسؤولیت مدنی

حسن بادینی\*

استادیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۱۳۸۷/۴/۱۰ - تاریخ تصویب: ۱۳۸۷/۱۰/۱۳)

### چکیده:

بر اساس معیار انسان معقول و متعارف، تقصیر عبارت است از انجام کاری که این انسان فرضی 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 بطور 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 بسادگی به گونه عینی قابل ارزیابی است، مانند سن، وضعیت سلامتی و توانایی‌های جسمی و ... در نظر گیرد. اما باید شرایط درونی از نوع ذهنی یا روانی مانند هوشمندی، میزان آگاهی، شخصیت و انگیزه‌های عمل را نادیده انگارد. در این مقاله، سعی شده است تا محتوای توصیفی و هنجاری این ابزار حقوقی بیان شود؛ ابعاد تاریک حقوقی و ابهامات آن روشن گردد و در پرتو مبانی و اهداف مورد نظر، پاره‌ای از برداشت‌های صورت گرفته از آن به چالش کشیده شده و پیشنهادهایی که گمان می‌رود بتواند به همگرایی و انسجام نظام حقوقی کمک کند، ارائه شده است.

### واژگان کلیدی:

انسان معقول و متعارف، معیار نوعی تقصیر، معیار شخصی تقصیر، حق امنیت، حق آزادی و فعالیت، برابری مدنی، سیره عقلاء، قابلیت اتساع، بیماری جسمی، معلول ذهنی، کودک، سن، جنسیت.

## مقدمه

حقوق مسؤلیت 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 (بادینی، ۱۳۸۴، ش. ۵۶ و ۲۸۸). 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 مسؤلیت بسیار محدود است و اشخاص تنها در صورتی مسؤل 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 مد نظر تدوین کنندگان قانون مدنی فرانسه بوده است (Mazeaud et Tunc, 1965, n° 443; Viney, 2009, n° 24 et 52; Calabresi, 1961, pp. 42-51; White, 2003, p. 3 and seq. کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص. ۱۹۳).

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، مسؤل شناخته می‌شوند (کاتوزیان، ۱۳۸۸، ص. ۱۹۸ و ۱۹۹). در حقوق کشورها به تدریج این استانداردها در قالب انسانی الگو و قاعده‌ای رفتاری که عملکرد واردکننده زیان یا زیان‌دیده<sup>۱</sup> با آن سنجیده می‌شود، تجلی یافت (Flour, Aubert et Savaux, 2007, n° 98-1; Viney et Jourdain, 1998, n° 462). در معیار نوعی تقصیر، بر خلاف معیار شخصی، به جای «آزادی و عدالت فردی» بیشتر به «امنیت و نظم و عدالت اجتماعی» توجه می‌شود (Le Tourneau et Cadiet, 2002, n° 6706; Holmes, 1951, p. 108).

این انسان الگو که فرضی حقوقی (Fiction) است، در کامن‌لا «انسان معقول» (Reasonable man) (Fleming, 1985, p. 22; Harpwood, 2003, p. 115; Stewart and Le bon pere de famille=) (Stuhmcke, 2005, p. 127)؛ در حقوق فرانسه «پدر خوب خانواده» (Le Tourneau, 2003, pp. 73-75; Savatier, T. I, 1951, n° 278, p. 352)؛ در حقوق آلمان انسان معمولی (Markesinis, 1990, p. 62) و در حقوق اسلام و ایران تجاوز از رفتار متعارف (کاتوزیان، ج. اول، ۱۳۸۷، ش. ۱۷۴؛ سراج، ۱۹۹۰، ش. ۱۵۴-۱۵۲؛ قاسم‌زاده، ۱۳۷۸، ش. ۴۷ به بعد) و

۱. چنانچه بحث بی‌احتیاطی مشارکتی زیان‌دیده (Contributory negligence) مطرح باشد برای تصمیم‌گیری در خصوص میزان محرومیت او از دریافت خسارت، رفتار او با رفتار انسانی الگو سنجیده می‌شود. با این همه، عده‌ای بر این باورند فرضی که زیان‌دیده برای خود ایجاد خطر می‌کند با فرضی که دیگران را در معرض خطر قرار می‌دهد، متفاوت است (Simons, 1995, pp. 461-485).

در حقوق کشورهای عربی «الأب الصالح» یا «الرجل العاقل» و یا «الرجل العادی» نامیده شده است (العوجی، ۲۰۰۴، ص. ۲۵۸-۲۵۲؛ سنهوری، ۱۳۸۴، ش. ۵۲۸ و ۵۲۹).<sup>۱</sup>

### گفتار نخست: ماهیت و محتوای معیار انسان معقول و متعارف

بر اساس این معیار، تقصیر عبارت است از انجام کاری که این انسان فرضی در آن شرایط (شرایط خاصی که زیان در آن روی داده است) انجام نمی‌داد و یا ترک کاری که او در آن شرایط انجام می‌داد. به این ترتیب می‌توان گفت که انسان معقول و متعارف «برداشت انسان‌انگارانه عدالت» (Anthropomorphic conception of justice) در رابطه زیان‌دیده و واردکننده زیان است (Deakin, Johnston and Markesinis, 2008, p. 223).

### الف- ویژگی‌های کاملاً نوعی انسان معقول و متعارف

انسان معقول و متعارف «شهروندی معمولی از طبقه متوسط جامعه» است که مشغول کسب و کار خویش است و دارای دو دسته ویژگی‌های توصیفی و هنجاری است: از لحاظ توصیفی دارای هوش و استعداد، حافظه، اطلاعات، تجربه، بینش، جرأت، تشخیص، خویشتن‌داری، ایثار و نوع‌دوستی و توانایی جسمی، انسانی معمولی است و حد وسط افراد جامعه‌ای است که در آن زندگی می‌کند و ممکن است ضعف‌هایی را که عرفاً قابل گذشت 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. انسانی معقول و

۱. کاربرد انسان معقول و متعارف محدود به بحث مسئولیت مدنی نیست، بلکه در هر مورد که شخصی متعهد به نگهداری از مال دیگری یا اداره آن و یا مجاز به استفاده از مال دیگری با اذن مالک، قانون یا دادگاه باشد، به عنوان الگوی مقایسه مورد استفاده قرار می‌گیرد. بر این اساس، برای تشخیص تقصیر تمام اشخاصی که عنوان «امین» یا «نماینده» (قانونی، قراردادی و قضایی) بر آنها صدق می‌کند، عملکردشان در زمینه نگهداری، اداره یا استفاده از اموالی که به آنها سپرده شده است، با رفتار انسان معقول و متعارف ارزیابی می‌شود.<sup>۱</sup> در این خصوص رک. به ماده ۶۳۱ قانون مدنی ایران. در مواد ۴۵۰، ۶۰۱، ۱۱۳۷، ۱۱۶۲، ۱۳۷۴، ۱۷۲۸، ۱۸۰۶ و ۱۸۸۰ قانون مدنی فرانسه در خصوص تعهدات مربوط به نگهداری، اداره یا انتفاع از مال دیگری از معیار «پدر خوب خانواده برای تشخیص تقصیر امین استفاده شده است (Code Civil, 2003). همچنین در زمینه حقوق قراردادهای، بویژه در خصوص شرایط معافیت از مسئولیت قراردادی و تشخیص تقصیر متعهد در تعهدات به وسیله، قاعده مقابله با خسارت (Mitigation of damages)، انعقاد قرارداد و تفسیر قرارداد از آن استفاده می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ش. ۷۷۱ به بعد؛ Treitel, 1997, pp. 870-879). حتی کاربرد این فرض حقوقی از قلمرو حقوق خصوصی فراتر می‌رود و در مواردی در تعیین تقصیر جرایمی و سنجش رفتار متهم یا بزه‌دیده نیز نقش تعیین‌کننده دارد (Moran, 2003, p. 1 and seq).

متعارف که الگوی مقایسه است، چالاک‌ی یک بندباز یا ژیمناست، شجاعت آشیل، قدرت و زور رستم یا هرکول، بخشندگی حاتم و خرمندی اودیسه را ندارد و نمی‌تواند همانند حضرت عیسی مسائل را پیش‌بینی کند ( Moran, 2003, p. 18 and pp. 5-8; Deakin, Johnston and Markesinis, 2008, pp. 223-227). او شخص فاضلی است که حد وسط فضایل را دارد (ارسطاطالیس، ۱۳۸۱، ص. ۹۸ به بعد؛ بادینی، ۱۳۸۴، ش. ۲۳). یعنی، نه آنقدر ترسو است که با وجود دانستن فن شنا از نجات انسانی که در حال غرق شدن است، خودداری کند و نه آن چنان متهور است که با وجود نداشتن مهارت در شنا بیگدار به آب بزند، بلکه انسانی شجاع است که در صورت بلد بودن شنا و در معرض خطر نبودن خود یا دیگران برای نجات غریق اقدام می‌کند.

اما، ویژگی‌های هنجاری انسان معقول و متعارف به میزان احتیاط او و توجه‌اش به ایمنی دیگران بر می‌گردد ( Moran, 2003, p. 7). او تکالیف و احتیاط‌های عام زیر را که برای شهروندان وجود دارد، رعایت می‌کند و از آنها تجاوز نخواهد کرد: دسته اول، تکالیفی است که توسط مقررات مختلف مانند راهنمایی و رانندگی، ساختمان‌سازی، شهرسازی، محیط زیست، بهداشت و ایمنی، فعالیت‌های ورزشی و ... وضع شده است. صرف نقض این مقررات، تقصیر و رفتار خلاف رفتار انسان معقول و متعارف محسوب می‌شود (Faute = Negligence per se). همچنین است نقض حقوق فردی که توسط قانون ایجاد شده و مورد حمایت قرار گرفته است؛ مانند حق مالکیت و حقوق مربوط به شخصیت که آن هم بطور غیرمستقیم نقض قانون محسوب می‌شود. در کنار تکالیف ویژه که قوانین و مقررات تعیین کرده است، یک تکلیف کلی و هنجار رفتاری (هنجار مدنیت = norme de civilité) بر عهده هر شخص قرار دارد مبنی بر این که در رفتارش احتیاط کند و همه مراقبت‌هایی را که برای انجام کاری لازم است در پیش گیرد. از آنجا که این تکالیف مشخص نیستند و جنبه کلی دارند، قاضی در هر مورد به رفتار انسان معقول و متعارف به عنوان الگو برای تشخیص تقصیر خوانده در برخورد با این تکالیف رجوع می‌کند (Jourdain, 2007, pp. 44-46).

جنبه نوعی معیار انسان معقول و متعارف در آن است که افرادی که هوش، استعداد، اطلاعات و ویژگی‌هایی فردی دارند که پایین‌تر از این معیار قرار می‌گیرد رفتارشان با آن معیار سنجیده می‌شود و کاستی‌ها و نقائص شخصی آنان به عنوان دلیلی برای معافیت از مسؤلیت مدنی و تخطی از تکالیف عام در نظر گرفته نمی‌شود ( Bermingham, Vera, 2005, pp. 37-38 ; Le Tourneau, 2003, pp. 73-74).

عده‌ای<sup>۱</sup> با استناد صریح یا ضمنی به فلسفه کانت در زمینه تکلیف ارج نهادن به ارزش اخلاقی برابر و مطلق خود و دیگران به عنوان آفریدگان خردمند، چنین انسانی را شخصی می‌دانند که در تمام اعمالش به منافع خود و دیگران یکسان بنگرد (Wright, 1995, p. 253; Weinrib, 1995, pp. 147-152). طرفداران نظریه‌های اقتصادی نیز انسان معقول را شخصی می‌دانند که آن دسته از اقدامات احتیاطی را که از نظر هزینه قابل توجیه است در پیش گیرد. برای تشخیص این مفهوم از تقصیر دادگاه‌ها در آمریکا از معیاری استفاده می‌کنند که به «معیار لیرند هَند» (The Learned Hand Formula) موسوم است (Barnes and Stout, pp. 32-33; Posner, 1998, pp. Kuperberg and Beitz, 1989, pp. 143-145).

در فقه نیز رگه‌هایی از اندیشه اخیر یافت می‌شود. در مواد ۲۷ تا ۲۹ مجله احکام عدلیه چند قاعده وجود دارد که به نوعی مبتنی بر تحلیل اقتصادی است: الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف (ماده ۲۷)؛ اذا تعارضت مفسدتان روعی اعظمهما ضرراً بارتکاب أخفهما (ماده ۲۸) و یختارُ اهُونُ الشرین (ماده ۲۹). مثال‌هایی که برای اعمال این قواعد ذکر شده است به خوبی نقش عقل و ملاحظات اقتصادی را روشن می‌کند؛ برای مثال، اگر مرور دیدی که ۵۰ درهم ارزش دارد از دست کسی پایین افتد و مرغ دیگری که ارزش آن تنها ۵ درهم است، آن را برچیند، مالک مروراید می‌تواند قیمت مرغ را بپردازد و آن را تملک کند.<sup>۲</sup> (مجله احکام عدلیه، ۱۹۹۹، صص. ۱۲ و ۱۰۳ و ۱۰۴؛ سلیم رستم باز، ۱۹۹۸، صص. ۴۳۰ و ۴۳۱ و ۴۳۴).

### ب- عقل سلیم، عرف و معیار نوعی تقصیر

در حقوق ایران غالباً به جای واژه «انسان معقول» از عبارت «انسان متعارف» استفاده می‌شود و در این زمینه به مواد ۹۵۱ تا ۹۵۳ قانون مدنی استناد می‌شود.<sup>۳</sup> در فقه تخطی از

۱. برای مطالعه تفصیلی در این خصوص رک. به بادینی، ۱۳۸۴، ش. ۶۶ به بعد.

۲. در خصوص غضب هم به عنوان یک قاعده عقلی به آن استناد شده است؛ یعنی اگر کسی زمین دیگری را غضب کند و در آن بنا یا درخت بکارد، چنانچه قیمت بنا یا درخت بیشتر از قیمت زمین باشد، غاصب تنها مکلف است قیمت زمین را بپردازد و به قلع و قمع بنا یا درخت ملزم نمی‌شود.

۳. در قوانین دیگر نیز از متعارف بودن یا نبودن عملی به عنوان ضابطه تحقق تقصیر یاد شده است؛ از جمله در ماده ۱۳۲ قانون مدنی که تصرف متعارف مالک در ملکش حتی اگر منجر به ورود ضرر شود، مانع از تحقق مسئولیت مدنی او در مقابل همسایه است. یا کسی که در مقام دفاع مشروع به شخص متعدی خسارت وارد کند، چنانچه خسارت وارد شده بر حسب متعارف متناسب با دفاع باشد، مسؤول جبران خسارت نیست (ماده ۱۵ قانون مسئولیت مدنی). اقدامات والدین و اولیاء قانونی و سرپرستان صغار و محجورین که به منظور تأدیب یا حفاظت آنها انجام شود، در صورت متعارف بودن مسئولیت مدنی در پی ندارد (بند ۱ ماده ۵۸ قانون مجازات اسلامی). همچنین در بند ۲ ماده ۴ قانون مسئولیت مدنی برای تشخیص نوع تقصیر (قابل اغماض بودن یا نبودن آن) به عرف ارجاع داده شده است.

احکام شرعی (ترک واجبات و انجام محرمات) و نیز تجاوز از رفتار متعارف (مجاوزه المعتاد = مجاوزه المؤلف) در زمینه اعمال مجاز (مباحات) خطا محسوب می‌شود؛ یعنی اگر در مورد انجام عملی در شرع امر و نهی وجود نداشته باشد، انسان در انجام آن عمل هنگامی مقصر به حساب می‌آید که از آنچه در بین عامه مردم رواج دارد، تجاوز کرده باشد (سراج، ۱۹۹۰، ص. ۱۴۶-۱۴۴)

منظور از عقل در عبارت «انسان معقول»، «عقل عملی» است و آن نیرویی است که انسان بر اساس آن امور را مصلحت‌سنجی می‌کند و به کمک آن می‌تواند در انجام یا ترک کاری خوب و بد را از هم تشخیص دهد (صفری، ۱۳۸۷، ص. ۱۹۳). در واقع، عقل در حقوق و فقه همان نیروی است که فارق خیر و شر و شناسای مصالح و مفاسد است (اصغری، ۱۳۸۶، ص. ۹۰).

با ارایه این تعریف از عقل روشن می‌شود که عرف به معنی رایج آن ممکن است منطبق با عقل نباشد؛ زیرا، عرف‌ها را می‌توان به دو دسته تقسیم کرد: عرف‌های معقول و عرف‌های غیرمعقول (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۰، ش. ۷۹/۳). برای مثال، ممکن است در جامعه‌ای عبور عابرین پیاده از چراغ قرمز یا محل‌های ممنوع به صورت عرف درآید یا در بین تعدادی از گروه‌های اجتماعی و دسته‌هایی از مردم عرف‌های غیر معقولی پدید آید. چنانکه در حال حاضر در جامعه ما این امر در بین موتورسواران بروشنی دیده می‌شود، به نحوی که بیشتر آنان حق تقدم سایرین را رعایت نمی‌کنند؛ از خیابان یکطرفه عبور می‌کنند؛ با وجود اجباری بودن بیمه شخص ثالث فاقد پوشش بیمه هستند؛ از کلاه ایمنی استفاده نمی‌کنند؛ با موتور مسافر کشی می‌کنند؛ بیش از ظرفیت مجاز بر ترک موتور سوار می‌کنند؛ از سرعت غیرمجاز تخطی می‌کنند و...

چنانچه الگوی مقایسه ما انسانی متعارف باشد که مظهر عرف و عادت و رسوم جامعه است، از لحاظ حقوقی رفتارهای مطابق با عرف اما غیرمعقول افراد تقصیر محسوب نمی‌شود و نتیجه آن این خواهد شد که در مورد مثال موتورسواران، موتور سوار مقصر کسی است که مقررات را رعایت می‌کند و از عرف رایج تبعیت نمی‌نماید. برای این که چنین برداشتی از عبارت «متعارف» صورت نگیرد، توجه به موارد زیر ضروری است:

۱- در پاره‌ای از قوانین از تقصیر تعاریفی ارایه شده است که بیشتر جنبه عقلی دارد و به عرف ارجاع نداده است، لذا برای ارایه تعریف درستی از تقصیر نباید از آنها نیز غافل بود؛ از جمله این قوانین تبصره ماده ۳۳۶ قانون مجازات اسلامی است که در تعریف تقصیر مقرر می‌دارد: «تقصیر، اعم است از بی‌احتیاطی، بی‌مبالاتی، عدم مهارت، عدم رعایت نظامات دولتی».

۲- مواد ۹۵۱ تا ۹۵۳ قانون مدنی تنها در خصوص خسارات مالی است و خسارت بدنی را در بر نمی‌گیرد. در خصوص اموال و خسارات مالی ارایه تعاریف عرفی تا حدودی قابل توجیه است، اما در خصوص خسارت بدنی که بحث ایمنی و سلامت انسان مطرح است تنها نمی‌توان به ضوابط عرفی بسنده کرد.

۳- می‌توان گفت که منظور از متعارف و عرف در اصطلاح «انسان متعارف» و قوانین مسؤولیت مدنی «سیره عقلاء» است نه «عرف عام»؛ یعنی تنها رویه‌ها، رفتارها و عاداتی جزو عرف به حساب می‌آید که خلاف عقل نباشد. همچنان که بسیاری از فقیهان، بویژه فقیهان اهل سنت، منشأ عرف را عقل می‌دانند؛ چنانکه امام غزالی عادت و عرف را چیزی می‌داند که به کمک عقل در جان تثبیت شده و ذوق سلیم آن را پذیرفته باشد<sup>۱</sup> (غزالی، ۱۹۷۰ م. ص. ۲۱۱). بر این اساس حدیث نبوی «مراه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن» تنها شامل عرف‌های خوب است (لنگرودی، ۱۳۷۰، ص. ۸۷ و ۸۸).

۴- می‌توان به پیروی از استاد دکتر کاتوزیان عقل را بر عرف افزود و از اصطلاح «انسان معقول و متعارف» استفاده کرد تا اگر عرف نامعقول و خطرناکی در جامعه مستقر شود، بتوان آن را تقصیر شمرد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ش. ۱۷۴). کاری که نویسنده نیز در این مقاله انجام داده است.

### ج- موارد استثناء و در نظر گرفتن برخی جنبه‌های فردی و شخصی

ویژگی‌های شخصی و فردی ممکن است جنبه مادی (مانند سن، جنس، وضعیت سلامتی و...) یا جنبه روانی (مانند هوش، منش، استعداد و...) یا جنبه فرهنگی (مانند سطح تحصیلات، نوع تربیت و...) یا جنبه اجتماعی (مانند نوع طبقه اجتماعی فرد، آداب و رسوم و...) داشته باشد.

پاره‌ای از حقوقدانان مانند برادران مازو، تنگ و شابا برای این امر استثنایی قایل نیستند و بطور کلی شرایط درونی و فردی را در احراز تقصیر نادیده می‌گیرند؛ برای مثال، راننده‌ای را در نظر بگیرید که به دلیل ضعف بینایی، درست اندازه نگرفتن فاصله، عادت نکردن به رانندگی در شهر به دلیل زندگی در روستا، مسلط نبودن بر اعصاب خود باعث تصادف می‌شود. یا مصرف‌کننده کالایی خطرناک به دلیل نخواندن دستورالعمل نحوه استفاده از کالا به خود یا دیگران ضرری وارد می‌کند. فردی ناشنوا به علامتی صدادار توجه نمی‌کند و در نتیجه حادثه‌ای به بار می‌آید. یا مسافری به دلیل ناآگاهی از وجود یا نحوه استفاده از کمربند ایمنی آن را به کار نمی‌برد و در تصادف آسیب می‌بیند. اما، طبق این نظر شرایط بیرونی و خارجی، مانند

۱. «العاده و العرف ماستقر فی النفوس من جهه العقول و تلتقه الطباع السلیمه بالقبول».

شرایط زمانی و مکانی، چون جنبه فردی ندارد باید در ارزیابی تقصیر در نظر گرفته شود: رانندگی در شب یا در مناطق شلوغ یا در پیچ‌های خطرناک و در هوای بارانی از این قبیل است ( Viney et Jourdain, 1998, n° 471; Mazeaud et Tunc, 1965, n° 418-445; Mazeaud et ) (Chabas, n° 448).

بر عکس، بسیاری از حقوقدانان جدید، مانند نونل دژان دل‌باتی (Noël Dejean de la Bâtie) و وینی و ژوردن در بین شرایط درونی و فردی هم قایل به تفکیک شده و بر این باورند که قاضی باید آن دسته از شرایط درونی را که به آسانی به طور عینی قابل ارزیابی است مد نظر قرار دهد؛ شرایط درونی مادی، جسمی یا اقتصادی، بویژه سن، وضعیت سلامتی و توانایی‌های جسمی یا وضعیت مالی و میزان دانش و اطلاعات افزون بر آنچه که از انسان معقول و متعارف انتظار می‌رود داشته باشد، از این قبیل است. بر عکس، باید شرایط درونی از نوع ذهنی یا روانی مانند هوشمندی، میزان آگاهی، شخصیت و انگیزه‌های عمل را نادیده گیرد ( Jourdain, 2003, pp. 46-47; Viney et Jourdain, 1998, n° 465). در این راستا رویه قضایی در کشورهای مختلف برای ارزیابی تقصیر به برخی جنبه‌ها که عمدتاً شخصی یا نیمه شخصی هستند و اوضاع و احوالی که ضرر در آن روی داده است توجه می‌کند:

۱- هوش و استعداد اضافی، مهارت‌های خاص، اطلاعات بیشتر عامل زیان و گذراندن دوره‌های تخصصی و بازآموزی برای احراز تقصیر او در نظر گرفته می‌شود. بر این اساس، برای تشخیص تقصیر حرف و مشاغل مختلف که تخصص، اطلاعات و مهارت‌های خاص دارند، رفتار آنها با رفتار یک فرد عادی در آن حرفه و شغل سنجیده می‌شود و این پرسش مطرح می‌گردد که آیا ضوابط و نظامات شغلی مسلم آن حرفه یا شغل بر اساس اطلاعات زمان ارتکاب فعل زیانبار رعایت شده است یا خیر؟ در واقع، معیار انسان معقول و متعارف باید با ماهیت و طبیعت فعالیت مورد نظر سازگار شود. به عنوان مثال، برای قضاوت در خصوص رفتار راننده اتومبیل، خلبان هواپیما و کاربر دستگاهی پیچیده، اطلاعات، دانش و ضوابطی که معمولاً برای به کار انداختن این وسایل لازم است در نظر گرفته می‌شود. همچنین برای تشخیص این امر که آیا ورزشکاری در جریان مسابقه یا تمرین درست رفتار کرده است یا نه، خطرات پنهان یا میزان خشونت ورزش انجام شده مورد توجه قرار می‌گیرد ( Deakin, Johnston, 1998, n° 464; and Markesinis, 2008, pp. 223-227). همچنین اگر فردی در حرفه‌ای خاص اطلاعات و توانایی‌های بیشتر نسبت به همکارانش داشته باشد، باید برای جلوگیری از ورود ضرر از آن استفاده کند. برای مثال، پزشک متخصصی که معلومات او بیشتر از یک پزشکی متخصص معمولی است، باید به هنگام معالجه بیمار از آن استفاده کند و به بهانه این که احتیاط و مراقبتی را که از یک پزشک متخصص معمولی انتظار می‌رود به کار



بسته است، از مسؤولیت معاف نمی‌شود (Dobbs, 2001, p. 290). شناخت بیشتر از محل و سایر جهاتی که باعث می‌شود از واردکننده زیان انتظار رود که احتیاط و مراقبت بیشتر به عمل آورد در ارزیابی تقصیر او در نظر گرفته می‌شود؛ برای مثال، از مربی تیمی که از تمایل یکی از بازیکنان به خودکشی آگاهی دارد، انتظار می‌رود که برای جلوگیری از خودکشی بازیکن اقدامات ویژه‌ای به عمل آورد (Viney et Jourdain, 1998, n° 471).

چنانچه فردی توانایی جسمی فوق‌العاده داشته باشد، باید برای پرهیز از ضرر تمام توان خود را به کار گیرد و نمی‌تواند به بهانه این که تلاش و استقامتی را که از انسان معقول فرضی انتظار می‌رود به کار برده است، از مسؤولیت معاف شود (Dobbs, 2001, p. 284).

۲- میزان احتیاط و مراقبت معقول در موارد مختلف و متناسب با خطرات پیش روی و شرایط زمانی و مکانی فرق می‌کند. از این رو، انسان معقول و متعارف متناسب با خطر و شرایط خاص دعوا عمل می‌کند؛ برای مثال، راننده‌ای معقول در صورت نزدیک شدن به تعدادی کودک در حال بازی از سرعت خود می‌کاهد، هر چند با سرعت مجاز در حال رانندگی باشد. رفتار خاص شخص به هنگام کمک و نجات و شرایط اضطراری و ورزش نیز در نظر گرفته می‌شود. همچنین، چنانچه زیان‌دیده بداند که با کودک، دیوانه، معلول یا شخص کم توان و مریضی روبرو است، باید برای جلوگیری از اضرار به خود از ناحیه آنان بیشتر احتیاط کند. بر عکس، اگر زیان‌دیده نقایص مزبور را داشته باشد و عامل زیان از آن آگاه باشد، این امر ممکن است منجر به بخشودگی تقصیر مشارکتی زیان‌دیده شود.<sup>۱</sup>

۳- رفتار فردی که از بیماری، معلولیت یا ناتوانی جسمی رنج می‌برد با انسان معقول و متعارف که این ویژگی‌ها را دارد، سنجیده می‌شود نه با فردی سالم؛ به عنوان مثال نمی‌توان نابینایی را به صرف عبور از خیابان، تنها به این دلیل که انسان معقول هنگام عبور از خیابان چشمانش را نمی‌بندد، مقصر دانست. ناتوانی‌ها و نقائص جسمی ناگهانی و پیش‌بینی‌ناپذیر نیز، مانند حمله قلبی، صرع یا سکته حین رانندگی، مشمول همین قاعده است.

باید خاطر نشان ساخت که افراد معلول، بیمار و ناتوان چون همیشه در معرض خطرند، این تکلیف بر عهده آنها قرار دارد که مراقب خود باشند (Obligation de se soigner) و با توجه به نوع معلولیت و ناتوانی که دارند تدابیر لازم را برای جلوگیری از ورود ضرر به خود در پیش گیرند، در غیر این صورت ممکن است به استناد تقصیر زیان‌دیده از گرفتن بخشی از خسارت

۱. در نظر گرفتن شرایط خاص و اوضاع و احوال قضیه لزوماً به معنی در نظر گرفتن جنبه‌های شخصی نیست؛ به عنوان مثال واردکننده زیان صرفاً به این خاطر که شب قبل خوب نخوابیده است از مسؤولیت معاف نمی‌شود و یا این که صرفاً به دلیل این که روز خوبی را پشت سر گذاشته است، از او انتظاری بیشتر نباید داشت. منظور این است که مفهوم و میزان احتیاط و مراقبت معقول و متعارف با توجه به خطر پیش روی متفاوت است (Dobbs, 2001, pp. 280-281).

محروم شوند (Viney et Jourdain, 1998, n° 468, note, 197). به عنوان مثال، فردی که به دلیل کوتاهی قد نمی‌تواند از پدال ترمز استفاده کند باید ماشین خود را به ترمز دستی مجهز کند یا کسی که بارها سابقه سکته قلبی داشته یا می‌داند که مبتلا به صرع است و رانندگی برای او خطرناک است یا خواب آلوده و خسته است باید از رانندگی پرهیز کند. البته اگر بیماری یا ناتوانی جسمی ناگهانی و پیش‌بینی نشده باشد، فرد مقصر شناخته نمی‌شود؛ مثلاً ممکن است کسی بدون سابقه قلبی حین رانندگی یا کار با دستگاه دچار حمله قلبی یا صرع شود (Dobbs, 2001, p. 282; Viney et Jourdain, 1998, n° 468).

۴- سؤالی که در این زمینه مطرح می‌شود این است که آیا از یک کودک مثلاً ۱۰ ساله انتظار می‌رود که به اندازه یک بزرگسال احتیاط، دقت و مراقبت کند؟ یا آیا از انسانی ۹۰ ساله انتظار می‌رود که چابکی و چالاکی و تعادل جوانی برومند را داشته باشد؟ در خصوص سالمندان مطالب زیادی در منابع یافت نمی‌شود و تنها به ندرت آراییی در برخی از کشورها صادر شده است که حرکت کند یا رفتار ناشایسته و نامتعادل شخص سالمند را طبیعی و عادی تلقی کرده‌اند، در حالی که اگر همین رفتار از فردی کم و سن و سال‌تر سر می‌زد، تقصیر محسوب می‌شد (Viney et Jourdain, 1998, n° 467). پاره‌ای از نویسندگان نیز بر این باورند که اصولاً در این زمینه تفاوت بین کودکان و سالمندان نباید وجود داشته باشد، زیرا هر دو پدیده کودکی و سالمندی روندی طبیعی و عادی هستند (Barret, 1984, Negligence and the Elderly: A Proposal for a Relaxed Standard of Care, 17 John Marsh L Rev, 873, 879-880 n 39; Mentioned by Moran, 2003, p. 138). در گفتار بعد در مورد کودکان بحث خواهد شد.

۳- چنانچه اعتقاد و باوری که به خاطر پیروی از آن ضرر به بار آمده است (اخلاقی یا مذهبی)، جزو اعتقادات و باورهای رایج جامعه باشد، شکی نیست که قاضی آن را در نظر خواهد گرفت، زیرا پیروی از آن اعتقاد، معقول و متعارف است. اما، باورها و اعتقادات نامعقول و غیرمتعارف لحاظ نمی‌شود؛ مثلاً اگر مصدومی که نیاز به خون دارد، به خاطر دستورات مذهبی مانع از تزریق خون به خود یا سایر اعمال پزشکی ضروری و مفید شود یا والدین مانع از انجام آن نسبت به فرزندشان شوند، در تقصیرکارانه دانستن چنین رفتاری نباید تردید کرد (Viney et Jourdain, 1998, n° 470).

۴- در مورد معلولین ذهنی، مجانین و بیماران روانی گرایش کلی بر آن است که همان معیار کاملاً نوعی انسان معقول و متعارف را در مورد آنها اعمال نمایند. دلایل برخورد متفاوت با این دسته و انتقاداتی را که بر آن وارد است و همچنین نظر فمینیست‌ها که معیار انسان معقول را مردانه می‌دانند در گفتار بعد مطرح می‌شود.

## گفتار دوم: بررسی برخی از موضوعات مورد اختلاف

### الف- کودکان و معیار انسان معقول و متعارف

#### ۱. کودک غیر ممیز<sup>۱</sup>

در خصوص مسئولیت مدنی کودک غیر ممیز چند راه‌حل دیده می‌شود:

الف- در تعداد زیادی از کشورها مانند آلمان، بلژیک، مصر، سوریه، لبنان، تونس، ترکیه و غیره اطفال غیر ممیز بطور کلی مسئولیت مدنی ندارند. در پاره‌ای از این کشورها تنها در مواردی قاضی بر مبنای انصاف می‌تواند کودک غیر ممیز را مکلف به پرداخت خسارت کند (Limpens, Kruithof et Meintzerhagen-Limpens, 1981, p. 97.)

ب- در برخی از نظام‌های حقوقی کودک غیر ممیز قابلیت مسؤول شناخته شدن بر مبنای نظریه تقصیر (حتی تقصیر نوعی) را ندارد، اما ممکن است به شکل‌های دیگر مسؤول شناخته شود؛ برای مثال، در برخی از ایالات آمریکا (حدود ۱۲ ایالت) قاعده‌ای وجود دارد به نام «قاعده هفت ساله‌ها» (The rule of Sevens) یا «قاعده ایلینویز» (The Illinois Rule) که بر مبنای آن کودکان زیر هفت سال در مقابل مسئولیت مبتنی بر خطای معین بی‌احتیاطی (Tort of negligence) مصونیت دارند. حتی ایالاتی که این قاعده را نپذیرفته‌اند کودکان خیلی خردسال (سه یا چهار ساله) را از مسئولیت مدنی مبرا می‌دانند (Dobbs, 2001, p. 297). در سایر خطاها نیز چنانچه اثبات سوء نیت یا عمد خطاکار ضروری باشد، ممکن است این شرط در خصوص اطفال غیر ممیز احراز نشود. اما، در مورد برخی خطاها مانند تجاوز (Trespass) یا غصب (Conversion) سن کودک تأثیر در مسئولیت مدنی ندارد (Limpens, Kruithof et Meintzerhagen-Limpens, 1981, p. 96).

در فقه اسلامی لازم است بین خسارت بدنی و مالی تفکیک قائل شد: در خصوص خسارت بدنی، صغیر (ممیز و غیرممیز) مسئولیت ندارد و ضمان بر عهده عاقله او است<sup>۲</sup> (ابن قیم، ج. اول، ۲۰۰۰، ص. ۴۸۸)، اما در خصوص خسارات مالی دو دیدگاه وجود دارد: بیشتر مذاهب اسلامی (امامیه، حنفی، مالکی، شافعی و حنبلی) صغیر را بطور کلی مسؤول می‌دانند و بین صغیر ممیز و غیر ممیز تفکیک قائل نشده‌اند. آنان معتقدند که ضمان حکمی تکلیفی است نه وضعی و هدف آن جبران خسارت است نه مجازات و اردکننده زیان، لذا داشتن قصد و علم و تمیز شرط تحقق آن نیست. در واقع، علت و سبب تکلیف به جبران خسارت ورود ضرر است و هر جا علت وجود داشته باشد (ضرر)، ضمان (معلول) هم وجود دارد. بر این مبنای علاوه بر

۱. در خصوص مفهوم تمیز و سن تمیز رک. به: صفایی و قاسم‌زاده، ۱۳۸۷، ش. ۲۰۶.

۲. در این خصوص رک. به تبصره ۱ ماده ۲۹۵، تبصره ماده ۳۰۵ و بند ب ماده ۳۱۱ قانون مجازات اسلامی. در مورد خسارت بدنی هم برخی بر این باورند چون ضمان عاقله امری استثنایی و خلاف اصل است نمی‌توان آن را به ارش تعمیم داد. زراعت، ۱۳۸۳، ص. ۵۰۴.

صغیر غیر ممیز، دیوانه، شخص خوابیده و فراموشکار هم مسئولیت دارند. حتی در تسبیب نیز نظر مشهور این است که تحقق تقصیر منوط به وجود تمیز و اراده در شخص مسبب نیست، بلکه تنها کافی است عرفاً تعدی و تفریط محقق شده باشد.

اما در مذهب مالکی فعل صغیر را تا سنی معین، همانند فعل حیوان، ضمان آور نمی‌دانند، اما در این زمینه که این سن چه سنی است نظرات مختلف وجود دارد: بعضی سن دو سالگی، عده‌ای دیگر یک سال و نیم، پاره‌ای یک سال و برخی هم دو ماهگی را ذکر کرده‌اند (الجبایر الهاجرى، ۲۰۰۸، ج. اول، ص. ۳۵۰-۳۴۷؛ سلیم رستم باز، ۱۹۹۸، ص. ۴۴۱؛ قاسم‌زاده، ۱۳۷۸، ش. ۹۶-۹۴؛ شیخ علی خفیف، ۱۹۷۱، ص. ۷۰-۶۸؛ الزحلی، ۱۹۹۸، ص. ۲۶۸-۲۶۴). همچنین در خصوص تسبیب عده‌ای بر این باورند که چون در تسبیب، تقصیر (تعدی و تفریط) شرط است و عرفاً نمی‌توان تعدی و تفریط را به کودک غیر ممیز نسبت داد، بر اساس قاعده تسبیب نمی‌توان کودک غیر ممیز را مسؤول شناخت (Chehata, 1967, p. ; Limpens, Kruithof et Meintzerhagen-Limpens, 1981, p. 95).<sup>۸۸۷</sup>

در حقوق ایران ماده ۱۲۱۶ قانون اعلام داشته است که: «هر گاه صغیر یا مجنون یا غیر رشید باعث ضرر غیر شود ضامن است». ماده ۷ قانون مسئولیت مدنی در صورت تقصیر سرپرست صغیر یا مجنون مسئولیت را متوجه آنان دانسته و در سایر موارد مسئولیت را همچنان بر عهده صغیر یا مجنون قرار داده است. حقوقدانان در این زمینه بین صغیر ممیز و غیر ممیز تفاوت قائل نیستند (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج. دوم، ش. ۴۲۱؛ صفایی، ۱۳۷۵، ص. ۲۴۰ تا ۲۴۴). اما باید توجه داشت که مسئولیت مبتنی بر تقصیر کودکان خردسال و غیرممیز نه با نظریه تقصیر شخصی و نه با نظریه تقصیر نوعی سازگار نیست، زیرا آنان نمی‌توانند عامل خودمختار و عاقلی (Rational agency) در ورود خسارت محسوب شوند و چنین مسئولیتی هدف‌های پیش‌بینی شده برای معیار نوعی تقصیر (بازداشتن افراد از تخطی از هنجارهای اجتماعی) را برآورده نمی‌سازد. زیرا کودک غیر ممیز 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 (Imputabilité) را ندارد. با توجه با این امر، پیشنهاد می‌شود ماده ۱۲۱۶ قانون مدنی به گونه مضیق تفسیر گردد، به نحوی که تنها اتلاف را در بر گیرد و در خصوص تسبیب به قواعد عمومی رجوع شود که بر اساس آن احراز تقصیر (تعدی و تفریط) ضروری است. به دیگر سخن، چون تعدی و تفریط ملاک عرفی دارد و عرفاً نمی‌توان تقصیر را به صغیر غیر ممیز و دیوانه نسبت داد، آنان قابلیت مسؤول شناخته شدن بر مبنای تقصیر را نخواهند داشت. استثنای مندرج در ماده ۱۲۱۵<sup>۱</sup> هم این دیدگاه را تقویت می‌کند.

۱. ماده ۱۲۱۵ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «هر گاه کسی مالی را به تصرف صغیر غیرممیز و یا مجنون بدهد، صغیر یا مجنون مسؤول ناقص یا تلف شدن آن مال نخواهد بود».

<sup>۱</sup> اما در عین حل نباید از هدف جبران خسارت زیاندیدگان نیز غافل بود و در این زمینه می‌توان به یکی از دو راه حل زیر یا تلفیقی از آنها توسل جست: الف- در داخل نظام مسئولیت مدنی، سرپرستان بیماران ذهنی و کودکان غیر ممیز و اشخاص ثالث درگیر با آنان نسبت به تمام افعال زیانبار این افراد مسؤول شناخته شوند و در صورت نبودن سرپرست خاص، دولت سرپرستشان تلقی شود و یا در این حوزه، قاضی اختیار داشته باشد تا در خصوص حدود مسئولیت و خسارات قابل مطالبه از انصاف استفاده کند. ب- در خارج از نظام مسئولیت مدنی، می‌توان از طریق استفاده از بیمه و تأمین اجتماعی و اصول مبتنی بر عدالت توزیعی در پی هدف جبران خسارت زیان‌دیده بود.

## ۲. کودک ممیز

در خصوص مسئولیت کودک ممیز اختلاف چندان وجود ندارد، اما باور عمومی بر آن است که معیار تشخیص تقصیر او منعطف‌تر از بزرگسالان است؛ به این ترتیب که رفتار کودک ممیز با کودکان هم‌سن و سال خود که دارای همان میزان هوش، استعداد و تجربه‌اند سنجیده می‌شود، لذا بنا به دلایل زیر ضعف‌ها و ناتوانی‌های خاص دوران کودکی در نظر گرفته می‌شود:<sup>۲</sup> ۱- کودکی یک ویژگی فردی (idionsyncrasy) نیست، بلکه روندی عادی و طبیعی است که هر انسانی در طول عمر باید آن را طی کند. در واقع، نمی‌توان با مقایسه رفتار کودک با انسان عاقل بزرگسالی از او انتظار داشت که چیزی را که طبیعت در اختیار او قرار نداده است، داشته باشد. نادیده گرفتن محدودیت‌های دوران کودکی توسط حقوق مغایر عقل سلیم است و حقوق را بی‌معنی می‌کند. ۲- استفاده از معیاری سهل‌تر برای تقصیر کودکان آنان را در مقابل تقصیر مشارکتی حمایت می‌کند و باعث جلوگیری از محرومیت شان از جبران خسارت در مواردی می‌شود که به تقصیر آنان استناد شده باشد. ۳- چنین قاعده‌ای به رشد و پرورش کودکان کمک می‌کند؛ استدلالی که با عنوان «دلیل رفاهی» (welfare rationale) شناخته شده است. بر اساس این منطق به کودکان باید اجازه داده شود تا به منظور کسب تجربه و پخته شدن و یادگرفتن در دنیا فعالیت کنند و از طریق ارتباط برقرار کردن با دیگران اجتماعی شوند. مسئولیت مدنی شدید ممکن است فعالیت‌های آنان را مختل سازد؛ به عنوان مثال به خاطر

۱. پاره‌ای از حقوق‌دانان برای رفع این ایراد ماده ۱۲۱۶ قانون مدنی بر این باورند که در حقوق اسلام بطور کلی مسئولیت بدون تقصیر پذیرفته شده است و در این زمینه بین ائتلاف و تسبیب تفاوت وجود ندارد (صفایی، ۱۳۷۵، ص. ۲۴۸ و ۲۴۹).  
 ۲. مگر این که کودک به فعالیت‌هایی که ویژه بزرگسالان است بپردازد و دست به اقدامات خطرناک غیرعادی زند.

ترس از ورود ضرر به دیگران نمی‌توان کودکان را از انجام بازی گرگم به هوا منع کرد (Dobbs, 2001, pp. 295-297).

### ب- معلولین ذهنی و بیماران روانی

هم در کامن‌لا و هم در حقوق فرانسه بر خلاف بیماری‌ها و معلولیت‌های جسمی که به عنوان شرایط خارجی برای تشخیص تقصیر در نظر گرفته می‌شوند، بیماری‌های ذهنی و جنون مورد توجه قرار نمی‌گیرند و رفتار آنان با انسانی متعارف و سالم سنجیده می‌شود. در حقوق فرانسه از آنجا که کد ناپلئون نسبت به مسئولیت مدنی بیماران ذهنی ساکت بود، با الهام از عقاید فلسفی فردگرایانه و آزادی‌خواهانه اوایل قرن نوزدهم، اصل عدم مسئولیت این افراد تا سال ۱۹۶۸ حاکمیت داشت. تا این که در این سال با دخالت قانون‌گذار و تصویب ماده ۲-۴۸۹ معلولین ذهنی متعهد به جبران خسارت شدند. با این همه، هنوز در بین حقوقدانان بحث‌ها در این زمینه ادامه دارد که آیا بیمار ذهنی، صرف‌نظر از تعهد به جبران خسارت که می‌تواند نوعی مسئولیت محض باشد، قابلیت ارتکاب تقصیر را دارد یا خیر؟ آیا در صورت مثبت بودن پاسخ، رفتار او با الگوی پدر خوب خانواده سنجیده می‌شود؟ (Malaurie et Aynés, 2001, n° 41-42 ; Le Tourneau et Cadiet, 2002, n° 1336 et s.)

در کامن‌لا نیز دعاوی بی‌شماری بر این نکته تأکید کرده‌اند که بنا به دلایل برای ارزیابی تقصیر بیماران ذهنی رفتار آنان با رفتار انسانی عاقل در همان شرایط سنجیده می‌شود: ۱- چون هدف اصلی مسئولیت مدنی جبران خسارت است، در درجه اول به «اعمال» (acts) نگاه می‌کند نه به «عاملان». پس، در بین دو بیگانه آن که رفتار او مطابق با استاندارد نبوده و عامل مادی خسارت بوده است بیشتر مستحق تحمل خسارت است. ۲- مسئولیت بیماران ذهنی در وقوع هزینه زندگی آنان در جامعه است و آنان باید آثار این بدشانسی را تحمل کنند. ۳- در غیر این صورت ممکن است افراد زیادی تمارض به بیماری ذهنی کنند و چون برای بیماری ذهنی و جنون مرزی قاطع و مشخص وجود ندارد ممکن است دستگاه قضایی با مشکل اثبات روبرو شود. ۴- قرار دادن مسئولیت بر عهده بیماران ذهنی باعث می‌شود تا سرپرستانشان مراقبت بیشتر از آنان بنمایند. ۵- این نوع برخورد حقوقی باعث ادغام اجتماعی بیماران ذهنی می‌شود و زمینه را برای رفتار یکسان با آنان در جامعه فراهم می‌سازد (مرادزاده، ۱۳۸۷، ص. ۱۹۸ به بعد؛ Moran, 2003, pp. 28-54).

در حقوق اسلام، غیر از مذهب مالکی، سایر مذاهب، دیوانه را مسئول جبران خسارت می‌دانند و در توجیه این مسئولیت به همان دلایلی اشاره می‌شود که در بحث مربوط به مسئولیت مدنی صغیر غیرممیز به آن اشاره شد (الجابر الهاجری، ۲۰۰۸، ج. اول، ص. ۳۵۰-۳۴۷؛ سلیم رستم

باز، ۱۹۹۸، ص. ۴۴۱؛ قاسم‌زاده، ۱۳۷۸، ش. ۹۶-۹۴؛ شیخ علی خفیف، ۱۹۷۱، ص. ۷۰-۶۸؛ الزحیلی، ۱۹۹۸، ص. ۲۶۸-۲۶۴.

### ج- زنان و معیار انسان معقول و متعارف

بحث مربوط به نحوه اعمال معیار انسان معقول در خصوص زنان معمولاً با عبارتی آغاز می‌شود که آقای هربرت (Herbert) در کتاب *Uncommon Law* آورده است. در این کتاب آقای هربرت دعوایی فرضی را (*Fardell v. Potts*) به تصویر می‌کشد که در آن دادگاه با معضل اعمال معیار «مرد معقول» (*Reasonable man*) در خصوص یک زن روبرو است. هربرت خاطر نشان می‌سازد: از آنجا که در منابع و آرای صادرشده در کامن‌لا هیچ اشاره‌ای به «زن معقول» نشده است، می‌توان نتیجه‌گیری کرد که: «دست کم از لحاظ حقوقی هیچ زن معقولی وجود ندارد»<sup>۱</sup>. به همین لحاظ، در دعوای مورد بحث قاضی ناگزیر است به هیأت منصفه تذکر دهد که هر چند ادله کافی وجود دارد که نشان می‌دهد خواننده دعوا مثل یک مرد معقول عمل نکرده است، اما کاری را که او انجام داده است می‌توان از چنین زنی انتظار داشت! (Moran, 2003, p.1).

طرفداران حقوق زنان معتقدند که معیار انسان معقول بیشتر منعکس کننده ویژگی‌های مردانه است و از آنجا که تشخیص این امر که آیا خواننده دعوا مثل انسان معقولی عمل کرده است یا خیر جنبه موضوعی دارد و بر عهده قاضی است و اکثر قضات مرد هستند، به هنگام تصمیم‌گیری در این زمینه از اطلاعات، تجربیات و برداشت‌های مردانه خود استفاده می‌کنند و تصمیم‌گیری می‌نمایند و به این ترتیب در عمل رفتار زنان با الگوی مرد معقول سنجیده می‌شود نه زن معقول. طرفداران حقوق زنان بر این باورند با توجه به این که زنان ویژگی‌ها، افکار و عقلانیت خاص خود را دارند، لازم است معیاری شخصی برای تشخیص تقصیر آنان مورد استفاده قرار گیرد. به گفته ژان ژاک روسو: «یک مرد کامل و یک زن کامل همان‌طور که از نظر چهره با هم متفاوتند، ممکن است از نظر عقل و شعور هم تفاوت داشته باشند». در کامن‌لا در حال حاضر تنها در خصوص ارزیابی ادعای آزار جنسی و آثار آن است که دادگاه‌ها از معیار زن معقول استفاده می‌کنند، زیرا زنان بیشتر در معرض آزار جنسی هستند (Ibid, pp. 198-273).

برخی بر این باورند که معیار عقلانیت در تقصیر نشأت گرفته از اخلاق ضد اجتماعی، مبتنی بر ثروت و نفع شخصی و محاسبه فایده‌گرایانه غیر انسانی مردانه است، لذا باید اخلاق زنانه مراقبت و احتیاط و توجه به نیازمندان و خوشبختی و آسایش دیگران جایگزین معیار مرسوم عقلانیت شود و برای احراز تقصیر، رفتار فرد باید با رفتار همسایگان و آشنایان متعهد

1- Legally at least there is no reasonable woman.

و مسئول نسبت به یکدیگر (مراقبت، احتیاط و توجهی که آنان نسبت به یکدیگر در همان شرایط یا شرایط مشابه مبذول می‌دارند) سنجیده شود (Bender, 1994-pp. 235-244; Wright, ) (1995, pp. 254-255).

#### د- اصل برابری و رفتار متفاوت

پرسش این است که آیا اعمال متفاوت معیار انسان معقول و متعارف نسبت به گروه‌های مختلف، «اصل بنیادین برابری مدنی» (civil equality) را که توسط «حکومت قانون» (The rule of law) تضمین شده است و جزو عناصر اصلی حق شهروندی است، نقض نمی‌کند؟ مگر نه این است که حکومت قانون اقتضاء می‌کند تا قواعد کلی حقوق نسبت به همه شهروندان یا گروه‌های اجتماعی که طرف خطاب آن هستند یکسان اعمال شود و حتی خوشبختی کل جامعه توجیه کننده زیر پا گذاشتن حرمت و برابری فرد یا افراد خاصی نیست (Bix, 2004, p. ) (190; Gary, 1999, vol. I, pp. 765-767).

در پاسخ می‌توان گفت که رفتار برابر با همه شهروندان، بدون توجه به شباهت‌ها و تفاوت‌های آنان، تنها منجر به برقراری «عدالت صوری» می‌شود و این نوع عدالت به تنهایی کافی نیست، بلکه باید به محتوا و مضمون قاعده حقوقی نیز توجه کرد تا دریافت که آیا مفاد آن صحیح و اخلاقی است یا فاسد و نادرست. به بیان دیگر، برابر دانستن افرادی که در موقعیت یکسان قرار دارند عادلانه است نه برابر دانستن افراد در شرایط نامساوی. پس، در بطن «اصل برابری» می‌توان قائل به نوعی تفاوت قابل توجیه شد و تفاوت در رفتار چنانچه موجه باشد نقض برابری مدنی شهروندان محسوب نمی‌شود. به گفته رالز «با افراد مشابه باید یکسان رفتار شود و با افراد ناهمانند به گونه‌ای متفاوت»<sup>۱</sup> (Moran, 2003, p. 172, pp. 206-213, Rawls 1999). پس، به هنگام وضع قاعده حقوقی باید به شباهت‌ها و تفاوت‌های بین گروه‌های مختلف توجه کرد؛ البته نه هر نوع تفاوتی، بلکه تفاوتی که مبنای قابل قبولی داشته باشد. برای این کار بهترین معیار این است که به هدف غایی قاعده حقوقی توجه شود و این پرسش را مطرح کنیم که این قاعده به دنبال چیست؟ آیا همه افراد از لحاظ هدفی که قانون به دنبال آن است در وضعیت یکسانی قرار دارند یا هدفی که قانون در پی آن است اقتضاء می‌کند تا صرفاً در خصوص تعدادی از افراد قابل اعمال باشد (Moran, 2003, p. 172, pp. 165-173). هر چند، بر خلاف تقصیر جرایمی، در حقوق مدنی «قابلیت سرزنش اخلاقی» (moral blameworthiness) شرط تحقق تقصیر مدنی نیست، اما به باور نظریه‌پردازان مسئولیت مدنی

1- Likes be treated alike and unlikes unlike = to treat equals equally and treat unequals unequally.



مانند رلز، هولمز و هونوره، تقصیر مدنی نیز بر «اجتناب‌پذیری» (Avoidability) یا نوعی «صلاحیت عام» (General capacity) برای مقصر شمرده شدن مبتنی است؛ یعنی شخص وقتی بر مبنای تقصیر مسؤول شناخته می‌شود که قابلیت پیش‌بینی ضرر و جلوگیری کند از آن و ویژگی‌های هنجاری انسان معقول را داشته باشد (بتواند احتیاط کند؛ به منافع دیگران توجه کند؛ قوانین را نقض نکند؛ بر مبنای معیار لیرند هند بتواند با هزینه‌ای کمتر از ضرر بیشتری جلوگیری کند و...). در واقع، «مسؤولیت مبتنی بر تقصیر» باید با «مسؤولیت محض» فرق داشته باشد. در مسؤولیت مبتنی بر تقصیر هم به «حق امنیت زیان‌دیده» توجه می‌شود و هم به «حق فعالیت عامل زیان» و از این جهت نسبت به مسؤولیت محض از ارزش آزادی بیشتر حمایت می‌کند. از این رو، این امر که شرط تحقق مسؤولیت مبتنی بر تقصیر امکان دوری از خطر است، برای حمایت از آزادی فعالیت طرف دعوا ضروری است (Moran, 2003, pp. 173-17). به گفته رلز «در مفهوم باید بطور ضمنی معنی می‌تواند نهفته است» (ought implies can). پس، حقوق نباید تکلیف به مالایطاق کند؛ یعنی کارهایی که حقوق دستور انجام آنها یا خودداری از انجام آنها را صادر می‌کند باید به گونه‌ای باشد که انسان بتواند انجام دهد یا از انجام آن خودداری کند (Rawls, 1999, pp. 208-122).

در مسؤولیت مدنی برای حمایت از امنیت زیان‌دیدگان معیار شخصی تقصیر به معیار نوعی تبدیل شده است، اما توجه همزمان به آزادی واردکنندگان زیان، لازم می‌دارد تا مسؤولیت مبتنی بر تقصیر منوط به اجتناب‌پذیری باشد تا با ارزش‌های بنیادین حاکمیت قانون سازگاری داشته باشد. پس، وقتی که گفته شود قابلیت دوری از خسارت شرط تحقق مسؤولیت مبتنی بر تقصیر است، چنین قاعده‌ای برای مردم عادی که این توانایی را دارند، عادلانه است، اما برای کسی که توانایی پیش‌بینی و دوری از خسارت را ندارد (مانند صغیر غیر ممیز و بیمار ذهنی) غیر عادلانه است، زیرا چنین افرادی از این لحاظ با مردم عادی برابر نیستند، لذا باید برای آنان معیار انعطاف‌پذیرتری وجود داشته باشد، در غیر این صورت قاعده حقوقی متعصبانه و تبعیض‌آمیز خواهد بود.

در برخی از کشورها برای کودکان (ممیز و غیر ممیز) معیار تقصیر جنبه شخصی دارد، اما برای بیماران ذهنی نوعی و رفتارشان با رفتار انسان معقول و متعارف سنجیده می‌شود. در توجیه این تفاوت گفته شده که کودکی وضعیتی طبیعی و عادی است اما جنون وضعیتی غیر عادی است؛ توجیهی که قانع‌کننده به نظر نمی‌رسد، زیرا تفاوت باید مبتنی بر اهداف قانون، قواعد و اصول حقوقی باشد و عادی یا طبیعی بودن قدرت توجیهی چندانی ندارد و این واقعیت که عرف و عادت توجیه‌کننده رفتار تقصیرآمیز نیست، مؤید این ادعا است.

با این توضیحات روشن می‌شود که قرار دادن مسئولیت مبتنی بر تقصیر بر عهده صغیر غیر ممیز و بیمار ذهنی نیز نوعی تکلیف به مالایطاق است؛ زیرا آنان چون توانایی پیش‌بینی و دوری از خسارت را ندارد با مردم عادی برابر نیستند، لذا باید برای آنان معیاری انعطاف‌پذیرتر وجود داشته باشد، در غیر این صورت چنین قاعده حقوقی متعصبانه و تبعیض‌آمیز خواهد بود.

### نتیجه‌گیری و پیشنهادها

منظور از متعارف و عرف در اصطلاح «انسان متعارف» و قوانین مسئولیت مدنی سیره عقلاء است نه عرف عام. افزودن عقل بر عرف و استفاده از عبارت «انسان معقول و متعارف» به خاطر تأکید بر این نکته بوده است.

نوعی بودن معیار انسان معقول و متعارف بدان معنا نیست که در خصوص تمام اشخاص یکسان اعمال می‌شود، بلکه در این زمینه باید به مقتضیات عدالت ماهوی نیز توجه کرد و تفاوت‌ها و ویژگی‌های فردی زیر را که به گونه‌ای عینی و برون ذاتی قابل ارزیابی است در احراز تقصیر در نظر گرفت.

به باور نویسنده در به کارگیری نظریه تقصیر نسبت به افعال زیانبار کودکان غیر ممیز و بیماران ذهنی از منطبق صوری استفاده افراطی شده است و وجدان عمومی پذیرای خطاکار قلمداد شدن کودک غیر ممیز و بیمار ذهنی نیست؛ زیرا عمل آنان شبیه فعل ناشی از حیوان و قوه قاهره است و با توجه به این که هیچ کس نسبت به غیر ممکن پایبند نیست، سخن گفتن از تقصیر کسی که تعادل، کنترل و توانایی انتخاب عاقلانه ندارد، بی‌معنی است. کودک غیر ممیز و بیمار ذهنی که از محتوای افعال خویش ناآگاهند سزاوار محکومیت نیستند و قابلیت انتساب تقصیر را (حتی تقصیر نوعی) ندارند. مقصر شمردن آنها در واقع نوعی مسئولیت محض است، زیرا مثل این است که به آنها گفته شود که یا باید مانند انسانی معقول و متعارف رفتار کنید و یا به دلیل صغر سن و ابتلاء به جنون خطاکار خواهید بود. وانگهی، مقرر کردن مسئولیت محض برای کودکان غیر ممیز و بیماران ذهنی اصل برابری مدنی را نقض می‌کند، زیرا مسئولیتی فراتر از اشخاص عادی بر دوش کسانی قرار می‌دهد که علاوه بر این که محتوای افعال خویش را نمی‌فهمند و قربانی افعال ناآگاهانه خود هستند، به دلیل وضعیت ویژه‌ای که دارند شایسته مراقبت و حمایتند. رایه تفسیر مضیق از ماده ۱۲۱۶ قانون مدنی در این مقاله بر این اساس بوده است.

## منابع و مأخذ

## الف- فارسی و عربی

۱. ارسطاطاليس (ارسطو)، (۱۳۸۱) «اخلاق نیکوماخس»، جلد اول، ترجمه دکتر سید ابوالقاسم پور حسینی، مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، چاپ دوم، تهران.
۲. اصغری، سید محمد، (۱۳۸۶)، عدالت و عقلانیت در فقه و حقوق، انتشارات اطلاعات چاپ اول.
۳. بادینی، حسن، (۱۳۸۴)، فلسفه مسئولیت مدنی، شرکت سهامی انتشار، چاپ اول.
۴. الجابر الهاجری، محمد بن محمد، (۲۰۰۸م)، القواعد و الضوابط الفقهیه فی الضمان المالی، ۲ مجلد، دارلکنوز ایشیلیا للنشر و التوزیع، الرياض.
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۷۰)، «مکتب‌های حقوقی در حقوق اسلام»، انتشارات گنج دانش، چاپ دوم.
۶. الزحیلی، الدكتور وهبه، (۱۹۹۸م)، نظریة الضمان أو أحكام المسؤولیه المدنیة و الجنائیه فی الفقه الإسلامی، دارالفکر المعاصر، دمشق.
۷. زراعت، عباس، (۱۳۸۳)، مجموعه محشای قانون مجازات اسلامی، انتشارات ققنوس.
۸. سراج، الدكتور محمد احمد، (۱۴۱۰هـ - ۱۹۹۰م) «ضمان العُدوان فی الفقه الإسلامی»، دراسته فقهیه مقارنه بأحكام المسؤولیه التقصیریة فی القانون، دارالتقافه للنشر و التوزیع، القاهرة.
۹. سلیم رستم یاز، (۱۹۹۸)، شرحُ المجله، دار العلم للجمایع، بیروت، چاپ سوم.
۱۰. سنهوری، عبدالرزاق، (۱۳۸۴)، دوره حقوق تعهدات، منابع تعهد: ضمان قهری - مسئولیت مدنی، ترجمه سید مهدی دادرزی و محمد حسین دانش‌کجا، انتشارات دانشگاه قم، چاپ اول.
۱۱. صناعی دره بیدی، منوچهر، (۱۳۷۷)، «فلسفه اخلاق و مبانی رفتار»، انتشارات سروش، چاپ اول.
۱۲. صفایی، سید حسین، (۱۳۷۵)، مقالاتی در باره حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، نشر میزان، چاپ اول.
۱۳. صفایی، سید حسین، قاسم‌زاده، سید مرتضی، (۱۳۸۷)، حقوق مدنی: اشخاص و محجورین، انتشارات سمت، چاپ چهارم.
۱۴. العوجی، مصطفى، (۲۰۰۴)، القانون المدنی، الجزء الثانی، المسؤولیه المدنیة، منشورات الحلبي الحقوقیه، چاپ دوم.
۱۵. الغزالی، ابو حامد، (۱۹۷۰ م)، «الستصفی فی علم الأصول»، جلد ۱ المثنی، بغداد.
۱۶. قاسم‌زاده، سید مرتضی، (۱۳۷۸)، «مبانی مسئولیت مدنی»، نشر دادگستر چاپ اول.
۱۷. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۶)، حقوق مدنی: قواعد عمومی قراردادها، ج. ۴، چاپ دوم، شرکت انتشار.
۱۸. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۷)، «الزام‌های خارج از قرارداد: مسئولیت مدنی»، جلد اول و دوم، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ هشتم.
۱۹. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۸)، «تحول مفهوم تقصیر در حقوق مسئولیت مدنی»، فصلنامه حقوق: مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۹، شماره ۱.
۲۰. محمد احمد سلیمان، (۱۹۹۰)، «ضمان المتلفات فی الفقه الإسلامی»، الطبعة الأولى، مطبعة السعادة، قاهره.
۲۱. محمد البغدادی، محمد بن غانم، (۱۴۲۰هـ - ۱۹۹۹م)، «مجمع الضمانات فی مذهب الإمام الأعظم أبی حنیفه النعمان»، دراسته و التحقیق محمد أحمد سراج و علی جمعه محمد، المجلد الأول، دارالسلام لطباعه و النشر و التوزیع، الطبعة الأولى، القاهرة.
۲۲. مجلة احكام عدلیه، (۱۹۹۹)، مکتبه دار التقافه للنشر و التوزیع، عمان، چاپ اول.

## ب- خارجی

- 1-Barnes, David W. & Stout Lynn A., (1992), "The Economic Analysis of Tort Law," West Publishing Co., U.S.A.,..

- 2-Bender, Leslie, (1994), "A Lawyer's Primer on Feminist Theory and Tort", 38 Journal of Legal Education 3, Abridged and reprinted in Foundations of Tort Law, Edited by Saul Levmore, Oxford University Press.
- 3-Bermingham, Vera, (2005), **Tort**, Seventh edition, Sweet and Maxwell, London.
- 4- Bix, Brian,(2004), "A Dictionary of Legal Theory", Oxford University Press, First edition.
- 5-Calabresi, Guido, (1998), "Some thoughts on risk distribution and the law of torts," 70 Yale Law Journal, (1961), Abridged and reprinted in Foundations of Economic Approach to Law, Edited by Avery Weiner Katz, Oxford University Press, U.S.A., 1998, pp. 42-51.
- 6-Chehata, (1967), **La théorie de la responsabilité civile dans les systems juridiques des pays du Proche-Orient**, Rev.int.dr.comp. 883-915.
- 7-Clerk & Lindsell, (1995), "Clerk and Lindsell on Torts", Seventeenth edition, Sweet and Maxwell, London.
- 8-Code Civil, (2003), Dalloz.
- 9-Cornu, Gérard, (2000) "Vocabulaire Juridique", Association Henri Capitant, Presses Universitaires de France, Huitième Édition.
- 10-Deakin, Simon, Johnston, us and Markesinis, Basil, (2008), **Markesinis and Deakin's Tort Law**, Sixth edition, Oxford University Press.
- 11-Dobbs, Dan B.,(2001), **The Law of Torts**, West Group, 1<sup>st</sup> reprint edition.
- 12-Fleming, John, (1985), "An Introduction to the Law of Torts", Clarendon Press, Oxford.
- 13-Garner, Brayan, A,(2004), **Black's Law Dictionary**, Eighth edition, Thomson West.
- 14-Gray, Christopher Berry, (1999), "The Philosophy of Law: An Encyclopedia," 2 Volumes, Garland Publishing, INC.
- 15-Holmes, Oliver Wendell, (1951), "The Common Law", Forty – fourth printing, Little, Brown and Company, Boston.
- 16- Jourdain, Patrice, (2007), "Les principes de la responsabilité civile", Dalloz..
- 17-Kuperberg, Mark & Beitz, Charles, (1989), "Law, Economics and Philosophy: A Critical Introduction with Applicationa to the Law of Torts," Rowman & Littlefield Publishers, Inc.,First edition 1983, U.S.A.
- 18-Le Tourneau, Philippe, (1976), "La responsabilité civile," 2 éd., Dalloz, paris.
- 19-Le Tourneau, Philippe & Cadiet, Loïc, (2002), "Droit de la responsabilité et des contrats", Éditions Dalloz.
- 20-Le Tourneau, Philippe, (2003), "La responsabilité civile," Que sais-je?, PUF, paris.
- 21-Limpens (J.), Kruithof (R.M.) et Meintzerhagen-Limpens (A.), (1981), International Encyclopedia of Comparative Law, "Liability for one's act", Vol.XI, Chap. 2.
- 22-Malaurie et Aynès,(2002), Obligations, 1 **Responsabilité délictuelle**, 11e édition, éditions CUJAS.
- 23 -Markesinis, B. S.,(1990), "A Comparative Introduction to the German Law of Torts," Clarendon Press, Oxford, Second edition.
- 24- Mazeaud (Henri et Leon), (1965) ,"**Traité théorique et pratique de la responsabilité civile**", t.I , 6ème édition, Par Anderé Tunc, Éditions Montchrestien
- 25-Posner, Richard, (1998), "The Learnd Hand Formula for Detemining liability," In Foundations of Economic Approach to Law, Collection of essayes, Edited by Avery Wiener Katz, Oxford University Press.
- 26-Rawls, John, (1999), "A Theory of Justice", Oxford University Press, Revised edition, New York.
- 27-Rogers, W.V.H, (2002), "Winfield and Jolowics on Tort", 16<sup>th</sup> edition, Sweet and Maxwell, London.
- 28- Savatier, René: "**Traité de la responsabilité civile en Droit Français**," Tome I, Les sources de la rpsonabilité civile, Deuxième édition, Paris, 1951
- 29-Simons, Kenneth W., (1995), **Contributory Negligence: Conceptual and Normative Issues**, In Philosophical Foundations of Tort Law, Edited by David G. Owen, Clarendon Press, Oxford, first edition.
- 30-Treitl, G.H., (1997), **Law of Contract**, Sweet and Maxwell, Ninth Edition, 1997.
- 31-Tunc, André, (1971), "International Encyclopedia of Comparative Law," Volume XI, **Torts**, Chapter I, Introduction.
- 32-Viney,Geneviève, (2009), "Traité de droit civil, **Intoduction à la responsabilité**, 3éme édition, L.G.D.J. edition Alpha

- 33-Viney, Geneviève et Jourdain, Patrice, (1998), "Traité de droit civil, **Les conditions de la responsabilité**, 2ème édition, L.G.D.J.
- 34-Weinrib, Ernest J.: (1995), "**The Idea of Private Law**," Harvard University Press.
- 35-Weinrib, Ernest J., (1997), "**Tort Law: Cases and Materials**," Toronto: Emond Montgomery.
- 36-White, G. Edward, (2003), **Tort Law in America: An Intellectual History**, Expanded edition, Oxford University Press.
- 37-Wright, Richard W., (1995) "**The Standards of Care in Negligence Law**", In *Philosophical Foundations of Tort Law*, Edited by David G. Owen, Clarendon Press, Oxford, first published.

از این نویسنده تاکنون مقالات زیر در همین مجله منتشر شده است:

- «مبانی فلسفی نگرش اقتصادی به حقوق»، سال ۸۲، شماره ۶۲؛ «هدف مسئولیت مدنی»، سال ۸۳، شماره ۶۶؛ آیا حقوق دانش مستقلی است؟ سال ۸۵، شماره ۷۴؛ قواعد حاکم بر اعمال همزمان نظام‌های جبران خسارت، دوره ۳۸، شماره ۲، تابستان ۱۳۸۷. «جستاری نقادانه در نظام حقوقی تأمین اجتماعی ایران»، سال ۱۳۸۷، شماره ۴.