

مهندسی عرف در تشخیص ضرر

حمید حمیدیان* و پرویز عامری**

شماره صفحه: ۱۲۴-۹۹	تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۷/۳۰	تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۹/۱۶	نوع مقاله: پژوهشی
--------------------	------------------------	-------------------------	-------------------

یکی از دشواری‌های حقوق مسئولیت مدنی با توجه به خصلت متنوع و جدید بودن وقایع حقوقی، تشخیص مصادیق ضرر است که به ویژه با پیشرفت علم و تکنولوژی و بروز عرصه‌های جدید خطر و ورود زیان مستلزم انعطاف‌پذیری در بازشناسی مصادیق و حدود عناصر اصلی مسئولیت است. اما تمرکز محققان بر ارکان و عناصر اولیه مسئولیت مدنی، آنها را از ارائه معیار دقیق برای تشخیص مصادیق تحقق مسئولیت بازداشته است. پژوهش حاضر سعی در پر کردن این خلأ دارد. مصادیق ضرر در جغرافیای زمانی، مکانی، علوم و فنون در حال تغییر هستند؛ بنابراین عرف، با توجه به خاصیت تأثیرپذیری از عناصر زمانی، مکانی و فنی؛ معیاری مؤثر بر این ساختار حقوقی است و می‌تواند در ایجاد، شناسایی مفهومی، مصداقی و قابلیت جبران مسئولیت مدنی مؤثر باشد. امروزه یکی از ملاک‌های متقن تشخیص ضرر، عرف زمانی و مکانی، فنی و تخصصی است که البته این امر نیازمند بررسی میدانی و به‌کارگیری کارشناسان تخصصی هر حوزه در روند رسیدگی‌های قضایی است. همچنین به نظر می‌رسد بنا به حکم عقل و انصاف همه خساراتی را که عرف از طریق مذکور، مهندسی می‌کند قابل جبران است مگر مواردی را که قانون مستثنا کرده باشد. از این رو به نظر می‌رسد می‌توان عرف را به‌گونه‌ای مهندسی کرد که موارد و مصادیق جدیدی را از ضرر تشخیص دهد و آن را قابل جبران بداند. البته این تأثیرپذیری با دشواری‌هایی روبه‌روست مانند: اثبات و تغییرپذیری، امکان رهیافت نامناسب اقتصادی و اجتماعی، مبهم بودن قلمرو مکانی و زمانی عرف، محدودیت آزادی افراد، اطلاع دادرسی و امکان نفوذ و فساد در مهندسی عرف، نارسایی عرف در خسارات مربوط به نظم عمومی و اخلاق حسنه و عدم امکان مهندسی عرف در گزاره‌های شرعی و عقلی.

کلیدواژه‌ها: مسئولیت مدنی؛ ضمان قهری؛ ضرر؛ زیان و عرف؛ جبران خسارت

* مدرس حقوق خصوصی، دانشکده الهیات، دانشگاه حکیم سبزواری (نویسنده مسئول)؛

Email: h.hamidian@hsu.ac.ir

** استادیار حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز؛

Email: ameri@shirazu.ac.ir

مقدمه

شناخت مصادیق خسارت و ضرر، به عنوان رکن اصلی مسئولیت مدنی در الزام به جبران خسارت مؤثر است که با توجه به پیشرفت بشر و صنایع و افکار جدید، در حال تجدید است. حاکمیت و نظام قضایی موظف به محکوم کردن عامل ضرر به جبران خسارت است؛ از این رو باید با توسل به معیاری متفن ضرر را شناسایی و حکم به جبران آن کند. اما شناسایی ضرر و مفهوم و مصادیق آن امر آسانی نیست و نیاز به بررسی کارشناسی و دقیق دارد. به عنوان مثال در گذشته آلودگی‌های محیط زیستی یا تورم و یا از دست دادن فرصت، ضرر محسوب نمی‌شد اما امروزه در برخی موارد، به عنوان ضرر و خسارت شناسایی و قابلیت جبران دارد؛ یا در گذشته عدم رعایت بهداشت در تزریقات پزشکی حتی در صورت ورود خسارت، ضرر محسوب نمی‌شد ولی امروزه مطابق موازین فنی و علمی، کوچکترین عمل یک پزشک زیر ذره بین دقیق قضاوت قرار می‌گیرد. به نظر محققان، قضاوت تا حدود زیادی برای یافتن مصادیق ضرر و پی بردن به خسارات قابل جبران و تمییز آن از خسارات غیر قابل جبران، به داوری عرف تکیه کرده‌اند (باریکلو، ۱۳۸۷: ۲۷؛ یزدانیان، ۱۳۹۴: ۲۶۱-۲۴۰). بنابراین در حوزه مسئولیت مدنی، عرف به عنوان قطعه پازل مرکزی در رویه قضایی نقش بازی می‌کند (1: Bederman, 2010) و تأثیر آن در هر یک از جوامع متغیر است و به عنوان یکی از ملاک‌های استشهادی در جهت تعیین مسئولیت در کنار سایر قواعد مسئولیت مدنی پذیرفته شده است (Edwin and Hatch, 1952: 186; Henry and Miller, 1916: 544). تأثیرگذاری عرف در حقوق مسئولیت مدنی از نظر محققان مکتوم نمانده است، پژوهش‌های انجام شده نگاهی کلی، مبنایی و فقهی به تأثیر عرف بر ارکان مختلف داشته‌اند که در فرایند این تحقیق نیز از آن منابع استفاده شده است. اما عینیت این تأثیر و محدوده دقیق آن در تعیین مصادیق ضرر از طریق عناصر مکانی، زمانی، فنی و قانونی مشخص نشده است. در اصول و مفاهیمی چون ضرورت جبران ضرر و اصول مرتبط با آن اختلاف کمتری بین علمای حقوق وجود دارد اما تطبیق عرفی این اصول بر افراد، افعال و اشیایی که در خارج امری دیگری است که نیازمند تحقیق و بررسی بیشتر است. بنابراین مرجعیت عرف در تعیین مفاهیم، مجزا از مرجعیت آن در تطبیق مفاهیم بر مصادیق است. در همه

پژوهش‌ها بر این مورد که عرف بر تشخیص ضرر مؤثر است به صورت اصول کلی و مبنایی و بدون تأکید بر بررسی میدانی تأکید شده، اما دقیقاً مشخص نشده که عرف از چه زوایای عملی، میدانی و تخصصی می‌تواند بر مسئولیت مدنی تأثیر بگذارد. در این پژوهش سعی شده ضمن تعیین و بررسی این عناصر، آسیب‌ها و محدوده تأثیر عرف بر تشخیص ضرر مشخص شود. از طرفی با توجه به تأثیر عرف در قابلیت جبران خسارت، بایستی تفکیک بین خسارت‌های عرفی و خسارت‌های قابل جبران حقوقی از طریق سازوکارهای عملی مطالعه شود. با توجه به پیشرفت‌های ثانیه‌ای بشر و ظهور عرصه‌های جدید برای شناسایی ضرر و عدم امکان تعیین عینی ضرر از گزاره‌های قانونی، پژوهش حاضر ضمن بررسی منشأ و ماهیت عرف، بر ارزش مهندسی آن در تبیین خسارات و زیان‌ها به عنوان ابزاری تفسیری و عینی و میدانی تأکید دارد و در پی آن است که عناصر عینی عرفی مؤثر بر تعیین مصادیق ضرر و خسارت را تعیین کند. همچنین بررسی کند که عرف به عنوان یک معیار اساسی تا چه حدی بر تفکیک خسارات قابل جبران و غیرقابل جبران تأثیر دارد؟ در نهایت چه دشواری‌هایی در به‌کارگیری این معیار اساسی در تعیین مصادیق خسارت مدنی وجود دارد؟

۱. منشأ، مفهوم و ماهیت عرف

عرف؛ شناختگی، معروفیت و آنچه که در میان مردم، معمول و متداول است می‌باشد (فرهنگ معین، ۱۳۸۸: ۱۰۰۰). بنابراین عرف به معنای طرز رفتار مستقر شده به وسیله عادت بین مردم یا یک گروه اجتماعی است (فرهنگ لاروس، ۱۳۹۳). ابن‌عابدین حنفی به نقل از کتاب *المستصفی* بیان می‌کند عرف و عادت همان چیزی است که از راه عقول در جان‌ها استقرار می‌یابد و طبیعت‌های سالم آن را می‌پذیرند (خرازی، ۱۳۶۷: ۶۶). عرف نیز مانند قانون، از اراده جمعی ناشی می‌شود نه از اراده یک فرد (Carbonnier, 1991: 6). اصطلاح حقوقی عرف در زبان انگلیسی عمدتاً با عنوان Custom شناخته می‌شود و رویه‌ای است که در درازمدت به پذیرش عموم رسیده و عادت ثابتی است که الزام حقوقی پیدا می‌کند و عبارت Usage نیز به عنوان واژه متعارف این اصطلاح به‌کار رفته است (Garner, 2009: 413). در متون فقهی، عرف ضد «نکر» و چیزی است که نفس آدمی آن را خوب می‌شناسد و

به آن عادت می‌کند و آرامش می‌یابد (ابن منظور، ۱۴۱۴: ۲۳۹). عرف، زاده اوضاع و احوال پیرامون است که شئن و اعتبار حقوقی دارد (Epstein, 1992: 21). در قوانین ایران عرف تعریف نشده است اما جستجو در نظریات حقوقدانان، مفهوم عرف را مشخص می‌کند. اما عرف در اصطلاح حقوقی، قاعده غیرمکتوب، عام و دائمی است که به طور مستقیم از اراده مردم ناشی می‌شود و برای اجرا شدن در محاکم باید از طرف حکومت به رسمیت شناخته شود (Mazeaud, 2000: 85). ژولین دانشمند معروف رومی بیان داشته عرف عبارت است از حقوقی که از آداب و سجایای مردم پدید آمده و اثر قانونی دارد (سلجوقی، ۱۳۸۸: ۵۱) بنابراین عرف قاعده‌ای است که به مرور و خودبه‌خود میان عموم مردم یا دسته‌ای از آنان به‌عنوان قاعده‌ای الزام‌آور مرسوم شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۱۷۸). تقریباً در تمام دیدگاه‌های حقوقی در بیان ماهیت و عناصر اصلی عرف، بر عنصر تکرار در زمان و لزوم وجود حس لازم‌الرعایه تلقی کردن آن تأکید شده است. عرف زمانی محقق می‌شود که اغلب افراد جامعه به طور یکنواخت رفتار معینی را تکرار کنند و محترم شمرند و در ظاهر کسی مخالف آن نباشد (Beatson, 2010: 157) در یک دسته‌بندی موزج می‌توان بیان کرد که عرف دارای دو عنصر مادی و معنوی است و همان‌طور که کاربونیو استاد حقوق مدنی فرانسه بیان کرده عنصر مادی عرف، فعل و عنصر معنوی آن انگیزه‌ای است که چنین فعلی را به طور منظم در رابطه حقوقی جاری می‌کند (سلجوقی، ۱۳۸۸: ۶۸) حس الزام و ضمانت اجرای عرف که از این عنصر ناشی می‌شود، همان عنصر معنوی عرف است و منظور از رکن معنوی یا ذهنی، احساس الزام‌آوری يك عادت در نزد همه مردم است (Marty, 1972: 114). به عقیده نگارندگان عرف در حوزه مسئولیت مدنی و تشخیص ضرر، در کشف و ایجاد مصادیق و مفاهیمی چون ضرر نقش تفسیری و تکمیلی دارد. توضیح بیشتر اینکه قواعد و قوانین، عناصر مسئولیت مدنی را تحت عنوان ضرر، تقصیر و رابطه سببیت به‌عنوان اصول کلیدی در تشخیص ضرر بیان کرده‌اند؛ اما با توجه به عدم امکان قانونگذار در ورود به مصادیق عینی هر مسئله، تشخیص مصادیق ضرر و تقصیر براساس مهندسی عرف توسط قضات و کارشناسان انجام می‌شود. از این‌رو عرف می‌تواند به‌عنوان یک ابزار روزآمد و منعطف محدوده دقیق عناصر عینی را از طریق مطالعات میدانی و رجوع به کارشناس معین کند.

۲. جایگاه عرف

عرف یکی از منابع اصلی حقوق است و در کنار قانون، مبین هنجارهای نانوشته جامعه و از منابع مهم تفسیری است و گاهی که مغایر قانون تکمیلی باشد بر آن مقدم می‌شود. نقش عرف در استنباط احکام بسیار حائز اهمیت بوده، تا جایی که دور از واقع نیست اگر ادعا کنیم بسیاری از اختلافات فقهی، معلول استظهارات عرفی است (عباسی حسین آبادی و ولی زاده، ۱۳۸۷: ۶۷). در فقه اسلامی اغلب علما بر حجیت عرف تأکید می‌کنند، اما وجوه مختلفی را برای حجیت آن اذعان کرده‌اند؛ برخی معتقد به حجیت ذاتی آن هستند، زیرا عرف و سیره عقلا برخاسته از فطرت است (طباطبائی، ۱۴۰۹: ۲۰۶) و برخی حجت بودن عرف را مستلزم امضا و عدم ردع را برای حجیت کافی می‌دانند (نائینی، ۱۳۷۶: ۱۹۳؛ عراقی، ۱۴۰۵: ۱۳۸). عده‌ای نیز معتقدند در صورتی که منع و ردع از عرف اثبات نشده باشد، عرف حجت است (محقق داماد، ۱۳۸۷: ۱۵۳؛ محمدی، ۱۳۸۵: ۲۶۵؛ کاویار، ایزدی فرد و نعمت زاده، ۱۳۸۸: ۶۰) و در نهایت دلایلی که بر حجیت عرف اقامه شده سیره عقلا و سیره شارع است (مظفر، ۱۳۷۵: ۱۴۲؛ بخردیان، درافشان قبولی و فخلعی، ۱۳۹۵: ۳۵). اما به عقیده برخی محققان، به خودی خود هیچ دلیلی بر حجیت و دلیل بودن عرف وجود ندارد بلکه از آن جهت که کاشف از امضا و یا تقریر شارع است حجت است و این حجیت هم مخصوص عرفی است که در منظر و دید ائمه باشد و آن را امضا کنند و یا مردم را به آن ارجاع دهند، گرچه به صورت قضیه حقیقیه باشد (خرازی، ۱۳۶۷: ۹۱). در نتیجه به نظر می‌رسد عرف در فقه کاربردی متفاوت دارد به این صورت که در جهت کشف حکم، مفید فایده است و از ادله و منبع کشف احکام به شمار می‌آید، بنابراین عرف را از دلایل شرعی محسوب کرده و در فقه به مرجع بودن عرف در فهم موضوعات عرفی اشاره کرده؛ زیرا شارع در بیان اهداف خود به زبان عرف سخن گفته است.

باینکه نظام حقوقی ما برای حقوق نوشته احترام ویژه‌ای قائل شده و قدرت عرف به حدی تعبیر شده است که پیش از تسلط به عرف، مطالعه قوانین بی فایده تلقی شده و از نظر تاریخی، عرف مقدم بر سایر منابع حقوق است (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۴۷۱). قوانین و قواعد حقوقی گاهی صراحتاً، گاهی ضمناً و

۱. ماده (۱۳۲) قانون مدنی.

۲. ماده (۹۷۵) قانون مدنی.

گاهی به صورت تکمیلی وقاعده ساز، حکم مسئله رابه عرف ارجاع می دهند (همان، ۱۳۸۶: ۱۸۹-۱۸۲). به عقیده نگارندگان یکی از مصادیق کاربرد عرف در حقوق، تشخیص و ایجاد مصادیق و به تعبیری مهندسی عرف در حقوق است که در ذیل به بررسی آن پرداخته می شود.

۳. تأثیر عرف در تشخیص مصادیق و جبران ضرر و خسارت

برای احراز مسئولیت مدنی سه رکن اساسی باید محقق شود. رکن رکن مسئولیت مدنی ورود ضرر و خسارت است و تا زمانی که این رکن محقق نشود دو رکن دیگر یعنی تقصیر و رابطه سببیت مطرح نمی شود. اما احراز ضرر مسئله ای دشوار است که با اصول و قواعد حقوقی امکان تشخیص آن نیست و به عقیده نگارندگان نیاز به مهندسی دقیق عرف دارد بدین معنی که ضرر بایستی از طریق بررسی های میدانی و با کسب نظر کارشناس متخصص در عرف، موضوع واقعه کشف و تصدیق شود. بنابراین پژوهش حاضر در پی تعیین معیارهای مهندسی عرف برای تشخیص رکن اصلی مسئولیت مدنی یعنی ضرر و زیان است.

۳-۱. مفهوم عرفی ضرر

ضرر^۱ در لغت به معنای زیان و گزند وارد کردن، ضد نفع و سوء حال تعریف شده است (فرهنگ معین، ۱۳۸۸: ۹۵۹). در مفهوم اصطلاحی ضرر، برخی فقها بیان کرده اند که مطلق نقصان و کاستی در نفس یا عضو یا مال و حیثیت است و به هرگونه صدمه ای اطلاق می شود که کسی به ناروا بر مال، جسم، حیثیت و عواطف دیگری وارد آورد. در تقریرات میرزای نائینی، ضرر را فوت آنچه که انسان واجد آن است، اعم از اینکه نفس یا عرض یا جوارح باشد معرفی کرده اند (نائینی، ۱۳۷۳: ۳۷۸). البته به نظر می رسد عدم النفع (در صورتی که مقتضی آن کامل باشد) با رجوع به عرف برای جبران این قبیل خسارات پذیرفته شده است. آخوند خراسانی و شیخ انصاری هم در خصوص مفهوم خسارت، بیانات مشابه این تعریف استعمال کرده اند. صاحب کفایه می گوید: «ظاهر این است که ضرر به چیزی اطلاق

1. Damage

می‌شود که در مقابل نفع باشد، مثل تقابل عدم و ملکه، همچنان که معنای «ضرار» به همان معنای ضرر است» (آخوند خراسانی، ۱۴۰۹: ۲۶۸-۲۶۶). مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید مراد از «لاضرر و لاضرار» این است که در اسلام حکم ضرری وضع نشده است، یعنی شارع مقدس نه در احکام تکلیفیه و نه در احکام وضعیه، حکمی را جعل نکرده است که از ناحیه آن مکلف ضرر ببیند؛ مثل وجوب وضو برای کسی که تهیه آب برای او ممکن نباشد مگر به پرداخت پول بسیار زیاد که موجب ضرر باشد؛ در این صورت شارع حکم به وجوب وضو نکرده است (انصاری، ۱۴۲۲: ۱۶۳) یا اگر در زمستان با آب سرد غسل کند و از ناحیه آن ضرر ببیند و کسالت شدید پیدا کند، در این صورت شارع حکم به وجوب غسل نکرده است (همان: ۱۶۸).

عرف با تأکید بر ارزش‌های اجتماعی خاص و عام و با ویژگی انعطاف‌پذیری زمانی و مکانی متکی بر تحقیقات میدانی و تخصصی می‌تواند در روند عینیت بخشیدن مفهومی و تشخیص ضرر، روند دادرسی را هدایت کند. مفهوم عرفی ضرر یا خسارت این است که هر جا نقصی در اموال به وجود آید یا منفعت مسلمی از بین برود و یا به سلامت و حیثیت شخص خسارتی وارد آید ضرری محقق شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۸: ۳۸). به نظر می‌رسد، تفاوت ماهوی بین ضرر و خسارت وجود ندارد. زیان در عرف معانی گسترده‌ای در مقابل نفع دارد و صدمه به هر چیزی اعم از عین، منفعت، نفع مالی، حقوق، تمامیت جسمانی، سلامت، شخصیت، آبرو و یا به غیر آن اطلاق می‌شود (بابایی، ۱۳۹۴: ۴۰). برخی ضرر را لطمه به نفع مشروع تعبیر کرده‌اند و منظور از آن نفعی است که قانون، عرف و اخلاق عمومی آن را در حکم حق به حساب آورد که اینجا عرف تعیین‌کننده است (صفایی، ۱۳۹۴: ۱۰۶). بنابراین مفهوم ضرر و تعیین مصداق و قلمرو آن با عرف ارتباط نزدیکی پیدا می‌کند. همان‌طور که از نظریات علمای حقوق برداشت می‌شود، عرف به‌عنوان یک ملاک متقن در فهم معنای ضرر است؛ و این خود می‌تواند در رویکرد نوین قضایی در مفهوم ضرر مؤثر باشد و پتانسیل انعطاف‌پذیری داشته باشد.

در قوانین و مقررات کشورها نیز به تأثیر عرف در شناسایی مصداق ضرر اشاره شده است، به‌طور مثال در ماده (۲۵۲) قانون مدنی آلمان و همچنین در حقوق انگلستان، عرف به‌عنوان یکی از منابع تمییز ضرر معرفی شده است (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۲۴۴). برخی کشورها

نیز با اتکا به رویه قضایی، دریافت پیامک‌های تبلیغاتی را از جهتی که ممکن است موجب آشفته‌گی ذهنی مخاطب شوند، نوعی زیان معنوی تلقی می‌کنند (میرشکاری، ۱۳۹۶: ۹۴) که مبین تأثیر عرف در تشخیص ضرر است. همچنین معیار تمییز ضرر پیش‌بینی نشده، قضاوت انسانی آگاه و متعارف در شرایطی است که حادثه ایجاد شده است. ضرر در صورتی پیش‌بینی نشده است که در دید عرف نامنتظر و غیرقابل پیش‌بینی باشد و اینکه زیان‌زننده در اثر کاهلی یا عدم آگاهی آن را دور از احتمال بداند، کافی نیست (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۳۰۱). به همین دلیل یکی از ملاک‌های تعیین مصداق عینی ضرر در عرف، قابلیت پیش‌بینی عرفی حادثه و ضرر و توانایی عرفی دفع ضرر است که این دو ملاک نیز به وسیله عرف، نسبت به شرایط فرد خاطی ارزیابی می‌شود (Owen, 2004: 1020). همان‌طور که از نظریه‌های علمای حقوق برداشت می‌شود، عرف به‌عنوان یک ملاک متقن در فهم معنای ضرر است.

۲-۳. تأثیر عرف مکانی و زمانی بر تشخیص ضرر

به نظر می‌رسد مفهوم ضرر در بستر تحولات زمانی و مکانی تعیین می‌شود و مفهومی عرفی است که رابطه کاملاً مستحکمی با نیازها، شرایط و مقتضیات زمانی و مکانی دارد. به لحاظ قلمرو مکانی عرف و تأثیر آن بر ارکان مسئولیت مدنی باید گفت ضرر، اولین رکن دعوای مسئولیت مدنی است، اما به نظر می‌رسد مصادیق ضرر برحسب مکان متفاوت باشد و این در بیان مفهوم ضرر مؤثر است؛ بنابراین نمی‌توان آن را مفهومی ثابت دانست (یزدانیان، ۱۳۹۴: ۲۸۷). به‌عنوان مثال آنچه که در یک محیط روستایی متعارف محسوب می‌شود، مانند نگهداری گاو و گوسفند، در محیط‌های شهری نامتعارف خواهد بود و یا مناطق شلوغ و پرجمعیت پایین شهر تحمل ضرر بیشتری دارد تا مناطق آرام و کم‌جمعیت بالانشین شهر. دود غلیظ و بوی نامطبوع خارج شده از دودکش یک کارخانه در یک ناحیه صنعتی در یک منطقه مسکونی به‌هیچ‌وجه متعارف و قابل تحمل محسوب نمی‌شود. سروصدای زیاد در بازار و اماکن عمومی مانند سینماها و تماشاخانه‌ها متعارف و معمول محسوب می‌شود، در یک منطقه مسکونی مسلماً نامتعارف است (نبی‌زاده، ۱۳۸۴: ۵۲). همچنین زیان برحسب زمان‌های مختلف دارای صبغه متفاوت است. قانون مدنی تأثیر زمان را در تشخیص

ضرر پذیرفته است؛ توضیح بیشتر اینکه در ماده (۴۲۶) بیان شده است که تشخیص عیب (که خود نوعی ضرر و خسارت در مفهوم عام تلقی می‌شود) برحسب عرف و عادت است^۱ و ممکن است این عرف از زمانی به زمانی دیگر و از مکانی به مکانی دیگر متفاوت باشد (نوری و بزرگمهر، ۱۳۹۵: ۷). در گذشته عرف موارد زیادی را ضرر نمی‌دانست ولی امروزه در ضرر قلمداد کردن آن اندک تردیدی ندارد. بنابراین مهندسی عرف برحسب اقتضائات زمانی، به کشف، ایجاد و بازیابی مصادیق ضرر می‌پردازد. خسارات ناشی از تورم جامعه، خسارت ناشی از دست دادن فرصت، عدم‌النفعی که موجبات آن کامل شده، خسارات معنوی، خسارات ناشی از نقص فناوری و مثال‌هایی از این سنخ، تفاوت‌های فهم عرفی در بازه‌های زمانی متفاوت است و بازوهای اجتماعی عرف در گذر زمان موجب مهندسی جدید و تحول ساختاری در حقوق شده و مفهوم جدیدی از ضرر را با اتکا به نظرهای کارشناسی و عینی پدیدار کرده است. در زندگی امروزه باید این را در نظر داشت که در برخی موارد علاوه بر ضرر وارده، خساراتی به عامل زیان تحمیل می‌شود که اینها را نمی‌توان به‌عنوان جبران ضرر در معنای مصطلح آن تبیین کرد (پارساپور و اسماعیلی، ۱۳۹۳: ۱۶۶). گفتنی است در حقوق کشورهای کامن‌لا نیز منطق تفسیر حقوق مسئولیت مدنی، مبتنی بر عناصر مکانی و زمانی مانند عرف است و براساس آن تخلف شناسایی می‌شود (Zipursky, 1998: 678). بنابراین به نظر می‌رسد عرف همانند یک شاقول منعطف مهندسی در هر عصر زمانی و مکانی می‌تواند مفسری دقیق برای تشخیص ضرر باشد. اهمیت عرف در این پروسه به حدی است که می‌تواند مبتنی بر ارزش‌های جامعه به زایش مصادیق جدیدی از ضرر منجر شود و از ارزش‌های اقتصادی و حتی اجتماعی روزآمد جامعه حمایت کند. ارزش‌های اجتماعی و نیازها می‌توانند عرف را به‌گونه‌ای مهندسی کنند که موارد و مصادیق جدیدی از ضرر را در دوره‌های زمانی و محدوده‌های جغرافیایی متفاوت تشخیص دهد و قابل جبران بداند. این امر به افزایش تطبیق‌پذیری حقوق، قوانین و مقررات در گذر زمان و مکان منجر می‌شود.

۱. ماده (۴۲۶) قانون مدنی.

۳-۳. تأثیر عرف تخصصی و فنی در تشخیص ضرر

دادگاه‌ها در برخی موارد به‌ویژه خسارات پزشکی، معمولاً عرف فنی و تخصصی را به‌عنوان ملاک قطعی در نظر می‌گیرند. حتی گاهی ممکن است برخی از قواعد عرفی معمول در تناقض با قواعد عرفی حرفه‌ای خاص مثل تجارت، صنعت و سایر حرف باشد، که دادگاه با توجه به فرض مسئله باید قواعد عرفی حرفه‌ای را ترجیح دهد (Henderson, 2017: 171). از این‌رو برخی از افراد به‌دلیل موقعیت ویژه‌ای که به لحاظ فنی و تخصصی در اجتماع دارند، مانند پزشکی، قضاوت و وکالت در طبقه حرفه‌ای خود مورد قضاوت قرار می‌گیرند. برای اینکه بتوانیم در امور فنی و تخصصی مسئولیت حرفه‌ای را مشخص کنیم ابتدا لازم است تصویر درستی از مفهوم ضرر در این مشاغل داشته باشیم و معیار تشخیص ضرر را در این‌گونه حرف بشناسیم، چرا که معیار عرفی احراز ضرر در این مشاغل به‌دلیل امور فنی و تخصصی متفاوت به نظر می‌رسد و عرف باید با مهندسی ویژه و تخصصی به شناسایی و ایجاد مصادیق ضرر براساس نظرهای کارشناسی پردازد. بنابراین به نظر می‌رسد عرف خاص یا صنفی (حرفه‌ای)، به‌عنوان معیار تمییز ضرر در این مشاغل است. در همین راستا محققان بیان کرده‌اند در صورت فقدان قواعد حقوقی مدون؛ عرف حرفه‌ای تعیین‌کننده هر یک از وظایف حرفه‌ای است. همچنین خسارات ناشی از فعالیت‌های ورزشی را عرف و عادت مشخص می‌کند، اما این عرف به واسطه فدراسیون‌های بین‌المللی مدون و در مجموعه‌هایی مانند قوانین، ثبت و گاه تعدیل و اصلاح می‌شود. در این مجموعه‌هاست که قواعد بازی‌ها و مسابقه‌های ورزشی اعلام می‌شود و تخلف از آنها خطاست؛ مانند مجموعه قوانین (کد) اسب‌دوانی، فوتبال و مانند اینها. گروهی از همین قواعد است که بعضی مراقبت‌ها و احتیاط‌های ویژه را بر بازیکنان تحمیل می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۴۱). به عقیده نگارندگان عرف با توجه به خصیصه انعطاف‌پذیری براساس عناصر زمانی، مکانی و تخصصی در این جایگاه به مثابه یک تراز و معیار می‌تواند تعیین‌کننده مصادیق تخصصی ضرر باشد. با توجه به پیشرفت ثانیه‌ای علوم و فنون تخصصی توسط بشر و عدم امکان تصویب قوانین در این حوزه توسط نهادهای ذی‌صلاح، عرف مهندسی شده براساس ضوابط فنی می‌تواند واضح و درعین حال مفسری دقیق برای حل هر مسئله تخصصی و

جدید باشد. به نظر می‌رسد می‌توان عرف را به‌گونه‌ای مهندسی کرد که موارد و مصادیق جدیدی از ضرر را به‌ویژه در حرفه‌های تخصصی تشخیص دهد و قابل جبران بداند و می‌تواند واضع و درعین حال مفسری دقیق برای حل هر مسئله تخصصی و جدید باشد.

۳-۴. تأثیر عرف در تشخیص قابلیت جبران ضرر

باید توجه داشت که لزوماً آنچه در نظر عرف خسارت تلقی می‌شود، در قواعد حقوقی مورد توجه نیست و چه بسا حقوق تنها برخی از این موارد را جزء خساراتی که مسئولیت مدنی در خصوص جبران در نظر دارد لحاظ کرده باشد. در مورد خسارت قابل جبران و مطابقت عرفی و حقوقی با مصادیق خسارت قابل جبران در حقوق ایران، اختلافات جدی نزد دکترین حقوقی وجود دارد (همان: ۲۴۲)؛ مشهور فقها برآنند که تنها بعضی از خسارات، قابل جبران هستند و خسارات دیگر به‌رغم اینکه عرف آنها را خسارت قابل جبران می‌داند، قابل جبران نیستند. براساس برداشت حاکم از فقه امامیه تنها بعضی از خسارات قابل جبران هستند و به‌رغم وجود خسارت به معنای عرفی (و جمع دیگر شرایط یعنی رابطه سببیت و فعل زیان بار) برخی مقولات خسارات، قابل جبران شناخته نشده‌اند. همچنین از نظر آنان جبران یک خسارت قابل جبران نیز حدودمرزی دارد (انصاری، ۱۴۲۲: ۳۲). به فرض خسارت‌های ناشی از عدم‌النتفع به‌رغم اینکه عرفاً ضرر تلقی می‌شود، اما به عقیده برخی از فقها این نوع خسارت به نوعی مانع ایجاد منفعت است و اطلاق واژه ضرر متبادر نمی‌کند و از این جهت قابل جبران نیست. درباره خسارت‌های ناشی از دست دادن فرصت؛ قضات تمایل کمتری در به رسمیت شناختن چنین خساراتی دارند، در صورتی‌که مهندسی عرف می‌تواند به نحوی هدایت شود که وجود چنین خساراتی را تبیین کند و عرف واضع و مفسری مناسب در هر مسئله باشد. در مقابل از نظر آیت‌الله مکارم شیرازی آنچه عرفاً مصداق ضرر کند قابل جبران است (مکارم شیرازی، ۱۳۸۲: ۵۵). در میان حقوقدانان نیز دکتر کاتوزیان معتقد بر قابلیت جبران خسارت‌هایی است که حاصل مهندسی عرف باشد و عدم‌النتفع نیز اگر مسلم باشد و عرف بر آن صحه گذارد قابل جبران است. یا در مورد جواز مطالبه خساراتی مازاد بر دیه تعیین شده از سوی شارع که عرفاً قابل جبران است و دیوان

عالی کشور نیز در رأیی اصراری به شماره ۱۳۷۵۶ در پرونده شماره ۱۳۷۴۳۶ بر این امر صحنه گذاشت. به تعبیر دکتر کاتوزیان در این امر مبارزه نیروهای اجتماعی برای ایجاد و تحول قواعد حقوقی صورت گرفت (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۵۶). این مبارزه همان مهندسی عرف است که به شناسایی و ایجاد مصادیق ضرر منجر می‌شود. البته قاطبه فقها معتقدند که بحث تعیین ضرر و تمییز آن از غیر، یک بحث فقه‌ای نیست و مربوط به عرف است اما به نظر می‌رسد عرفی دانستن مفهوم ضرر در فقه و حقوق، برای پذیرش نظام عرفی بودن خسارت و اصل لزوم جبران ضرر کافی نیست. اصل جبران کلیه خسارات عرفی در فقه اسلامی، نه مورد انکار مسلم فقها و نه مورد اعتراف قاطبه فقهای اسلامی قرار گرفته است. فقهای عامه اصل قابلیت جبران همه خسارات عرفی را مورد پذیرش قرار داده‌اند (الزحیلی، ۱۴۰۵: ۷۵؛ الکاسانی، ۱۴۱۷: ۲۴۳) اما فقهای امامیه در پذیرش آن اختلاف دارند؛ به نحوی که مشهور آنان قائل به وجود چنین اصلی نیستند. باید گفت که اصل قابلیت جبران کلیه خسارات در فقه امامیه دارای جایگاهی متزلزل و تا حدودی نامشخص است (نراقی کاشانی، ۱۳۷۵: ۹۴). فقهای مخالف این اصل نه تنها در دلایل استنادی طرفداران این اصل (همچون قاعده لا ضرر)، بلکه در بسیاری از مقولات خسارات قابل جبران، با فقهای طرفدار این اصل اختلاف نظر دارند؛ و این اختلاف نظر آنها در قابل جبران بودن پاره‌هایی از خسارات، همچون عدم النفع، محرومیت از کار و اشتغال، خسارات معنوی و هزینه‌های درمان، آن هم در شرایطی که عرف به نارسا بودن این‌گونه زیان‌ها حکم می‌دهد است. این گواه عدم اقبال اصل لزوم جبران کلیه خسارات در میان مشهور فقهای امامیه است (محقق داماد، ۱۳۸۷: ۱۵۳؛ محمدی، ۱۳۸۵: ۲۶۵). همان‌طور که بیان شد از نظر فقهای معاصر (آیت‌الله مکارم شیرازی) آنچه عرفاً مصداق ضرر کند قابل جبران است (مکارم شیرازی، ۱۳۸۲: ۵۵). به عقیده نگارندگان بنابر استناد عقل و انصاف، کلیه خسارات عرفی باید قابل جبران باشد و عدم اطلاق واژه ضرر بر برخی خسارات چون عدم النفع؛ بحثی شکلی و لفظی بوده و با توجه به مهندسی عرف همه خسارات عرفی بایستی قابلیت جبران داشته باشد، مگر آنچه را قانون به صراحت استثنا کرده باشد. البته انطباق خسارت عرفی با خسارت حقوقی و لزوم جبران آن باید مستند به مهندسی عرف از طریق تحقیقات میدانی و نظر تخصصی کارشناسی باشد؛ از این رو تعبیر این اصل به عنوان یک اصل عام و قابل تسری به همه موارد، صحیح به نظر نمی‌رسد.

در بحث ضرر معنوی نیز اتکا به عرف در تشخیص ضرر مشهود است. به عقیده برخی از حقوقدانان صدمه و آسیب به ارزش‌های عاطفی و غیرمالی است که به احساس درد جسمی، رنج‌های روانی، از بین رفتن حیثیت، آبرو و آزادی منجر می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۱۴۴) و به رغم مخالفت‌هایی در عدم امکان جبران خسارت‌های معنوی (عمید زنجانی، ۱۳۸۲: ۵۹)، قاطبه حقوقدانان در ایران معتقد به ضرورت جبران این نوع از ضرر هستند (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۲۲۷). یکی از حوزه‌هایی که عرف نقش بسیار تعیین‌کننده‌ای در آن دارد، تشخیص و ارزیابی مصادیق خسارت‌های معنوی است. خسارات معنوی وابسته به ارزش‌های ملی و حتی منطقه‌ای افراد در دوره‌های زمانی مختلف است. در یک منطقه ممکن است واژه‌های مستهجن؛ تهمت و افترا محسوب شود ولی در منطقه‌ای دیگر حساسیتی نسبت به این واژه‌ها وجود نداشته باشد و حتی گاهی افتخاری برای اشخاص محسوب شود. تفاوت‌های فرهنگی و قومیتی نیز بر این مسئله دامن می‌زند، براین اساس در این شرایط تنها معیار و ملاک متقن برای تشخیص ورود ضرر، عرف‌های ملی، محلی و قومیتی است. در بحث نحوه جبران این ضرر نیز به نظر می‌رسد قاضی باید با توجه به ارزش‌ها و عرف موجود، حکم به نحوه جبران خسارت داده تا زیان دیده احساس رضایت از جبران خسارت کند و به موقعیت نسبی اولیه بازگردد. مهندسی عرف با توسل به ارزش‌های اجتماعی در جامعه می‌تواند به نحوی هدایت شود و ملاک قرار گیرد که در عین تفسیر دقیق، واضع و شاقولی برای ارزیابی‌های مالی ضررهای معنوی باشد.

گفتنی است برای اینکه عرفاً ضرر، قابلیت جبران داشته باشد باید مسلم، مستقیم، قابل پیش‌بینی و ناشی از لطمه‌ای باشد که به حق شخص یا نفعی مشروع وارد شده باشد. در تشخیص مسلم بودن، مهندسی عرف می‌تواند تعیین‌کننده باشد؛ به فرض امروزه عرف از دست دادن فرصت را اگر جدی باشد ضرر تلقی می‌کند (صفایی، ۱۳۹۴: ۹۹). مقصود از مستقیم بودن ضرایب این است که میان عمل زیان‌بار و ضرر حاصل شده، حادثه دیگری نباشد؛ تا جایی که بتوان بیان کرد که ضرر عرفاً از همان فعل ناشی شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۲۸۶) و در قابلیت پیش‌بینی ضرر نیز در تحقیقات و نظریه‌های حقوقی، نقش عرف در چارچوب معیار انسان متعارف ارائه می‌شود. بنابراین به عقیده نگارندگان ضروری است کلیه خسارات

وارده به اشخاص در چارچوب مهندسی عرف بررسی شده و به عنوان یک مبنای محکم، عرف را در تشخیص خسارت های قابل جبران، معیار قرار دهیم.

۳-۵. تأثیر تسری پذیری عرف مثبت در شناسایی ضرر

به نظر می رسد عرف ها را بتوان براساس موازین اخلاقی و وجدانی به عرف های مثبت و منفی تقسیم کرد. عرف مثبت عرفی است که متکی بر روش های معقول انسانی، فارغ از مکان و زمان بنا شده باشد. در مهندسی عرف در تشخیص ضرر، به نظر می رسد عرف خوب و مثبت امکان تسری دارد و قاضی می تواند عرف مثبتی را به معنای واقعی کلمه ایجاد و مهندسی کند. به عنوان مثال در یک منطقه شهر عرف شده است که زباله ها در هر ساعتی جلوی خانه گذاشته شود، اما عرف در منطقه دیگر این است که رأس ساعت ۹ زباله در جلوی خانه گذاشته شود. عرف منطقه دوم از نظر قاضی می تواند مثبت ارزیابی شده و قاضی با مهندسی آن، عرف را به منطقه دیگر تسری بدهد و به نوعی قاعده سازی کند و اگر کسی از همسایه های منطقه اول به دلیل گذاشتن زباله در وقت نامتعارف و ایجاد مزاحمت شکایت کرد، حکم به پرداخت خسارت به دلیل عدم انجام عرف مثبت دهد تا به نوعی عرف مثبتی در آن منطقه ایجاد شود.

۳-۶. تأثیر مهندسی عرف در به روزرسانی قوانین و مقررات مسئولیت مدنی

در قوانین و مقررات معمولاً اصول کلی و قواعد اساسی مورد اشاره قرار می گیرد و به جزئیات کمتر وارد می شود. بنابراین در صورتی که دادگاه قوانین را فارغ از منابع دیگری چون عرف ملاک قرار دهد، ممکن است قوانین از نظر نظام حقوقی منسوخ به نظر برسد، اما مهندسی عرف این قابلیت را به قوانین می دهد که در گذر زمان منسوخ نشوند و امکان تسری به مصادیق جدید را داشته باشند. فرضاً قانون مسئولیت مدنی ایران مصوب تقریباً شصت سال پیش است و از آن زمان تاکنون بسیاری از عرصه های بروز ضرر به وجود آمده که در چارچوب آن قانون نیامده است. اما عرف با ویژگی انطباق پذیری و انعطاف پذیری می تواند انواع ضررها را براساس ماده (۱) این قانون مصداق شناسی کند و در نتیجه قانون مصوب شصت سال پیش امکان استناد را در عصر حاضر نیز داشته باشد.

۴. نحوه به‌کارگیری عرف در تفاسیر قضایی

به‌رغم عقاید برخی از علمای حقوقی مبنی بر انطباق‌پذیری خسارت حقوقی با خسارت‌های عرفی، به نظر می‌رسد برای رهیافت صحیح از مهندسی عرف در حقوق، بایستی ضوابط و معیارهایی که پیش از این شرح آن رفت از طریق یک رویه کاملاً عملی شناسایی شود وگرنه ممکن است عرف واقعی شناسایی نشود و به تفاسیر نادرست از وقایع رخ داده در احکام قضایی منجر شود. از این‌رو نگارندگان معتقدند با وجود اجباری نبودن ارجاع به کارشناسی در نظام حقوقی کشور به‌ویژه در حوزه‌های تخصصی، تنها راهکار عملی کشف عرف و مهندسی دقیق آن، بررسی توسط کارشناسان متخصص امر در هر حوزه (پزشکی، ورزشی و اقتصادی) و یا بررسی میدانی و تحقیقات محلی و مکانی است؛ که باید به وسیله ضابطین قضایی و یا قضات انجام شود. به فرض زمانی که یک کارگاه صنعتی در حوزه مسکونی منجر به آلودگی صوتی شود، خسارت حقوقی با خسارت عرفی کاملاً منطبق است. اما در صورت رجوع به منطقه و بررسی اوضاع و احوال آن منطقه به صورت میدانی، مهندسی عرف تغییر کرده و در نتیجه حکم مؤثر است. اما وقتی منطقه مسکونی در نزدیکی خط ریل راه‌آهن باشد که در هر دقیقه چندین قطار غول‌پیکر با سروصدای زیاد عبور و مرور می‌کنند، صدای کارگاه صنعتی در برابر این صدا که اهالی مسکونی هرروزه تحمل می‌کنند، ناچیز به نظر می‌آید و عرفاً لطمه و خسارتی به ساکنان تلقی نمی‌شود. یا به فرض حرکت یک ورزشکار در یک رشته ورزشی، یا تجویز دارویی توسط یک پزشک از نظر عرف عام ضرر تلقی شده و از نظر مهندسی تخصصی و عرف کارشناسی ضرر به حساب نمی‌آید. یا نحوه تبلیغات یک تاجر ممکن است از نظر عرف عامه عادی تلقی شود، اما از منظر کارشناسان تخصصی، خلاف رقابت آزادانه تلقی شده و منجر به ورشکستگی و ضرر به سایر رقبا شود. همه این موارد در حکم نهایی دادگاه و شناسایی ضرر مؤثرند.

۵. دشواری‌ها و محدودیت‌های اتکا به عرف

همان‌طور که بیان شد عرف می‌تواند به‌عنوان یک الگوی مهندسی شده راهنمای جامعی در مصداق شناسی ضرر و مسئولیت باشد، با این حال باید محدودیت‌ها و دشواری‌های اتکا

به آن را بررسی کرد تا در مهندسی عرف دچار ابهام و تردید کمتری شویم و با یک نگاه دقیق بتوانیم آن را در پرونده‌های قضایی و موقعیت‌های مناسب مورد استناد قرار دهیم. در ذیل به بررسی این موارد پرداخته خواهد شد:

الف) متغیر بودن عرف: برخی معتقدند ناپایداری عرف، متعارض بودن عرف‌های محلی و تغییرپذیری در عرصه زمان، باعث اخلال در نظم، امنیت و ثبات روابط افراد خواهد شد. با این توضیح که ممکن است عرف، زمانی خسارتی را قابل جبران نداند اما در وقت دیگر قابل جبران بداند. تغییر و تعارض بین دو عرف به بلاتکلیفی و سردرگمی طرف زیان دیده و دادرس دعوی مسئولیت مدنی منجر می‌شود (یزدانیان، ۱۳۹۴: ۲۴۱). برای جلوگیری از این مشکل یا باید قائل به عرفی واحد شد، که در این صورت قانونگذار باید عرف واحدی را از مجموع عرف‌های موجود انتخاب کند و یا باید آن را مطرود دانست و مطیع نصوص قانونی شد، که در این صورت نظام عرفی خسارت منطبق با نظام قانونی جبران خسارت خواهد شد. البته به عقیده نگارندگان یکی از مزیت‌های عرف به عنوان معیاری در مهندسی و تشخیص ضرر، سیال بودن آن است. عرف با توجه به سنجش ارزش و اهمیت مسئله توسط جامعه، مصادیق ضرر و خسارت را تبیین می‌کند. ارزش‌های هر جامعه متناسب نیازهای هر روز در حال تغییر و تحول است و عرف می‌تواند بازگویی از تغییر ارزش‌ها باشد.

ب) عدم امکان مهندسی عرف در گزاره‌های شرعی و عقلی: مهندسی عرف تنها در موضوعات مصادیقی کاربرد دارد، وگرنه موضوعاتی که از مخترعات شرعی است یا موضوعاتی که در گزاره‌های عقلی محرز است محلی برای توهم مرجعیت عرف در تطبیق آن موضوع بر مصادیقش نیست. به عنوان مثال این گزاره عقلی که «هرگاه شخصی عامدانه به مال کسی ضرر وارد کرد باید این خسارت جبران شود»، با عرف تغییر پیدا نمی‌کند و نباید در صدق اشتغال انسان به کوشش در شناسایی مقصر به عرف مراجعه کرد، بلکه چون قضیه عقلی است باید حدود موضوع و تطبیق را نیز عقل تعیین کند (انصاری، ۱۴۲۲: ۳۷۸)؛ یا در برخی اصول شرعی شناسایی شده مانند ممنوعیت «اکل مال به باطل» که در آیات قرآن و کتب فقهی مورد اشاره قرار گرفته است (طوسی، ۱۳۸۷: ۶۰)، عرف فقط در شناسایی مصادیق اکل مال به باطل می‌تواند مهندسی شود و در خصوص اصل ممنوعیت اکل مال به باطل

که یک قاعده شرعیه است نمی‌تواند دخالت کند، آن را از بین ببرد و قاعده جدیدی بنا کند. لزوم تطابق مهندسی عرف با موازین شرعی و اسلامی در نظام حقوقی ایران را می‌توان از اصل (۴) قانون اساسی نیز استنباط کرد.

ج) نارسایی عرف در خسارات مربوط به نظم عمومی و اخلاق حسنه: عرف به طور مطلق در بازشناسی تمامی خسارات نقش ندارد. انواع مختلف ضررهای مادی، معنوی و جسمی با روش واحدی قابل جبران نیستند، به خصوص بخشی از خسارات بدنی و جسمی مربوط به امنیت و سلامت انسان که ارتباط مستقیمی با نظم عمومی و اخلاق حسنه دارند با معیار عرف قابل سنجش نیستند. هرچند ممکن است جبران ضرر جسمی مانند ضرر مالی باشد ولی عرفاً کسی که عضوی از بدن او مصدوم می‌شود فقط زیان دیده مالی محسوب نمی‌شود. در برخی نظام‌های حقوقی، عرف در تعیین این‌گونه خسارات نیز مؤثر است، به فرض در نظام حقوقی انگلستان مبلغ معینی برای جبران تمام خسارات بدنی در نظر گرفته نشده و جای خود را به ارزیابی موردی خسارت جانی داده که تعیین میزان این خسارت براساس موقعیت و ویژگی‌های زیان دیده و اوضاع و احوال هر مصدوم به طور ویژه تعیین می‌شود و معیار مشخص، مقطوع و معینی برای جبران این خسارات وجود ندارد (Emmet, 2007: 79-80). درحالی‌که در حقوق اسلامی و ایران مبلغ ثابتی برای انواع خسارات بدنی اعم از خسارات عمدی و غیرعمد با عنوان دیه در نظر گرفته شده است (دیانی و براهیم باستانی، ۱۳۹۶: ۱۳۷)^۱ و در ارزیابی خسارت‌های مشخص شده با عنوان دیه و مجازات کیفری، عرف نقشی ندارد. صرف نظر از ماهیت جزایی و حقوقی دیه در خسارات بدنی، با اینکه برخی از حقوقدانان معتقدند در مواردی که برای ضرر بدنی و جانی دیه تعیین شده است، دادگاه نمی‌تواند بابت این نوع خسارات حکمی به غیر از دیه بدهد (بابایی، ۱۳۹۴: ۵۶)، اما در مقابل برخی از حقوقدانان معتقدند که دلیل واقعی تعیین دیه چهره کیفری این نهاد است و نه شمول بر تمامی خسارات و ضررها، بنابراین امکان مطالبه مازاد بر دیه فراهم است (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۵۶). به عقیده نگارندگان دیه و

۱. در این باره رأی وحدت رویه‌ای به شماره ۶۲۹ ممنوعیت خسارت بدنی علاوه بر دیه را مقرر کرده است.

خسارات مقطوع قانونی که وجه کیفری دارد و توسط قانونگذار به عنوان یک جریمه تعیین شده، قابل بازشناسی و تعیین حدود با عرف نیست.^۱ اما با توجه به اینکه دیه شامل کلیه خسارات معنوی و مادی متضرر نمی‌شود، عرف می‌تواند در تعیین خسارات مازاد بر دیه و یا کیفر مالی مشخص شده در قانون، مؤثر باشد. بنابراین به نظر می‌رسد حتی اگر تأیید معنای خاصی از عرف یا تأیید معنای خاصی از مفاهیم نظم عمومی و اخلاق حسنه مدنظر باشد، چون ممکن است در مقام کشف مصادیق اختلاف رخ دهد، لازم است به علت لزوم رعایت نظم عمومی قضایی، مقنن تعاریف مدنظر خود را از ابتدا بیان کند.

د) صعوبت اثبات و استناد به عرف: استناد به قانون به علت مکتوب بودن، بیشتر ممکن و سهل و تا مقدار زیادی بدون خطاست. در حقوق مسئولیت مدنی مسئله خسارت قابل جبران، یک امر حکمی و اثبات آن نیز با قاضی است. اما در امور موضوعی، اثبات وجود عرف و محدوده اعتبار آن با مشکلات زیادی همراه است و جز در موارد عرف مسلم، اثبات آن دشوار و با استنادکننده به آن است. انطباق عرف با خسارت‌های قابل جبران، افزایش محدوده جبران خسارات، گرانی حق بیمه‌های دریافتی، جلوگیری از آزادی عمل و ابتکار و نوآوری و گسترش دعاوی مسئولیت مدنی و به تبع آن ایجاد فضای مغشوش در جامعه، مشکلات عدیده‌ای است که به دلیل صعوبت استناد به عرف به ارمغان می‌آید (خادم سربخش و سلطانی‌نژاد، ۱۳۹۲: ۳۷). به نظر می‌رسد وقتی که قاضی برای تشخیص عرف در هر حوزه به متخصصان آن حوزه مراجعه کند و اتفاق نظر آنها را به عنوان معیار عرفی مدنظر داشته باشد، حل این مشکل ساده‌تر خواهد شد. همچنین مکتوب کردن عرف‌ها توسط متخصصان هر حوزه به‌رغم اینکه مانع رشد روزآمد آن می‌شود، می‌تواند در اثبات آن سهولت ایجاد کند.

ه) رهاورد نامناسب: به نظر نگارندگان در راستای عدم کفایت عرف به عنوان ملاک

۱. البته این بحث تا حدودی به برداشت حقوقی از دیه به عنوان خسارت یا به عنوان کیفر بستگی دارد که صرفاً براساس نظر اول است که عرف در تعیین حدود آن مؤثر نیست. درستی این نظر به‌ویژه در دیه غیرمقدره که دادگاه براساس اوضاع و احوال و نوع جراحت، ارش را مشخص می‌کند بیشتر نمایان می‌شود که عرف نیز در این خسارت هم می‌تواند مؤثر باشد.

قطعی ارزیابی مسئولیت مدنی، می‌توان گفت لزوماً عرف همیشه رهاورد مناسبی ندارد و حتی ممکن است به شکست بازار منجر شود. به فرض اگر در بازار، دامپینگ^۱ به‌عنوان عرفی رایج تجاری معمول شود، عواقب سختی در انتظار بازار است و موجب ایجاد انحصار و جلوگیری از رقابت سالم می‌شود. اگر عرف، امتناع از انعقاد قرارداد را به‌دلیل از بین رفتن فرصت انعقاد قرارداد با دیگران، بدون توجه به ملاحظات واقعی به‌عنوان یک قاعده کلی خسارت شناسایی کند، منجر به بالا رفتن ریسک اقتصادی در معاملات و در نتیجه رکود اقتصادی به‌دلیل ترس از عواقب عدم قطعیت قرارداد می‌شود. یا در عرف، ضد تبلیغ ممکن است ضرر به حساب نیاید اما در عمل به ورشکستگی سایر رقبا منجر شود. از این رو عرف بایستی نقش مکمل قوانین را در تعیین مسئولیت مدنی اشخاص داشته باشد و قانونگذاران باید سعی کنند اصول کلی را در قوانین قید و عرف به‌عنوان مکمل تفسیری، مصادیق آن را دریاابد.

و) اطاله دادرسی و امکان نفوذ و فساد در مهندسی عرف: برخی از محققان مفهوم خسارت عرفی را مطابق خسارت حقوقی می‌دانند. به نظر می‌رسد این مسئله قابل خدشه باشد و هر خسارت عرفی لزوماً خسارت حقوقی قابل جبران نباشد؛ با این حال می‌توان گفت بدون بررسی میدانی، تسری حکم عرف در خصوص مواردی نظیر از دست رفتن فرصت و مصادیق جدید عرفی صحیح نباشد؛ بلکه باید برای فهم حکم عرف به مطالعات میدانی و نظر کارشناس مراجعه کرد که دقیق‌تر است. این روند با محدودیت و دشواری‌هایی همراه است؛ اول اینکه ارجاع به کارشناسی امری اجباری نیست و دادگاه مجبور نیست که به نظر کارشناسی ترتیب اثر دهد و این منجر به صدور آرای غیرتخصصی می‌شود و عملاً عرف واقعی مهندسی نشده و نتیجه دقیقی حاصل نمی‌شود، دوم اینکه مهندسی عرف از طریق کارشناسی ممکن است در موضوعات یکسان متفاوت باشد. همچنین امکان نفوذ و فساد

۱. دامپینگ (Dumping) به معنای بازارشکنی یا قیمت‌شکنی است و عبارت است از فروش یک کالا با قیمت کمتر از هزینه‌های تمام شده یا به‌عبارت‌دیگر فروش کالا به کمتر از قیمت متعارف یا تمام شده کالا به جهت جذب مشتری و حذف سایر رقبا و تسلط انحصاری در بازار. تولیدکنندگان و بازرگانان برای به دست آوردن بازارها، محصولات خود را با قیمت کم عرضه می‌کنند و پس از جذب مشتری و حذف سایر رقبا، قیمت محصول را به قیمت اصلی برمی‌گردانند.

در نظام‌های کارشناسی بیشتر از نظام‌های قضایی است که این منجر به نوعی بی‌عدالتی در عرصه عمل می‌شود. همچنین بررسی‌های میدانی نیز نیازمند فرصت زیادی است که منجر به طولانی شدن روند رسیدگی‌های قضایی می‌شود. برای حل این مشکلات باید در درجه اول نظام قضایی به سمت تخصصی شدن برود و قضات در کنار خود بتوانند از مستشاران متخصص استفاده کنند تا روند اطاله دادرسی در موارد مهندسی عرف رخ ندهد و همچنین نظام کارشناسی شفاف و گزینشی به همراه نظارت‌های دقیق در امور تخصصی تبیین شود.

ز) عدم شفافیت قانون و قانونگذاری و محدودیت آزادی افراد: ثمره قانونی و عام

بودن اصول مسئولیت در حقوق، شفافیت قانون و قانونگذاری است. در این شرایط افراد فهرستی از تخلفات و اعمال مسئولیت را در برابر خود می‌بینند و در مقابل، سایر اقدامات تصریح نشده را مباح و مشروع دانسته و ممکن است به آن مبادرت ورزند و از این رو در قلمرو اعمال تصریح نشده احساس آزادی دارند. چیزی که در کتب فقهی نیز به آن با عنوان «کل شیء مطلق حتی یرد فیه نهی» اشاره شده است (حر عاملی، ۱۴۱۴: ۱۲۸). اما در صورتی که عرف توان مهندسی و تشخیص مصادیق جدید خسارت را داشته باشد؛ منجر به از بین رفتن شفافیت قانون و قانونگذاری شده و آزادی افراد محدود می‌شود و از این رو زمینه را برای اعمال سلیقه شخصی مهیا می‌کند. از طرفی با توجه به تنوع فرهنگی در ایران و تغییر عرف مکانی و زمانی از منطقه‌ای به منطقه دیگر آزادی افراد در مناطق مختلف به شیوه‌های متنوع سلب شده و منجر به احتیاط بیش از حد در رفتار و در نتیجه رکود اقتصادی و انزوای شخصی در روابط اجتماعی و فرهنگی می‌شود. البته باید توجه داشت که عامل محدودکننده آزادی اشخاص صرفاً قانون نیست، بلکه ارزش‌های اجتماعی که مولد عرف‌های جدید هستند نیز محدودکننده این آزادی‌هاست؛ بنابراین عرف با اتکا به این ارزش‌ها می‌تواند مهندسی جدیدی از ضرر را ارائه کند.

ح) مبهم بودن قلمرو مکانی و زمانی عرف: از مشکلات دیگر عرف در حوزه مسئولیت

مدنی این است که تعیین تاریخ شروع و خاتمه و محدوده مکانی آن برخلاف قانون مشخص نیست و این منجر به نوعی ابهام در رسیدگی‌های قضایی می‌شود. همچنین برخلاف قانون که به همه مناطق کشور به طور یکسان حاکمیت دارد، عرف روندی نامعلوم و مبهم در

حاکمیت مکانی بر افراد داشته و محدوده آن به طور واضح مشخص نیست. ممکن است یک روستا به فاصله کمتر از ۱۰ متر عرف‌های متفاوت و روستای دیگر در فاصله بیش از ۱ کیلومتر عرفی یکسان در یک مسئله داشته باشند.

۶. جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

شناسایی مصادیق ضرر یکی از مهمترین مراحل رسیدگی به دعاوی قضایی و به‌عنوان اولین و با اهمیت‌ترین مرحله تشخیص جبران خسارت یا عدم جبران خسارت وارده است، بنابراین با توجه به کلی‌گویی قانون، باید معیاری را برای تشخیص دقیق و ارزیابی آن تبیین کرد که این معیار در گذر زمان و تغییرات جغرافیایی و موضوعات فنی و تخصصی قابلیت کاربردی داشته باشد. به نظر می‌رسد با مهندسی عرف در تشخیص ضرر این خلأ پر شود. در پژوهش حاضر سعی شده است تأثیر عینی عرف در تشخیص ضرر به‌طور مشخص و از زاویه‌های متفاوت و ملاک‌های عرفی مؤثر بر تشخیص مصادیق ضرر مورد بررسی قرار گیرد. بنابراین مهندسی عرف می‌تواند ضرر را در چارچوب اقتضائات زمانی مکانی و تخصصی تشخیص دهد و معیاری قابل اعتماد باشد. البته در برابر قوانین مربوط به نظم عمومی و اخلاق حسنه، عرف توان استقامت نداشته و کنار می‌رود. همچنین به نظر می‌رسد به‌رغم مخالفت‌های فقها و علما، رویکرد نوین قضایی در تشخیص و تعیین مصادیق ضررهای قابل جبران، مبتنی بر بنای عقلا همه خسارات عرفی، خسارات قابل جبران شناخته شده و هر آنچه که عرف آن را از طریق مهندسی عرف به طریق کارشناسی و یا تحقیقات میدانی ضرر ببیند، حقوق بایستی جبرانی شایسته آن تضمین کند. قضات با مهندسی عرف می‌توانند عرف‌های مثبت را به جامعه تسری دهند و مصادیق جدیدی از ضرر را در جامعه ایجاد کنند، همچنین مهندسی عرف مانعی برای منسوخ شدن قوانین و زمینه‌ای برای همگام‌سازی قوانین با مسائل روز را فراهم می‌کند. ناگفته نماند مهندسی عرف در تشخیص ضرر، با مشکلاتی مانند سیال و متغیر بودن عرف، اثبات آن و نتایج نامناسب اقتصادی و اجتماعی از عرف، مبهم بودن قلمرو مکانی و زمانی آن، عدم شفافیت قانون و قانونگذاری و محدودیت آزادی افراد، اطلاع دادرسی و امکان نفوذ و فساد در مهندسی

عرف، نارسایی در خسارات مربوط به نظم عمومی و اخلاق حسنه، عدم امکان مهندسی عرف در گزاره‌های شرعی و عقلی همراه است. پژوهش حاضر سعی در شناسایی تأثیر عرف در اولین و مهمترین رکن مسئولیت مدنی داشته و شایسته است که معیارهای دیگر در راستای تشخیص خسارت‌های قابل جبران و تأثیر آن در حوزه تشخیص عامل ضرر و رابطه سببیت بین ضرر و عامل ضرر به صورت مبسوط مورد بررسی قرار گیرد. پیشنهاد می‌شود با توجه به تأثیر اساسی عرف در شناسایی مسئولیت مدنی از مرحله اثبات تا تعیین خسارت، در فرایندی مشخص، قضات در جهت شناخت عرف اهتمام ورزند و در امور تخصصی نظر کارشناسانی که آشنا با عرف‌های تخصصی هستند را به کار گیرند و از اعمال سلیقه شخصی با توجه به عدم امکان شناسایی تمامی عرف‌های موجود در جامعه اجتناب ورزند.

منابع و مآخذ

۱. آخوند خراسانی، محمدکاظم بن حسین (۱۴۰۹). *لأحياء التراث*، چاپ اول، قم، مؤسسه آل البيت عليهم السلام.
۲. ابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم روفيقي افريقي (۱۴۱۴). *لسان العرب*، جلد ۹، چاپ سوم، بيروت، دارالفكر.
۳. انصاری، مرتضی (۱۴۲۲). *فرائد الاصول*، چاپ دوم، قم، مجمع الفكر الاسلامی.
۴. انصاری، مهدی (۱۳۸۲). «بررسی تطبیقی مسئولیت مدنی ناشی از آلودگی محیط زیست در حقوق ایران و اتحادیه اروپا»، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه قم.
۵. الزحیلی، وهبه بن مصطفی (۱۴۰۹). *هبه، الفقه الاسلامی وادلته*، ج ۵، چاپ دوم، بيروت، انتشارات دارالفكر.
۶. الایسوطی، عبدالرحمن بن ابی بکر (بی تا). *الاشباه والانظائر*، چاپ اول، بيروت، دارالکتب العربی، انتشارات مصطفی محمد.
۷. الطباطبائی، السید محمد حسین (۱۴۰۹). *حاشیه علی کفایة الأصول*، چاپ اول، قم، بنیاد علمی و فکری علامه طباطبایی.
۸. الکاسانی، علاءالدین ابی بکر بن مسعود (۱۴۱۷). *بدائع الصنائع*، ج ۷، چاپ اول، تهران، انتشارات دارالفكر.
۹. بابایی، ایرج (۱۳۸۴). «نقد اصل قابلیت جبران کلیه خسارات در حقوق مسئولیت مدنی ایران»، پژوهش حقوق عمومی، دوره ۷، ش ۱۶.
۱۰. _____ (۱۳۹۴). *حقوق مسئولیت مدنی والزامات خارج از قرارداد تهران*، چاپ اول، انتشارات میزان.
۱۱. باریکلو، علیرضا (۱۳۸۷). *مسئولیت مدنی*، چاپ دوم، تهران، انتشارات میزان.
۱۲. بخردیان، داریوش، محمدتقی قبولی درافشان و محمدتقی فخلعی (۱۳۹۵). «نقش عرف در فقه ابن ادریس»، *فقه و مبانی حقوق اسلامی*، دوره ۴۹، ش ۱.
۱۳. پارساپور، محمدباقر و مهدی اسماعیلی (۱۳۹۳). «آثار زمان و مکان در تحول حقوق مسئولیت مدنی در نظام حقوق ایران و فرانسه»، *پژوهش نامه حقوق اسلامی*، سال ۱۵، شماره دوم پیاپی ۴۰.
۱۴. جر، خلیل (۱۳۹۳). *فرهنگ لاروس*، ترجمه سیدحمید طبیبیان، چاپ نوزدهم، تهران، مؤسسه انتشارات امیرکبیر.
۱۵. حر عاملی، محمدبن حسن (۱۴۱۴). *وسائل الشیعه*، جلد ۱۸، چاپ اول، قم، آل البيت.
۱۶. خادم سربخش، مهدی و هدایت الله سلطانی نژاد (۱۳۹۲). «اصل قابلیت جبران کلیه خسارات»، *مبانی فقهی حقوق اسلامی*، دوره ۶، ش ۱۲.

۱۷. خرازی، سیدمحسن (۱۳۶۷). «پژوهشی پیرامون عرف»، علوم قرآن و حدیث مشکوة، ش ۲۱.
۱۸. دیانی، عبدالرسول و معصومه براهیم باستانی (۱۳۹۶). «جبران خسارت ناشی از صدمات بدنی در حقوق ایران و انگلیس»، تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین الملل، دوره ۱۰، ش ۳۶.
۱۹. سلجوقی، محمود (۱۳۸۸). نقش عرف در حقوق مدنی ایران، چاپ اول، تهران، انتشارات میزان.
۲۰. صالحی، حمیدرضا و محمود عباسی (۱۳۹۱). «تفویض فرصت بهبودی بیمار و ایجاد خطر ناروا و تحقق یافته در پرتو مطالعه تطبیقی»، حقوق پزشکی، دوره ۶، ش ۲۰.
۲۱. صفایی سیدحسین (۱۳۹۴). مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)، چاپ سوم، تهران، انتشارات سمت.
۲۲. طوسی، محمدبن حسن (۱۳۸۷ ق.ه). المبسوط فی فقه الامامیه، تصحیح محمدتقی کشفی، جلد ۳، چاپ سوم، قم، المكتبة المرتضویه.
۲۳. عباسی حسین آبادی، حسن و محمدجواد ولی زاده (۱۳۸۷). «تأثیر عملکرد عرف در حکم فقهی نظریه جبران کاهش ارزش پول»، پژوهش نامه حقوق اسلامی، دوره ۹، ش ۲۸.
۲۴. عراقی، آفاضیاءالدین (۱۴۰۵). نهاییه الافکار، جلد ۳، چاپ پنجم، قم، مؤسسه نشر اسلامی.
۲۵. عمید زنجانی عباس علی (۱۳۸۲). قواعد فقه (بخش حقوق خصوصی)، چاپ سوم، تهران، انتشارات سمت.
۲۶. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۸). «خطای ورزشی و مسئولیت ورزشی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی (دانشگاه تهران)، ش ۴۳.
۲۷. _____ (۱۳۸۶). مقدمه علم حقوق، چاپ ۵۷، تهران، گنج دانش.
۲۸. _____ (۱۳۸۸). مسئولیت مدنی (ضمان قهری)، چاپ سیزدهم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
۲۹. _____ (۱۳۹۵). الزام های خارج از قرارداد (مسئولیت مدنی)، جلد اول، چاپ ۴۰، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
۳۰. کاویار، حسین، علی اکبر ایزدی فرد و رجب علی نعمت زاده (۱۳۸۸). «عرف و جایگاه آن در استنباط احکام شرعی»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال ۱، ش ۱.
۳۱. محقق داماد، مصطفی (۱۳۸۷). قواعد فقه بخش مدنی، چاپ هفدهم، انتشارات مرکز نشر علوم اسلامی.
۳۲. محمدی، ابوالحسن (۱۳۸۵). قواعد فقه، چاپ اول، تهران، انتشارات میزان.
۳۳. مظفر، محمدرضا (۱۳۷۵). اصول الفقه، چاپ پنجم، قم، انتشارات اسماعیلیان.
۳۴. معین، محمد (۱۳۸۸). فرهنگ معین، چاپ سوم، تهران، ناشر زرین.

۳۵. مکارم شیرازی، ناصر (۱۳۸۲). *القواعد الفقهیه*، چاپ سوم، قم، مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع).
۳۶. میرشکاری عباس (۱۳۹۶). *حقوق شخصیت و حقوق مسئولیت مدنی در اروپا*، چاپ اول، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۳۷. نائینی، محمدحسین (۱۳۷۳). *منیه الطالب فی شرح المکاسب*، چاپ اول، قم، مکتبه المحمديه.
۳۸. نائینی، محمدحسین (۱۳۷۶). *جماعه المدرسين فی الحوزه العلمیه*، چاپ اول، قم، مؤسسه النشر الإسلامی.
۳۹. نبی زاده، سعید (۱۳۸۴). «قلمرو اعمال مالکیت»، رساله دکترا، دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم تحقیقات.
۴۰. نراقی کاشانی، ملا احمد بن محمد مهدی بن ابوذر (۱۳۷۵). *عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام*، چاپ اول، قم، مرکز النشر التابع المکتب الاعلام الاسلامی.
۴۱. نوری، علیرضا و داوود بزرگمهر (۱۳۹۵). «عرف در ارکان مسئولیت مدنی، فعل زیان بار تقصیر ضرر، رابطه سببیت»، دومین کنفرانس حقوق و مطالعات قضایی، شیراز.
۴۲. یزدانیان، علیرضا (۱۳۹۴). *قواعد عمومی مسئولیت مدنی*، چاپ هفتم، تهران، انتشارات میزان.
43. Beatson, J., A. Burrows and J. Cartwright (2010). *Anson's Law of Contract*, 29 ed, Oxford
44. Benjamin C., Zipursky (1998). "Legal Malpractice and the Structure of Negligence Law", *Fordhaml. Rev.* Vol. 67, No. 2.
45. Carbonnier, Jean (1991). *Droit Civil*, Introduction, 20 ed, Puf.
46. David, J., Bederman (2010). *Custom as a Source of Law Publisher*, Cambridge University Press. 1Ed.
47. David G, Owen (2004). "Proving Negligence in Products Liability Litigation", *Arizona State Law Journal*, Vol. 36.
48. Edwin, B. and Jr. Hatch (1952). "Custom as Evidence", *North Carolina Law Review*, Vol, 30, No. 2.
49. Emmet, David (2007). *Remedies*, Oxford University Press.
50. Garner, Bryan (2009). *Black's Law Dictionary*, United States of America, West Publishing Co, 8ndEd.

51. Henry T. Terry (1915). "Negligence", *Harvard Law Review*, Vol. 29, No. 1.
52. Henry, R and Jr. Miller (1916). "Negligence", *Virginia Law Review*, Vol. 3, No. 7.
53. _____ (1916). "The So-Called Unbending Test of Negligence Source", *Virginia Law Review*, Vol. 3, No. 7.
54. James A. Henderson, (2017). "An Essay on Custom in Negligence Law", *California Law Review*, Vol. 105, No. 165.
55. Marty, Gabriel and Raynaud Pierre (1972). *Introduction Generale a l etude du droit*, Paris, Sirey.
56. Mazeaud, Leon (2000). "Jean et chabas Francois", Paris, Montchrestien.
57. Richard A., Epstein (1992). "The Path to the T. J. Hooper: The Theory and History of Custom in the Law of Tort," *Journal of Legal Studies*, Vol. 21, No. 1