

## مسئولیت مدنی ناشی از ترک فعل (تقصیر از نوع فعل سلبی<sup>۱</sup> یا ترک فعل)

چکیده: چنانکه ارتکاب فعل زیانبار برای فاعل آن مسئولیت ایجاد می‌کند، خودداری یا ترک فعل نیز از مصادیق تقصیر (ماده ۹۵۲ ق.م.ا) محسوب می‌شود و سبب مسئولیت شخص خوددار می‌گردد لیکن هر نوع خودداری حتی ترک محض، بر خلاف اعتقاد برخی (پیروان مکتب اجتماعی) از مصادیق تقصیر نمی‌باشد زیرا تحمیل تکلیف به افراد جامعه با آزادیهای فردی و شخصی آنان مغایر است مگر اینکه شخص به موجب قراردادی خود تعهدی کرده باشد یا از نظر قانون یا عرف چنین تعهدی موجود باشد. به سخن دیگر ترکی ایجاد مسئولیت می‌کند که فعل آن مقدور و وظیفه‌ای به موجب قرارداد، قانون یا عرف در آن زمینه موجود باشد و خودداری از آن به صورت تفریط مذکور در ماده ۹۵۲ ق.م.ا در آید. حقوقدانان و فقیهان امامیه گاهی از آن با نام ترک تحفظ یاد کرده‌اند و منظورشان این است که هرگاه کسی از بجا آوردن کاری که انسان متعارف می‌کند، خودداری نماید چنین شخصی مرتکب تفریط ضامن‌آور شده است چنانکه ترک تعهد ناشی از قرارداد یا قانون تقصیر مسئولیت‌آور است.

### مقدمه

#### ۱. طرح مسأله و تعریف موضوع

در اینکه هرگاه شخصی با انجام فعلی از رفتار یک انسان متعارف تجاوز نماید،

---

\* عضو هیأت علمی دانشکده علوم قضائی

مرتکب تقصیر شده است (مستفاد از ماده ۹۵۱ ق.م. تردیدی وجود ندارد اما آیا خودداری از فعل معین نیز در صورتی که برای دیگران زیانبار باشد، تقصیر محسوب می‌شود و ایجاد مسؤولیت می‌کند؟

لزوم احترام به آزادی اشخاص در انجام اعمال و احترام به شخصیت فردی آنها ایجاب می‌کند که صرف خودداری از عمل خاصی تقصیر نباشد. با وجود این در بسیاری از موارد ترک فعل نیز مانند فعل از مصادیق بارز تقصیر به شمار آمده است. (۱)

در قانون مدنی ایران آمده است: «تفریط عبارت است از ترک عملی که به موجب قرارداد یا متعارف برای حفظ مال غیر لازم است.» (ماده ۹۵۲ ق.م.) بنابراین هرگاه عرف عملی را برای حفظ مال غیر لازم و ضروری بداند، ترک آن عمل تقصیر به شمار می‌رود خواه مقصر طرف قرارداد باشد یا نه (مستفاد از ماده ۱۶۸، ۲۲۰، ۲۲۵، ۳۳۴، ۴۸۶ و... ق.م.) البته وجود این عرف باید محرز و مسلم باشد.

در این مقدمه، بطور اجمال و مختصر می‌توان گفت: در مواردی که قانون حکم خاصی را پیش‌بینی نکرده است و تکلیف خاصی را بر عهده شخص یا اشخاصی نگذاشته است اما عرف مردم، انجام عملی را برای رعایت حقوق دیگران و حمایت از آنان ضروری می‌شمارد، ترک آن عمل از مصادیق تقصیر به شمار می‌رود و موجب ضمان می‌گردد. (۲)

برای روشن شدن موضوع و تبیین آن می‌توان انواع مختلف ترک را به ترتیب ذیل مورد مطالعه و بررسی قرار داد: ۱. ترک فعل در حین انجام عمل؛ ۲. تخلف از انجام وظیفه قانونی خاص، ۳. خودداری و امتناع محض بدون وجود تکلیف قانونی خاص (۳). دو نوع اخیر، ترک فعل مستقل (از هر نوع فعالیت) نیز نامیده شده است. (۴)

## ۲. ترک فعل در حین انجام عمل<sup>۱</sup>

در واقع این نوع فعل، خود ترک فعالیت خاص از جانب شخص مسؤول است که نوعی امتناع و خودداری از انجام وظیفه معین است. برای مثال راننده‌ای به هنگام

رانندگی از ترمز کردن به موقع خودداری می‌کند یا پیمانکاری که چاه یا گودالی را در معبر عمومی حفر کرده است آن را بدون هرگونه علامت هشدار دهنده مانند چراغ خطر یا حفاظ مناسب ترک و رها می‌کند.

ظاهر این است که در این‌گونه موارد فعل ایجابی موجب اضرار دیگران می‌شود. برای مثال سرعت زیاد یا کندن چاه که افعال ایجابی و مثبت هستند نه ترک، سبب ورود زیان می‌شود. اما در واقع، نفس سرعت زیاد یا کندن چاه هر چند که مغایر قوانین و مقررات باشد و تخلف کیفری محسوب شود، زیان‌آور نیست بلکه ترمز نکردن به موقع یا عدم نصب علامت هشدار دهنده در روز و چراغ مخصوص در شب و همچنین عدم نصب حفاظ مناسب (ترک فعل) موجب اضرار دیگری شده است و رعایت اینها، تکالیف و وظایفی هستند که خواننده (فاعل) ترک و بدین‌سان مرتکب اهمال و بی‌احتیاطی (تقصیر) شده است. (۵) ماده ۱۳۸۳ ق.م. فرانسه در این باره مقرر می‌دارد: «هر شخصی نه فقط مسؤول ضررهایی است که از فعل او به دیگری می‌رسد بلکه مسؤول زیانهای ناشی از بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی نیز هست».

البته چون هر شخصی مکلف است کاری را که شروع کرده است بدون اضرار به دیگران انجام دهد و خودداری ضمن انجام کار، چنانکه گذشت، مستلزم بی‌احتیاطی است و موجب اضرار دیگران می‌شود بنابراین خودداری محض به شمار نمی‌رود و برای شخص ایجاد مسؤولیت می‌کند.

### ۳. خودداری از انجام تکلیف قانونی خاص

این ترک فعل یک نوع ترک فعل مستقل است.<sup>۱</sup> خودداری از انجام تکلیف قانونی خاص هنگامی پیش می‌آید که قانون شخصی را به انجام عمل معینی مکلف نماید، مانند تکلیف نگهداری طفل (حضانت) برای پدر و مادر (ماده ۱۱۶۸ ق.م.) که هیچ‌یک از آنها حق ندارد در مدتی که حضانت بر عهده اوست از نگهداری طفل امتناع و خودداری کند (ماده ۱۱۷۲ ق.م.) یا تکلیف و الزام مسؤولان راه‌آهن و اداره راهنمایی و رانندگی و

شهرداری به نصب تابلوهای مخصوص و هشدار دهنده در تقاطع زاهها و جاده‌ها و جاهای معین. در این صورت هر گاه مأمور به وظیفه قانونی خود عمل نکند در حقیقت مقصر است زیرا وظیفه‌ای را که برعهده داشته عمل نکرده است. منشأ این‌گونه تکالیف، قانون به معنای خاص کلمه، آیین‌نامه‌ها، دستورالعملهای معتبر و در پاره‌ای از موارد عرف و عادت خاص است (مستفاد از ماده ۹۵۲ ق.م.ا). پس هرگاه قاعده خاصی خواه به صورت قانون یا عرف وجود داشته باشد و برای کسی تکلیف و وظیفه‌ای را معین نماید، آن شخص باید به وظیفه قانونی یا عرفی خویش عمل کند در غیر این صورت مرتکب تقصیر (از نوع ترک فعل) شده و در مقابل زیان‌دیده مسئول قرار خواهد گرفت. مانند وظیفه رانندگان در کمک رساندن به مصدومان و مجروحان یا وظایف مأموران آتش‌نشانی در اطفاء حریق و نجات کسانی که در آتش‌سوزی گیر افتاده‌اند. استتکاف مأمور در این‌گونه موارد تقصیر محسوب می‌شود. علاوه بر اینکه برای او مسؤولیت مدنی ایجاد می‌کند حتی ممکن است مسؤولیت کیفری نیز در بر داشته باشد. (۶)

#### ۴. خودداری و امتناع محض بدون وجود یک تکلیف قانونی خاص

منظور از امتناع و خودداری محض که آن نیز یک نوع ترک فعل مستقل است، ترکی است که با فعالیت خاص و معین شخص مسئول در زمینه مسؤولیت خویش مرتبط نیست و هیچ‌گونه تکلیف قانونی یا عرفی هم برای او وجود ندارد. در این صورت شخص خوددار به علت اینکه عملی را بدون رعایت احتیاطهای لازم انجام داده است مورد ملامت و نکوهش قرار نمی‌گیرد چرا که از او فعلی سر نزده است بلکه به خاطر صرف امتناع یا ترک عملی که مکلف به انجام دادن آن نبوده است و بدین‌سان در ایجاد زیان دخالته نداشته است، مورد ملامت و احیاناً بازخواست قرار می‌گیرد. (۷) برای مثال هرگاه پزشکی مریضی را در حال خونریزی ببیند و به استمداد او توجهی نکند و از کمک و معالجه وی خودداری نماید آیا این پزشک مسؤولیت دارد یا نه؟

دو مکتب حقوقی در این زمینه اظهار نظر کرده‌اند. در این مقاله نخست درباره نظر این دو مکتب تحت عنوان مبانی نظری مسؤولیت شخص خوددار (گفتار یکم) سخن به میان

می آید. آنگاه پیرامون عقیده فقیهان اسلام، استادان و حقوقدانان خارجی ذیل عنوان حقوق تطبیقی (گفتار دوم) و در پایان حقوق موضوعه ایران (گفتار سوم) مورد مطالعه و بررسی قرار می‌گیرد.

## گفتار یکم. مبانی نظری مسئولیت شخص خوددار

### بند یکم. دو مکتب حقوقی

#### ۵. مکتب فردی

این مکتب حقوقی از عقاید دانشمندانی نظیر ژان ژاک روسو متأثر شده و به افراد اجتماع همانند عناصر پراکنده، مستقل و بی‌ارتباطی مانند ذرات شن و ماسه از یک تپه شنی نگاه می‌کند که یک از دیگری مجزا است (۸)، مانند رایبسون کروزونه در جزیره وحشتناک و دورافتاده، که هیچ‌گونه قدر مشترک و عامل ارتباط دهنده‌ای فیما بینشان موجود نیست. به همین دلیل این مکتب حقوقی در فکر ایجاد ارتباط، حمیت، تعاون و تضمین میان افراد اجتماع نمی‌باشد و در این زمینه افراد را به همیاری و تعاون تحریض و تشویق نمی‌کند و برای هر یک وظیفه و تکلیفی در قبال دیگری نمی‌اندیشد و در نهایت هیچ‌گونه راه چاره‌ای برای تعاون اجتماعی ندارد و افراد را در انجام هر گونه فعالیت ایجابی، که برای دیگران نیز زیانبار است، آزاد می‌گذارد. به عبارت دیگر فرد در پوشش این مکتب خواهان خودداری از اذیت و زیان رساندن به مردم است لیکن تمایل ندارد که از آزار و ضررهای آنها جلوگیری کند. بنابراین در مثل، پزشک آزاد است که از کمک به مریض در مانده و مستأصل خودداری کند و به استمداد او توجهی نکند؛ چه نامبرده به موجب هیچ عقدی به اجابت و دادن پاسخ مثبت به استمداد مریض ملزم نگردیده است و اعتقاد به جز این و الزام نامبرده به چیزی که به آن ملتزم نشده است به منزله بردگی است که با حریت و آزادی شخص پزشک سازگار نیست. علاوه بر این خودداری پزشک از معالجه مریض موجب مسئولیت وی نمی‌شود زیرا رابطه سببیت بین تقصیر و ضرر هم موجود نمی‌باشد چون امتناع، عدم انجام فعل است و غیر ممکن است که از عدم،

چیزی حاصل شود. (۹)

در تأیید مدعا می‌توان به اصل معروف حقوق جزا «اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها» نیز تمسک نمود زیرا هیچ‌گونه جرم و مجازاتی بدون وجود یک نص صریح قانونی وجود ندارد و اصل یکصد و سی و هفت قانون اساسی چنین مقرر می‌دارد: «بنابراین بدون وجود یک نص قانونی یا عقدی که شخص را ملزم به انجام یک فعل مثبت بکند، مجرد امتناع و خودداری از کمک هیچ‌گونه مسؤولیتی به دنبال نخواهد داشت.»

پیروان این مکتب اضافه می‌کنند: «از جمله حقوق پزشک این است که از پذیرفتن درخواست معالجهٔ مریض، بدون اینکه هیچ‌گونه مسؤولیت کیفری یا جزایی داشته باشد، خودداری نماید حتی اگر پزشک دیگری جهت مراجعه و معالجه در آن شهر و دیار نباشد؛ زیرا حرفهٔ پزشکی حرفهٔ آزادی است و پزشک هم در انتخاب مریض‌هایش آزادی کامل را دارد.» (۱۰)

## ۶. مکتب اجتماعی

این مکتب بر مبنای تعاون و همیاری اجتماعی افراد استوار است چنانکه پیروان این مکتب گفته‌اند: «انسان وقتی می‌تواند دارای حقوقی شود که در اجتماع زندگی کند و با هم نوع خود روابطی برقرار نماید بدین‌سان اساس و بنیان حقوق در اجتماعات واقع شده است.» (۱۱) بنابراین پیروان این مکتب از عقاید جامعه‌شناسانی همانند امیل دورکیم (۱۲) و موریس هوربو (۱۳) الهام گرفته و به تبیین و توضیح عقاید خویش پرداخته‌اند. از میان دانشمندان اسلامی نیز خواجه نصیرالدین طوسی در کتاب اخلاق ناصری نظریاتی ابراز داشته است که در آنها به اصل تعاون اجتماعی و تکالیف افراد در جامعه، مبنی بر حس معاشرت و تصدی حرفه و شغلی که در آن استعداد دارد، تأکید کرده است. ایشان در قسمتی از مطالب خویش می‌فرمایند: «کسانی که از تألیف بیرون روند و به انفراد و وحدت میل کنند از این جهت از فضیلت بی‌بهره مانند چه اختیار وحشت و عزلت و اعراض از معاونت انبای نوع به احتیاج به مقتضیات ایشان، محض جور و ظلم باشد.... این قوم و امثال ایشان ارزاقی که دیگران به تعاون کسب کرده‌اند

استعمال می‌کنند و در عوض و مجازات، هیچ به ایشان نمی‌دهند. غذای ایشان می‌خورند و لباس ایشان می‌پوشند و بهای آنرا نمی‌پردازند و از آنکه مستدعی نظام و کمال نوع انسان است اعراض نموده‌اند» (۱۴)

در این مکتب بر خلاف مکتب فردی که به تأمین آزادیهای فردی و تساوی حقوق اشخاص در سایه تراضی و قرارداد (اعم از قرارداد صریح و ضمنی) تأکید دارد، به جنبه امری و اجباری بودن حقوق رو آورده شده است چرا که افراد ساخته شده اجتماعی هستند که در آن زیست می‌کنند. بنابراین قوانین و عرف و عادت از اهمیت ویژه‌ای برخوردار می‌شوند و حقوق و تکالیف افراد از میان همین قواعد امری استنتاج می‌شوند و جنبه توزیعی دارند نه معاوضی.

از نتایج اجرایی این نظریه این است که تکالیف و وظایف قانونی هر فرد نه تنها او را از اضرار به دیگران معذور نمی‌دارد بلکه او را موظف و مکلف می‌کند که در مساعدت و یاری رساندن به دیگران نیز تلاش و کوشش نماید (۱۵) و بر خلاف آنچه که پیروان مکتب فردی تصور می‌نمایند که این‌گونه تکالیف، تکالیف اخلاقی هستند، تکالیف شخص اجتماعی، قانونی است نه اخلاقی. بنابراین اگر فردی از افراد جامعه به آنها گردن نهد و از پیروی تکالیف خویش امتناع کند، مجرم محسوب می‌شود و به خاطر آن تحت تعقیب قرار می‌گیرد یا حداقل این عمل وی زیانبار تلقی می‌گردد و شایسته است که از زیان‌دیده جبران خسارت نماید. این چنین است که در سایه این مکتب طرز تفکر قانونی طرفداران مکتب فردی که معتقد بودند: اشخاص را نمی‌توان جز در مورد افعال زیانبار ایجابیشان (فعل‌ها) تحت تعقیب قرار داد، متحول گردید و بر اساس اصول و ضوابط این مکتب نه تنها در مجازات و پیگرد قانونی افعال زیانبار اشخاص کوتاهی به عمل نمی‌آید بلکه افراد به انجام کارهای سودمند و جلوگیری و ممانعت از ورود ضرر به دیگران نیز ملزم می‌گردند. (۱۶)

بر اساس این طرز تفکر، کسی که توان دفع ضرر از دیگری را دارد و با این حال از آن جلوگیری نمی‌کند، گناهکار است و ادعای فردگرایی و مبرا ساختن خویش از گناه و خطا تحت پوشش احترام به حریت و آزادیهای فردی هم پسندیده نیست. برای مثال مگر نه این است که هر گاه قایقرانی از نزدیکی شخصی که غرق می‌شود، بگذرد و با وجود

توانایی و امکان نجات، از کمک کردن به او خودداری کند، (۱۷) همواره پیش وجدان خویش ملول و شرمنده است. به علاوه چنین بی تفاوتی ذوق و قریحه هر انسان آزاده‌ای را جریحه‌دار می‌کند و منطق انسانیّت از آن متنفر می‌شود زیرا قانون مال همه مردم جامعه است و آزادیها و حقوق چیزی جز اسباب و وسایل نیستند که باید در حدود اغراض و اهداف اجتماعی که به خاطر آن مهیا گردیده‌اند، به کار گرفته شوند.

### بند دوم. معیار و ضابطه مسؤلیت

پس از بیان مطلب مذکور، باید به این نکته نیز اشاره کرد که: اساس مسؤلیت تارک فعل را می‌توان بر اساس دو معیار و ضابطه تبیین نمود که آنها را به ترتیب آتی مورد مطالعه و بررسی قرار می‌دهیم: معیار نوعی و معیار شخصی.

#### ۷. معیار نوعی

چنانکه برادران مازو گفته‌اند: (۱۸) بر اساس ضابطه نوعی، قواعد مسؤلیت مبتنی بر تقصیر بر خطای تارک فعل نیز حاکم است. بنابراین پزشکی که از معاینه مریض در یک منطقه دور افتاده خودداری می‌کند در صورتی که می‌داند مریض در یک حالت اضطراری است و نمی‌تواند از آن جان سالم بدر برد مسؤل است و این مسؤلیت مبتنی بر تقصیر می‌باشد زیرا یک طبیب آگاه آنچنان رفتار می‌نماید که اگر کسی در آن شرایط خارجی پیدا شود خود را مسؤل می‌یابد.

برخی از نویسندگان فرانسوی (۱۹) گفته‌اند: اگر پزشکی در شهر از دیدار و معاینه مریض خودداری کند تقصیری را مرتکب نشده است در حالی که اگر پزشک از پیوند زدن رگ مجروحی که خونریزی می‌کند خودداری کند، مرتکب تقصیر شده است و مسؤلیت دارد.

#### ۸. معیار شخصی

بر اساس این معیار، که حقوق بیشتر به طرف آن گرایش دارد، مسؤلیت هنگامی



مستقر می‌گردد که صرف امتناع و خودداری موجب اضرار دیگری شود. به همین دلیل شخص ممتنع، سوءاستفاده کرده است و احکام نظریه سوءاستفاده از حق در خصوص وی صدق می‌کند.

اگر غرض ممتنع از خودداری صرف اذیت و آزار رساندن باشد، تقصیر کار محسوب می‌شود زیرا نفس قصد اضرار به دیگران تقصیر محسوب می‌گردد و در غالب موارد قصد و نیت اضرار به دیگران از شرایط درونی به شمار می‌رود. در مثل اگر پزشکی با مریضی مواجه گردد که مداوا و معالجه‌اش فوری است و پزشک این مسأله را بداند یا اینکه بر آوردن نیاز وی سهل و آسان باشد و با وجود این خودداری کند این امتناع مسئولیت‌آور است. (۲۰)

## گفتار دوم. حقوق تطبیقی

### بند یکم. حقوق اسلام

#### ۹. سابقه امر و بیان مسأله

ترک فعل در حقوق اسلامی تحت عنوان کف و خودداری از کمک آمده است: مسأله این است که آیا صرف خودداری در صورتی که سبب تلف مال دیگری باشد موجب ضمان است یا نه؟ برای مثال هرگاه شخصی مال دیگری را در حال سوختن ببیند و با وجود اینکه قدرت خاموش کردن آتش و آزاد کردن اموال را دارد، از هرگونه اقدام و خاموش ساختن آتش خودداری کند در نتیجه اموال در لهیب شعله‌های آتش بسوزند و تلف شوند یا کسی از کنار مال گم شده‌ای (لقطه) عبور کند و با اینکه آنرا در معرض تباهی و تلف شدن می‌بیند در عین حال آنرا رها کند و بر ندارد و آن مال تلف گردد آیا مقصر و مسؤول است؟

حقوقدانان و فقیهان اسلام در این‌گونه موارد و بطور کلی در خصوص مسئولیت ناشی از ترک فعل یا فعل سلبی اختلاف نظر دارند: گروهی معتقدند که ترک فعل هم مانند فعل ایجاد مسئولیت می‌کند اما گروه دیگر عقیده دارند فقط فعل ایجابی ضمان‌آور

است و فعل منفی ایجاد مسؤلیت نمی‌کند. برای روشن شدن مسأله دلایل هر یک از طرفداران نظریه‌های مذکور را به تفکیک مورد بررسی قرار می‌دهیم:

### الف. فقه عامه

#### ۱۰. نظریه مسؤلیت آور بودن فعل سلبی (ترک فعل)

مالکيه و اهل ظاهر (ظاهريه) (۲۱) شخص ممتنع را در این حالت ضامن دانسته‌اند با این استدلال که نامبرده با وجود داشتن امکان جلوگیری از تلف، تکلیفی را ترک کرده است و آن تکلیف محافظت و نگهداری مال برادر مسلمان است. بنابراین کسی که وظیفه‌ای را ترک کند ضامن است، در صورتی که نتیجه این ترک ضرر مستقیمی باشد. مالکيه می‌گویند: فعل سلبی هم مانند فعل مثبت ضمان آور است زیرا به عقیده آنان ممانعت و جلوگیری از نابودی و هلاکت اموال دیگران در صورت داشتن توانائی بر هر انسانی واجب است اعم از اینکه مال نامبرده تحت تصرفش باشد یا نباشد. بنابراین اگر کسی وظیفه (واجب و لازم) حفظ مال برادر مسلمان را انجام نداد و بدین‌سان موجب تلف شدن آن گردید ضامن است. برای مثال اگر رهگذری از کنار صیدی که در داخل دام گرفتار است، در حالی که توانایی رها ساختن آن را از بندهای دام دارد و می‌تواند حیوان گرفتار شده را برای صاحب دام نگهداری کند، بی‌تفاوت بگذرد و آن را آزاد نسازد تا اینکه آن صید بمیرد، ضامن است یا اگر کسی صیدی را مجروح ببیند و با داشتن قدرت و امکانات ذبح، آن را ذبح نکند و آن صید بمیرد ضامن قیمت مجروح شده آن صید است زیرا بر اساس نظر طرفداران این مذهب، رهگذر منافع صید را تقویت نموده است. (۲۲)

#### ۱۱. نظریه عدم مسؤلیت آور بودن فعل سلبی

حنفی‌ها معتقدند (۲۳) فعل سلبی یا ترک فعل ضمان آور نیست زیرا مسؤلیت از مباشرت و تسبیب فعل زیانبار ناشی می‌گردد در صورتی که ترک فعل، نه مباشرت است و نه تسبیب.

دلیل این که مباشرت نیست این است: مباشرت زمانی متحقق می‌شود که بین فعل

زیانبار و ضررهای وارده رابطه سببیتی برقرار باشد و این امر زمانی اتفاق می افتد که وسیله اتلاف با مال مورد تلف متصل بشود (تماس حاصل نماید) که این کار جز در فعل مثبت (فعل حسی) امکان پذیر نیست.

از طرف دیگر تسبیب هم نیست زیرا در تسبیب باید فعلی باشد که منجر به این تلف گردد. با در نظر گرفتن انتساب عمل به فاعل آن، در صورتی که امتناع منجر و منتج به فعلی نمی شود که ضرر بر آن مترتب گردد بلکه ضرر نتیجه امر دیگری است که هیچ رابطه ای با امتناع ندارد و اگر با در نظر گرفتن معنای وسیع کلمه سبب بخواهیم قضیه را تجزیه و تحلیل نماییم و نتیجه مورد نظر را از آن بگیریم، در این صورت هم لازم است که تعدی صورت گرفته باشد. در صورتی که در موارد ترک فعل هیچ گونه تعدی و تخلفی (از مقررات) صورت نمی گیرد و بدیهی است که هیچ کسی را به خاطر صرف خودداری و امتناع نمی توان متجاوز و متعدی شمرد بنابراین چنین شخصی مسئولیتی هم نخواهد داشت. (۲۴)

## ۱۲. نقد و بررسی این دو نظریه

پاره ای از نویسندگان (۲۵) عقیده مالکیه را می پسندند زیرا بر اساس نظریه آنان بین مسلمان و برادر مسلمانش رابطه برقرار می گردد و یکی از مواردی که فقه اسلامی به آن بیشتر عنایت و توجه مبذول می دارد حق انسان بر دیگری است از نظر نگهداری اموال او اگر چه بین آن دو هیچ گونه التزام و تعهدی موجود نباشد.

از طرف دیگر در حقیقت مال شخص مسلمان مال امت اسلامی است. بنابراین تکلیف نگهداری آن بر عهده همگان می باشد و این وظیفه و تکلیف از نظر شرعی یک امر مطلوب و پسندیده ای است. البته وظیفه نگهداری مال شخص مسلمان و جلوگیری از اضرار و تلف آن زمانی بر گردن دیگران مستقر می شود که مالک مال در صحنه تلف حضور نداشته باشد. در غیر این صورت یعنی حضور مالک و وظیفه نگهداری و محافظت به عهده خود او است و هیچ گونه تکلیفی بر عهده شاهد نمی باشد.

به نظر می رسد که این نظر در صورتی درست است که یا به موجب قانون یا بر اساس

عرف مسلم چنین وظیفه‌ای بر عهده دیگران گذاشته شده باشد. در غیر این صورت نظر مذکور مخدوش است زیرا نه تنها افراد در نگهداری اموال دیگران تکلیفی ندارند بلکه حریت و آزادی آنها نیز ایجاب می‌نماید که تکلیفی بیشتر از آنچه که قانونگذار برگردن انسانها گذاشته یا خود متعهد گردیده‌اند، نداشته باشند. به علاوه در حالی که شخص مخیر است از اموال خود محافظت کند یا آنها را رها سازد (اعراض نماید) موظف کردن او در نگهداری از اموال دیگران تکلیفی است بس سنگین و نیز کار و عمل انسان محترم است و بدون وجود قرارداد یا تمایل و رضای قلبی، هیچ کس را نباید ملزم به کار خاصی نمود. (۲۶)

### ب. فقه امامیه

#### ۱۳. ترک محض و ترک تحفظ

فقیهان امامیه نیز مانند فقیهان عامه هیچ‌گونه قاعده کلی در این زمینه تأسیس نکرده‌اند. اما در مثالها و موارد مختلف ترک فعل (تفریط) را همانند فعل موجب ضمان می‌دانند. از مطالعه و بررسی مثالها و نظریه‌های مختلف چنین بر می‌آید که: مطابق آراء فقیهان امامیه ترکی ایجاد مسؤلیت می‌کند که فعل آن مقدر بوده، وظیفه‌ای از نظر قانونی و عرفی برای شخص در آن زمینه موجود باشد. به سخن دیگر ترک فعلهایی از نظر امامیه مسؤلیت ایجاد می‌کنند که: به صورت تفریط (ترک تحفظ) باشند و «ترک تحفظ به معنی خودداری از احتیاط و مراقبتی است که انسان در امور خود عادتاً و عرفاً رعایت می‌کند و اگر این مقدار از احتیاط و مراقبت را ترک کند... ترک تحفظ کرده است و چنین شخصی عرفاً متعدی است...» (۲۷).

بنابراین ترک محض هیچ‌گونه مسؤلیت ایجاد نمی‌کند مگر اینکه قانونگذار از نظر کیفری تارک فعل را تحت پیگرد قرار بدهد که این‌گونه تعقیب و پیگرد نیز نیازمند وجود الزام قانونی است و ترک فعل محض نه مسؤلیت کیفری ایجاد می‌کند و نه مسؤلیت مدنی.

به گفته برخی از نویسندگان (۲۸) بهترین ماده‌ای که از ترک تحفظ می‌گوید و از فقه

امامیه گرفته شده است، ماده ۳۳۴ ق.م. است که عبارت آنرا می‌توان تغییر داد و چنین گفت: «مالک حیوان بدون ترک تحفظ (تقصیر نوعی) مسؤول خسارت وارده از حیوان نیست».

بنابراین چنانکه که در تعریف تفریط (۲۹) گفته شده است: در ترک فعل وجود یک الزام قبلی اعم از این که منشأ آن قرارداد، قانون یا عرف باشد ضروری است.

### بند دوم. مسئولیت تارک فعل در حقوق فرانسه

#### ۱۴. دو تفسیر مختلف

در حقوق فرانسه ترک فعل ضمن انجام عملی<sup>۱</sup> و همچنین عدم اجرای قرارداد و تعهد<sup>۲</sup> قانونی موجب مسئولیت می‌گردد اما در خصوص انجام ندادن تکالیف عرفی عده‌ای از حقوقدانان (۳۰) فرانسوی از ملاک ماده ۶۳ قانون جزای آن کشور مصوب ۱۹۴۵ [که مجازات حبس تأدیبی و جبران خسارت برای کسانی که با اراده از ارتکاب جرمی، بر علیه سلامتی اشخاص، جلوگیری نمی‌کنند، مقرر می‌دارد] استفاده کرده‌اند و آنرا به ترک فعلهای مدنی نیز سرایت می‌دهند و می‌گویند: «دلیلی وجود ندارد که انجام دادن کاری که انسان متعارف مرتکب نمی‌شود، تقصیر باشد ولی انجام ندادن کاری که انسان متعارف به‌جا می‌آورد، خطا محسوب نشود». همچنین اگر عملی را به دلیل منع قانون نتوان جرم دانست دلیل بر این نیست که از نظر مدنی نیز جرم نباشد اما عده‌ای قبول این نظر را مشکل دانسته‌اند و معتقدند که آن ماده مخصوص حقوق جزاست و نباید مفاد آنرا به ترک فعلهای مدنی سرایت داد. (۳۱)

گروه نخست ماده ۶۳ قانون مجازات عمومی فرانسه را تفسیر موسع کرده‌اند و ماده ۷۲۷ قانون مدنی را هم مؤید آن می‌دانند بر اساس این ماده اگر وارثی از قتل مورث خود آگاه باشد، ولی آنرا فاش ننماید، مقصر محسوب می‌شود. رویه قضایی فرانسه نیز در موارد معین مسئولیت ناشی از سکوت را پذیرفته است. بنابراین ترک فعل محض اگر با

1. Abstention da as l'action

2. L'inexecution d'une obligation legale d'agir

قصد اضرار باشد، تقصیر محسوب می‌شود و موجب مسؤولیت می‌گردد اما اگر با قصد اضرار توأم نباشد از مصادیق تقصیر به‌شمار نمی‌آید. (۳۲)

### بند سوم. مسؤولیت ناشی از ترک فعل در کامن لو

#### ۱۵. ضرورت وجود تکلیف

چنانکه گذشت ترک فعل را به چند دسته تقسیم کرده‌اند. (ر.ک: ش ۱ تا ۴) در نظام حقوقی کامن لو نیز می‌توان مشابه این تقسیم را مشاهده کرد. در این نظام اگر ترک فعل ضمن عمل صورت بگیرد، همانند آن است که جرمی ارتکاب یافته و ایجاد مسؤولیت می‌کند. (۳۳) در کامن لو مسؤولیت مدنی بر یکی از این عوامل مبتنی است: قصد و اراده<sup>۱</sup> مسؤولیت مطلق<sup>۲</sup> و غفلت و بی‌احتیاطی<sup>۳</sup>. در قسم اخیر شرط تحقق مسؤولیت چهار چیز است: الف. وجود یک وظیفه قانونی که به وسیله قانون مشخص و معین گردیده است<sup>۴</sup> ب. نقض وظیفه مزبور<sup>۵</sup>. حقوقدانان کامن لو (۳۴) می‌گویند از ترکیب این دو عنصر تقصیر<sup>۶</sup> پدید می‌آید.

علاوه بر عناصر مذکور، برقراری رابطه سببیت بین عمل زیانبار و زیانهای وارده<sup>۷</sup> و همچنین ایجاد خسارت<sup>۸</sup> شرایط اساسی دیگر تحقق مسؤولیت می‌باشند. (۳۵)

برای مثال والدینی که اسلحه‌ای را در اختیار کودک کمتر از ۱۲ ساله خویش قرار

1. Intention
2. Strict or absolute Liability
3. Negligence and recklessness
4. A duty or obligation recognized by the law
5. A failure on his...
6. Negligence
7. A reasonably close causal connection between the conduct and the resulting injury
8. An actual loss or damage

می‌دهند یا آموزگاری که وظیفهٔ ممانعت و جلوگیری دانش‌آموزان خویش را به بزرگراه ندیده می‌گیرد یا زندانبان و مأمور مسئولی که به وظایف خویش عمل نمی‌کند و موجبات فرار زندانی را فراهم می‌نماید، مسئول می‌باشند. در این‌گونه موارد وظیفهٔ معین و مشخصی که از پیش و بر اساس قانون مقرر گردیده، نقض شده است و ترک فعلی<sup>۱</sup> که موجب ضمان و مسئولیت است تحقق پیدا کرده است. (۳۶)

اما ترک فعل محض<sup>۲</sup> بدون وجود یک وظیفهٔ قانونی، در کامن‌لو، به ندرت وجود دارد و محدود به مواردی است که ترک فعل در ضمن عمل خاصی به وقوع می‌پیوندد. (۳۷)

## گفتار سوم. حقوق ایران

### ۱۶. نظر حقوق‌دانان و مواد قانونی

در حیطهٔ حقوق جزا با پذیرفته شدن اصل قانونی بودن جرایم و مجازاتها، بدون وجود یک تکلیف و الزام قانونی نمی‌توان کسی را به کاری واداشت و او را از باب خودداری و انجام ندادن کاری معین مجازات نمود بلکه برای مقصر دانستن افراد، وجود مقررات خاص در زمینهٔ اصل تکلیف و پیش‌بینی مجازات شخص ضروری است.

در قلمرو مسئولیت مدنی هم، بدون تردید انجام ندادن تکالیف قانونی به معنای اعم کلمه تقصیر محسوب می‌شود و فرد ممسک مسؤول و ضامن جبران زیانهای وارده است. (مستنبط از اصل ۱۷۱ قانون اساسی). برای مثال راننده‌ای که به موقع ترمز نمی‌کند از کاری خودداری کرده است که مستلزم بی‌احتیاطی است یا سرپرستی که مراقبتهای لازم را از کودک و دیوانه به عمل نمی‌آورد یا پزشکی که از بیمار عیادت نمی‌کند، به وظیفهٔ قانونی یا قراردادی خویش عمل نکرده است و مسؤول می‌باشد. اما سؤال این است که: آیا انجام ندادن تکالیف عرفی مسلم نیز تقصیر تلقی می‌شود و مسئولیت‌آور است؟

1. Non-feasance or negligent omission

2. Mere omission

ممکن است چنین تصور شود که انجام ندادن تکالیف عرفی یک وظیفه اخلاقی است و مسؤولیت مدنی به دنبال ندارد. بنابراین اگر کسی وظایف اخلاقی خویش را انجام ندهد فقط در برابر خداوند یا وجدان مورد بازخواست قرار می‌گیرد، لیکن در مقابل دیگران مسؤول جبران زیانهای وارده نیست. اما باید دانست که مقایسه حقوق جزا و حقوق مدنی (حقوق خصوصی) در تمام آثار و احکام درست نیست زیرا مجرم بودن کسی با مسؤول بودن وی از نظر مدنی هیچ‌گونه منافاتی ندارد چه بسا افرادی که از نظر مسؤولیت کیفری تبرئه می‌شوند اما به مسؤولیت مدنی محکوم می‌گردند. از طرف دیگر قرائنی در قوانین موضوعه وجود دارد که افراد تحت شرایطی ملزم به برطرف نمودن زیان و جلوگیری از وقوع خطر یا تشدید نتیجه آن گردیده‌اند بنابراین اگر برای کسی امکان جلوگیری از ضررها و رفع مخاطرات جانی و مالی موجود باشد بدون اینکه خطری متوجه خود او یا دیگران شود و با وجود استمداد یا دلالت اوضاع و احوال بر ضرورت کمک از اقدام به این امر خودداری نماید مقصر بوده و در حدودی که قانون پیش‌بینی کرده است مجازات خواهد شد و در ارتباط با همین وظیفه قانونی اگر ضرر و زیان مادی هم متوجه شخص دیگری شده باشد باید آنها را نیز جبران نماید.

بند ۱ ماده واحده کمک به مصدومین و رفع مخاطرات جانی مصوب ۱۳۵۴ مقرر می‌دارد: «هرکس شخص یا اشخاصی را در معرض خطر جانی مشاهده کند و بتواند با اقدام فوری خود یا کمک طلبیدن از دیگران یا اعلام فوری به مراجع یا مقامات صلاحیتدار از وقوع خطر یا تشدید نتیجه آن جلوگیری کند بدون اینکه با این اقدام خطری متوجه خود او یا دیگران شود با وجود استمداد یا دلالت اوضاع و احوال بر ضرورت کمک از اقدام به این امر خودداری نماید به حبس جنحه‌ای از سه ماه تا دو سال یا جزای نقدی تا پنجاه هزار ریال محکوم خواهد شد. در این مورد اگر مرتکب از کسانی باشد که به اقتضای حرفه خود می‌توانسته کمک مؤثری بنماید به حبس جنحه‌ای از سه ماه تا دو سال یا جزای نقدی از ده هزار ریال تا یکصد هزار ریال محکوم خواهد



## ۱۷. نتیجه

خلاصه و نتایج حاصل از این بحث را با ملاحظه مفاد مادهٔ واحدهٔ یاد شده می‌توان به ترتیب ذیل بیان کرد:

۱. انجام ندادن تکالیف قانونی، با شرایط و حدود تعیین شده و در حوزهٔ مأموریت مأمور تقصیر می‌باشد.

۲. در شرایط فوری و فوتی کمک به مصدوم برای مأمور و غیر مأمور لازم است و اگر غیر مأمور از یاری رساندن به مصدوم خودداری کند، در صورت تحقق شرایط ذیل مسئول خواهد بود.

### الف. استمداد مصدوم با دلالت اوضاع و احوال به ضرورت کمک به مصدوم

باید توجه داشت که درخواست شخص مصدوم یا دلالت اوضاع و احوال بر ضرورت کمک به مصدوم شرط لازم ایجاد مسئولیت برای افراد می‌باشد. بنابراین اگر تقاضایی از طرف مصدوم نباشد برای طرف مقابل مسئولیتی ایجاد نمی‌گردد. برای مثال اگر شخص مضطر از کسی که مقدار زیادی طعام دارد غذا مطالبه نکند و از گرسنگی بمیرد صاحب طعام مقصر و مسئول نیست زیرا زمانی وظیفه دارد طعام بدهد که شخص مضطر از او چنین درخواستی بنماید. (۳۹)

### ب. توانایی شخصی بر کمک و برطرف کردن خطر یا جلوگیری از تشدید نتیجهٔ آن

هرگاه از شخصی که توانایی کمک ندارد استمداد شود، او موظف به کمک کردن نیست چه انتظار کمک از کسی که قدرت آن را ندارد بیهوده است و از نظر عقل و قانون داشتن قدرت از شرایط کلی تکلیف است. بدیهی است که سایر شرایط عمومی تکلیف مانند تمیز و عقل نیز باید جمع باشند تا بتوان شخص خوددار را مقصر دانست.

### ج. متوجه نشدن خطر برای خود شخص یا دیگران

نکته‌ای که تذکر آن ضروری است این است که شرط «ج» از ابهام برخوردار است و

معلوم نیست که منظور از خطر چه نوع خطری است آیا خطر جانی مختصر هم می‌تواند بهانه‌ای برای شانه خالی کردن از قبول مسؤلیت باشد؟ به نظر می‌رسد که خطر باید خطر جانی و شرافتی و مالی قابل ملاحظه‌ای باشد اما چون مرجع تشخیص خطر خود شخص در حین حادثه است ظاهراً با کمترین احساس خطر اقدامی نخواهد نمود. ظاهر ماده واحده هم هرگونه خطر مالی و جانی را در بر می‌گیرد.

به نظر می‌رسد که صرف دیدن خطر مالی نمی‌تواند بهانه‌ای برای فرار از کمک کردن به مصدوم باشد اما اگر فقط زیانها مالی باشد خطر نیز باید به همان اندازه یا بیشتر از آن باشد و گرنه شخص ملزم به کمک می‌باشد بنابراین خودداری از فعل در مواردی که بر خلاف متعارف موجب زیان دیگری باشد تقصیر محسوب می‌شود. تعریف تفریط در ماده ۹۵۲ ق.م. نیز مؤید این نظر است.

### یادداشتها

۱. برای دیدن این موارد ر.ک: محمد وحید الدین سوار، النظرية العامة للالتزام، ج ۲ (چاپ دمشق، ۱۹۷۸ م)، ص ۴۹ به بعد؛ عاطف النقیب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي (بیروت: ۱۹۸۳)، ص ۱۹۶ به بعد؛ در حقوق خارجی ر.ک:

A. Tunc and Salle, *International Encyclopedia of comparative law*, Vol XI, (Torts 2-20), p.40-41; F.H. Lawson, A.E. Anton, L. Neville Brown, *Introduction to French law*, third. edition, Oxford, 1979, p.212.

۲. باید توجه داشت که منظور از فعل منفی (و عدمی) عدم مطلق که در فلسفه مورد بحث است، نمی‌باشد بلکه منظور عدم ملکه است زیرا عدم مطلق نمی‌تواند علت یا سبب چیزی شود و نقصان و ضرری که در پاره‌ای از شوون هستی متصور است خود چهره‌ای از هستی است. بنابراین عدم مطلق نمی‌تواند موجب ضرر باشد اما عدم ملکه یعنی امری که می‌تواند موجود باشد و در عالم حقوق از نبود آن ضرری متوجه دیگری می‌شود، همان فعل عدمی و سلبی (یا تقصیر در خودداری) موضوع بحث است.

۳. محمد وحید الدین سوار، پیشین، صص ۴۹-۵۱.

۴. عاطف النقیب، پیشین، ص ۱۹۶.

۵. گاهی به معنی تقصیر از نوع فعل و گاه به معنی عام به کار می‌رود. اهمال، نوعی ترک فعل است و بی احتیاطی در این مقاله با استفاده از قراین و مناسبت موضوع بحث، هر دو واژه در مفهوم ترک،

- استعمال شده‌اند، برای مطالعه بیشتر پیرامون این دو واژه ر.ک: سید مرتضی قاسم‌زاده، نظریهٔ تفصیر در مسئولیت مدنی، (رسالهٔ دکتری)، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۷۲، ص ۲۳ و ۴۰.
۶. ماده واحدهٔ خودداری از کمک به مصدومین و رفع مخاطرات جانی مصوب ۱۳۵۴ مقرر می‌دارد: «هر کس شخص یا اشخاصی را در معرض خطر جانی مشاهده کند و بتواند با اقدام فوری خود یا کمک طلبیدن از دیگران یا اعلام فوری به مراجع یا مقامات صلاحیتدار از وقوع خطر یا تشدید نتیجه آن جلوگیری کند، بدون اینکه با این اقدام خطری متوجه خود او یا دیگران شود و با وجود استمداد یا دلالت اوضاع و احوال بر ضرورت کمک از اقدام به این امر خودداری نماید، به حبس جنحه‌ای از سه ماه تا دو سال یا جزای نقدی تا پنجاه هزار ریال محکوم خواهد شد. در این مورد اگر مرتکب از کسانی باشد که به اقتضای حرفهٔ خود می‌توانسته کمک مؤثری بنماید، به حبس جنحه‌ای از سه ماه تا دو سال یا جزای نقدی از ده هزار ریال تا یکصد هزار ریال محکوم خواهد شد». به موجب مادهٔ ۷۱۹ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) مصوب ۱۳۷۵: «هرگاه مصدوم احتیاج به کمک فوری داشته و راننده با وجود امکان رساندن مصدوم به مراکز درمانی و یا استمداد از مأمورین انتظامی از این کار خودداری کند...حسب مورد به بیش از دو سوم حداکثر مجازات مذکور در مواد ۷۱۴، ۷۱۵ و ۷۱۶ محکوم خواهد شد. دادگاه نمی‌تواند در مورد این ماده اعمال کیفیت مخفف نماید».
۷. برای مطالعه بیشتر ر.ک: محمدوحیدالدین سوار، همان، ص ۵۱.
۸. این دانشمند فرانسوی که در قرن هجدهم می‌زیسته است معتقد است: انسان آزاد آفریده شده و باید آزاد زندگی کند اما هر فردی با افراد دیگر جامعه اختیارات خودشان را بطور ضمنی تحت ارادهٔ عمومی قرار داده‌اند. این قرارداد ضمنی میان افراد جامعه یک حالت تساوی و برابری برقرار نموده است. ایشان عقاید خویش را در کتابی تحت عنوان قرارداد اجتماعی (Contract Social) بیان کرده است، برای مطالعه بیشتر ر.ک: موسی جوان، مبانی حقوق، ج ۱، ص ۵۶ به بعد؛ محمدحسین ساکت، نگرشی تاریخی به فلسفهٔ حقوق، ص ۱۰۶؛ دوگی حقوقدان معاصر فرانسوی بطور خلاصه دربارهٔ مکتب فردی می‌گوید: «انسان بر حسب طبیعت آزاد و مستقل و منفرد دارای حقوق فردی آفریده شده و این حقوق لاینفک از صفت انسانیت او است. اما وقتی انسانها در جامعه قرار می‌گیرند حقوق آنها محدود می‌گردد و این محدودیت تا جایی است که افراد بتوانند از حقوق خودشان استفاده کنند. بنابراین مبنای حقوق برون‌ذاتی (Objectif) هرکس، حقوق درون‌ذاتی (Subjectif) او است. باید توجه داشت که این حقوقدان مؤسس مکتب حقوقی اصالت واقع است، موسی جوان، پیشین، ص ۶۰؛ این نویسنده مکتب حقوق طبیعی را هم جزو مکتب حقوقی اصالت فرد می‌داند. ر.ک: همان نویسنده، مبانی حقوق، ج ۲، ص ۲۳۶؛ برای مطالعه بیشتر ر.ک: ناصر کاتوزیان، فلسفهٔ حقوق، ج ۱، (تعریف و ماهیت حقوق)، شرکت

- سهامی انتشار، ۱۳۷۷، ش ۱۶۵ به بعد.
۹. محمد وحیدالدین سوار، النظرية العامة للالتزام، ج ۲، ص ۵۲؛ برای ملاحظه، انتقاد و اشکال این دو نظریه ر.ک: ش ۱۲-۱۰.
۱۰. دالوز، ۱۹۰۹، ۵-۱؛ مازو، ج ۲، ش ۴۶۵، ص ۴۱۳؛ ساواتیه، مسؤولیت مدنی، ج ۲، ص ۴۰۱؛ نقل از محمد وحیدالدین سوار، همان، صص ۵۳-۵۲، برای مطالعه در مکتب اصالت فرد، ر.ک: محمد حسین ساکت، نگرشی تاریخی به فلسفه حقوق، صص ۲۷-۲۶.
۱۱. یکی از نویسندگان می‌گوید: منظور از مکتب حقوقی اصالت اجتماع (Sociologisme Juridique) جز علم حقوق است و ماهیت حقوق را نه در ذات انسان بلکه در بیرون از آن و در درون اجتماعات می‌پندارد و با مکتب اجتماعيون (Socialisme) یا سوسیالیزم و مکتب علم اجتماعی (Sociologisme) یا جامعه‌شناسی متفاوت است، موسی جوان، مبانی حقوق، ج ۲، صص ۲۳۸، ۲۴۲-۲۴۱.
۱۲. امیل دورکیم دانشمند جامعه‌شناس فرانسوی است که معاصر هربرت اسپنسر انگلیسی بوده و به خاطر کتاب «تقسیم اجتماعی» خویش که در آن اصل تعاون و همستگی میان افراد انسانی را در اجتماع بیان داشته، مشهور گشته و در سال ۱۹۱۷ میلادی در گذشته است. برای ملاحظه نظرات این جامعه‌شناس ر.ک: موسی جوان، مبانی حقوق، ج ۲، ص ۲۵۱ به بعد.
۱۳. موریس هوریو دانشمند فرانسوی است که نخستین کتاب خویش را در علم اجتماع در سال ۱۸۹۶ منتشر کرده است. او معتقد است: حقوق و مباحث آن از موضوعات اجتماعی است. تحقیق در مطالب حقوقی بدون مطالعه در امر اجتماع بی‌حاصل می‌باشد اما علاوه بر تحقیق در حوادث اجتماعی باید در نفسانیات انسانی نیز تحقیق به‌عمل آید، برای مطالعه بیشتر ر.ک: موسی جوان، مبانی حقوق، ج ۳، ص ۹۹ به بعد.
۱۴. در قسمتی از عبارت خواجه طوسی آمده است که: ... پس این کرامت یا مال، حق او باشد و اگر زیادی یا نقصانی حاصل شود باید جبران به عمل آید. موسی جوان، پیشین، ص ۱۲۶.
۱۵. تعاونوا علی البرّ والتقوی و لا تعاونوا علی الاثم و العدوان، سورة المائدة، آیه ۲.
۱۶. محمد وحیدالدین سوار، النظرية العامة للالتزام، ج ۲، ص ۵۳.
۱۷. ر.ک: نظر خواجه نصیرالدین طوسی در خصوص اصل تعاون و کمک کردن به دیگران، ش ۶ و یادداشت ۱۴.
۱۸. مازو، ج ۲، ش ۴۶۵، ص ۴۱۳، نقل از محمد وحیدالدین سوار، ص ۵۳.
۱۹. ساواتیه، مسؤولیت مدنی، ج ۲، ص ۴۰۱؛ نقل از محمد وحیدالدین سوار، ص ۵۴، زیرنویس شماره یک.
۲۰. همان.

۲۱. سلیمان محمد احمد، ضمان المتلفات فی الفقه الاسلامی، ص ۲۰۹، اکثر حنبلی‌ها و مالکیه معتقدند: در ایجاد مسؤولیت اگر ضرر به (تارک فعل) منسوب شود همانند فعل زیانبار است. بنابراین اگر شخص مضطر (گرسنه و تشنه) از دیگری غذا و آب بخواهد و او با اینکه می‌توانسته آب و غذا بدهد، از دادن آن خودداری کند و شخص مضطر بمیرد ضامن است زیرا از چیزی خودداری کرده است که انجام دادن آن بر او واجب است... و قانونگذار مصری نیز وفق مقررات مذهب مالکی و حنبلی عمل کرده است و تارک فعل را همانند فاعل ضامن و مسؤول شمرده است، مشروط بر اینکه فعل ترک شده بر تارک واجب و لازم باشد و بتواند آن را بدون اینکه ضرری به او برسد انجام دهد. بنابراین پزشکی که در عین توانایی از مداوای مریض خودداری می‌کند و شناسایی که علی‌رغم امکان و توانایی از نجات شخص در حال غرق شدن امتناع می‌ورزد، ضامن است. المغنی، موفق الدین ابی محمد عبدالله ابن محمد بن قدامه، معروف به ابن قدامه، به ضمیمه، الشرح الکبیر، ابی الفرج عبدالرحمن بن ابی عمر بن قدامه المقدسی، ۱۴۰۳، ج ۹، ص ۴۸۸، نقل از محمداحمدسراج، ضمان العدوان فی الفقه الاسلامی، صص ۲۳۸-۲۳۷؛ موسوعه الفقه الاسلامی، معروف به موسوعه جمال عبدالناصر، ج ۴، صص ۹۴-۹۲.

۲۲. مثالهای دیگری نیز در همین زمینه ارائه گردیده است که ذکر برخی از آنها در اینجا مسأله را روشن‌تر می‌نماید:

مثال اول. اگر دیوار کسی کج شود و از دیگری ستون یا چوبی را برای تکیه دادن به دیوار بخواهد و طرف مقابل هم از دادن ستون امتناع کند تا دیوار فرو بریزد، ضامن تفاوت قیمت دیوار مایل و خراب است.

مثال دوم. اگر صیادی که صیدی به همراه دارد از عابری چاقویی را برای ذبح صید بخواهد و او با آنکه چاقو دارد از دادن آن امتناع کند تا اینکه صید بمیرد، ضامن است.

مثال سوم. اگر کسی شاهد واقعه‌ای باشد و بتواند با شهادت دادن خویش حق دیگری را احیا و زنده بکند در عین حال از دادن شهادت خودداری نماید و حق طرف دیگر ضایع گردد، ضامن است.

مثال چهارم. اگر کسی لقطه‌ای را ببیند و آن‌را بر ندارد و بداند که اگر بر ندارد تلف خواهد شد یا دیگری برخواهد داشت و انکار خواهد کرد، واجب است آن‌را بردارد و اگر بر ندارد و مال تلف شود در صورتی که قادر به برداشتن آن بوده است، ضامن می‌باشد.

الشرح الصغیر علی اقرب المسالک لمذهب الامام مالک، احمد بن احمد الدردیر، ج ۱، ص ۳۱۸؛ بلغة السالک لاقرب المسالک الی مذهب الامام مالک، احمد بن الصاوی، حاشیة الشرح الصغیر، ص ۳۱۹؛ الفروق، قرافی، ۲/۲۰۷؛ تهذیب الفروق و القواعد السنیة فی الاسرار الفقهیة، محمد بن حسین مفتی المالکیه، ۲/۲۰۵؛ تبصرة الحکام فی اصول الاقضية و مناهج الاحکام، برهان الدین

- ابی اوفاء، ابراهیم بن علی بن فرحون الیعمری، ۱۲/۲. نقل از سلیمان محمد احمد، ضمان المتلفات فی الفقه الاسلامی، صص ۲۱۰-۲۰۹، موسوعة الفقه الاسلامی، ج ۱۴، ص ۹۲ به بعد.
۲۳. سلیمان محمد احمد، ضمان المتلفات فی الفقه الاسلامی، صص ۲۱۱-۲۱۰.
۲۴. برای مثال اگر ظرف یا کیسه حاوی کالا (مانند گندم و غیره) پاره شود و بریزد و شخصی بر آنها گذشته آنها را بردارد و سپس منصرف شود و باقی بگذارد (روی زمین بگذارد و ترک بکند) اگر مالک کالا در صحنه حاضر نباشد شخص تارک ضامن است زیرا با برداشتن مال مسؤولیت بر عهده او مستقر گردیده است حال چون آنها را باقی گذاشته ضامن است اما هر گاه بطور کلی آنها را بر ندارد یا اصلاً به آنها نزدیک نشود، ضامن نمی‌باشد حتی اگر مالک مال هم در صحنه حضور نداشته باشد و مانند همین است اگر کالای دیگری سقوط بکند و دیگری آن را ببیند و بر ندارد، فتاوی قاضی خان، فخرالدین حسن بن منصور الاوزجندی معروف به قاضی خان، ج ۳، ص ۲۲۴، نقل از: سلیمان محمد احمد، مرجع سابق، ص ۲۱۱، اگر شخصی الاغی را ببیند که گندمهای دیگری را می‌خورد و مانع آن نشود مسؤولیتی ندارد. بر عکس اگر الاغ مال خودش باشد ضامن است زیرا در این صورت فعل الاغ به صاحبش منسوب می‌گردد چرا که منافع الاغ مال او است پس تفویت و زیانهای آن علت مسؤولیت وی (صاحب الاغ) می‌گردد. اما اگر الاغ مال دیگری باشد فعل الاغ به او بر نمی‌گردد زیرا منافع آن مال دیگری است، رد المحتار علی الدر المختار شرح تنویر الابصار، محمد امین عمر بن عبدالعزیز مشهور به ابن عابدین، ج ۵، ص ۵۳۷؛ فتاوی قاضی خان، ج ۳، ص ۲۲۴؛ الضمان فی الفقه الاسلامی، علی الخفیف، ص ۴۱-۴۰، نقل از سلیمان محمد احمد، پیشین، ص ۲۱۱؛ موسوعة الفقه الاسلامی، ج ۲، ص ۱۲۸، پیشین، ج ۱۴، ص ۸۶.
۲۵. سلیمان محمد احمد، ضمان المتلفات فی الفقه الاسلامی، ص ۲۱۱.
۲۶. برای دیدن نظر فقهای امامیه ر.ک: ش. بعد.
۲۷. محمد جعفر جعفری لنگرودی، دائرة المعارف حقوق اسلامی، ص ۸۰۲.
۲۸. همان، ص ۷۹۸. ایشان مواد ۳۳۳ ق.م. و ماده ۷ ق.م.م. را نیز مؤیدی دیگر بر وجود این ضابطه می‌دانند و موارد متعددی را که تقریباً در غالب کتب فقهی (امامیه و غیر امامیه) موجود است به ترتیب ذیل به عنوان دلیل بر شمرده‌اند:
- الف. دیوار یا کارخانه یا عمارت که غیب پیدا کرده است و مالک از آن آگاه بوده و اقدام به مرمت نکرده است ترک تحفظ کرده است.
- ب. اگر مالک از غیب دیوار یا عمارت یا کارخانه آگاه بوده اما در مراقبت از آن بی احتیاطی کرده باشد باز ترک تحفظ کرده است.
- ج. اگر سنگ درنده را که عادت به حمله دارد از خانه رها کند ترک تحفظ کرده است.
- د. اگر حیوان را رها کند و به زراعت یا کشت یا علف دیگری زیان برساند مسؤول است و ترک

تحفظ کرده است اما اگر عادت محل بر محصور کردن باشد ولی مالک این کار را نکند، در این صورت صاحب حیوان مسؤول نیست بلکه ترک تحفظ مالک محصول باعث خسارت گردیده است یعنی سبب خسارت خود او است.

هـ اگر پای اسب در حال سواری در جاده خاکی سنگ درشت پرت کند سوار ضامن است زیرا ترک تحفظ کرده است.

و. اگر حیوان، متعلق به صغیر یا دیوانه یا سفیه باشد، ولی یا وصی یا قیم، مکلف به حفاظت آن است. در صورت ترک تحفظ باید از مال خود خسارت بدهد (ماده ۷ ق.م.م.).

تبصره: اگر محجور را ولی یا وصی یا قیم نباشد، خسارت از مال خود او می‌گیرند (ماده ۱۲۱۶ ق.م.م.) بدیهی است که طبق قانون مدنی که تقصیر نوعی یا عدوان عرفی را پذیرفته است باید محجور را مسؤول شمرد اما قانون مسئولیت مدنی که تقصیر شخصی را معیار می‌داند طبقاً محجور را در صورت نداشتن ولی، مسؤول نباید شمرد. در این زمینه ر.ک: حسینقلی حسینی نژاد، مسئولیت مدنی، صص ۱۴۵-۱۴۴.

ز. اگر حیوان از منزل مالک فرار کند و در بیرون منزل، خسارت برساند، مالک، ترک تحفظ کرده است لکن اگر متضرر، در حفظ مال خود، بی احتیاطی کرده باشد، فاعل ضرر خود او است و رابطه، سببیت با مالک حیوان قطع می‌شود.

ح. اگر کسی روی جامه دیگری دانسته یا ندانسته پای بگذارد و آن شخص بدون توجه از جای برخیزد و در نتیجه جامه پاره شود ضامن است زیرا در راه رفتن، ترک تحفظ کرده است. (نیز ر.ک: محمد الحسین آل کاشف الغطاء، *تحریرالمجلة*، ج ۳، شرح ماده ۹۱۲ *مجلة الاحکام العدلیة*، ص ۱۴۲).

ط. نصب ناودان و بالکن بدون منع مقررات جاری، خود به خود ترک تحفظ نیست و فرض ترک تحفظ درباره آن نمی‌توان کرد ولی اگر ناودان یا بالکن ساقط شود و خسارت برساند و ترک تحفظ مالک هم در مرجع صالح، محرز گردد ضامن است. (مفاد ماده ۳۴۸ قانون مجازات اسلامی).

۲۹. عبدالفتاح بن علی المرأغی الحسینی، عناوین، عنوان شصتیم، ص ۳۲۵.

30. F. H. Lawson. A. E. Antonl. L. Neville Brown, Introduction to French law, p. 212.

۳۱. نقل از انور سلطان، *النظرية العامة للالتزام*، ج ۱، ص ۴۳۸، محمدوحید الدین سوار، *النظرية العامة للالتزام*، ج ۲، صص ۵۵ - ۵۴.

32. F. H. Lawson. A. E. Antonl & L. Neville Brown Amos and waltons Introduction to French law, pp. 218-219.

مازو، ج ۲، ش ۴۶۵، ص ۴۱۳، رویه قضایی فرانسه در جای دیگر مقرر می‌دارد: «اگر پزشک در

داخل شهر از استقبال مریض خودداری کند در حالیکه قرآینی بر خطرناک بودن حالت وی در دست نباشد، مرتکب تقصیر شده است در صورتی که اگر پزشکی از پیوند زدن رگ مجروحی خودداری کند مرتکب تقصیری شده است که مسؤولیت ایجاد می‌کند، ساواتیه، مسؤولیت مدنی، ج ۲، ص ۴۰۱، زیرنویس شماره یک، نقل از: محمدوحید الدین سوار، النظرية العامة للالتزام، ج ۲، ص ۵۴.

33. R. A. Precey, Charles worth, *on negligence*, 1 edition, London, 1971, pp.36-37.

34. William. L. Prosser, *Law of torts*, p.164.

35. *Ibid.*, pp.164-165; A. Tunc and salle, *International Encyclopedia of comparative law*, Vol XI,(Torts 2-20), pp.40-41.

36. A.Tunc and salle, *International Encyclopedia of comparative law*, pp.40-41.

37. *Ibid.*, p.40.

۳۸. و نیز ر.ک: ماده ۷۱۹ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) مصوب ۷۵ زیرنویس مطلب شماره ۳، یادداشت شماره ۶.

۳۹. برای دیدن مثالهای دیگر ر.ک: محمداحمد سراج، ضمان العدوان فی الفقه الاسلامی، ص ۳۳۱. به گفته برخی از استادان: در این‌گونه تقصیرها وجود تعهد قبلی از ارکان ضروری خطا است (و منشأ به وجود آمدن تعهد نیز قرارداد، قانون یا کاری که مستلزم بی احتیاطی است، می‌باشد) ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، الزامهای خارج از قرارداد، ج ۱، مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۴، ش ۱۵۴، ص ۳۰۶.