

وظایف و مسئولیت مدنی زیان دیده در مقابله و کاهش خسارت

محمد حسین بیاتی^۱

ابوالفضل حشمتی^۲

چکیده:

اساساً عبارت «قاعده ی مقابله و کاهش خسارت» دارای واژگان سهل و ممتنعی است که ترجمه ی آن با چیدمان غیرهمسان در معنا و برداشت از دکترین *Mitigation of damages* ماخوذ گردیده است به کیفیتی که موجب برداشت های متفاوت و بعضاً متفاوت با یکدیگر توسط اهل فن و قاطبه ی حقوقدانان شده است. قدر مسلم مبارزه و نبرد مستقیم و یا غیر مستقیم زیان دیده صرفنظر از رابطه ی قراردادی و غیر قراردادی با فعل زیانبار و ورود خسارت بنظر از وظایف اصلی وی به هنگام برخورد و مواجهه با خسارت می باشد به کیفیتی که سهل انگاری و عدول و یا عدم مقابله زیان دیده با آن در ایجاد مستقیم و نزدیک خسارت به عنوان علّت تامه و یا تکمیل کننده آن معرفی خواهد گردید.

آنچه دغدغه اصلی را در شکل گیری این ایده در مقابله و کاهش خسارت را پرورش می دهد این است که آیا مسئولیت و وظیفه ی زیان دیده در مبارزه و مقابله و کاهش خسارت مطلق است یا بالنسبه می بایستی درصدد رفع و یا دفع و یا کاهش و جلوگیری از افزایش خسارت و سرایت آن اقدام نماید؟ در ضمن نحوه و شرایط و زمان و مکان مقابله با خسارت توسط زیان دیده نقشی

۱ استادیار دانشگاه عدالت

۲ دانشجوی دوره ی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه عدالت و مدرس دانشگاه عدالت

(Heshmati@edalat.ac.ir)

موثر و فراگیر در مقابله و کاهش خسارت دارد یا شرایط نیز تابع خسارات وارده و مقابله با آن است؟ مسلماً پاسخگویی به هریک از این سوالات از حیث تقدم و تاخر وظایف مقرر و اجباری زیان دیده در نظام های حقوقی خارجی با وظایف استحقابی و اختیاری و غیر الزامی که مقرر ای در حقوق داخلی موجود نمی باشد، متفاوت است. لاجرم همین افتراق در ایجاد مسئولیت مدنی و غیر قراردادی از چنان اهمیت و تاثیر عمیقی برخوردار است که به سهولت می توان علل اصلی و اساسی ورود خسارات را در عدم مقابله و کاهش آن توسط زیان دیده شناسایی نمود. با این نتیجه شناسایی در فرجام کار امکان اجرای عدالت واقعی و قابل تصور بشر را که از یک طرف با فلسفه ی عمدی مقابله و کاهش خسارت سازگاری دارد و از دیگر طرف از حقوق آحاد افراد جامعه خاصه خود زیان دیده صیانت نموده، ممکن خواهد ساخت که اتفاقاً با اصول اخلاقی و دینی آنان نیز قطعاً انطباق دارد. پس شناسایی و اجراء به موقع و درست ناشی از نهادینه کردن این قاعده ی عقلی و انسان دوستانه ضمن ایجاد تعدیل و تعادل و رهیابی به عدالت در وقایع حقوقی از فایده گرایی اقتصادی و اجتماعی و فرهنگی در سطح وسیعی برخوردار می باشد.

مقاله ی حاضر سعی دارد در راستای تبیین وظایف وارکان و اهداف واقعی زیان دیده در مقابله و کاهش خسارت و مسئولیت مدنی منبعت از آن را با تنویر نکات تاریک و مغفول از توجه قرار گرفته توسط سایرین گامی بلند و کاربردی بردارد.

واژگان کلیدی: مسئولیت مدنی، زیان دیده، مقابله ی و کاهش خسارت، آثار و نتایج عدم مقابله، مبانی مسئولیت

مقدمه:

امروزه تلافی و جبران زیان صرف نظر از بحران روحی زیان‌دیده موضوع اصلی مسئولیت مدنی است. در جامعه همواره اعمال قابل سرزنش مورد سوال قرار می‌گرفته است و مفاهیمی چون مجازات عامل زیان و گناه بودن آن عمل مورد توجه بوده است مسئولیت به معنای مورد سوال و پرسش قرار گرفتن برای خسارت وارده می‌باشد و همواره کسی که رفتار نادرستی داشته باشد صرف‌نظر از عمد یا غیرعمد بودن عمل انتسابی مورد سوال قرار می‌گیرد و عدالت حکم می‌نماید هر شخصی عمل قابل سرزنش داشته باشد مسئولیت نیز بر وی بار شود حال سوال این است آیا زیان‌دیده هم مسئول تلقی می‌گردد؟ زیان‌دیده چه زمانی مسئول است؟ مسئولیت وی تا چه حدی است؟ مبانی مسئولیت وی چیست و به بیان واضح‌تر چرا مسئول است؟ به نظر می‌رسد ابتدای امر بایستی بین دو مرحله‌ی زمان ایجاد زیان و پس از وقوع زیان تفکیک ایجاد نمود. در مرحله‌ی ایجاد خسارت ممکن است زیان‌دیده در ایجاد آن خسارت سهمی داشته باشد و علل ناقصه و بعضاً تامه‌ی آن را تشکیل دهد و در حقیقت سبب نزدیک جهت وقوع حادثه باشد که در این خصوص حقوق‌دانان بسیاری بحث نموده‌اند که زیان‌دیده چه زمانی و چرا مسئول تلقی می‌گردد و مبانی آن در حقوق خارجی و داخلی مورد بحث قرار گرفته است اما آیا پس از وقوع خسارت نیز زیان‌دیده مسئول است؟ آیا بایستی از تسری خسارت جلوگیری نماید؟ تکلیف جلوگیری از تسری خسارت یا به بیان بهتر مقابله و یا کاهش آن چگونه بر وی بار می‌شود؟ و آیا این دو نوع مسئولیت از مبانی جداگانه‌ای برخوردارند؟ مسئولیت زیان‌دیده تا چه حدی است؟ و اگر به این تکلیف عمل نمود چه آثاری به دنبال دارد؟ در حقوق کامن‌لا و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مصوب ۱۹۸۰ وین قاعده‌ای داریم تحت عنوان (doctrin-mitigation of damages) که برای جلوگیری از اسراف

و تبذیر وضع گردیده و هدف آن جلوگیری از اتلاف سرمایه های مادی و معنوی است (داراب پور، مهرباب، قاعده ی مقابله با خسارت ص ۳) که علی رغم آنکه در حقوق قراردادها بیشتر مورد بحث قرار گرفته است و بدین معنی می باشد که لزوم قرارداد به معنای اجبار متعهد به انجام تعهد نیست بلکه به این معنی است که متعهد یا باید قرارداد را اجرا کند یا خسارت ناشی از عدم اجرای قرارداد را بپردازد و وقتی معامله ای جایگزین از لحاظ اقتصادی می تواند همه ی زیان ها را جبران کند فرض ظاهراً اخلاقی قراردادها رنگ می بازد و خواهان بایستی تمامی اقدامات متعارف برای دفع یا تقلیل خسارت را که از نقض حاصل می شود انجام دهد و با ابتکار بدین وسیله از هدر رفتن منابع اقتصادی جلوگیری کند (داراب پور، مهرباب، ایفای عین تعهد، ص ۱۹۶) و با وجود موانع قراردادی من جمله لزوم اجرای عین تعهد با بهره گیری از قاعده ی فوق می توان این مانع را منتفی نمود حال سوال این است آیا از این قاعده می توان در مسئولیت های قهری بهره جست؟ در نگاه نخست به نظر می رسد در مسئولیت های قهری که چنین مانعی نیز وجود ندارد به طریق اولی می توان از اصل مزبور در مسئولیت های قهری بهره جست و صرف نظر از ترجمه ی تحت اللفظی قاعده به نظر می رسد قاعده ی مزبور در فحوای امر بدین معنی باشد که زیان دیده ملزم است در حدود قوانین اعمالی را برای کاهش خسارت انجام دهد و امروزه این اصل پذیرفته شده است که هیچ کس نمی تواند تقاضای جبران خساراتی را بنماید که عرفاً و منطقاً می توانسته از ورود آن ها جلوگیری کند اما پاسخ دقیق به این سوال و چالش های فوق الذکر نیاز به مذاقه ی بیشتر و تحلیل مبانی این مسولیت دارد که مقاله ی حاضر با بهره گیری از این قاعده بدو سعی در پاسخگویی به سوالات فوق و سپس گشودن مسیر این قاعده در حقوق داخلی را دارد.

مفهوم و میزان مسئولیت مدنی زیان‌دیده و ضمانت اجرای آن:

در بیان مفهوم تکلیف زیان‌دیده می‌توان گفت عامل زیان بعضی اوقات در هنگام جبران خسارت با توجه به اموری که در بروز خسارت موثر بوده‌اند و با استناد به آن موارد از میزان خسارتی که بایستی بپردازد می‌کاهد و هرگاه شخصی در اثر تقصیر دیگری در معرض ورود ضرر قرار گیرد موظف است در حد متعارف از ورود ضرر جلوگیری کند تکلیف زیان‌دیده به تقلیل خسارت مشمول سه دیدگاه ایجابی و سلبی و مختلط می‌باشد (احمدی راد، حمید، به تقصیر زیان‌دیده در مسئولیت مدنی، مبحث چهارم، صفحه ۸۹) اولاً- وجوب تکلیف بر زیان‌دیده و ثانیاً- منع جبران خسارت قابل احتراز ثالثاً- مختلطی از وجوب و منع، که در بررسی این قاعده ابتدائاً نکاتی بایستی مورد توجه قرار گیرد مفهوم و ماهیت و وظیفه‌ی زیان‌دیده در کاهش خسارت و به طریق اولی در مقابله با خسارت چیست؟ تفاسیر متعددی راجع به این تکلیف شده است: (حاضری، جواد، قاعده کاهش خسارت درکامن لوکونانسیون بیع، ۱۹۸ وین مجله تخصصی حقوقی گواه) الف- زیان‌دیده تکلیف دارد متعارف رفتار کند و ضمانت اجرای تعهد او حق برای عامل زیان ایجاد می‌نماید که خسارت اضافی و قابل پیشگیری را نپردازد و در این نظام ها قاضی تنها یک حکم علیه عامل زیان می‌دهد و او را تنها به پرداخت خسارت غیر قابل اجتناب محکوم می‌کند و در مقابل خسارت‌های قابل پیشگیری حکم به بی‌حقی زیان‌دیده می‌دهد ب- وظیفه‌ی زیان‌دیده در برابر خودش است نه عامل زیان پس تنها خسارت‌های غیر قابل اجتناب قابل جبران است ج- اگر قرارداد باشد وظیفه و تکلیف معنا پیدا می‌کند و اگر نه هیچ حقی برای خواهان برای انجام اقدامات متعارف برای کاهش زیان ایجاد نمی‌شود یکی از ارکان تعهد حق الزام متخلف به انجام متعهدبه است و نقض تعهد هم باید به مسئولیت مدنی متعهد بیانجامد و او را ملزم به جبران خسارت ناشی از نقض این تعهد قانونی یا قراردادی بسازد ولی طبق قاعده عدم انجام وظیفه هیچ مسئولیتی را متوجه زیان‌دیده نمی‌نماید و تخلف وی تنها عدم جبران زیان

وی را به دنبال دارد. حدود مسئولیت زیان‌دیده در برخی قوانین مشخص گردیده است. به موجب بند یک بخش ۵، ۳ مجموعه ی قواعد تدوین شده در حقوق امریکا ۱۹۷۹. درخواست خسارت بابت زیان هایی که زیان‌دیده می توانسته بدون تحمل مخاطره مشقت یا تحقیر ناروا از آن اجتناب کند امکانپذیر نیست (متعارف بودن امری موضوعی است که با اوضاع و اطلاق از فعل زیانبار هزینه ی لازم برای احتراز بویژه تناسب آن با خسارت قابل اجتناب مدنظر قرار گیرد ((Prossers william. L. (1994) law of torts west publishing Co سادات اخوی (دکتر سید محسن سادات اخوی، دکتر محمود کاشانی، تکلیف زیان‌دیده به کاستن از خسارت با تأکید بر حقوق انگلیس و آمریکا صفحه ۵۹) النهایه بایستی گفت میزان تلاش و وظیفه ی زیان‌دیده تعهد به وظیفه و تلاشی متعارف است و تضمین نتیجه از وی انتظار نمی رود و نکته ی دیگر آنکه وضعیت روانی زیان زنده به عنوان مثال حجر وی تاثیری در وظیفه ی زیان‌دیده ندارد (کاظمی، محمود، قاعده جلوگیری از خسارت نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران شماره ۸۶ صفحه ۷) و در هر حال وی وظیفه دارد در حد متعارف از تسری زیان جلوگیری به عمل آورد حتی اگر زیان زنده عمد داشته باشد بر عکس زمانی که خطای مشترک و تقصیر زیان‌دیده و زیان زنده در زمان ایجاد خسارت مطرح است که در این حالت اگر زیان زنده عمد داشته باشد مسئولیتی بر زیان‌دیده بار نمی شود (کاتوزیان، ناصر، الزام‌های خارج از قرارداد جلد ۱ صفحه ۳۷۴ شماره ۶۸۲) البته بایستی به این امر نیز توجه داشت که گاهی اوقات در حادثه ای که عامل زیان ایجاد می کند قابلیت جلوگیری و یا کاهش خسارت به وسیله ی زیان‌دیده وجود ندارد و در حقیقت می توان با توجه به نوع حادثه نیز میزان وظیفه ی زیان‌دیده را معین نمود مثلاً گاهی حادثه دو طرفه است یعنی حادثه با انجام عملیاتی توسط زیان‌دیده قابل جلوگیری یا کاهش تسری است اما گاهی حادثه یک طرفه است به عنوان مثال ممکن است کارخانه ای در جوار یک باغ میوه باشد که مواد آلاینده ی آن برای درختان میوه بی ثمر بودن را به دنبال داشته باشد

در این حالت زیان‌دیده توانایی برای جلوگیری از تسری زیان ندارد (اثر تقصیر و مسئولیت محض در ترغیب عامل زیان و زیان‌دیده به رعایت احتیاط، علی‌طه‌ماسی و کورش علی‌پور، صفحه ۵۳۱، مجله حقوقی دادگستری).

در هر حال انتظار اقدامات پیشگیرانه منوط به احراز علم و آگاهی زیان‌دیده از وقوع خسارت است و با اعمال معیار نوعی و متعارف بودن هزینه‌ی پیشگیری می‌باشد در تحمیل جبران هر نوع خسارتی چه آنکه معلول قرارداد یا غیر آن باشد قابلیت پیش‌بینی زیان و خسارات زیان‌الزامی است چرا که غیر قابل پیش‌بینی بودن سبب حائل شدن علت دیگری بین عمل یا ترک عمل توسط زیان‌دیده و زیان وارده می‌گردد و رابطه‌ی عرفی قطع می‌گردد فلذا مانع ایجاد مسئولیت برای وی می‌شود. ایراد اول - آیا می‌توان برای خواهان (احمدی راد، حمید، به تقصیر زیان‌دیده در مسئولیت مدنی، مبحث چهارم، صفحه ۲) تکلیف تصور کرد چون انتظار از زیان‌دیده مبنی بر پیش‌بینی تسری زیان یک تعهد حقوقی در مفهوم غالبی نیست؟ در پاسخ بایستی گفت در مقابل انتظار از عامل زیان مبنی بر پیش‌بینی متعارف نتایج تقصیر خود، انتظار از زیان‌دیده به این نوع پیش‌بینی نیز منطقی است. ایراد دوم - قابل پیش‌بینی بودن نسبت به نوع زیان است نه میزان آن ولی کاستن از زیان نمونه‌ی بارز ناظر به میزان زیان است؟ پاسخ این است منظور از کمیّت در لحظه‌ی حدوث است ولی اگر زیان مستمر باشد هر بخش از زیان که در زمان‌های بعدی حادث می‌شود نوع دیگری است که ممکن است قابل پیش‌بینی نباشد مستقیم و بلافاصله بودن خسارت یکی دیگر از مواردی است که در انتساب تکلیف جلوگیری از زیان به زیان‌دیده بایستی از قبل احراز گردد و دور اندیشی یک انسان متعارف با توجه به سیمای نوعی تقصیر چندان پیچیده نیست وقتی پس از وقوع خسارت، خسارت دیگری به تبع حادثه‌ی اولیه رخ می‌دهد عملکرد زیان‌دیده در عدم جلوگیری از توسعه‌ی زیان باعث می‌شود که عمل عامل زیان نسبت به زیان‌هایی که قابل اجتناب بوده و مورد پیشگیری قرار نگرفته است سبب دور محسوب شود

علاوه بر موارد فوق زیان های وارده بایستی قابلیت اجتناب داشته باشند که به طور مختصر در بحث حوادث یک طرفه و دو طرفه از آن سخن به میان آمد. همانطور که گفته شد ضرورتی بر وجود عمد در عملکرد زیان دیده نبوده و صرف تخطی از التزام های اجتماعی در اعمال مراقبت کفایت خواهد کرد سوالی که پیش می آید این است آیا محجورین هم با انسان های متعارف سنجیده می شوند؟ بایستی گفت این قاعده زمانی اجرا می شود که زیان دیده به عوارض ناشی از حادثه آگاه و عالم باشد و موضوع حجر به جهت فقدان این مورد خروج موضوعی دارد.

در ماده ی ۲۲۷ و ۲۲۹ از قانون مدنی قانون گذار در امور تعهدات قراردادی مقرر می دارد اگر عدم انجام تعهد بواسطه ی علت خارجی (فورس ماژور، قوای قهریه) اعم از طبیعی یا تصنعی و یا موارد سخت (هاردشیب) باشد و یا حادثه ای که دفع آن از عهده ی متعهد خارج است متعهد محکوم به پرداخت خسارت نمی گردد این مواد تاثیر قوای قاهره را بر تعهدات قراردادی بیان می نماید و همانطور که می دانیم قوای قاهره ویژگی هایی چون عامل خارجی و عدم قابلیت اجتناب و غیر قابل پیش بینی بودن را در خود دارد پس می توان استنباط نمود در خصوص تعهداتی که الزام کمتری نسبت به قرارداد دارند مثل الزامات خارج از قرار داد آن هم در مسئولیت زیان دیده که در حالت کلی بار نمودن تکلیف جلوگیری از زیان بر وی نیاز به اثبات دارد به طریق اولی شخص زیان دیده نیز از تحمل خسارات چنین زیان هایی که موانع فوق را دارد معاف می گردد فلذا حق مطالبه ی چنین خساراتی را دارد.

با توجه به موارد فوق به نظر می رسد ضمانت اجرای نقض قاعده نیز صرفاً محرومیت خواهان متخلف از مطالبه ی بخشی از خسارات قابل اجتناب باشد و با بررسی بیشتر احراز می گردد این الزام، الزام قانونی نیست بلکه انتظار متعارف و معقول جامعه است.

تاریخچه ی قاعده:

شاید بتوان سابقه ی تاریخی تکلیف زیان‌دیده به مقابله با خسارت را از حقوق رم یافت نمود رفتار زیان‌دیده و گاهی وضعیت جسمی و روحی زیان‌دیده و یا اموال وی زیان را افزایش می دهد این نهاد با قاعده ی شرکت در خطا یا تقصیر مشترک که خواهان و خواننده مشترکاً در ایجاد خسارت تقصیر داشته اند بدواً مشابه به نظر می آید ولی کاهش خسارت توسط دادگاه یا دیگران مرتبط با قاعده ی مقابله با خسارت که خواهان به موجب آن موظف به انجام اقداماتی است تا خسارت ایجاد شده را بکاهد و یا از تسری آن جلوگیری به عمل آورد متفاوت می باشد و در حقوق کامن لا ضمانت اجراهای مختلفی بر این دو نوع مسئولیت وجود دارد ولی به لحاظ تاریخی به نظر می رسد که این قاعده در راستای قاعده ی تقصیر مشترک به وجود آمده و پس از ایجاد رویه هایی در دادگاه های مختلف به شکل قاعده ی در ماده ی ۷۷ کنوانسیون بیع بین المللی کالا درآمده است در حقوق رم قاعده ای به نام قاعده ی پمپونیوس (Pomponius) وجود داشت که آن قاعده مقرر می داشت اگر زیان‌دیده خود مرتکب تقصیر می شد از دریافت خسارت به طور کلی محروم می شد (جنیدی، لعیا، تقصیر زیان‌دیده، مجله ی حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران ۴۷۳۱) و این قاعده به قاعده ی دستان پاک نیز شهرت داشت (Clean hands doctrine) یعنی کسی می توانست بر مبنای انصاف حمایت دادگاه را جلب کند که مرتکب خطایی نشده باشد و با دستان پاک آمده باشد با کمی انعطاف طی چندین سال اینطور مقرر گردید که خسارت برطرفی که تقصیر شدیدتر را مرتکب شده تحمیل گردد. نظام کامن لا و حقوق فرانسه نیز از همین رویه پیروی می کردند و در سال ۱۹۴۵ قانون اصلاحی تقصیر مشترک به اقتباس از قانون کنوانسیون دریایی تصویب گردید که مقرر می داشت در هر موردی که کسی در نتیجه ی تقصیر خود و دیگری متحمل زانی شود دعوی ضرر و زیان فرد مزبور به دلیل تقصیر زیان دیده منتفی و ملغی نمی شود بلکه زیان هایی قابل وصول در حدی که دادگاه با توجه

به سهم مدعی از میزان مسئولیت (کاظمی محمود، اثر فعل زیان‌دیده، مسئولیت مدنی عامل زیان، نشریه حقوق، شماره ۷۵، صفحه ۵۸ و ۷۸) عادلانه و منصفانه بداند کاسته خواهد شد (اسماعیل آبادی، علیرضا، رضوی، محمدحسن، مطالعه‌ی تطبیقی رضایت زیان‌دیده و اقدام در کامن لاء اسلام، مجله فقه و حقوق شماره ۵، ۱۳۸۶، صفحه ۷) و در سال‌های بعد در حقوق آمریکا تحولاتی در این خصوص پدید آمد و قاعده‌ای تحت عنوان آخرین فرصت یا آخرین شانس اجتناب از خسارت به وجود آمد و قاعده‌ی تقصیر نسبی را تعدیل نمود در حقوق فرانسه نیز زیان‌دیده‌ای که مرتکب تقصیر شده بود حق مطالبه‌ی خسارت را نداشت ولی با این استدلال که محروم کردن زیان‌دیده از دریافت خسارت ناعادلانه می‌نماید و قدرت پیشگیری کافی را ندارد و تنها تقصیر نابخشودنی می‌توانست خواننده (عامل زیان) را از جبران بخشی از خسارت معاف کند و در تقصیر ساده و به ویژه وقتی خواننده (عامل زیان) بیمه شده باشد نمی‌بایست بر حق جبران خسارت زیان‌دیده تاثیر می‌گذاشت و النهایه این قاعده تعدیل شد و در قانون ۵ ژوئیه ۱۹۸۵ زیان‌دیدگان رانندگی را معاف دانستند (ژنونیه و پاتریس ژوردن، تقصیر زیان‌دیده در حوادث رانندگی ترجمه مجید ادیب، صفحه ۲) و بتدریج از شدت وحدت قاعده کاسته شد ولی کاملاً آن را منتفی ننمود در نظام کامن لاء قاعده‌ی دیگری در راستای خطای مشترک به وجود آمد که مقرر می‌داشت زیان‌دیده بایستی ضرر را به حداقل برساند و در نظام‌های دیگر قصور در کاهش خسارت (به حداقل رساندن) را نوعی تقصیر زیان‌دیده می‌دانستند پیشینه تاریخی قاعده در کامن لاء به رای *vis count hadance* برمی‌گردد که در سال ۱۹۱۲ میلادی صادر شد در این رای قاضی ضمن اصل اساسی جبران خسارت اظهار می‌دارد این اصل نخستین به وسیله‌ی یک اصل ثانوی مقید می‌گردد و در واقع توصیف می‌گردد که بر مبنای آن زیان‌دیده متعهد است تمامی اقدامات متعارف را در راستای جلوگیری از بروز یا گسترش خسارت انجام دهد و او نسبت به زیان‌هایی که در اثر قصور او در انجام امور متعارف انجام شده محروم

می‌گردد اگر چه این رای در خصوص قراردادهاست اما برخی نویسندگان چون آقای اگوس (OGUS 1973 P5) ناقل این رای عنوان داشته این رای در خصوص مسئولیت های غیر قراردادی نیز قابل اعمال است و برخی از نویسندگان خارجی به صراحت تکلیف زیان‌دیده را بر مبنای حسن نیت و رفتار متعارف (پدر خوب خانواده) توجیه می‌نمایند در حقوق سوئیس بند ۱ ماده ی ۴۴ قانون تعهدات سوئیس این قاعده را بیان کرده و در حقوق آلمان بند ۲ ماده ی ۲۵۴ قانون مدنی این قاعده را بیان کرده است و ارزیابی قصور زیان‌دیده نیز به اختیار قاضی گذاشته شده است و در ماده ی ۲۹۳ قانون تجارت عربستان به این قاعده اشاره نموده و قانون یکنواخت سازی تجارت ایالات متحده در ماده ۷۱۵-۲ این قاعده را مقرر داشته است و در کنوانسیون بیع بین المللی مصوب ۱۹۸۰ وین سند قانونی پیشرفته ای را در زمینه ی قراردادی مشاهده می‌کنیم (کاظمی، محمود، قاعده جلوگیری از خسارت نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران شماره ۷ ص ۳).

خاستگاه مسئولیت مدنی زیان‌دیده به مقابله با خسارت (چرا زیان‌دیده را بایستی مسئول بدانیم؟):

ابتداً بایستی بررسی نمود چه ملاحظات اخلاقی و فلسفی و اقتصادی موجب می‌شود تا شخص از لحاظ مدنی مسئول شناخته شود و در عمل چه اهداف و نیازهایی را مسئول شناختن وی در بردارد نظریات بسیاری در این خصوص وجود دارد برخی نظریات ابزارگرا هستند و مسئولیت مدنی را ابزاری اجتماعی برای هدف های اجتماعی و بازداشتن افراد از پیش گرفتن رفتار غیر اجتماعی و زیانبار در آینده می‌دانند (بادینی، حسن، هدف مسئولیت مدنی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۶۶، ۳۸۳۱، صفحه ۸۵) «ابزار گرایی اجتماعی» یا کارایی اقتصادی و جبران خسارت و توزیع عادلانه‌ی خطر و هزینه مدنظر آنان است. «ابزار گرایی اقتصادی» اما برخی مخالف با

این امر هستند و می گویند مسئولیت مدنی ابزاری نیست و اگر این هدف ها را دارد اعتبار خود را از این هدف ها نمی گیرد و بایستی گفت علاوه بر جبران خسارت پیشگیری و جلوگیری از ورود خسارت نیز از اهداف مسئولیت مدنی است و به بیان دیگر اگر زیان زننده زبانی را ایجاد کند و زیاننده ای که قدرت جلوگیری از تسری را دارد ولی چون می داند در هر حال تمامی زیان وی جبران می شود در نتیجه اقدامی جهت پیشگیری از ورود زیان بیشتر نمی کند چرا که این امر برای وی از حیث اقتصادی و اندیشیدن به نفع بیشتر، کارایی ندارد با این فرض یکی از اهداف مسئولیت مدنی که باز داشتن افراد از رفتار غیر اجتماعی است ناکام می ماند، و از طرفی برای آنکه این هدف تامین گردد لازم است بین درجه ی تقصیر وارد کننده ی زیان عمدی یا غیر عمدی و میزان جبران خسارت رابطه ی مستقیمی وجود داشته باشد در حالی که در عمل زمانی که بخشی از خسارت به جهت کاهلی زیاننده در جلوگیری از خسارت ایجاد شده این خسارت را مستقیماً زیان زننده ایجاد نموده لذا نبایستی جبران زیان را بر دوش او بنهیم مضافاً مسئولیت مدنی ابزاری است برای رسیدن به کارایی اقتصادی و یکی از طرق رسیدن به این کارایی از راه ایجاد انگیزه در پیش گرفتن اقدامات احتیاطی که از نظر هزینه قابل توجیه است، می باشد و راه دیگر توزیع عادلانه ی ضرر در بین اعضای جامعه و از حیث بازدارندگی اقتصادی حادثه هم برای زیاننده و هم وارد کننده ی زیان هزینه دارد و پیشگیری از تسری حادثه هم هزینه در بردارد. کارایی اقتصادی ایجاب می کند تا هزینه های حوادث کاهش یابد که این هزینه ها مشمول کاهش تعداد و شدت حوادث می باشد به عنوان مثال: اگر شخصی توسط دیگری زخمی گردید و اقدام به معالجه در موعد ننماید و زخم منجر به بیماری عفونی شدید و در پی آن عوارض دیگر گردد عدم اقدام زیاننده موجب ایجاد حوادث جدید می گردد و از طرفی اقدام به موقع می تواند هزینه های درمانی را نیز کاهش دهد و همچنین هزینه های اجتماعی اختلال در زندگی طرفین نیز کاهش می یابد و از طرفی یکی از اهداف مسئولیت مدنی این

است که افراد را وا دارد تا هزینه های حوادث (هزینه های دور از انتظار حوادث) و هزینه های پیشگیری از حوادث و هزینه های مراقبت و احتیاطی را به حداقل برسانند پس مسئولیت بر عهده ی کسی قرار می گیرد که از خطر قریب الوقوع آگاهی داشته و با هزینه ی کمتری می توانسته از آن پیشگیری کند (بادینی، حسن، هدف مسئولیت مدنی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۶۶، ۱۳۸۳، ص ۸) علاوه بر توجیه قاعده بر مبنای مسئولیت مدنی، اصولی نیز وجود دارد که مسئولیت مدنی زیان‌دیده بر مبنای آن استوار است من جمله دیدگاه مبتنی بر فایده گرایی (رفاه گرایی) که مقرر می دارد آنچه درستی یا نادرستی عملی را مشخص می کند نتایج آن عمل است و به واقع تاثیری که فعل یا ترک فعل در جهان می گذارد و معیار درستی یا نادرستی یک عمل است. مقابله با خسارت موجب رفاه بیشتر جامعه می گردد و در مجموع به نفع جامعه و حتی عدالت بین افراد و اشخاص است و از طرفی مقابله با خسارت مستلزم حداکثر خیر مادی برای طرفین است (داراب پور، مهرباب، فلسفه ی مقابله با خسارت، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۵۷، صفحه ۴۷۰، غنی زاده مریم). و در برخی نظام های حقوقی مثل نظام های حقوقی اسلامی هم علاوه بر موارد فوق این قاعده می تواند ریشه در اخلاق مذهبی که حفظ جان و مال را واجب گردانیده، داشته باشد. (جنیدی، لعیا، تقصیر زیان‌دیده، مجله ی حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران ۴۷۳۱، صفحه ۶۱).

مبانی تکلیف زیان‌دیده به جلوگیری از خسارت:

مبانی جبران خسارت را در سه گروه دسته بندی می نمایند تقصیر و ایجاد خطر و نظریه های مختلط و واسطه ولی آیا این مبانی همان مبانی وظیفه ی زیان‌دیده به کاهش خسارت است؟ و آیا مبانی تحمیل وظیفه بر زیان‌دیده به مقابله با خسارت همان مبانی محرومیت وی از جبران خسارت است؟ در مورد سوال نخست به نظر می آید علیرغم

نزدیکی دو مفهوم مبانی جبران خسارت و مبانی محرومیت زیان‌دیده از جبران خسارت این دو مفهوم به لحاظ آنکه یکی موجبات ایجاد مسئولیت را فراهم می‌نماید و دیگری موجبات محرومیت از دریافت خسارت را نهایت ارتباطی که می‌توانند این دو گزاره با یکدیگر داشته باشند عموم و خصوص من وجه است و آن هم اشتراک در تقصیر است که به تفصیل در این خصوص بحث خواهد شد در خصوص سوال دوم شاید در ابتدای امر به نظر برسد این دو امر با یکدیگر متفاوت است و مبانی ایجاد تکلیف برای زیان‌دیده بایستی از مبانی محرومیت وی از جبران خسارت با یکدیگر ارتباطی نداشته باشد ولی می‌توان گفت این دو، دو روی یک سکه هستند هرآنچه که برای زیان‌دیده ایجاد تکلیف بنماید به جهت عدم انجام تکلیف توسط وی موجب محرومیت وی از جبران خسارت می‌شود.

الف) تقصیر:

در حقوق خارجی در تفسیر اصل ۷۷ کنوانسیون ۱۹۸۰ وین پروفیسور هانولد قاضی بازنشسته دیوان عالی کشور انگلیس بیان نموده اند که بعضی نظام های حقوقی که تقصیر را مبنای منحصر مسئولیت مدنی می‌دانند ممکن است خسارات وارده در نتیجه ی قصور خواهان در انجام اقدامات متعارف به منظور جلوگیری یا تقلیل خسارات را تقصیر وی محسوب و او را از مطالبه ی اینگونه خسارات ممنوع بدانند (ناظمی، هادی، لزوم اقدام زیان‌دیده، کاشه خسارت در کامن لا و حقوق ایران، سال ۷۴، صفحه ۰۷۹). و النهایه اینطور عنوان می‌نماید اصل صریح و روشن مقابله در ماده ی ۷۷ کنوانسیون نتایجی را که می‌تواند باروش های دیگر منجمله، علیت و سببیت حاصل شود را تقویت می‌نماید (Uniform Law for international sales under the 1980 united Nations convention 3rd-edition-John Ohanold-university of Pennsylvania. در حقوق فرانسه با استفاده از نظریه ی تقصیر به همان نتیجه می‌رسند با این تحلیل که اگر زیان‌دیده در تقلیل خسارات اقدامات متعارف انجام نداده باشد مقصر است با این تحلیل شاید به نظر برسد

که مهمترین مبنای مقابله با خسارت تقصیر است برخی حقوقدانان در خصوص تقصیر و چهره های خاص آن عنوان می نمایند که تقصیر دو چهره ی متفاوت دارد: اول- کاهلی در احتراز از زیان که شرکت در خطا را به دنبال دارد. دوم- کاهلی در تقلیل خسارت که قاعده ی تقلیل خسارت را به دنبال دارد. ولی از نظر حقوق ایران اقدام به زیان خود هم می تواند در حین وقوع حادثه و هم پس از وقوع حادثه باشد و این دو از هم تفکیک نشده فلذا شرکت مثبت در خطای مشترک به مثابه ی شرکت منفی عدم مقابله با خسارت به صورت عدم احتراز دو چهره از قاعده ی اقدام است. (کاتوزیان، ناصر، الزام های خارج از قرارداد، ص ۲۷۰، ش ۱۲۲) برخی دیگر رفتار خواهان را تقصیر نمی دانند لکن معتقدند رفتار خواهان رابطه ی انتسابی تقصیر را که مبنای جبران خسارت توسط خواننده وارد کننده ی زیان را قطع می نماید. (احمدی راد، حمید، پایان نامه ی کارشناسی ارشد) برخی نیز معتقدند در حقوق اسلام صرف نظر از مبانی که در مورد مبنای مسئولیت مدنی وجود دارد تقصیر مطابق نظر قوی شرط نیست چرا که در اتلاف تقصیر شرط نیست و بر این اساس آنچه مسلم است برای تاثیر اقدام زیاننده (فعل یا ترک فعل زیاننده) که موثر در ورود زیان بر اوست لازم نیست این اقدام تقصیر کارانه هم باشد مگر موردی که اقدام او از مصادیق تسبیب باشد که در این صورت تقصیر شرط است و منطقی است در مسئولیت مبتنی بر تقصیر فعل زیاننده هم در صورتی موجب معافیت از مسئولیت می شود که تقصیر کارانه باشد اما در مسئولیت غیر تقصیری نباید تقصیر زیاننده شرط باشد (کاظمی، محمود، اثر فعل زیاننده بر مسولیت عامل زیان، ص ۵۱)

در خصوص وظیفه ی زیاننده به کاستن از خسارت مبانی دیگری را نیز می توان مورد مذاقه قرار داد که این مبانی برخی ریشه در قاعده ی تقصیر دارد و برخی خیر و تشخیص این مبانی تاثیر بسزایی در تحمیل مسئولیت مقابله با خسارت بر خواهان (زیاننده) دارد.

ب) قاعده ی اقدام:

«اقدام» به معنای پیش رفتن در کاری است و در اصلاح فقهی بدان معنی است چنانچه مالک بر اسقاط احترام مال خویش اقدام نماید و تصرف بلاعوض در مال خود را بپذیرد این اقدام از مسقطات ضمان است زیرا منشا ضمان احترام مال است که مالک خود آن را از بین برده است و مستند آن روایت (لایحل مال امرء الا بطیب نفسه) و اجماع و بناء عقلا می باشد اولین عنصر این قاعده علم وارده می باشد و گفته شده است اگر مالک بنا را بر اسقاط احترام مال خود بگذارد و عدم وجود عوض ضمان مال او ساقط است از طرفی تقصیر ساده و غیر عمدی زیان‌دیده را نمی توان اسقاط احترام مال و مبنای وی بر تصرف بلاعوض دانست، بناء عقلا از جمله مستندات این قاعده است که مورد استناد برخی فقها قرار گرفته است در مواردی که شخص خود اقدام به ورود ضرر به مال خود بکند «عقلاً بما هو عقلاً» هیچگونه مسئولیتی از برای شخصی که این عمل را انجام داده است قائل نیستند و قهراً شرع به مقتضای قاعده (کل ما حکم به العقل حکم به الشرع) مسئولیتی نمی ببیند اجماع نیز جزء دلایل قاعده است اما به جهت آنکه اجماع مدرکی است اجماع اصولی محسوب نشده لذا قابلیت استناد ندارد (جنیدی، لعیا، تقصیر زیان‌دیده، مجله ی حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران ۱۳۷۴، ص ۵۸). به نظر برخی حقوقدانان نیز مبنا قرار گرفتن قاعده ی اقدام بدان جهت است که از آنجا که زیان‌دیده در بروز و وقوع زیان به طور قطع موثر بوده است نمیتوان به طور قطع مشخص کرد که کدام بخش منتسب به زیان‌دیده و کدام بخش منتسب به عامل زیان بوده است پس منتفی است که بار جبران را آن کسی تحمل کند که بر او زیان واقع شده است ولی بایستی گفت قاعده ی اقدام همانطور که معنای تحت الفظی آن و مصادیق و مثال هایی که ملاک عمل قرار گرفته اند برمی آید فعل را در بر دارد و ترک فعل را اگرچه برخی حقوقدانان

درفحوی این قاعده گنجانده اند را مشمول نمی شود و در استدلال هم شاهد هستیم که به تقصیر و یا تسبیب در تسری زیان استناد می نمایند. فلذا این قاعده مبنای مناسبی برای تکلیف زیان‌دیده به جلوگیری از خسارت نمی تواند باشد.

ج) قاعده ی سببیت:

برخی حقوقدانان معتقدند در موردی که شخص در راستای جلوگیری از ضرر اقدام متعارف نمی کند خود او سبب زیان‌های قابل پیشگیری است در رای که به عنوان منشاء این قاعده ذکر شده قاضی صادر کننده رای اظهار می دارد زیان‌دیده نمی تواند بیش از آن مقداری که بر فرض اقدام متعارف متضرر می شده مطالبه ی خسارت نماید زیرا هر نوع زیان بیشتر از آن نتیجه متعارف نقض قرارداد نیست و یکی دیگر از نویسندگان در این باره می نویسد این قاعده یک قاعده ی مستقل نیست بلکه فرعی از قاعده ی وسیع سببیت است (برگرفته از مقاله همراهی فعل منتسب به خواننده و فعل زیان‌دیده، ژنووینه و پاتریس ژودن، ترجمه مجید ادیب). که بر مبنای آن خواهان تنها جبران خسارت‌هایی را می تواند مطالبه نماید که ناشی از خطای خواننده بوده است و برخی نیز قاعده ی جبران خسارت را مصداقی از قاعده ی تقصیر مشترک دانسته اند (کاظمی، محمود، قاعده جلوگیری از خسارت نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران شماره ۷، ص ۱۱۲). اما بایستی گفت رفتار زیان‌دیده بایستی سبب متعارف و عملی باشد که کل یا بخشی از خسارت به بار آمده معلول آن باشد که حسب مورد عامل زیان از مسئولیت همه یا بخشی از مسئولیت معاف گردد. در سببیت مستقیم بودن زیان ناشی از عمل زیان‌دیده شرط است و تقدم و تاخر در ایجاد حادثه مطرح است حال در خصوص قاعده ی کاهش خسارت بایستی بعد از وقوع خسارت زیان‌دیده نسبت به کاهش آن اقدام نماید و عملاً وی در وقوع حادثه نقشی ندارد پس این قاعده نیز نمی تواند مبنای کاملی از قاعده ی وظیفه ی زیان‌دیده ارائه دهد اما بایستی اذعان نمود

اگر پس از وقوع خسارت، خسارت دیگری به تبع آن خسارت به بار آید (احمدی راد، حمید، به تقصیر زیان‌دیده در مسئولیت مدنی، مبحث چهارم، صفحه ۲۰۱) و زیان‌دیده در راستای کاهش تسری زیان و ورود زیان جدید اقدامی ننماید عمل زیان‌دیده در عدم جلوگیری از توسعه‌ی زیان باعث می‌شود که عمل، عامل زیان نسبت به زیان‌هایی که قابل اجتناب بوده و مورد پیشگیری قرار نگرفته سبب دور محسوب شود فلذا جبران این نوع خسارت بر وی تحمیل نگردد.

د) قاعده‌ی لاضرر:

یکی از معروفترین قواعد فقهی «قاعده‌ی لاضرر» است و تفاسیر بسیاری در مورد آن شده است که در بین فقها پنج نظر وجود دارد: الف- قاعده‌ی حکم تکلیفی و نهی از ایجاد ضرر است و شارع مقدس از زیان رساندن به دیگران نهی می‌کند و نه بیان نهی حکم وضعی (نجفی خوانساری، شیخ موسی، قاعده لاضرر المطبوعه الاصفهان، بی‌جا، ۱۲۴۱ ه.ق. صفحه ۵۳۱) ب- این قاعده در بیان نهی حکومتی است نه نهی شرعی که از پیامبر صادر شده است و همانند نظر اول در بیان حکم تکلیفی و نهی ضرر به غیر است (خمینی، روح‌الله، قم، ۴۱۴۱، تحریر الوسیله، صفحه ۳۱۱) ج- قاعده بیانگر نفی حکم به لسان نفی موضوع است به بیان دیگر نفی ضرر عالم عین و خارج است و در مواردی که موضوعات دارای احکام بر مبنای عناوین اولیه است، چنانچه ضرر محتمل باشد حکم موضوع ضرری مرتفع می‌شود (خراسانی، محمدکاظم، کفایه الاصول، قم، ۹۰۴۱، صفحه ۷۶۲) د- قاعده در بیان نفی حکم ضرری است یعنی هر حکمی که از طرف شارع، براساس قواعد اولیه تشریح شده است اگر مستلزم ضرر باشد اعم از ضرر بر نفس مکلف یا ضرر مالی و... حکم مزبور به موجب قاعده‌ی لاضرر از صفحه‌ی تشریح مرفوع می‌شود مانند، حکم لزوم عقدی که به دلیل وجود غبن، موجب ضرر می‌شود و این حکم لزوم عقدی که به دلیل وجود غبن موجب ضرر می‌شود و این حکم

لزوم بر اساس لاضرر رفع می گردد و حق فسخ معامله، برای شخص مغبون ایجاد می گردد. (انصاری، شیخ مرتضی، مکاسب رساله لاضرر، ۶۱۴۱ هـ.ق، صفحه ۵۰۳).^۳ (سیستانی، سیعلی، لاضرر و لاضرار، نشر مکتب آیت الله سیستانی، قم ۴۱۴۱ هـ.ق) - این قاعده در بیان این است که ضرر و ضرار در شرع اسلام تجویز نشده اما نه فقط به این معنی که حرام است بلکه به این معنی که ضرر غیر متدارک یا ضرری جبران نشده در اسلام تجویز نگردیده است با تجزیه و تحلیل این نظرات که جای آن در این مبحث نمی گنجد نظری که در این میان بیشتر پذیرفته شده است نفی حکم ضرری است که هم شامل احکام تکلیفی و هم وضعی می گردد. (محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه بخش مدنی، جلد ۴، نشر علوم اسلامی)

کسانی که این قاعده را مبنای تکلیف زیان دیده به مقابله با خسارت می دانند عنوان می نمایند در ابتدا به نظر می رسد این قاعده ارتباطی به قاعده ی لاضرر ندارد چرا که ایجاد این تکلیف خود حکم است ولی لاضرر بیان می دارد حکم ضرری که بر اساس احکام اولیه ی شرعی وجود داشته منتفی است نه اینکه ایجاد حکمی کند که عدم آن موجب ضرر است ولی بایستی گفت این قاعده تنها حکم ضرری را نفی نمی کند بلکه زمانی که خلاء قانونی موجب ضرر است ایجاد حکم می کند و حقوق اسلامی یک نظام منسجم است و بر این اساس در حکمت شارع، همانطور که نفی حکم ضرری موجود برای شارع واجب است بر او لازم است که احکامی را که نبود شان ضرری به وجود می آید، تشریح کند زیرا سکوت و عدم جعل نیز چه بسا زیان و خسارانی به بار (محقق داماد، مصطفی، جعفری خسرو آبادی، نصراله، مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی، ۹۸۳۱، صفحه ۲۱۱) و به بیان دیگر معنای حدیث لاضرر آن است که ضرر در اسلام مشروعیت ندارد ولی عدم مشروعیت هم شامل مرحله ی قانونگذاری می شود و هم شامل مرحله ی اجرای قانون. (محقق داماد، مصطفی، جعفری خسرو آبادی، نصراله، مجله فقه و مبانی حقوق

اما به نظر می‌رسد این قاعده هم کاملاً موضوع را توجیه نمی‌نماید چرا که اگر منظور برداشتن حکم ضرری جبران زیان از دوش عامل زیان باشد به جهت آنکه دلالت لاضرر بر نفی حکم ضرری مورد پذیرش و تصدیق است و این نظر مستلزم پذیرش تفکیک بین زیان‌های ناشی از عمل عامل زیان و زیان‌های قابل اجتناب است می‌توان گفت زیان‌های قابل اجتناب عرفاً به عامل زیان منتسب نیست که جای اعمال قاعده‌ی لاضرر باشد ولی اگر بگوییم معنای مورد پذیرش قاعده اعطای قابلیت جعل حکم به این قاعده است و با این قاعده می‌توان حکم تکلیفی اجتناب از ورود ضرر را ثانیاً بر زیان‌دیده تحمیل می‌نماییم یعنی جعل حکم می‌کنیم اولاً: مفهومی از قاعده را برداشت نموده ایم که معنای پذیرفته شده نیست و به جهت رسیدن به هدف خودمان معنای اصلی قاعده را نادیده می‌گیریم ثانیاً: اگر این قاعده اجازه‌ی جعل حکم به ما بدهد این جعل حکم چه خصوصیتی دارد که تنها در این مورد که ضرری در میان است ما بتوانیم جعل حکم بنماییم و این امر نامشخص است و اگر این قاعده اجازه‌ی جعل حکم به ما بدهد ما در هر جایی می‌توانیم حکمی جعل کنیم و با این قاعده آن را توجیه کنیم و چنین معنای موسعی از این قاعده بعید به نظر می‌رسد.

ه- قاعده‌ی تحزیر:

فقها در خلال مباحث مربوط به مسئولیت افراد نسبت به اعمال و افعالشان قاعده‌ای تحت عنوان (قَدْ أَعَدَّرَ مَنْ حَذَّرَ) (عبادی بشیره، مقصود، تأثیر کاهلی زیان‌دیده در جبران خسارت، مجله معرفت سال بیستم، شماره ۵۶۱، صفحه ۸) مطرح کرده‌اند بدین معنی که اگر کسی پیش از انجام کاری هشدار می‌دهد ولی شنونده به هشدار او توجه نکند و به علت آن کار، خسارتی به وجود آید هشدار دهنده مسئولیتی نخواهد داشت «علامه‌ی حلی در قواعد الاحکام» گفته است اگر ثابت شود

که تیر انداز گفته است مواظب باش و مصدوم نیز شنیده است و با امکان فرار اقدام به فرار نکرده است ضامن نیست «شاهد ثانی در مسالک الافهام» در این باره گفته است (ضمان وقتی بر عهده رامی قرار نمی گیرد که هشدار دهنده به گونه ای که مرمی آن را بشنود و قدرت بر فرار از محل حادثه نیز داشته باشد پس اگر مرمی صدای رامی را نشنید و یا امکان فرار و دور شدن از صحنه را نداشت دیه بر عاقله ی رامی است) پس برای معافیت عامل زیان شریطی لازم است هشدار موثر- هشدار ی که از طرف رامی داده می شود باید به نحوی باشد که به مرمی برسد و او را از خطر آگاه کند و وضعیت آن بر حسب مورد فرق می کند و امکان فرار برای زیان دیده باشد و اوضاع و احوال و قدرت جسمانی و زمان امکان فرار را به وی بدهد. ماده ی ۹ قانون ایمنی راه ها و راه آهن می گوید «عبور از روی خطوط راه آهن و ورود در محوطه ایستگاه ها و کارخانه ها و تاسیسات فنی راه آهن به استثنای سکوهای مسافری و امکانه و گذرگاه ها و معابر مجاز واقع در ایستگاه ها و در طول خطوط ممنوع است جز برای آن عده از مامورین راه آهن که مجاز به عبور هستند و در صورت تخلف و بروز خسارت راه آهنی دولتی ایران مسئول نخواهد بود» به این ترتیب اگر شخصی در معرض خطر و ضرر قرار گیرد و امکان احتراز از آن را نیز داشته باشد و با این حال اقدامی در جهت جلوگیری از آن به عمل نیارد (خادم سربخش مهدی، تأثیر حالت و وضعیت زیان دیده در مسئولیت عامل زیان مجله دادگستری سال ۴۷، شماره ۰۷، ۹۸۳۱، صفحه ۵) نمی توان جبران آن را از دیگری بخواهد و بیان دیگر و در قیاس با وظیفه ی زیان دیده به مقابله با خسارت بر مبنای توجیحی این قاعده استدلال می شود که زیان دیده بایستی برای گریز از تحمل خسارت و در یک وضعیت آگاهانه از ورود خسارت به خود اجتناب ورزد و در فقه یعنی اگر کسی قبل از انجام کاری به دیگری هشدار دهد و وی توجه نکند در نتیجه ی آن عمل ضرری و یا

جنایتی به وجود آید هشدار دهنده مسئولیت ندارد این قاعده‌ی عقلی همانطور که فوقاً بیان گردید منوط به دو شرط است اولاً: هشدار متناسب و قبل از حادثه و ثانیاً: امکان‌رهایی برای زیان‌دیده بدین ترتیب محرز می‌گردد برای اعمال قاعده‌ی تحذیر ضرورت اخطار قبل از وقوع حادثه اجتناب‌ناپذیر است در حالی که در تقلیل خسارت این اخطار الزامی ندارد مضافاً این قاعده شاید به لحاظ استنباط رضایت احتمالی زیان‌دیده بر ورود زیان بر خود رافع مسئولیت عامل زیان بر جبران خسارت باشد اما تکلیفی را بر زیان‌دیده در جهت مقابله با خسارت بار نمی‌نماید و کارایی لازم و وافی را برای تحمیل تکلیف ندارد. علاوه بر قواعد فقهی که از آن‌ها یاد گردید اصول دیگری نیز هستند که می‌توانند راهگشای ما در تحمیل تکلیف مقابله با خسارت بر زیان‌دیده باشند.

الف- حسن نیت:

حسن نیت در اکثر نظام‌های حقوقی شناخته شده و لزوم رعایت آن مورد حکم قرار گرفته است اما تعریف روشنی از آن ارائه نگردیده است اما در عین حال یک ضابطه‌ی حقوقی است (انصاری، علی، مفهوم و معنای حسن نیت در حقوق ایران، فرانسه، پژوهش‌های حقوقی تطبیقی، ۸۸۳۱، صفحه ۲) که نه تنها رعایت آن الزامی است می‌تواند مبنای الزامات و تعهدات بسیاری باشد و از اسناد بین‌المللی نیز می‌توان الزامی بودن آن را برداشت نمود. بند هفت ماده‌ی یک و هفت کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا تفسیر کنوانسیون را بر مبنای حسن نیت لازم‌الرعایه دانسته ولی مخالفانی نیز در این زمینه وجود داشتند که به جهت ابهامات ذاتی و فاقد ضمانت اجرا بودن مفهوم مخالف آن بودند. «حسن نیت» در قانون مدنی ایران به صراحت بیان نشده اما از مواد ۱۱۶۵ و ۱۱۶۴ در خصوص وطی به شبهه می‌توان برداشت نمود چون عمل واطی از نمونه‌های بارز حسن نیت است (جعفری لنگرودی، محمد جعفر، دوره حقوق مدنی، حقوق تعهدات، جلد ۱، مؤسسه چاپ و انتشارات

دانشگاه تهران) و شخص از نقص عمل خود آگاه نبوده و اعتقاد به صحت عمل خود دارد، قانونگذار از وی حمایت می نماید و از طرفی در ماده ی ۶۸۰ قانون مدنی آمده تمام اموری که وکیل قبل از رسیدن خبر عزل به او در حدود وکالت خود بنماید نسبت به موکل نافذ است و این ماده صرفاً ناظر به وضعیت انحلال عقد وکالت نیست بلکه بیانگر نفوذ مفهوم حسن نیت در سیستم حقوقی ایران است (انصاری، علی، حسن نیت) ماده ی ۲۶۳ قانون مدنی در رجوع خریدار جهت ثمن و غرامات به بایع فضول هم مفهوم حسن نیت را می توانیم برداشت نماییم و در ماده ی ۶۵ قانون مدنی عقدی که به علت ضرر دیان واقف باشد منوط به اجازه ی آن ها شده لذا بایستی در این عقد حسن نیت وجود داشته باشد که اگر نباشد این عقد به عقد غیر نافذ تبدیل می گردد. در قانون تجارت در ماده ی ۳۳۷ آمده دلال بایستی در نهایت صداقت عمل نماید که یکی از معانی حسن نیت است و حتی در برخی مواد عدم حسن نیت موجب تأثیر بر نفوذ عقد می گردد مثل معامله از روی تدلیس (ماده ی ۴۲۹ ق.م) که حق فسخ را برای فریب خورده ایجاد می نماید و حتی در برخی مواقع موجب بطلان عقد می گردد مثل عقد بیمه (ماده ی ۱۲ قانون بیمه) و النهایه مواد ۳ و ۳۵ قانون تجارت الکترونیک اصطلاح حسن نیت را به صراحت به کار برد (عبادی بشیره، مقصود، تأثیر کاهلی زیان دیده در جبران خسارت، مجله معرفت سال بیستم، شماره ۵۶۱، صفحه ۸) که به لزوم حسن نیت در معاملات اشاره نموده است. حال آیا با مواد فوق الذکر می توان تحمیل وظیفه ی مقابله با خسارت را بر زیان دیده بر مبنای این مفهوم توجیه نمود آیا این قاعده به این میزان توانمند هست که تکلیفی را بار نماید یعنی اگر شخصی با حسن نیت رفتار نکند و به این امید که زیان وارده بر وی به وسیله ی شخص دیگری جبران خواهد شد به مقابله با خسارت نپردازد آیا مستحق دریافت کلیه ی خسارات وارده می باشد؟ به نظر می رسد تنها با مفهوم حسن

نیت نمی توان به این سوال پاسخ داد اما وقتی این مفهوم در مقابل مفهومی چون «سوء نیت» قرار می گیرد این مفهوم چنین قدرتی می تواند داشته باشد چطور است که سوء نیت فریب دهنده این حق را به فریب خورده می دهد که قرار داد را فسخ کند یا حق در خواست بطلان قرار داد را به دینان واقف می دهد و در پی آن فسخ یا بطلان آثار حقوقی بر طرفین بار می نماید و موجب ایجاد ضمان برای مالی می گردد که در ید طرف مقابل است البته این مفهوم بر گرفته از مفاهیمی چون اخلاق و انصاف و عرف می باشد و در حقیقت این مفاهیم هستند که به حسن نیت کارایی اعطا می کنند و مهمترین مفاهیم فوق «عرف» است.

ب- عرف:

در حقوق خارجی تکلیف زیان دیده به کاستن از خسارت یا مقابله با آن اینطور تعریف گردیده هرگاه در اثر خطای دیگری شخصی در معرض ضرر قرار بگیرد مکلف است در حد متعارف تلاش نماید تا از بروز ضرر یا گسترش آن جلوگیری نماید در غیر اینصورت نسبت به زیان هایی که قابل پیشگیری بوده اند حق مطالبه ی خسارت نخواهد داشت. مفهوم صریح قاعده این است که هرگاه خواهان در اقدام متعارف برای جلوگیری از خسارت قصور نماید حق مطالبه ی غرامت نسبت به زیان هایی که قابل پیشگیری بوده اند را ندارد، اما تعبیر تکلیف خواهان (زیان دیده) و گام های معقول و متعارف او جهت کاستن از خسارت اینطور تعریف شده که زیان دیده بایستی توانایی انجام اقدامات لازم و متعارف برای کاهش خسارت را داشته باشد و بداند و یا احتمال بدهد که اقدامات وی در کاهش خسارت موثر است شرط متعارف بودن در نظام هایی که قاعده ی کاهش خسارت را پذیرفته اند به صراحت مقرر شده در مواد ۷۷ کنوانسیون بیع بین المللی کالا و مواد ۶ تا ۸ اصول قراردادهای تجاری بین المللی و ماده ی ۵۰۵-۹ اصول حقوق قرارداد اروپا متعارف بودن اقدام (دکتر سید محسن سادات

اخوی، دکتر محمود کاشانی، تکلیف زیان‌دیده به کاستن از خسارت با تأکید بر حقوق انگلیس و آمریکا (صفحه ۹۵) زیان‌دیده در کاهش خسارت مقرر شده و طبق آن متعارف بودن به عنوان آنچه که یک فرد با حسن نیت در اوضاع و احوال مشابه به طرفین قرارداد انجام می‌دهد، تلقی می‌شود. در ارزیابی متعارف بودن باید به ماهیت و هدف قرارداد و اوضاع و احوال پرونده و عرف‌ها و رویه‌های تجاری یا حرفه‌ای مرتبط توجه نمود بنابراین زیان‌دیده در صورتی مکلف به انجام اقدامات لازم برای کاهش خسارت است که انجام اقدامات مزبور در اوضاع و احوال مرتبط در نظر افراد متعارف جامعه معقول و منطقی باشد. (حاضری، جواد، قاعده کاهش خسارت درکامن لوکنوانسیون بیع، ۸۹۱ وین مجله تخصصی حقوقی گواه) در قانون ما به این صراحت از الزام، سخنی به میان نیامده و ضرورتی هم ندارد تعهدی که تخلف از آن تقصیر و مستلزم مسئولیت است، تعهد ناشی از قانون یا قرارداد باشد بلکه تخلف از تعهدات عرفی که از آن تعبیر به رفتار غیر متعارف می‌شود نیز تقصیر محسوب می‌شود به تعبیر برخی حقوقدانان از لحاظ منطقی هیچ دلیلی وجود ندارد که انجام دادن کاری که انسانی متعارف مرتکب نمی‌شود، تقصیر باشد ولی انجام ندادن کاری که انسان متعارف به جای آورد خطا محسوب نشود. به عنوان نتیجه می‌توان گفت در تشخیص رفتار شخص نسبت به خودش وجود تعهد سابق ضرورت ندارد و شناسایی تعهد سابق فقط در رابطه‌ی فرد با دیگران است، بحث بر سر آن است که آیا حقوق از کسی که متعارف رفتار نکرده و احترام خود یا مالش را نگه نداشته و به اقتضای متعارف رفتار نکردن حمایت می‌کند؟ و آیا اساساً شخصی می‌تواند نامتعارف رفتار کند و حمایت حقوقی را با قراردادان مسئولیت بر غیر را انتظار داشته باشد؟ و به بیان دیگر آیا می‌توان نتیجه گرفت مبنای الزام به و تکلیف زیان‌دیده به جلوگیری یا مقابله با خسارت عرف است؟ در قانون مدنی در مبحث آثار معاملات قانونگذار در مواد ۲۲۱ و ۲۲۵ آنچه را که

متعارف بوده هر چند در عقد ذکری از آن به میان نیامده است را به منزله ی ذکر در عقد می داند و در نتیجه آثار عقد و آنچه به موجب قرارداد و قانون بر طرفین عقد تحمیل می شود به موجب عرفی که ذکر صریحی از آن نشده نیز بر طرفین تحمیل می شود در نگاه اول به نظر می رسد به طریق اولی عرف که می تواند یکی از منابع تحمیل تکالیف قراردادی باشد می تواند از منابع تحمیل تکالیف قهری نیز باشد اما در این استدلال نیز مانعی وجود دارد و آن «شرع» است موارد تحمیل مسئولیت غیر قراردادی در شرع «محصور» هستند و نمی توان آن منابع را گسترش داد.

نتیجه گیری:

مسئولیت مدنی زیان‌دیده در مقابله با خسارت و به طریق اولی در کاهش خسارت بر اساس الزامهای اجتماعی و منطبق بر اهداف مسئولیت مدنی یعنی همان اهدافی که عامل زیان را مسئول جبران خسارت می دانند به وجود آمده و بنابر رویه ی عقلاً و عرف و بر اساس اصول اخلاقی و حسن نیت و مخصوصاً در کشور های اسلامی با توجه به ریشه های مذهبی تقویت گردیده و فی المجموع به نظر می رسد قاعده ی «اجتناب از خسارت» همانند قاعده ی «بی مبالاتی مشترک» مبتنی بر دخالت و تاثیر خواهان در ورود زیان باشد که موجب قطع کامل یا تخفیف رابطه ی سببیت میان فعل خواننده و ورود زیان می گردد. در حقوق کامن لا سابقه ی تاریخی و شیوه ی دخالت خواهان قبل و پس از ورود زیان سبب تحلیل های جداگانه و آثار جداگانه گردیده (Comparative Negligence and mitigation of damages: two doctrines in search of Adar. Reunion Jahury 2012 yehuda) اما در حقوق ما این تفکیک منطقی به نظر نمی آید در ضمان قهری هرگاه بحث خسارت مطرح می شود ترک فعل خواهان تنها یک انفعال یا عدم ایجاد مانع نیست بلکه حتی در حالت ترک

فعل محض نیز یک زمینه ساز برای تاثیر سبب است که همان تقصیر مشترک محسوب می شود. کسی که در حال سرایت آتش از معرکه نمی گریزد همان اندازه بی مبالاتی کرده که کسی زمینه ساز تاثیر آتش است و با دیدن آتش اموالش را به داخل آتش پرت می کند و کسی که با دیدن آثار بدتر شدن جراحت از مراجعه به پزشک و درمان خودداری می کند به اندازه ی کسی که شرایط به وجود آمدن جراحت را به وجود آورده نقش دارد. فلذا امروزه مسئولیت مدنی زیاننده در جلوگیری و یا کاهش خسارت امری اجتناب ناپذیر به نظر می رسد و بشر امروز که هر مورد را با عقل خود مورد تجزیه و تحلیل قرار می دهد در این مورد نیز بنا بر اصول عقلایی چنین زیاننده ای را مستحق جبران چنان خسارتی نمی داند و با تکرار این امر آن را به عنوان عرف مورد پذیرش قرار داده، عرفی که نشأت از اصول اخلاقی و انصاف می گیرد و در حقوق داخلی هر چند برخی قوانین در فحوی و نه به صورت صریح و مقرره این مسئولیت را پذیرفته اند می توان به کمک عرف این کاهلی زیاننده را تقصیر وی دانست و با تسبیب او را مسئول دانست و ضمانت اجرای این مسئولیت را عدم جبران خسارتی دانست که با کاهلی زیاننده بر وی بار شده است.

منابع و ماخذ:

- ۱- داراب پور - مهراب - قاعده ی مقابله با خسارت - کتابخانه ی گنج دانش چاپ اول ۱۳۷۷
- ۲- کاتوزیان - ناصر - الزامهای خارج از قرارداد جلد اول انتشارات دانشگاه تهران چاپ هشتم ۱۳۸۷
- ۳- جعفری لنگرودی - محمد جعفر دوره ی حقوق مدنی - حقوق تعهدات ج ۱ موسسه ی چاپ و انتشارات دانشگاه تهران
- ۴- نجفی خوانساری - شیخ موسی - قاعده ی لاضرر ۱۴۲۱ المطبعه الاصفهان ه ق
- ۵- خراسانی - محمد کاظم - کفایه الاصول ۱۴۰۹ ه ق
- ۶- انصاری - شیخ مرتضی - مکاسب رساله ی لاضرر ۱۴۱۶ ه ق
- ۷- سیستانی - سید علی - لاضرر و لاضرار نشر مکتب ایت الله سیستانی ۱۴۱۴ ه ق
- ۸- محقق داماد - مصطفی - قواعد فقه بخش مدنی ج ۴ نشر علوم اسلامی
- ۹- تفسیری بر حقوق بیع بین المللی کنوانسیون ۱۹۸۰ وین هجده نفر از دانشمندان حقوق دانشگاههای معتبر جهان - ترجمه ی مهراب داراب پور انتشارات گنج دانش چاپ دوم ۱۳۹۱
- ۱۰- خمینی روح الله - تحریر الوسیله ۱۴۱۴ قم
- ۱۱- احمدی راد - حمید - اثر تقصیر زیاندریده بر مسئولیت مدنی پایان نامه ی کارشناسی ارشد ۱۳۸۴ استاد راهنما دکتر عبدالله شمس
- ۱۲- ناظمی - هادی - لزوم اقدام زیاندریده به کاهش خسارت پایان نامه ی کارشناسی ارشد استاد راهنما دکتر هراب داراب پور
- ۱۳- دارب پور - مهراب - ارزیابی تطبیقی ایفای عین تعهد مجله ی تحقیقات حقوقی شماره ی ۲۹ - ۳۰
- ۱۴- حاضری - جواد - قاعده ی کاهش خسارت در کامن لا و کنوانسیون بیع بین المللی ۱۹۸۰ مجله ی تخصصی گواه ۱۳۸۵ ش ۶ و ۷
- ۱۵- سادات اخوی سید محسن - کاشانی - محمود - تکلیف زیاندریده به کاستن از خسارت با اکید بر حقوق انگلیس و امریکا مجله ی علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز (ویژه نامه ی حقوق) ۱۳۸۰
- ۱۶- کاظمی - محمود - قاعده ی جلوگیری از خسارت نشریه ی دانشکده ی حقوق و علوم سیاسی

دانشگاه تهران ش ۶۸

۱۷- طهماسبی علی- علی پور کورش اثر تقصیر و مسئولیت محض در ترغیب عامل زیان و زیان‌دیده به رعایت احتیاط - مجله‌ی حقوقی دادگستری

۱۸- جنیدی لعیاء- تقصیر زیان‌دیده مجله‌ی دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی ۱۳۷۴

۱۹- محمود- کاظمی - اثر فعل زیان‌دیده بر مسئولیت مدنی عامل زیان نشریه‌ی حقوق دانشگاه تهران ش ۵۷ سال ۱۳۹۱

۲۰- اسماعیل ابادی علیرضا- رضوی محمد حسن - مطالعه‌ی تطبیقی قاعده‌ی رضایت زیان‌دیده و اقدام در کامن لا و اسلام - مجله‌ی فقه و حقوق ش ۵ ۱۳۸۶

۲۱- ژنوینه و پاتریس ژوردن - تقصیر زیان‌دیده در حوادث رانندگی ترجمه‌ی مجید ادیب

۲۲- بادینی حسن - هدف مسئولیت مدنی - مجله‌ی دانشکده‌ی حقوق و علوم سیاسی ش ۶۶ - ۱۳۸۳

۲۳- داراب پور مهرباب - غنی زاده‌ی بافقی مریم - فلسفه‌ی مقابله با خسارت - مجله‌ی تحقیقات حقوقی ش ۵۷

۲۴- ژنوینه و پاتریس ژوردن - همراهی فعل منتسب به خواننده و فعل زیان‌دیده ترجمه‌ی مجید ادیب

۲۵- محمود کاظمی - اثر تقصیر زیان‌دیده بر مسئولیت مدنی عامل زیان - دانشگاه امام صادق - ۱۳۸۴

۲۶- محقق داماد مصطفی - جعفری خسرو ابادی نصر الله - مجله‌ی فقه و مبانی حقوق اسلامی ۱۳۸۹

۲۷- عبادی بشیر مقصود - تاثیر کاهلی زیان‌دیده در جبران خسارت - مجله‌ی معرفت سال بیستم ش ۱۶۵

۲۸- خادم سر بخش مهدی - تاثیر حالت و وضعیت زیان‌دیده در مسئولیت عامل زیان - مجله‌ی دادگستری سال ۷۴ ش ۷۰ - ۱۳۸۹

۲۹- انصاری علی - مفهوم و معنای حسن نیت در حقوق ایران و فرانسه - پژوهش‌های حقوق تطبیقی - ۱۳۸۸

منابع خارجی:

30-comparative negligence and mitigation of damages – two doctrine s in search of reunion janury 2012- yehuda adar

31- Prosser- William .I.(1994) law of torts west puplishing .co

32-Uniform law for international sales under the 1980 united nations convention 3- rd edition – john hanold – university of Pennsylvania