

موانع اعمال قاعده مقابله با خسارت (مطالعه تطبیقی با حقوق آمریکا)

منصور خاکپور^۱

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۹/۰۱

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۱۲/۱۵

چکیده

مطابق قاعده مقابله با خسارت، شخصی که بر اثر رفتار زیانبار دیگری در معرض ورود زیان قرار می‌گیرد، باید اقدام‌های متعارفی را برای دوری از زیان‌های قابل اجتناب انجام دهد. اما گاهی موانع و عواملی باعث رفع تکلیف از عهده متعهد می‌شوند و به عبارتی مانع تحقق و استقرار تکلیف بر دوش زیان‌دیده می‌گردند. در نظام‌های حقوقی مختلف مواردی از قبیل ناتوانی زیان‌دیده برای مقابله با خسارت، اجرای عین تعهد، تعیین وجه التزام و تعارض اجرای قاعده مقابله با خسارت با تعالیم و فرامین مذهبی زیان‌دیده، او را از انجام مقابله با خسارت می‌رهاند و حق مطالبه خسارتهای وارده به خود را نیز از دست نمی‌دهد. از آنجا که قاعده مقابله با خسارت و موانع اجرای آن به صراحت در حقوق ایران پیش بینی نشده است، مطالعه تطبیقی آنها با حقوق آمریکا می‌تواند ضمن شناساندن نقاط قوت و ضعف آن، به یاری رویه قضایی و مقنن در تبیین قاعده مقابله با خسارت بشتابد.

واژگان کلیدی: خسارت قابل اجتناب، مقابله با خسارت، نقض تعهد.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی



مقدمه

درست است که زیان‌دیده بر مبنای تعهد قانونی یا قراردادی وظیفه دارد که به هنگام نقض تعهد و ورود ضرر، با زیان مقابله نماید. لیکن، اگر در راستای انجام این وظیفه موانعی ایجاد شود و مانع ادای تکلیف گردد، بر متعهد متعذر حرجی نیست و می‌تواند تمام خسارات وارده را مطالبه نماید و عامل ورود زیان نیز حق استناد به عدم مقابله زیان‌دیده با خسارت را نخواهد داشت.

موانع اعمال قاعده مقابله با خسارت

ابتدائاً، موانع سر راه زیان‌دیده در مسیر مقابله با خسارت مورد بررسی قرار می‌گیرد:

۱- شرط وجه التزام^۱

طرفین قرارداد ممکن است به هنگام انعقاد قرارداد خسارت معینی را برای نقض تعهدهای ناشی از آن به عنوان خسارت عدم انجام تعهد و یا تأخیر در انجام تعهد پیش‌بینی نمایند که در حقوق ایران به وجه التزام موسوم است. ماده ۲۳۰ قانون مدنی در این خصوص مقرر می‌دارد: «اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف، متخلف مبلغی بعنوان خسارت تأدیه نماید حاکم نمی‌تواند او را بیشتر و یا کمتر از آنچه ملزم شده است محکوم کند». البته به نظر می‌رسد که تعیین مبلغی بعنوان وجه التزام ناظر به فرد شایع آن خسارت مقطوع است و گرنه تعیین جنس یا کالا یا تعهد دیگر بعنوان خسارت عدم انجام تعهد یا تأخیر می‌تواند مورد قبول واقع شود. ضمن اینکه مبلغ وجه التزام می‌تواند بیشتر از خسارت واقعی باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ۳۸۵) و دادگاه نیز نمی‌تواند مبلغ وجه التزام را تعدیل کند.

شرط وجه التزام بعنوان یکی از موانع اجرای قاعده مقابله با خسارت قابل طرح است. چرا که با تعیین وجه التزام و خسارت مقطوع توافق شده، میزان خسارت وارده اهمیت خود را از دست می‌دهد و به محض عهدشکنی از سوی متعهد، متعهدله زیان‌دیده حق دارد نسبت به مطالبه خسارت مقطوع مندرج در قرارداد فیما بین اقدام نماید.

حتی، در کشورهایی که امکان تعدیل وجه التزام پذیرفته شده است، نیز به نظر می‌رسد امکان مکلف کردن متعهدله به انجام اقدام‌های متعارف برای جلوگیری از بروز یا توسعه خسارت وجود ندارد، چرا که در حقوق کشورهای یاد شده نیز موارد امکان تعدیل وجه التزام احصاء شده و عدم انجام تکلیف تقلیل خسارت جزء موارد احصاء شده نیست. در نتیجه دادگاه نمی‌تواند با اعلام اینکه متعهدله به وظیفه خود در تقلیل

^۱ - Liquidated Damages.



خسارت عمل نکرده از میزان وجه التزام بکاهد (Fortin, 2009, 285). در حقوق آمریکا، رویه قضایی این کشور در ایالت‌های مختلف تعیین وجه التزام را بعنوان مانعی برای اعمال قاعده مقابله خسارت دانسته و زیان‌دیده را از تلاش برای مقابله با خسارت معاف دانسته است (Ramsethv.city Agency, 2003). در هیچ یک از نظام‌های حقوقی عدم انجام اقدام‌های متعارف برای کاستن از میزان خسارت، دلیل تعدیل خسارت شناخته نشده است. بعنوان مثال، در حقوق آمریکا اگر در قراردادی وجه التزام تعیین شده باشد متعهدله هیچگاه وظیفه‌ای برای تقلیل خسارت ندارد و دیوان عالی ایالت ماساچوست بر این امر به صراحت حکم کرده است.

برخی حقوق‌دانان معتقدند که حتی اگر طرفین عقد در ضمن عقد برای نقض تعهد وجه التزام تعیین کرده باشند، باز هم زیان‌دیده موظف به مقابله با خسارت برای جلوگیری از ایجاد زیان و یا جلوگیری از توسعه آن می‌باشد و استحقاق مبلغ مقطوع تعیین شده در قرارداد منوط به انجام تکلیف مقابله است، مگر اینکه قرارداد، مستقیماً یا به طور ضمنی زیان‌دیده را از این تعهد معاف کند. برای مثال، قرارداد کاری بین کارگر و کارفرما منعقد می‌گردد و به موجب مفاد این قرارداد، چنانچه کارفرما به هر علت به طور غیرقانونی کارگر را از کار اخراج نماید، کارفرما موظف است مبلغ معینی را بعنوان خسارت به کارگر پرداخت کند. به هنگام دعوی مطالبه خسارت تعیین شده توسط کارگر، کارفرما ممکن است با استناد به قاعده مقابله با زیان و کوتاهی کارگر در این امر، از پرداخت خسارت خودداری نماید. این سوال اساسی مطرح می‌گردد که آیا در این شرایط، زیان‌دیده مکلف است که در راستای مقابله با زیان اقدام متعارف نماید یا چنین وظیفه‌ای بر عهده وی ثابت نیست. گروهی بر این باورند که وقتی طرفین عقد، خسارت ناشی از نقض عهد را معین ساخته‌اند، طرف زیان‌دیده هیچ تعهدی برای کاهش خسارت ندارد و مستحق مطالبه وجه التزام مورد توافق می‌باشد. در مقابل، این نظر قابل طرح است که تکلیف مقابله با خسارت، یک تعهد عمومی و کلی است که بر هر زیان‌دیده‌ای بار میشود و معافیت از این تکلیف منوط به این است که در قرارداد فی‌مابین پیش‌بینی شده باشد که در پرونده (Bowes v. Goss Power Products Ltd, 2012) به این امر اشاره شده است. در این پرونده کارفرما، کارگر را بدون علت از کار اخراج کرد و چون بر اثر قرارداد مکلف به پرداخت حقوق کارگر به مدت شش ماه پس از اخراج بود این کار را شروع کرد. تقریباً پس از سه هفته که کارفرما اجرت مقرر را به کارگر پرداخت نمود، در ادامه از پرداخت اجرت ایام بعدی خودداری نمود. دلیل کارفرما این بود که کارگر آقای Bowes مطابق قرارداد ملزم به تلاش برای جستجو و یافتن کار جایگزین در طول دوره شش ماهه بود و کارفرما در این مدت تلاش‌های کارگر را زیر نظر داشت و ارزیابی می‌نمود. حدوداً دو هفته پس



از اخراج از کار، آقای *bowes* یک فرصت شغلی را با همان حقوق و مزایای کار سابق به دست آورد. در دعوی مطروحه، قاضی پرونده اظهار نمود، وقتی که قرارداد کار حاوی پرداخت مبلغ معینی می‌باشد دریافت کردن مبلغ مقرر منوط به انجام تکلیف مقابله با خسارت است مگر اینکه قرارداد به صورت صریح یا ضمنی کارگر را از این تعهد معاف نماید. از آنجا که توافق طرفین چنین معافیتی (معافیت از تکلیف مقابله) را در بر نمی‌گرفت، بنابراین کارگر استحقاق اخذ تمام مبلغ وجه التزام را نداشت. چرا که او زیانش را با پیدا کردن کار جدید کاهش داده بود (*Patrick, 2012, 2*). دادگاه استیناف رأی مزبور را نقض کرد و مقرر نمود، هنگامی که قرارداد حاوی مبلغ مقطوع در خصوص خسارت نقض تعهد می‌باشد و اما درباره تکلیف مقابله با خسارت توسط زیان‌دیده ساکت است، زیان‌دیده هیچ وظیفه‌ای برای مقابله با خسارت ندارد. مرتب ساختن بار مقابله با خسارت بر عهده زیان‌دیده مغایر با قصد طرفین در قرارداد است و در نهایت آقای *bowes* برای دریافت تمامی مبلغ مقرر شده در قرارداد برای مدت معین محق شناخته شد، علیرغم هر نوع اجرتی که با کار جدیدش به دست آورده بود (*Ibid, 3*).

در ایالت کلرادو در پرونده (*westec constr. Mgmt.co v. Ppostile Enters Inc. 2003*) به این امر پرداخته شده است. هنگامی که سازنده ساختمان در احداث و تحویل بنا به مالک به تعهداتش عمل نکند و ساختمان دارای عیب و نقص باشد، پرداخت مبلغ مقطوع بسته به این است که زیان‌دیده تلاش معقولی را برای کم کردن خسارت و یا جلوگیری از آن انجام دهد و اگر در انجام این تکلیف کوتاهی نماید، طرف دیگر یعنی خواننده می‌تواند به آن استناد نماید. اما آنچه قابل تأمل است این که رویه قضایی به اجماع نرسیده است که در زمان تعیین مبلغ مقطوع، آیا باز هم زیان‌دیده موظف به مقابله با خسارت است یا خیر؟ (*Ronald, 2015, 37*)

البته، برخی از حقوقدانان قصد طرفین را در صدور آرای متفاوت در این زمینه اثرگذار دانسته و بیان داشته‌اند که با وجود توافق طرفین درباره وجه التزام، وظیفه مقابله با خسارت برای زیان‌دیده همچنان باقی است، مگر اینکه طرفین با درج وجه التزام در نظر داشته باشند که وظیفه تقلیل را کنار بگذارند و مسئولیت ناقض قرارداد را از نوع مسئولیت مطلق فوق‌العاده تعیین کنند که در این صورت، اعمال قاعده مقابله با خسارت منتفی خواهد بود (*Levmore, 2009, 365*). به نظر می‌رسد با تعیین وجه التزام، زیان‌دیده هیچ تکلیفی برای مقابله با خسارت ندارد و می‌تواند جهت مطالبه جبران خسارت اقدام نماید. منوط کردن حق مطالبه خسارت به اقدام برای مقابله با خسارت با قصد طرفین قرارداد و فلسفه وجه التزام مغایر می‌باشد.



به دلیل نقش قاعده تقلیل خسارت در بهره‌وری اقتصادی و اجتناب از اتلاف دارایی و جلوگیری از تحصیل منافع مضاعف و ضرورت اعمال حسن‌نیت در قراردادها، شرط وجه التزام همیشه نمی‌تواند مانع اجرای قاعده تقلیل خسارت در نظر گرفته شود (مولایی ۱۳۹۲، ۵۴).

به فرض اینکه به هنگام تعیین وجه التزام در قرارداد، زیان‌دیده تعهدی برای مقابله با خسارت ندارد، چنانچه زیان‌دیده بدون داشتن هر گونه تکلیفی اقدام به مقابله با زیان نمود و در حد متعارف از ایجاد خسارت و یا توسعه آن جلوگیری به عمل آورد تکلیف چیست؟ آیا در کنار مبالغی که از محل مقابله با خسارت تحصیل نموده، مستحق گرفتن وجه التزام نیز می‌باشد؟ به دو صورت می‌توان به این پرسش پاسخ داد: اول، هدف و خواست طرفین در قرارداد این است که به هنگام نقض عهد توسط متعهد، متعهدله حق مطالبه کامل وجه التزام را دارد و چون تکلیفی هم برای مقابله با خسارت بر دوش وی نهفته نیست بنابراین چنانچه در راستای جلوگیری از زیان یا افزایش دامنه آن، سودی هم به دست آورد از آن خودش هست. از طرفی ای بسا این احتمال وجود دارد که میزان خسارت تعیین شده تحت عنوان وجه التزام از میزان خسارت واقعی کمتر باشد که در این صورت عقل سلیم حکم می‌کند که زیان‌دیده عاقل و متعارف به مقابله با زیان قیام کند و از بسط و توسعه آن جلوگیری نماید. این نظر با مقصود طرفین در قرارداد سازگار می‌باشد.

دوم، اگر فلسفه وجودی و هدف مقنن از وضع قاعده مقابله با خسارت و از همه مهمتر فلسفه مسئولیت مدنی را لحاظ کنیم می‌توان گفت که هدف از تعیین وجه التزام، جبران خسارات وارده به زیان‌دیده می‌باشد. چنانچه با انجام اقدام‌های متعارف از خسارت زیان‌دیده کاسته شود یا پیش‌گیری گردد، زیان‌دیده فقط به میزانی که خسارت دیده است مستحق مطالبه خسارت از محل وجه التزام می‌باشد.

در بررسی دیدگاه‌های مطرح شده به نظر می‌رسد که نظر اول منطقی‌تر است و با مقصود طرفین سازگارتر است. اگر قرار است حمایتی صورت بگیرد، زیان‌دیده بی‌گناه شایسته‌تر است تا زیان‌زننده سر تا پا تقصیر.

لازم به ذکر است که قلمروی قاعده مقابله با خسارت هم حوزه تعهدات قراردادی و هم الزامات خارج از قرارداد را در بر می‌گیرد و طرح وجه التزام بعنوان یکی از موانع اعمال و اجرای قاعده مقابله با خسارت ویژه تعهدات قراردادی است و الزامات قهری را شامل نمی‌شود.



۲- اجرای عین تعهد^۱

قاعده مقابله با خسارت موقعی اجرا می‌شود که تعهدی قانونی یا قراردادی زیر پا گذاشته شود و زیان‌دیده ناچار به مقابله با زیان باشد، اما زمانی که ضمانت اجرای عدول از تعهد الزام متعهد به اجرای عین تعهد باشد، اعمال قاعده مقابله در هاله‌ای از ابهام قرار می‌گیرد. آنجا که متعهدله حق دارد انجام تعهد اصلی را از متعهد بخواهد، دلیلی وجود ندارد که خود را به خطر و زحمت انداخته و برای کم کردن از زیان و یا جلوگیری از ایجاد خسارت دست به اقداماتی بزند. پذیرفتن قاعده با مقابله خسارت، حق متعهدله را برای مطالبه انجام عین تعهد محدود می‌سازد که پذیرفته نیست. در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا نیز اجرای عین تعهد در موارد ۲۸ و ۴۹ و ۶۲ بعنوان اصل پذیرفته شده است (صفایی، ۱۳۸۷، ۲۲۲).

در نظام حقوقی کامن‌لا، اصل اولیه برای التزام قراردادی، جبران مالی ضررهای ناشی از نقض است و حکم به اجرای عین تعهد به ندرت و در مواردی که انصاف ایجاب می‌نماید داده می‌شود. اما همین اندازه هم برای دادگاه الزامی نیست و دادگاه می‌تواند به تشخیص خود، حتی در موارد خاص، حکم به اجرای عین تعهد ندهد. نویسندگان حقوق کامن‌لا شروطی را که معمولاً دادگاه‌ها حکم به اجرای عین تعهد می‌دهند، احصا نموده‌اند که مهم‌ترین آن‌ها عبارتند از: اول، هنگامی که پرداخت زیان‌های مالی ناشی از نقض تعهد، جبران کافی برای خسارت خواهان نباشد؛ دوم، یکی از دلایل اصلی که دادگاه‌ها از صدور حکم اجبار به ایفاء عین تعهد طفره می‌روند، عدم امکان نظارت یا مشکل بودن نظارت برای اجرای قرارداد مثل نظارت بر ساختن یک ماشین خاصی با ویژگیهای فنی پیچیده می‌باشد (داراب پور، ۱۳۷۷، ۲۱) اجرای عین تعهد یک استثناء مهم در اعمال قاعده مقابله با خسارت است (Bates, 1992, 288). البته در کامن‌لا، الزام به اجرای عین تعهد جنبه استثنایی دارد و اصل کلی و اولیه ضمانت اجرای نقض قرارداد، جبران پولی خسارت ناشی از نقض قرارداد می‌باشد. در حقوق آمریکا نیز از استثنائات قاعده مقابله با خسارت، استحقاق زیان‌دیده در مطالبه اجرای تعهد اصلی است (Perillo, 2009, 507).

البته برخی از حقوقدانان معتقدند در صورتی که متعهدله با الزام خواننده به اجرای عین تعهد، خسارت ناشی از نقض قرارداد را کاهش ندهد تعهد خود در مورد عمل به حسن‌نیت را زیر پا گذارده است، بنابراین مسئول می‌باشد (Koskinen, 1992, 22). در حقوق آمریکا اجرای عین تعهد جنبه استثنایی دارد و محاکم به ندرت انجام تعهد اصلی را در احکام صادره مقرر می‌نمایند.

¹ - Specific Performance.



در حقوق ایران، اجرای عین تعهد بعنوان اصل در نظر گرفته شده است و الزام متعهد به ایفاء عین تعهد در صورت امکان، اولین روش برای مقابله با نقض عهد می‌باشد. ماده ۲۳۷ قانون مدنی در این باره مقرر می‌دارد، هر گاه شرط در ضمن عقد شرط فعل باشد اثباتاً یا نفیاً کسی که ملزم به انجام شرط شده باشد باید آن را به جا آورد و در صورت تخلف طرف معامله می‌تواند به حاکم رجوع نموده و تقاضای اجبار به وفای شرط نماید. همچنین ماده ۳۷۶ قانون مدنی تصریح می‌کند که در صورت تأخیر در تسلیم مبیع یا ثمن، ممتنع اجبار به تسلیم می‌شود. بنابراین، متعهدله نمی‌تواند در بدو امر قرارداد را فسخ کرده و مطالبه خسارت نماید. البته، برخی از حقوق‌دانان بر این باورند که اگر چه با امکان مطالبه تعهد اصلی، تکلیفی برای مقابله با خسارت بر عهده زیان‌دیده وجود ندارد، با این حال زیان‌دیده راساً می‌تواند دست به مقابله زده و زیان وارده را کاهش دهد و البته اگر توفیقی در این زمینه حاصل نشود هیچ مسئولیتی برای او وجود نخواهد داشت (مولایی، ۱۳۹۲، ۵۷).

گروهی دیگر معتقدند که به صرف تقاضای ایفاء عین تعهد از سوی خواننده، ریسک عدم اقدام به مقابله با خسارت از خواهان به خواننده منتقل نمی‌شود، بلکه باید اوضاع و احوال قضیه را در نظر داشت. پس، جایی که تنها طریقه جبران خسارت انجام عین تعهد است طبیعت معامله ایجاب می‌نماید که وظیفه مقابله با زیان وجود نداشته باشد، ولی چنانچه منفعت و نیاز موجه و متعارضی، ایفاء عین تعهد را ایجاب ننماید، وظیفه مقابله با خسارت کماکان به قوت خود باقی می‌ماند و صرف اقامه دعوا برای ایفاء عین تعهد، خواهان را از تکلیف مقابله با خسارات مبری نمی‌سازد (داراب پور، ۱۳۷۷، ۲۴).

لازم به ذکر است تا زمانی که مقررات قانونی ایران در خصوص قاعده مقابله با خسارت وضع و اصلاح نگردد، اختلاف‌نظرها و ابهام‌ها همچنان وجود خواهد داشت و رویه قضایی ما هم در این زمینه آراء مؤثری صادر نکرده است.

۳- ناتوانی مالی برای مقابله با خسارت

بدیهی است که اگر زیان‌دیده توان مالی لازم را برای پرداخت هزینه‌های مقابله با خسارت و به کارگیری اقدامات لازم نداشته باشد، تکلیفی برای مقابله با زیان بر عهده زیان‌دیده متصور نیست. این مسأله در نظام حقوقی کشورهای مختلف و کاملاً محل اختلاف است. در برخی آراء محاکم، عدم تمکن مالی را دلیل موجهی برای معافیت زیان‌دیده از مقابله با خسارت قلمداد نکرده‌اند. بعنوان مثال، دیوان عالی کانادا در پرونده داوسون علیه شرکت صادرات هلیکوپتر اعلام کرد که عدم توانایی متعهدله در انجام معاملات



جایگزین به منظور جلوگیری از خسارت، او را از اجرای این قاعده معاف نمی‌کند (Bates, 1992, 292). البته طبیعی است که انتقادات زیادی نسبت به این حکم صورت گرفته است. زیرا وقتی که شخص زیان‌دیده بیگانه در عمل قادر به مقابله با خسارت و پرداخت هزینه‌های مربوطه نیست، مترتب دانستن این وظیفه بر دوش وی مصداق بارز تکلیف مالایطاق است که زیبنده قانون‌گذار حکیم نیست.

در حقوق آمریکا، ناتوانی مالی زیان‌دیده برای مقابله با خسارت وظیفه مقابله را از عهده وی ساقط می‌سازد و زیان‌دیده هیچ تکلیفی برای جلوگیری از زیان ندارد و میتواند کلیه خسارات وارده را مطالبه نماید و در مقابل خواننده دعوا هم حق ندارد ناتوانی مالی زیان‌دیده را مستمسکی برای عدم مقابله با زیان قرار داده و مسئولیت خود را به استناد آن کاهش دهد. قاعده مقابله با خسارت، خواهان را به اتخاذ اقدام‌هایی که او به لحاظ مالی قادر به انجام آن نیست، مکلف نمی‌سازد (Jackson, 2012, 2).

همچنین در حقوق آمریکا، ناتوانی مالی برای انجام تعمیر یا رفع عیب و نقص کالا و یا ساختمان عذر موجه محسوب شده و زیان‌دیده را از تکلیف مقابله با خسارت نجات داده است. در پرونده *burt v. Beautiful saviar lutberan church* زیان‌دیده به دلیل ناتوانی مالی با زیان مقابله نکرد و بعدها هزینه مقابله با زیان افزایش پیدا کرد. دادگاه استیناف کلورادو رأی داد که خواهان پولی برای پرداخت هزینه‌های تعمیر اولیه ساختمان نداشته و استناد خواننده به کوتاهی وی در مقابله با خسارت پذیرفته نیست (Ronald. 2015, 35) حتی اگر خواهان زیان‌دیده پول کمی برای پرداخت هزینه‌های تعمیرات داشته باشد، این کار نمی‌تواند در نهایت سودمند باشد، چرا که مقابله با زیان مقطعی بوده و نه تنها به طور دائم خسارات را کم نمی‌کند بلکه در نهایت خسارات کلی و مجموع را نیز افزایش می‌دهد و هزینه‌های پرداخت شده برای تعمیرهای موقت نیز به مجموع خسارات وارده اضافه می‌شود. درست است که زیان‌دیده وظیفه دارد با زیان مقابله نماید، اما چنین تکلیفی او را به انجام اقدام‌های زیانبار و تعمیرهای زیانبار ملزم نمی‌کند (Ibid, 35) البته اگر زیان‌دیده به اندازه توان مالی خود به اقدام‌ها و درمان‌های موقت پردازد و در این راه توفیقی به دست نیاورد، می‌تواند هزینه‌های پرداخت شده را از زیان زنده مطالبه نماید. چرا که خسارات افزایش یافته نیز حاصل عهدشکنی متعهد بوده و نمی‌توان خواهان را به دلیلی ناتوانی مالی در جلوگیری از توسعه خسارت مقصر دانست و خسارت قابل اجتناب را در محاسبه نهایی از خسارات کلی کسر نمود.

ناتوانی مالی می‌تواند شامل عدم امکان مالی برای انجام معامله جایگزین هم باشد. مثلاً، شخصی که ملکی را در مزایده برنده شده است و بعداً به علت ابطال مزایده توانایی مالی لازم برای شرکت در مزایده دوم را ندارد، در مقابله با خسارت کوتاهی ننموده است. در دعوی میان *koby* و ایالات متحده، قاضی آگرا



استدلال و اظهار نمود که انتظار نمی‌رود که یک فرد زیان‌دیده برای بالا بردن منافع شخص متخلف به خودش ضرر برساند و یا به اقداماتی فداکارانه از قبیل قرض گرفتن برای مقابله با زیان دست بزند) (Laurence, 2004, 9).

در حقوق ایران با استفاده از عمومات و مقررات کلی می‌توان گفت که زیان‌دیده مکلف است به مانند انسانی متعارف رفتار نماید و معقول و منطقی آن است که بر شخص ناتوان تکلیفی بار نیست. البته، نباید مطلق سخن گفت. گاهی انسانی متعارف می‌تواند با قرض گرفتن مبلغی پول به جنگ خسارتی اندک برود و از خسرانی بزرگ جلوگیری به عمل آورد. برای مثال، شخصی به عمد لوله آب ساختمان را می‌شکند و باعث سرازیر شدن آب می‌شود. صاحب خانه نمی‌تواند با این بهانه که پولی برای تعمیر و یا تعویض لوله آب نداشته و خسارات کلی وارده به دیوارها و رنگ‌ها و فرش‌ها و غیره را مطالبه نماید، مگر اینکه اثبات نماید که هیچ راهی برای دفع ضرر و انجام اقدام‌های متعارف برای مقابله با زیان نداشته است. آنجا که خسارت در ابتدا خیلی جزئی و بی‌مقدار بود و زیان‌دیده ناتوانی مالی را دستاویزی برای عدم مقابله با زیان قرار داده است و خسارت جزئی گسترش یافته و به خسرانی بزرگ مبدل شده است، باید گفت که بار اثبات عدم تمکن مالی بر دوش خواهان قرار می‌گیرد و اوست که باید ناتوانی مالی و عدم وجود راه‌های دیگر را برای مقابله با زیان ثابت کند.

۴- قوه قاهره

در تمامی نظام‌های حقوقی از جمله کامن‌لا، حادث شدن قوه قاهره از موجبات معافیت از انجام تعهد و مبری شدن از مسئولیت می‌باشد. کما اینکه ماده ۷۹ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا نیز قوه قاهره را باعث مبری شدن متعهد از مسئولیت می‌داند. موقعی که شخصی بواسطه اقدام زیان‌بار دیگری در معرض ورود خسارت قرار می‌گیرد، تکلیف دارد که با زیان مقابله نماید. انجام این تکلیف، منوط به این است که قوه‌ای قهری بر سر راهش قرار نگیرد و مانع انجام تعهد نشود. پس، اگر زیان‌دیده ثابت کند که عدم انجام وظیفه مقابله با خسارت از سوی وی به علت حادث شدن قوه قاهره بوده، وی مسئولیتی نداشته و خواننده باید کلیه خسارات وارده بر وی را جبران کرده و در مقام دفاع نمی‌تواند به قاعده مقابله با خسارت استناد کند (صفایی، ۱۳۸۷، ۳۸۸).

اثبات قوه قاهره بر عهده مدعی آن می‌باشد و این زیان‌دیده است که باید ثابت نماید کوتاهی او در مقابله با خسارت به علت دخالت قوه قاهره بوده است. قوه قاهره اصولاً یک دفاع است. لذا قاعدتاً زمانی



مطرح می‌شود که متعهد نتوانسته تعهد خود را انجام دهد و دلیل عدم انجام تعهد را دخالت عامل خارجی اعلام می‌نماید. این امر در خصوص زیان‌دیده هم که مکلف به کاستن از خسارت است مصداق پیدا می‌کند.

۵- باورهای دینی و اخلاقی

دکترین مقابله با خسارت به طور کلی طرف زیان‌دیده را به انجام اقداماتی که با انتخابها و معیارهای اخلاقی و دینی او در تضاد و تعارض باشد ملزم نمی‌کند. برای مثال، در مواردی از قبیل تولد غیرقانونی، دادگاهها حکم داده‌اند که کاهش خسارت و مقابله با آن در حدی که مستلزم به فرزند خواندگی دادن بچه و یا سقط جنین می‌باشد ضروری نیست (Parobek, 2006, 113) دادگاهها در خصوص نپذیرفتن سقط جنین یا فرزند خواندگی بعنوان بخشی از تکلیف مقابله با خسارت اظهار نموده‌اند که "ما فکر می‌کنیم که نه تنها تحمیل این گزینه‌ها بر یک خواهان به طور غیرقانونی حقوق اساسی را در مورد محرمانگی و رازداری در این موضوعات نقض می‌کند، بلکه ماهیت این گزینه‌ها نسبت به اقدام متعارف، بسیار فوق‌العاده می‌باشد". (Smith. V. Gore. 728 s. w. 2d 738, 751 – 52 (Tenn. 1987).

در این مورد، چالش‌های اساسی مطرح گردید: آیا امتناع خواهان از انتقال خون عقلائی و متعارف بود یا اخلاص او در پایبندی به اعتقادات و باورهای دینی خودش؟ در این باره اختلاف نظر ایجاد شد. برخی عمل به باورهای اخلاقی و دینی را برای یک فرد معتقد و مذهبی، متعارف و معقول قلمداد کردند و گروهی دیگر مخالفت با تزریق خون و مرگ عزیزی را به نظاره نشستن را عین عدم عقلائیت توصیف کردند و اذعان نمودند که شخص متعارف هرگز راضی به مرگ عزیزانش نمی‌شود وقتی که راه درمان و حیات بخش وجود دارد. (خاکپور و سایرین، ۱۳۹۸، ۲۶)

در پرونده شربرت علیه ورنر (Sherbert v. Verner, 374 U.S. 398 (1963))، خواهان یک فرد مسیحی با عقاید *seventh-day Adventist* بود که نمی‌توانست در روزهای شنبه کار کند. کارفرما او را به خاطر خودداری از کار در شیفت‌های اجباری شنبه، از کار اخراج کرد. کارگر اخراجی نتوانست کار دیگری را با در نظر داشتن روزهای شنبه (*Sabbath day*) پیدا کند. بنابراین، تقاضای دریافت مستمری بیکاری را از دولت نمود، اما دولت ادعای او را به علت امتناع از فعالیت در روزهای شنبه نپذیرفت و خواهان از رفتار دولت به دادگاه شکایت کرد. دادگاه رأی داد که رفتار دولت با قانون اساسی مغایر بود طوری که خواهان را به انتخاب میان رعایت فرامین مذهبی خود و از دست دادن مزایا مجبور می‌ساخت. دادگاه اظهار نمود که شرط قابلیت دسترسی به منافع و مزایای ناشی از بیکاری دست کشیدن از اصول مذهبی است که به طور



مؤثر اصل رفتار آزاد یکی از آزادی‌های اساسی را نقض میکند. خواهان بین دریافت مزایا و مستمری بیکاری و یا دست کشیدن از آن و عمل به عقاید مذهبی خود مردد می‌ماند. هر کدام را بخواهد دیگری را از دست می‌دهد. تصمیم دولت نقض آشکار متمم اول قانون اساسی آمریکا و حق رفتار آزاد بود. حمایت از حقوق مذهبی در آراء دیوان عالی آمریکا تقویت گردیده است (Parobek, 2006, 120).

دکترین مقابله با خسارت نامحدود نیست، بلکه خواهان فقط ملزم است به رفتار معقول و متعارف. باید بررسی نمود که رفتار شخص متعارف محسوب می‌شود یا خیر؟ به نظر می‌رسد که باید رفتار انسانی متعارف را در مذهب آن فرد در نظر گرفت. به طور کلی، زیان‌دیده ملزم به انجام اقدام‌های فوق‌العاده یا اقدام‌هایی که با معیارهای دینی و اخلاقی او در تعارض باشد نیست. از این رو، زیان‌دیده حتی با وجود سایر شرایط لازم برای اعمال قاعده مقابله با خسارت، چنانچه اعمال قاعده با عقاید و باورهای مذهبی و اخلاقی او در تضاد باشد نباید تکلیفی برای مقابله با زیان داشته باشد. در نظام‌های سیاسی که حقوق مذهبی جامعه و علی‌الخصوص اقلیت‌های مذهبی را با احترام شناسایی کرده‌اند، چنین زیان‌دیده‌ای می‌تواند به ندای درون خود و وجدان و سجایای اخلاقی خود پاسخ مثبت دهد و عمل به میانی مذهبی و اخلاقی را بر هر چیزی و قاعده‌ای مقدم بدارد و خود را مطابق قوانین در مطالبه خسارت از عامل ورود زیان محق بداند و لیکن در نظام‌هایی که تعالیم دینی و مذهبی را واقعی نمی‌نهند و جایگاهی برای آن در نظر نمی‌گیرند مکلف کردن شخص زیان‌دیده به انجام وظایف و تعهداتی مغایر با باورهای درونی و دینی و اخلاقی او، تباهی و سقوطی برای قانون‌گذار مقدس است و حقوق که آمیزه‌ای از علم و هنر زندگی در پرتو قانون است این تباهی را بر نمی‌تابد.

از منظر فقه ما، دفع ضرر محتمل از قواعد عقلی است و وفق قاعده ملازمه که منشأ اصولی دارد مورد پذیرش فقه است و بر خلاف حقوق آمریکا تعارضی میان قاعده مقابله با خسارت و احکام فقهی اسلام نیست. قواعدی مانند قاعده نفی عسر و حرج و الضرورات تبيح المحظورات در این راستا قابل طرح و بحث هستند (رحمانی، ۱۳۷۶: ۶۱).

در حالت اضطرار، شخص اگر از مبانی مذهبی دست بکشد و برای نجات جان بیمار و مقابله با خسارت دست به کار شود، مرتکب معصیت نشده و ای بسا واجب آن است که بدین کار اهتمام بورزد. از جمله قواعدی که در استنباط و اجتهاد احکام فقهی نقش به‌سزایی دارد، قاعده «کل حرام مضطر الیه، فهو حلال» می‌باشد که به قاعده اضطرار شهرت یافته است (منبع پیشین، ۶۳). برای مثال، شخصی را در مکانی بی‌آب رها کرده‌اند و شخص بر اثر تشنگی نزدیک است که جان خود را از دست بدهد. از قضا در آن محل،



شراب مسکر وجود دارد و حتماً شخص با نوشیدن آن از مرگ نجات می‌یابد. اگر چنین شخصی بخاطر حرمت شراب از آن ننوشد و بمیرد آیا وراثت وی می‌تواند تقاضای غرامت و کیفر نمایند؟ در حالی که یک شخص متعارف در حالت اضطرار دست از حرمت کشیده و به نجات نفس خویشتن می‌اندیشد.

دلالت آیه شریفه ۷۸ سوره حج « و ما جعل علیکم فی الدین من حرج، و بر شما در کار دین هیچ تنگی و دشواری ننهاده است» بر مقابله با خسارت و ترک واجب روشن‌تر است. زیرا این آیه نه تنها بر جواز ارتکاب حرام در صورت اضطرار دلالت می‌نماید، بلکه افزون بر آن، ترک واجب را نیز در حال اضطرار جایز می‌شمارد. زیرا ملاک، وجود حرج و مشقت است، خواه منشأ آن ترک حرام باشد و یا وجوب انجام واجب باشد.

۶- امتناع موجه زیان‌دیده از مقابله با خسارت

اگر انجام اقدامات جایگزین سبب تحقیر، بی‌آبرویی و یا به هر جهت لطمه به اعتبار، شخصیت و یا شهرت تجارته و خانوادگی زیان‌دیده در جامعه گردد، او ملزم به قبول پیشنهادهای جایگزین نیست. به موجب بند یک بخش دوم قواعد تدوین شده حقوق آمریکا (۱۹۷۹) در زمینه قراردادهای، مطالبه خسارت بابت زیان‌هایی که زیان‌دیده می‌توانسته بدون تحمل خطر، مشقت یا تحقیر ناروا از آن جلوگیری کند امکانپذیر نمی‌باشد. برای مثال، به کارگری که به طور غیرقانونی از کار اخراج شده است کاری با رتبه پایین‌تر پیشنهاد گردد، مشارالیه، مدیر یکی از بخش‌های اداره بوده و پس از اخراج انجام کارهای خدماتی و نظافت در اداره به او پیشنهاد می‌گردد که این امر با شأن و شخصیت و حیثیت او در تضاد است و عدم پذیرش این پیشنهاد کاملاً موجه جلوه می‌کند. نکته قابل ذکر این که با قبول معامله و اقدام‌های جایگزین زیان‌دیده حقوق خود را به خاطر نقض قبلی از دست نمی‌دهد.

در حالت عادی، شخصی که دچار صدمات و آسیب‌های جسمی و روحی و مالی شده است به طور طبیعی به دنبال درمان و بهبود وضعیت خویش و جلوگیری از صدمات بیشتر می‌رود و در مورد جراحات و صدمات جسمی به توصیه‌های پزشک معالج خود عمل می‌نماید، اما زمانی که روش‌های مقابله با خسارت و صدمات وارده سبب گردد که به زندگی و هویت و شخصیت زیان‌دیده لطمه وارد شود، دادگاهها این نوع مقابله با خسارت را تجویز نمی‌کنند. برای مثال، با این که دادگاهها عموماً جراحی جزئی را برای درمان بیمار یا مصدوم معقول و متعارف می‌دانند اما در صورت وجود خطر و یا دردناک بودن جراحی، شخص زیان‌دیده می‌تواند از آن امتناع نماید و این امر کوتاهی در مقابله با خسارت قلمداد نمی‌شود (kontorovich, 2001, 14).



زمانی که شخص زیان می‌بیند یا در معرض ورود زیان قرار می‌گیرد، قاعده اولیه این است که با اتخاذ اقدامات متعارف با خسارت مقابله نماید. یکی از راههای جلوگیری از ورود خسارت و یا کاستن از دامنه آن انجام معاملات و یا اقدامات جایگزین می‌باشد که حتی احتمال دارد خود عامل ورود زیان آن را به زیان‌دیده پیشنهاد کند و به تبع آن زیان‌دیده بر مبنای مصلحت و تشخیص خود می‌تواند پیشنهاد مربوطه را بپذیرد و یا از قبول آن امتناع بورزد. بدیهی است که زیان‌دیده در انتخاب و پذیرش معامله جایگزین، ملزم به قبول پیشنهادهای نامعقول و نامتعارف نیست. در مقابل، او باید در راستای کاهش خسارات پیشنهادهای معقول و متعارف را قبول کند و انجام دهد و در غیر اینصورت کوتاهی در مقابله با خسارت محسوب شده و از حق مطالبه خسارت به همان میزان محروم می‌گردد. در مواردی که زیان‌دیده حق دارد از پذیرفتن پیشنهادهای جایگزین خودداری نماید، منوط به این است که دلایل موجهی برای این کار داشته باشد.

۷- ممانعت خواننده (متعهد) از مقابله با خسارت توسط زیان‌دیده

اگر خواننده در موقعیتی باشد که مانع اقدامات خواهان برای مقابله با خسارت گردد، در این صورت مسبب و مقصر ورود ضرر خود خواننده است و خواهان وظیفه‌ای برای مقابله با خسارت نخواهد داشت. عرف نیز اینگونه خسارات را به خواهان مرتبط نمی‌داند. اقدام به مقابله با زیان برای تقلیل یا رفع خساراتی است که خواننده باید جبران کند. لذا، هنگامی که خواننده خود مانع تقلیل یا رفع اینگونه خسارات می‌شود نمی‌توان خواهان را مورد بازخواست قرارداد (داراب پور، ۱۳۷۷، ۱۳۳۶). برای مثال، بر اثر اقدام‌های زیان‌بار شخص، خانه همسایه آتش گرفته است و تنها راه برای خاموش کردن مناسب و به موقع شعله‌های آتش، استفاده از پشت بام خانه عامل ورود زیان می‌باشد اما مشارالیه با بی‌رحمی و قساوت تمام اجازه استفاده از پشت بام خانه خود را نمی‌دهد و همسایه زیان‌دیده هم نمی‌تواند آتش را خاموش نموده و با زیان مقابله نماید. در این صورت، همسایه زیان‌دیده استحقاق مطالبه کلیه خسارات وارده را دارد و هیچ موجبی وجود ندارد که عامل ورود زیان بتواند به قاعده مقابله با خسارت متوسل شود. چرا که با بی‌تدبیری و رفتاری غیرعقلایی باعث توسعه دامنه خسارت شده و خود کرده را چاره‌ای غیر از پرداخت تمامی زیان‌های وارده به زیان‌دیده نیست.

این مسأله، یک امر بدیهی و عقلی و عرفی است و شخصی که در مقابله با زیان ذینفع می‌باشد از اقدام‌های متعارف زیان‌دیده برای این منظور ممانعت نماید، باید تاوان بدهد و تاوان آن عدم امکان استناد به کوتاهی زیان‌دیده در مقابله با خسارت خواهد بود.



۸- شروط تحدید کننده مسئولیت

درست است که بر اساس قاعده عمومی مقابله با خسارت، زیان دیده وظیفه دارد به هنگام نقض تعهد اعم از قانونی یا قراردادی، با انجام اقدامات متعارف از ورود زیان و یا توسعه دامنه آن جلوگیری نماید، در غیر اینصورت حق مطالبه خسارات قابل اجتناب را نخواهد داشت. اما ممکن است در قراردادهای منعقد مقرر گردد که در صورت نقض تعهدات قراردادی از سوی متعهد، متعهدله هیچ تکلیفی برای مقابله با خسارت نخواهد داشت و می‌تواند برای مطالبه تمامی خسارات وارده اقدام نماید. پذیرش تحدید مسئولیت بر مبنای حاکمیت اراده طرفین و ماده ۱۰ قانون مدنی ایران و قواعد عمومی مانعی ندارد.

نکته قابل ذکر این که شرط تحدید مسئولیت و اسقاط تکلیف مقابله با خسارت جنبه قراردادی دارد و صرفاً در حوزه قراردادها قابل اجرا می‌باشد و در حوزه مسئولیت‌های غیر قراردادی قابل اجرا نیست.

در حقوق آمریکا شرط تحدید مسئولیت و برداشتن تکلیف مقابله با خسارت از دوش زیان دیده پذیرفته شده است. برای مثال، دادگاه استیناف نیویورک در پرونده *Holly props .v Cole prods* اظهار نمود که بر مبنای تراضی صریح طرفین عقد اجاره، خواهان هیچ تکلیفی برای مقابله و کاهش خسارت ندارد و در صورت رها کردن و یا تخلیه عین مستأجره توسط مستأجر (خواننده)، خواننده در قبال تمامی تعهدات پولی و غیرپولی ناشی از رابطه استیجاری مسئول باقی خواهد ماند. از این رو، رأی داد که چنانچه قرارداد اجاره متضمن مسئول بودن مستأجر و عدم مسئولیت مؤجر برای مقابله با خسارت باشد این شرط قابل اجرا است. (carrillo , 2008 ,2)

در حقوق دیگر کشورها نیز چنین امری پذیرفته شده است. برای مثال، دیوان عالی کانادا در پرونده *Bowes v. Goss power Products Let* مقرر نمود که هنگامی که کارگر به طور غیرقانونی توسط کارفرما از کار اخراج شده است، بر طبق قواعد عمومی، کارگر مکلف به انجام اقدامات متعارف برای کاهش خسارت می‌باشد مگر این که قرارداد کار صریحاً یا به صورت ضمنی کارگر را از این تعهد معاف نماید. از آنجا که قرارداد فیما بین چنین معافیتی (معافیت از تکلیف مقابله با خسارت) را در بر نمی‌گیرد، کارگر برای مطالبه مبلغ کامل مقرر در قرارداد محق شناخته نمی‌شود چرا که او خساراتش را با پیدا کردن کار جدید کاهش نداده است، علیرغم اینکه چنین فرصت و توانی را داشته است (Patrick, 2012, 2).

در رابطه با اسقاط تکلیف مقابله با خسارت در حقوق آمریکا دو جبهه شکل گرفته است. البته، عمده چالشها در حوزه قراردادهای استیجاری تجاری می‌باشد. دادگاههای موافق امکان اسقاط تعهد مقابله با خسارت بر این باورند که طرفین قرارداد قدرت مذاکره و چانه‌زنی مساوی دارند و بر اساس اصول حاکمیت



اراده طرفین و آزادی قراردادهای، طرفین در تعیین مفاد قراردادهای و گنجاندن هر شرطی که مخالف با قواعد آمره نباشد آزاد و مختار هستند و نباید قوانینی را وضع نمود که دایره آزادی افراد را محدود نماید. اسقاط تکلیف یک اصل جدید در حقوق نیست، بلکه قاعده‌ای مطابق با قواعد عمومی قراردادهای می‌باشد. در مقابل، مخالفان امکان اسقاط تکلیف مقابله با خسارت معتقدند که قدرت چانه‌زنی طرفین قرارداد اجاره مساوی نیست و هیچ تضمینی برای این امر وجود ندارد. علاوه بر آن، این مسأله با سیاست‌های عمومی دولت نیز مغایر می‌باشد (sandler, 2014, 647).

در این باره، در ایالت‌های مختلف آمریکا قوانین و مقررات گوناگونی وجود دارد که گاهی با هم در تضاد هستند، اما سخن کوتاه اینکه پذیرش اسقاط تکلیف مقابله با خسارت می‌تواند به ضرر مستأجرین تمام شود و نیز باعث ورود لطمه به ثروت عمومی جامعه و رفاه عمومی گردد.

معیار برای پذیرش یا رد اسقاط تکلیف مقابله با خسارات، آسیب وارد شدن به رفاه و سرمایه عمومی می‌باشد، اگر با قبول اسقاط تکلیف مقابله، زیان‌دیده بی‌تفاوت بماند و چشم انتظار دریافت خسارت باشد، در نهایت به منافع عمومی جامعه زیان وارد می‌شود و چنین امری مورد قبول نیست. از این رو، در برخی ایالت‌های آمریکا چنین اسقاط تکلیفی را نپذیرفته‌اند، اما برخی دیگر اسقاط تکلیف را سازگار با قواعد عمومی و خواست طرفین دانسته و آن را تجویز نموده‌اند (sandler, 2014, 665).

۱-۸- اسقاط تکلیف مقابله با خسارت در قراردادهای اجاره براساس حقوق آمریکا

طرفین به هنگام انعقاد عقد اجاره توافق می‌کنند که مستأجر از منافع عین مستأجره برای مدت زمان معینی منتفع شود و در عوض اجاره‌بهای مقرر را به مؤجر پرداخت نماید. ممکن است مستأجر قبل از انقضای مدت اجاره، ملک مورد اجاره را تخلیه کند و بقیه اجاره‌بها را طبق مفاد قرارداد به مؤجر بپردازد. معمولاً، مؤجر زیان‌دیده سه راه را در پیش روی خود می‌بیند:

- ۱- اعراض مستأجر و تخلیه زودتر از موعد ملک و پایان قرارداد را بپذیرد،
 - ۲- ملک را مجدداً به دیگری اجاره بدهد و نسبت به مطالبه خسارات اجاره‌بها از زمان نقض قرارداد تا انعقاد اجاره مجدد اقدام نماید.
 - ۳- کاری نکند و مستأجر را برای کل شرایط و اجاره‌بها مسئول بداند.
- حقوق، عدم فعالیت مالک را معتبر نمی‌داند و مطابق عرف و قواعد عمومی زیان‌دیده نمی‌تواند بیکار بنشیند تا زیان بیشتری وارد شود و سپس نسبت به مطالبه جبران خسارت کل ایام اجاره اقدام کند. منطق



اقتصادی، نظامی را تأیید می‌کند که به مالک اجازه سکوت و بی‌خیالی را نمی‌دهد. در نتیجه زیان‌دیده موظف به انجام اقدام‌های متعارف برای مقابله با خسارت است (Sandler, 2014, 653).

بخش ۱-۴۰۳ قانون متحدالشکل مؤجر و مستأجر مسکونی آمریکا مقرر می‌دارد که یک قرارداد اجاره نمی‌تواند مستأجر را به چشم پوشی و اسقاط یا صرف‌نظر کردن از حقوق یا جبران خسارت بر اساس این قانون ملزم کند که ممکن است تکلیف به کاهش خسارت را در بر بگیرد. این رویه، مورد پذیرش اکثر ایالت‌هایی که قانون *URLTA* را پذیرفته‌اند واقع شده است. سه ایالت، شرط عمومی مقابله با خسارت را از قوانین مبتنی بر *URLTA* خودشان حذف نموده‌اند. با وجود این، ایالت آلاباما تنها یک ممنوعیتی علیه اسقاط حق دارد که به نظر نمی‌رسد در بردارنده ممنوعیت اسقاط تکلیف مقابله باشد.

دو ایالت مریلند و تگزاس نیز چشم پوشی از تکلیف مقابله با خسارت را در اجاره‌های مسکونی منع کرده‌اند. ایالت نیوجرسی نیز ممنوعیت مشابهی را مقرر نموده است که مطابق آن طرفین یک قرارداد اجاره مسکونی نمی‌توانند حق مستأجر را مبنی بر تعهد مؤجر به کاهش خسارت اسقاط نمایند، ولی در قراردادهای اجاره تجاری این تکلیف قابل اسقاط می‌باشد. در ایالت اوهایو، در اجاره‌های تجاری اگر طرفین دارای قدرت چانه زنی مساوی باشند در گنجانیدن هر نوع شرطی که در حقوق قابل اجرا باشد آزاد هستند. (Noble, 2012, 11)

۲-۸- بررسی اسقاط تکلیف مقابله با خسارت در برخی ایالت‌های آمریکا

امکان یا عدم امکان اسقاط تکلیف مقابله با خسارت در چند ایالت آمریکا مورد بررسی قرار می‌گیرد:

الف - تگزاس

تگزاس یکی از چند ایالتی است که به شکل مستقیم اسقاط تکلیف مقابله با خسارت را بررسی می‌کند. قاعده عرفی در این ایالت، شرط اسقاط تکلیف مقابله را تجویز می‌کند. در پرونده آستین هیل و پالیس‌داس یلازا، دادگاه تگزاس اسقاط تکلیف مقابله را در اجاره‌های تجاری مقرر نمود و اذعان کرد که طرفین قرارداد اجاره در صورت تراضی حق دارند تکلیف را اسقاط نمایند.

ب - کارولینای شمالی

محاکم در این ایالت بر این باورند که اسقاط تکلیف مقابله با خسارت با سیاست‌های عمومی دولت مغایر نیست و قابل اجرا می‌باشد. مطابق قواعد عمومی قراردادهای، طرفین در قراردادهای بر مبنای حاکمیت اراده عمل می‌کنند. به خصوص در قراردادهای اجاره تجاری، طرفین قدرت چانه زنی مشابهی دارند و قرارداد



حاوی شرط اسقاط تکلیف مقابله هیچ گونه خطر و زیانی برای عموم یا حقوق شخص ثالث ندارد)
(*sandler, 2014, 649*)

ج) اوهایو

بر اساس مقررات ایالت اوهایو، شرط اسقاط تکلیف در کل قراردادهای اجاره پذیرفته شده است. در یک پرونده، پیرایمپورت قراردادی ده ساله با نیوتن منعقد کرد. بعد از پنج سال، پیرایمپورت در پرداخت اجاره‌بهاء قصور کرد و به نیوتن گفت که آن شرط را لغو کند. در قرارداد اصلی شرط مقابله با خسارت از عهده نیوتن ساقط شده بود. نیوتن خواهان مطالبه تمامی اجاره‌بها گردید. دادگاه استیناف روی شرط کاهش خسارت بیش از اسقاط آن تمرکز نمود. در نهایت دادگاه مقرر داشت که طرفین قرارداد با برخورداری از اصول حاکمیت اراده در گنجاندن هر شرطی در قراردادهای آزاد هستند و این امر هیچ آسیبی به رفاه عمومی جامعه وارد نمی‌کند. دادگاه عالی اوهایو، اظهارنظر نیوتن را تأیید کرد (*sandler, 2014, 655*)
چند نکته از مقررات موجود در ایالات متحده آمریکا در خصوص شرط اسقاط تکلیف قابل استنباط است:

اول - اجرای شرط اسقاط تکلیف مقابله با خسارت هیچ ضرری برای رفاه عمومی ندارد.
دوم - نباید فرض کرد که طرفین اجاره تجاری، قدرت داد و ستد و چانه زنی مساوی دارند.
سوم - باید فرضی را بررسی کرد که مخالفت با شرط اسقاط تکلیف، جلوی خطر سوء استفاده طرفین اجاره تجاری را می‌گیرد.

در واقع، سیاست عمومی این است که هیچ شهروندی به شکل قانونی نمی‌تواند به عموم یا وسایل و منافع دولتی آسیبی وارد کند. در کارولینای شمالی مقرر گردید که شرط اسقاط تکلیف مقابله در قراردادهای دولتی اجاره به منافع عمومی و دولت ضربه نمی‌زند و اشاره‌ای به حقوق اشخاص ثالث نکرد، چرا که هیچ طرف ثالثی در اجاره‌های تجاری خصوصی وجود ندارد و دولت نیز از اجرای اسقاط تکلیف لطمه‌ای نمی‌بیند (*Sandler, 2014, 663*).

این رویکرد قابل نقد می‌باشد. هنگامی که قانون شرط اسقاط تکلیف مقابله را مورد احترام قرار می‌دهد، مالکین و مؤجرین خبره، شرط اسقاط را به نفع خودشان در قرارداد می‌گنجانند و این امر باعث از دست رفتن سرمایه‌های عمومی خواهد شد. از طرفی عدم پذیرش اسقاط تکلیف می‌تواند دستاویزی برای سوء استفاده مستأجرین گردد که زودتر از موعد قرارداد اجاره را نقض کرده و از پرداخت اجاره‌بها خودداری می‌نمایند و مالک را موظف به اجاره دادن مجدد ملک و کاهش خسارت بدانند.



۳-۸- شرط اسقاط تکلیف مقابله با خسارت

مسئله اساسی این است که آیا می‌توان تکلیف مقابله با خسارت را از دوش زیان‌دیده برداشت؟ آیا می‌توان به هنگام انعقاد قرارداد شرط عدم تکلیف نمود؟ و یا وقتی زیان وارد شد، زیان‌زننده این تکلیف را از عهده متعهد ساقط نماید. آیا در اینجا ذینفع فقط خواننده است؟ یا جامعه نیز در انجام این تعهد مقابله با زیان صاحب نفع می‌باشد و اسقاط آن منجر به لطمه به منافع عمومی می‌گردد؟

امکان اسقاط حق، مطابق با قواعد عمومی است اما تکلیفی که در باب مقابله با خسارت بر دوش زیان‌دیده قرار دارد، ماهیتی متفاوت و شرایطی خاص دارد. در هر جا که سخن از سلب و اسقاط می‌رود غالباً منظور از بین بردن حقی توسط صاحب حق است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۷، ۴۳) در ماهیت نیز اسقاط از ایقاعات شناخته شده است که به صرف انشاء و رضای یک طرف منشأ اثر حقوقی می‌شود (محقق داماد، ۱۳۸۱، ۲۹۱). اسقاط حق می‌تواند به صورت صریح باشد و یا به صورت ضمنی. اما در ما نحن فیه موضوع اسقاط تکلیف زیان‌دیده در مقابله با خسارت مطرح است. اساساً آیا تکلیف قابل اسقاط می‌باشد؟ پاسخ منفی است. به نظر می‌رسد که امر تکلیف مقابله با خسارت در شمار احکام باشد. حکم در لغت به معنی دستور و امر آمر است و در اصطلاح: «خطاب الشرع المتعلق بافعال المکلفین»؛ یعنی حکم آن است که شارع مقدس حکمی تکلیفی یا وضعی درباره فعلی از افعال انسان جعل و اعتبار می‌کند، به این معنی که آدمی را از ارتکاب فعلی ممنوع کند یا به انجام دادن آن وادار نماید یا در انجام دادن و ترک آن اجازه و رخصت دهد (احکام تکلیفی)، و یا بر فعل انسان اثری مترتب کند (احکام وضعی). عدم قابلیت اسقاط آن از ناحیه اشخاص و عدم امکان تعهد به سلب آن از ویژگی‌های این احکام می‌باشد (منبع پیشین، ۲۸۴).

صرفنظر از بحث و اختلاف نظر در خصوص حق و حکم، تکلیف زیان‌دیده مبنی بر مقابله با خسارت در زمره قواعد آمره می‌باشد و تراضی و تبانی اشخاص بر خلاف آن از درجه اعتبار ساقط است. مخاطب و ذینفع این تکلیف، جامعه است، زیرا فلسفه وضع قاعده مقابله با خسارت جلوگیری از اتلاف و هدر رفتن سرمایه‌های جامعه است و امکان اسقاط تکلیف با این غایت قانونگذار در تضاد می‌باشد.

در قراردادهای اجاره، مالکان در تلاش هستند تا به هنگام انعقاد عقد اجاره، تکلیف مقابله با خسارت را در صورت نقض قرارداد از سوی مستأجر از دوش خود بردارند و وقتی که این امر مورد قبول مستأجر واقع می‌شود به نظر منطقی و معقول است که حقوق نیز حاکمیت اراده طرفین را به دیده احترام بنگرد و خواست طرفین را به رسمیت بشناسد. لیکن در این مسئله، دو مقوله قابل تأمل است: اول، اینکه در مقابله با خسارت، انتفاع جامعه نیز مطرح است چرا که یکی از مبانی وجودی قاعده، جلوگیری از اتلاف و هدر رفتن منابع و



سرمایه‌های اقتصادی جامعه می‌باشد. دوم، اینکه در برخی قراردادها از جمله اجاره، طرفین در شرایط قراردادی یکسانی قرار ندارند و یکی از آنها شرایط خود را به دیگری تحمیل می‌کند و ضرورت دارد قانونگذار با دخالت خود نسبت به تنظیم روابط آنها اقدام نماید.





نتیجه

اگرچه پذیرش و اجرای قاعده مقابله با خسارت در راستای جلوگیری از اتلاف سرمایه های عمومی عقلانی است اما اجرای آن در برخی مواقع با مانع روبروی می شود. از جمله اینکه اجرای عین تعهد مانع اصلی در اجرای قاعده مقابله با خسارت تلقی می شود و به همین دلیل اجرای این قاعده در حقوق ایران مضیق تر از نظام حقوقی آمریکا می باشد که در آن اجرای عین تعهد به عنوان اصل در نظر گرفته نشده است. همچنین تعیین وجه التزام در قراردادها می تواند اجرای قاعده را به کلی منتفی سازد. بر زیان دیده ای که از نظر مالی یا جسمی برای مقابله با خسارت ناتوان است، به حکم عقل و شرع نمی توان انتظاری برای کاستن از زیان داشت.

گاهی زیان دیده تمامی شرایط لازم را برای مقابله با زیان دارا است، ولی انجام مقابله با عقاید مذهبی وی در تضاد می باشد. در آرای صادره از محاکم آمریکا، خودداری از مقابله با خسارت به خاطر احترام به باورهای دینی و اخلاقی، کوتاهی و قصور در مقابله با زیان تلقی نشده و مشارالیه می تواند جبران تمامی زیان های وارده را مطالبه کند. در حقوق آمریکا، برخی محاکم پذیرش این امر را مخالف اصل قانونی *Stablishment Clause* می دانند اما بیشتر دادگاه ها نه تنها آن را با این اصل مخالف ندانسته اند بلکه آن را مطابق با اصل رفتار آزاد تلقی نموده اند. هر چند این امر می تواند در حقوق ایران هم که بر گرفته از فقه متعالی است مورد پذیرش قرار گیرد اما واقع امر این است که از منظر فقه ما، دفع ضرر محتمل از قواعد عقلی است و وفق قاعده ملازمه که منشأ اصولی دارد مورد پذیرش فقه است و بر خلاف حقوق آمریکا، تعارضی میان قاعده مقابله با خسارت و احکام فقهی اسلام نیست. در حالت اضطراری که مقابله با خسارت مستلزم ترک تکالیف دینی است شارع مقدس مکلف را به عسرت دچار نمی کند و ترک واجب و عمل به ضرورت را مقدم می داند.

شرط تحدید مسئولیت و به تعبیر دقیق تر اسقاط تکلیف مقابله با خسارت از عهده زیان دیده در حقوق آمریکا قاعده ای مطابق با قواعد عمومی قلمداد شده است، هر چند که در برخی ایالت ها و در پاره ای موضوعات خاص مثل قراردادهای اجاره آن را نپذیرفته اند. اما در حقوق ایران، تکلیف قابل سلب و اسقاط نیست و در زمره قواعد آمره است. ذینفع انجام تکلیف خوانده نیست، بلکه جامعه است.



فهرست منابع

- جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۷) ترمینولوژی حقوق، تهران، انتشارات گنج دانش.
- خاکپور، منصور و دیگران. (۱۳۹۸). قاعده مقابله با خسارت در حقوق پزشکی و تأثیر باورهای دینی در اعمال قاعده (مطالعه تطبیقی با حقوق آمریکا). مجله حقوق پزشکی، سال سیزدهم، شماره ۴۹، تابستان
- داراب پور، مهرباب (۱۳۷۷) قاعده مقابله با خسارت، تهران، کتابخانه گنج دانش، چاپ اول.
- شعاریان، ابراهیم؛ مولائی، یوسف. (۱۳۹۲). «شرایط و موانع اعمال قاعده تقلیل خسارت». پژوهش حقوق خصوصی، سال دوم، شماره سوم، بهار و تابستان.
- صفایی، حسین و دیگران. (۱۳۸۸). حقوق بیع بین‌المللی. چاپ دوم. تهران: دانشگاه تهران.
- کاتوزیان، امیرناصر (۱۳۸۶) حقوق مدنی: نظریه عمومی تعهدات، تهران: بنیاد حقوقی میزان، چاپ چهارم.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۲) قواعد فقه جلد اول، مرکز نشر علوم انسانی.

منابع لاتین

- Alice, Noble – allgire. Reporter. *Mitigating of damages*, 2012.
- American Law Institute. (1973). *Restatement of the Law of Torts" .P.A.L. Publishers .V. IV.*
- American Law Institute. (1973).*Restatement of the Law of Torts. P.A.L. Publishers. V. IV.*
- Bates. P.J., (1992). *Mitigation of Damages: A matter of commercial common sense. Advocates' Quarterly. Volume13 .No. 3.*
- Fortin. L.A., (2009). *Why there should be a duty to mitigate Liquidated damages clauses. Hofstra LAW review. Vol. 38: 285.*
- Jackson, w. *mitigation of damages, Querrey & Harrow, Ltd. ILLINOIS LAW MANUAL, 2012, available at: www.Querrey.com.*
- Kontorovich. E., (2001) *The Mitigation of Emotional Distress Damages. The University of Chicago Law Review. Vol.68:491.*
- Koskinen. J., (1999) *CISG, Specific Performance and Finnish Law, CISG Database, Pace Institute of International Commercial Law, cisgw3.law.pace.edu.*
- Laurence A. Steckman, Steve Getzoff, Robert E. 2004, *Mitigation of damages in securities litigation and arbitration.*
- Levmore. S., (2009) *Stipulated Damages, Super-Strict Liability, and Mitigation in Contract Law, Michigan Law Review, Vol. 107:1365.*



- *Parobek, Jennifer., God V. the Mitigation of damages Doctrine: Why Religion Should Be Consideres a Pre- Existing Condition. Journal of Law and Health, 2006.*
- *Perillo. J. M., (2009) Calamari and Perillo on Contracts, U.S.A, West Pub.*
- *Ramseth v city agency, Inc., 118 N.W. 2d 219 (Minn. 1962)., lake Riges academy v. carney, 613 N.E. 2d 183 (Ohio 1993)., Circuit City V. Rockville pike, 829 A. 2d 976 (Md, 2003).*
- *Ronald M. Sandgrund and Jennifer A. Seidman. The Colorado Lawyer. Vol.44. No.2, 2015.*
- *Sandler. Jacqueline. Waiving the Duty to mitigate in Commercial Leases, William & Mary Business Law Review, Volume 5, 2014.*
- *Smith. V. Gore. 728 s. w. 2d 738, 751 – 52 (Tenn. 1987).*

