

## بررسی قاعده‌ی مقابله با خسارت بر اساس فقه اسلامی و حقوق موضوعه‌ی ایران

سید مصطفی محقق داماد<sup>۱\*</sup>، نصر الله جعفری خسرو آبادی<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> استاد دانشگاه شهید بهشتی، <sup>۲</sup> دانشجوی دکتری دانشگاه قم

(تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۸۹/۱۰/۲۰ - تاریخ پذیرش نهایی: ۱۳۸۹/۱۲/۲۱)

### چکیده

قاعده‌ی مقابله با خسارات، عبارت از این است که متضرر از نقض قرارداد (متعهدله) وظیفه دارد اقدامات لازم را برای تقلیل یا جلوگیری از گسترش خساراتی که از نقض قرارداد یا فعل زیان بار دیگری برای وی حادث شده، انجام دهد. مناسبترین قاعده‌ای که می‌تواند قاعده‌ی مقابله را در فقه اسلامی و به تبع آن حقوق ایران توجیه کند، قاعده‌ی معروف فقهی «لاضرر و لاضرار فی الاسلام» است؛ با این توضیح که اگر وظیفه‌ی مقابله با خسارات را بر دوش خواهان یا شخصی که در معرض خسارت قرار دارد، بار نکنیم، عدم این حکم و تکلیف، موجب ضرر است و بنابراین، حکم به این تکلیف می‌دهیم. گرچه این قاعده، به صراحت در قوانین ایران پذیرفته نشده است؛ لیکن بر اساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی، با مراجعه به متون فقهی، قابل پذیرش می‌باشد. همچنین قانون گذار ایران، در مواردی، این قاعده را به صورت ضمنی در متون قانونی پذیرفته است.

**کلید واژه‌ها** مقابله با خسارت - نقض قرارداد - زیان دیده.

### طرح مسأله

هنگامی که شخصی به موجب قرارداد، متعهد به انجام فعل یا ترک فعلی می‌شود، اگر از انجام تعهدات خویش خودداری کند، طرف دیگر می‌تواند علیه وی اقامه دعوی کرده و

خساراتی را که براساس این نقض عهد به او وارد شده را دریافت دارد؛ یا اگر بر اساس فعل زیان بار دیگری، خسارتی به او وارد شود (غیر قراردادی) می‌تواند خسارات وارده را از فاعل فعل زیان بار دریافت کند. اما یک سوال مطرح است که هرگاه متعهد قراردادی، نقض تعهد کرد یا شخصی، فعل زیان باری بر اموال یا جسم دیگری وارد کند و زمینه‌ی ورود خسارت و ضرر به متعهدله یا زیان دیده به وجود آید، آیا متعهدله قرارداد یا شخصی که در معرض ورود ضرر قرار دارد، هیچ وظیفه‌ای در خصوص جلوگیری یا کاهش آن خسارت ندارد و می‌تواند تمام خساراتی را که به او وارد شده دریافت کند؟ یا اینکه او هم وظایفی در این خصوص دارد و اگر می‌توانسته از ورود یا ازدیاد آن جلوگیری کند، نمی‌تواند تمام خسارات وارده را دریافت دارد؟

در سیستم حقوقی کامن‌لا، قاعده‌ای به نام **کاهش خسارت**<sup>۱</sup> وجود دارد که براساس آن، خواهان خسارت و یا زیان دیده و یا کسی که در معرض ورود خسارات قرار دارد، وظیفه‌ی مقابله با خسارات به خود را دارد، که در این مقاله، ابتدا آن را بررسی می‌کنیم و سپس جایگاه این قاعده، در فقه اسلامی و حقوق موضوعه، مورد بحث قرار می‌گیرد.

## بخش اول؛ مفهوم و مبانی قاعده‌ی مقابله با خسارات

### مبحث اول؛ تعریف قاعده

می‌توان این قاعده را این گونه تعریف کرد که: قاعده‌ی مقابله با خسارات، عبارت از این است که متضرر از نقض قرارداد (متعهدله)، وظیفه دارد اقدامات لازم را برای تقلیل یا جلوگیری از گسترش خساراتی را که از نقض قرارداد برای وی حادث شده را انجام دهد (داراب پور، ۹). اما به نظر می‌رسد که این تعریف، تعریف جامع و مانعی نیست؛ چرا که بیان شده «متضرر از نقض قرارداد» وظیفه دارد با خسارات مقابله کند؛ ولی ممکن است هنوز ضرری به کسی وارد نشده باشد و متعهدله قرارداد، پس از نقض قرارداد، وظیفه دارد با ایجاد ضرر مقابله کند نه تقلیل آن و بدین شکل اصلاً هیچ ضرری نبیند؛ در این صورت، اطلاق متضرر به این شخص، بی معنی است؛ مانند اینکه شخصی با صاحب رستورانی قرارداد منعقد کند که برای مراسم جشن تولد او، شام تهیه کند؛ اما در شب مراسم، متعهدله، پس از اینکه به رستوران مراجعه می‌کند، صاحب رستوران، غذا و شام مراسم را تهیه نکرده و به این جهت او به رستوران دیگری مراجعه می‌کند و با همان قیمت قبل، شام مراسم را تهیه می‌کند و هیچ‌گونه خسارت مادی و معنوی به او نمی‌رسد.

1. mitigation of damages.

بنابراین، در تعریف قاعده، نمی‌توانیم از لفظ متضرر استفاده کنیم.

ممکن است گفته شود در مواردی که قراردادی در بین نیست، تا ضرری به دیگری وارد نشده، بحث خسارات و جلوگیری یا کاهش آن مطرح نمی‌شود و مقابله با خسارات، پس از وقوع آن مطرح است. اما حتی در این موارد هم اگر زمینه‌ی خسارت فراهم آمده و فرد در معرض ضرر قرار گرفته است و می‌تواند با آن مقابله کند، در صورتی که از این امر خودداری کند، کسی مسئول خسارت وارده به او نیست (مانند تبصره‌ی ماده‌ی ۳۵۵ قانون مجازات اسلامی).

دومین ایرادی که می‌توان به این تعریف گرفت، این است که قاعده را فقط در رابطه با تعهد قراردادی و مسئولیت قراردادی ملحوظ دانسته و شامل خسارات غیر قراردادی نمی‌شود؛ اما به نظر می‌رسد که قاعده‌ی مقابله با خسارات، در هر دو زمینه وجود دارد و مخصوص خسارات قراردادی نیست.

لازم به ذکر است که در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا در ۱۹۸۰ هم فقط مقابله با خسارات قراردادی بیان شده است؛ اما این اشکال به مقررات کنوانسیون وارد نیست؛ چرا که همان‌طور که از نام کنوانسیون برداشت می‌شود، موضوع کنوانسیون، بیع بین‌المللی کالا و شرایط و مقررات آن بوده؛ نه بیان وضع و تعریف قاعده‌ی مقابله با خسارات. حتی اگر فقط به وضع قاعده در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا توجه داشته باشیم، می‌توان استدلال کرد که خسارات قراردادی، خصوصیتی ندارد که قاعده را محدود به آن کنیم. چه تفاوتی می‌کند که قراردادی در بین باشد و خسارات وارد شود و یا قراردادی نباشد. مگر بیان شود مبنای قاعده، شرط ضمنی طرفین قرارداد می‌باشد؛ به این صورت که اگر متعهد، نقض عهد کرد و زمینه‌ی خسارات را فراهم آورد، متعهدله هم وظیفه دارد جهت کاهش یا ایجاد آن، اقدامات متعارف را انجام دهد؛ اما با توجه به پیشینه‌ی فقهی که در توجیه آن بیان خواهد شد و منابع و پرونده‌هایی که در وضع این قاعده نقش داشته‌اند این استدلال صحیح نیست.

ایراد دیگری هم که به این تعریف وارد است، این است که بیان شده «اقدامات لازم، برای تقلیل یا جلوگیری از گسترش خساراتی را که امکان دارد، انجام دهد» و بنابراین، تعریف فقط شامل جلوگیری از گسترش خسارت می‌شود. اما با توجه به توضیحاتی که در خصوص اشکال اول بیان داشتیم، در کنار این دو لفظ، کلمه‌ی «ایجاد خسارات» هم نیاز است. به بیان دیگر، یکی از مصادیق قاعده، پیشگیری از ورود ضرر است و قاعده، محدود به کاهش ضرر نیست. به همین جهت، در عنوان این مقاله هم برخلاف تعریف تحت‌اللفظی (mitigation)، به معنای کاهش خسارت، ما از لفظ «مقابله با خسارت» استفاده

کردیم؛ چرا که این قاعده، نه در حقوق سایر کشورها و نه براساس مبانی فقهی، محدود به کاهش ضرر و خسارت نیست و پیشگیری و مقابله با خسارت را نیز دربرمی‌گیرد. بنابراین، بهترین تعریفی که به نظر می‌رسد، اینگونه است: «متعهدله قرارداد یا شخصی که در معرض ورود خسارات است، وظیفه دارد اقدامات لازم را برای تقلیل یا جلوگیری از ایجاد یا گسترش خساراتی که امکان دارد از نقض قرارداد یا فعل زبان‌بار دیگری برای وی حادث شود، انجام دهد.»

### مبحث دوم: ماهیت تکلیف

اگرچه در تعریف قاعده بیان داشتیم که متعهدله و شخصی که در معرض خسارات قرار دارد، وظیفه دارد، اقدامات لازم را انجام دهد، اما این وظیفه، یک تکلیف و تعهد قانونی یا قراردادی نیست که بتوان الزام وی را از دادگاه خواست؛ زیرا در صورت عدم مقابله با خسارات، علیه خود اقدام کرده و فقط شخص مکلف، نمی‌تواند تمام خسارات را دریافت کند. ضمانت اجرای قاعده، فقط محدود به عدم قابلیت جبران کل خسارت یا بخشی از آن است؛ نه الزام به انجام دادن عملی (تریتل، ۹۱۰).

همچنین زیان‌دیده، هیچ تعهدی به اتخاذ روش ارزانتر هم ندارد و اگر راه پرهزینه‌تری را برگزیند، کاملاً آزاد است؛ با انجام این کار، او مرتکب هیچ خطایی علیه خواننده نشده است و فقط نمی‌تواند این هزینه‌ها را از خواننده مطالبه کند (هانس، ۵۴).

### مبحث سوم: قلمرو قاعده

این قاعده، گرچه بیشتر در حوزه‌ی خسارات قراردادی مطرح می‌شود، اما محدود به آن نیست و در مورد خسارات قهری هم قابل طرح و اصول کلی این قاعده، در زمینه‌ی مسئولیت غیر قراردادی هم قابل اعمال است (روگرز، ۶۶۴).

به عنوان نمونه، اگر مال موجود در ساختمان، به جهت رطوبتی که به موجب بی‌مبالاتی دیگری ایجاد شده، در معرض زیان قرار گیرد و مالک که مطلع از این امر شده، آن را به مکان دیگری انتقال ندهد، نمی‌تواند این خسارت را از خواننده مطالبه کند (پول، ۲۸). لازم به ذکر است که این قاعده، در مبحث خسارات بدنی که معمولاً جزء مباحث کیفری است نیز لازم‌الاجرا می‌باشد و می‌تواند مورد توجه علمای حقوق جزا نیز واقع شود.

### مبحث چهارم: مبانی نظری قاعده (تعدد اسباب و قاعده‌ی مقابله با خسارات)

زمانی که چند سبب، منجر به خسارتی گردد، بحث تعدد اسباب به وجود می‌آید. در

خصوص این مسأله که کدام سبب را باید علت حادثه دانست، نظریات گوناگونی ارائه شده است و هر کدام تا اندازه‌ای با حقیقت همراه است ولیکن نسبت به هیچ یک از این نظرات، قطع و اتفاق نظر وجود ندارد. عده‌ای ترجیح یکی را بر دیگری، بلامرحج دانسته‌اند. عده‌ای، سبب مقدم، عده‌ای، سبب متعارف و عده‌ای، سبب نزدیک و بعضی، همه‌ی اسباب را به تناسب اثر هر یک، مسئول دانسته‌اند (یزدانیان، ۱۴۷).

همانطور که بیان شد، در بحث تعدد اسباب، دو یا چند سبب موجب ورود خسارت می‌شوند یا در بحث تقصیر مشترک، یک سبب، به دلیل تقصیر دو نفر و فعل زیان‌بار دو نفر بوجود می‌آید. لیکن در مبحث قاعده‌ی مقابله با خسارات، در نگاه اول، اینگونه به نظر می‌رسد که **یک سبب** خسارات را به وجود آورده است؛ مانند همان مثالی که سابقاً بیان شد: اگر متعهدله، پس از نقض عهد متعهد، جهت تهیه شام تولد، اقدامی نکند و به این دلیل خسارات به وی رسد، اینگونه به نظر رسد که یک سبب در ورود خسارت بیشتر نقش نداشته است؛ زیرا اگر چه متعهدله، اقدامی در این زمینه انجام نداده، اما سبب ورود خسارت، همان نقض عهد متعهد است؛ متعهدله، دست به کاری نزده و اقدامی و فعلی مرتکب نشده که او را هم مسئول خسارات بدانیم. او فقط در پی تهیه‌ی شام نرفته است و رفتار منفعلانه‌ای داشته است (صرفاً ترک فعل کرده است).

اما آیا خواهانی که با خسارت مقابله نکرده را هم می‌توان یکی از اسباب ورود ضرر محسوب کرد؟ به بیان دیگر، آیا ترک فعل خواهان هم می‌تواند یکی از اسباب ورود ضرر باشد یا سبب فقط شامل فعل مثبت است؟

به نظر می‌رسد ترک فعل هم تحت شرایطی که در بخش بعد در قاعده‌ی تسبیب به بیان آن می‌پردازیم، می‌تواند جزء اسباب ورود ضرر باشد. در این صورت، بحث قاعده‌ی مقابله با خسارات، با بحث تعدد اسباب مطابقت خواهد داشت؛ زیرا یکی از اسباب، نقض تعهد و دیگری ترک فعل خواهان در مقابله با ورود خسارات، می‌باشد و خساراتی که به خواهان رسیده، ناشی از دو تقصیر است.

### مبحث پنجم: تلاش متعارف در خصوص وظیفه‌ی کاهش خسارات

این نکته حائز اهمیت است که عرف و قانون، از خواهان انتظار ندارد که مهمترین و بهترین روش معقول را برای کاهش خسارات به کار گیرد یا همه‌ی دستورات و جوانب فرعی را بررسی کند. به عنوان مثال، اگر خریدار، از تحویل کالای فروخته شده، امتناع کند، تنها این انتظار معقولانه از فروشنده می‌رود که به دنبال خریدار جانشین باشد؛ یا

اگر یک مستخدم، به اشتباه از خدمت منفصل شود، پذیرفتن پیشنهاد کار کارفرمای قبلی اش معقولانه تلقی می‌شود یا اینکه این پیشنهاد را رد کند و در جستجوی استخدام دیگری باشد؛ اما این نامعقولانه است که درخانه بنشیند، تلویزیون تماشا کند و منتظر کار دیگری باشد. اگر چه انتظار نمی‌رود، پیشنهاد مجدد کارفرمای سابقش را که انفصال او را در شرایط تحقیق‌آمیزی صورت داده، بپذیرد (بنجامین، ۵۴).

در همین راستا، وظیفه‌ی کاهش خسارت، یک امر موضوعی است (نه حکمی) و به وسیله‌ی اوضاع و احوال هر پرونده‌ای، باید بررسی شود. اگر به دلیل بی‌پولی، خواهان، قادر به اقداماتی جهت کاهش خسارات نباشد، مورد مواخذه قرار نمی‌گیرد و در صورتی که اقدامات، برای کاهش خسارت، یک دادخواهی پیچیده و خطرناک را بطلبد، خواهان به جهت کوتاهی از اقدام به این امر، مسئول نیست و این وظیفه، از دوش او برداشته می‌شود. جایی که وظیفه‌ی کاهش خسارت، خرید اجناسی باشد، (به عنوان مثال خریدار یک جنسی که از تحویل کالا به او امتناع شده) نیاز نیست که اقدامات فوق‌العاده‌ای را برای تهیه‌ی کالا به همان قیمت و ارزش انجام دهد (همان، ۵۵).

بنابراین، وظیفه‌ی کاهش خسارات، شامل یک سری اعمال خاص و محدود نیست و نیاز به داوری عرف دارد که تشخیص دهد اقدام انجام شده، معقول بوده یا نه. آنچه مهم است، رفتار متعارف خواهان است که یک امر موضوعی است و با توجه به همه شرایط و اوضاع، احوال پیرامون قضیه سنجیده می‌شود. از این‌رو، امکانات مالی زیان دیده و اطلاع او از نقض قرارداد یا فعل زیان بار و ... باید مدنظر قرار گیرد (ویلیام، ۴۲).

### فصل دوم: مبانی قاعده‌ی مقابله با خسارات در فقه اسلامی

در فصل قبل، اصل این قاعده، به اختصار، مورد بررسی قرار گرفت و بیان شد که در برخی از کشورها، به خصوص کشورهای تابع نظام کامن‌لا، از جمله انگلستان، مورد پذیرش قرار گرفته است؛ اما این قاعده، در فقه اسلامی و نظام حقوقی ایران، به صراحت وجود ندارد؛ لیکن، آیا بر اساس مبانی و قواعد کلی فقه امامیه هم قابل پذیرش است؟ اگر قابل پذیرش است، چگونه و بر اساس چه مبنایی؟ در این فصل، به این دو سوال پاسخ خواهیم داد.

به نظر می‌رسد که مناسبترین قاعده‌ای که می‌تواند مبنای قاعده‌ی مقابله با خسارت در فقه اسلامی قرار گیرد، قاعده‌ی معروف فقهی «لاضرر و لاضرار فی الاسلام» است که مبنای آن حدیثی از پیامبر (ص) می‌باشد. در این فصل، تکیه‌ی اصلی، به بیان این قاعده و ارتباط آن با قاعده‌ی مقابله با خسارات است. در ادامه، در خصوص قاعده‌ی تسبیب هم

توضیحاتی می‌دهیم و ارتباط آن را با قاعده‌ی مزبور بیان می‌داریم.

### مبحث اول: قاعده‌ی لاضرر

قاعده‌ی لاضرر، یکی از معروفترین قواعد فقهی است که شرح و تفسیر و بیان فلسفه‌ی ایجاد آن، به طور کامل، بسیار مشکل و خارج از گنجایش مقاله است؛ لذا فقط به اختصار، نظرات و تفاسیری که از این قاعده شده را ذکر می‌کنیم و بیان می‌داریم که کدام یک از این تفاسیر، مورد پذیرش است و ارتباط بیشتری با قاعده‌ی مقابله با خسارات دارد. در بین فقهای امامیه، پنج نظریه در خصوص قاعده‌ی لاضرر وجود دارد:

(۱) این قاعده، در بیان حکم تکلیفی و نهی از ایجاد ضرر است و شارع مقدس از زیان رساندن به دیگران نهی می‌کند و نه بیان نهی حکم وضعی (شیخ‌الشریعه اصفهانی، به نقل از نجفی الخوانساری، ۱۰۰).

(۲) این قاعده، در بیان نهی حکومتی است؛ نه نهی شرعی و در اینجا نهی مذکور نهی سلطانی و حکومتی است که از پیامبر صادر شده است (خمینی، ۱۱۳) و در هر حال همانند نظر اول در بیان حکم تکلیفی و نهی ضرر به غیر است.

(۳) مفاد قاعده، نفی حکم به لسان نفی موضوع است؛ به تعبیر دیگر، ظرف نفی ضرر، عالم عین و خارج است و در مواردی که موضوعات دارای احکام بر مبنای عناوین اولیه است، چنانچه ضرر محتمل باشد، حکم آن موضوع ضرری، مرتفع می‌شود (آخوند خراسانی، ۲۶۷).

(۴) این قاعده، در بیان نفی حکم ضرری است؛ یعنی هر حکمی که از طرف شارع، بر اساس 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، بر اساس لاضرر رفع می‌گردد و حق فسخ معامله، برای شخص مغبون ایجاد می‌گردد (انصاری، ۳۰۵؛ سیستانی، ۲۰۰).

(۵) 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 (نراقی، ۱۸).

اما نظری که مشهور، مورد پذیرش قرار داده‌اند، همان نفی حکم ضرری است که مبنای بسیاری از احکام فقهی قرار گرفته است. البته باید توجه داشت که نفی ضرر، هم شامل احکام تکلیفی و هم احکام وضعی است؛ بنابراین، احکام شریعت اسلام، در هر دو

نوع حکم، مبتنی بر نفي ضرر است (محقق داماد، ۱۵۰/۴).

لازم به ذکر است که علیرغم شباهت ظاهری نظریه‌ی سوم و چهارم، آثار و احکام مترتب بر آنها متفاوت است؛ چرا که اگر به عنوان مثال، در معامله‌ی غبنی، قائل به این شویم که قاعده، در بیان نفي حکم به لسان نفي موضوع است، مقتضای آن، بطلان خود عقد است؛ زیرا اگر عقد غبنی، حکم نداشته باشد، به چه دلیل، لزوم آن برداشته شود؟ بلکه صحت آن برداشته می‌شود؛ اما اگر عقیده ما این باشد که حکمی که از آن ضرری ناشی می‌شود، منفي است، در این صورت، لزوم برداشته می‌شود؛ نه صحت (نائینی، ۲۰۷، نجفی خوانساری، ۱۳۵).

همچنین اگر بیان داریم که این قاعده، فقط در بیان حکم تکلیفی نهی ضرر است، لاضرر یک حکم فرعی می‌شود برای بیان حرمت اضرار؛ در این صورت، کاربرد چندانی در مباحث حقوق مدنی، برای آن ملحوظ نیست و احکام وضعی، براساس این نظر، نفي نمی‌گردد. در خصوص نظری که بیان می‌دارد قاعده‌ی مزبور در بیان ضرر غیر متدارک است، این انتقاد وارد است که در صورت پذیرش این قول، بسیاری از احکام فقهی، همانند حرمت اضرار به نفس، بدون مبنا و توجیه باقی می‌ماند و این نظر، از ضعیف‌ترین نظریات، نامیده شده است (بجنوردی، ۲۶۰).

### مبحث دوم: ارتباط قاعده‌ی لاضرر با قاعده‌ی مقابله با خسارات

همان‌گونه که بیان شد، مشهور فقها، قاعده‌ی لا ضرر را مفید نفي حکم ضرری می‌دانند؛ بر این اساس، آیا می‌توان قاعده‌ی مقابله با خسارات را توجیه کرد؟ در نگاه اول، اینگونه به نظر می‌رسد که قاعده‌ی مقابله با خسارات، ارتباطی با قاعده‌ی لاضرر ندارد و بوسیله آن قابل توجیه نیست؛ چرا که خود قاعده‌ی مقابله، در بیان ایجاد حکم است؛ حکمی که زیان دیده یا شخصی که در معرض خسارت قرارداد را مکلف می‌کند با خسارات مقابله کند؛ در حالی که قاعده‌ی لاضرر بیان می‌دارد حکم ضرری که ظاهراً براساس احکام اولیه، در شرع وجود داشته، منفي است؛ نه اینکه ایجاد حکمی کند که عدم آن، موجب ضرر است.

اما یک سوال مطرح است و آن اینکه آیا قاعده‌ی لاضرر، فقط حکم ضرری را نفي می‌کند یا در مواردی که عدم وجود حکم و یا به تعبیر دیگر، خلاء قانون، موجب ضرر است، ایجاد حکم هم می‌کند؟ مانند حکم به ضمان در مواردی که حکمی در احکام اولیه وجود ندارد.



برخی بیان داشته‌اند که «عدم حکم، از احکام مجعوله‌ی شارع نیست تا به وسیله‌ی لاضرر نفی گردد و قاعده‌ی لاضرر، برای نفی احکام شرعی است که وجود دارند؛ نه احکام عدمی (نک: نائینی، ۸۷).

اما این استدلال، قابل نقد است؛ زیرا حقوق اسلامی، یک نظام منسجم است، و بر این اساس در حکمت شارع، همان طور که نفی احکام ضرری موجود، برای شارع واجب است، بر او لازم است که احکامی را که از نبودشان، ضرری به وجود می‌آید، تشریح کند؛ زیرا سکوت و عدم جعل نیز چه بسا زیان و خسارتی به بار آورد (محقق داماد، ۲۹۲/۴). به دیگر سخن، معنای حدیث لاضرر، آن است که ضرر در اسلام مشروعیت ندارد؛ ولی عدم مشروعیت ضرر، هم شامل مرحله‌ی قانون‌گذاری می‌شود و هم شامل مرحله‌ی اجرای قانون. رسول اکرم (ص) با جمله‌ی «لاضرر و لاضرار فی الاسلام»، وجود ضرر را در محیط تشریح، معدوم اعلام کرده و بنابراین، همان طور که در مراحل اجرا، یعنی در موارد خاص روابط اجتماعی مردم با یکدیگر، چنانچه عملی منجر به اضرار فردی به دیگری گردد، مورد امضای شارع قرار نخواهد گرفت؛ کلام رسول‌الله (ص) حکایت از مرحله‌ی انشای قوانین نیز دارد. جمله‌ی پیامبر (ص)، هم می‌رساند که خداوند در مقام تشریح اولیه‌ی احکام اسلامی، هیچ حکم ضرری وضع نکرده است، و هم می‌رساند که چنانچه حکمی از احکام الهی که از نظر کلی و نوعی ضرری نیست، در مقام اجرا برای فردی از افراد مسلمان ضرری باشد، به طور موردی مرتفع می‌گردد. خلاصه آنکه چنانچه خلاء قانون، موجب زیان و خسارت به شخص و یا اشخاصی گردد، و شخصی که با فعل زیانبارش به دیگری خسارت زده است، از سکوت قانونگذار و خلاء نظام تشریح، سوء استفاده کند و هیچ مسئولیتی را متوجه خود نداند، چنین ضرری راعرفاً منتسب به قانونگذار و نظام تقنینی می‌دانند و مضمون نفی پیامبر (ص) خداست» (محقق داماد، همان) و با توجه به مفاد آیه‌ی پنجم سوره‌ی مائده<sup>۱</sup> دین اسلام، دین کاملی است و برای همه‌ی موضوعات دارای حکم است که برخی وجودی و برخی عدمی هستند (سیستانی، ۲۹۲). عدم جعل حکم در موضوعی که قابلیت جعل حکم را دارد، در واقع جعل آن حکم است؛ بنابراین، عدم حکم، چنانچه موجب ضرر باشد، به موجب این قاعده مجوز جعل خواهد بود.

افزون آنکه حتی اگر قائل به این شویم که قاعده‌ی لاضرر احکام عدمی را شامل نمی‌شود، می‌توان اینگونه استدلال کرد که حکم عدمی مستلزم حکم وجودی است، مانند

۱. «الیوم اکملت لکم دینکم».

حکم به عدم ضمان منافع فوت شده که مستلزم حرمت مطالبه و مقاصه و تعرض و برائت ذمه‌ی طرف مقابل است، از آن‌رو که حکم بر حرمت یا برائت ذمه، یک حکم وجودی است و می‌توان به وسیله قاعده‌ی لاضرر آن را دفع کرد (محقق داماد، همان، ۱۶۱).

حتی اگر بپذیریم که به دلالت لفظی، قاعده ایجاد حکم نمی‌کند و شامل احکام عدمی نمی‌شود، می‌توان از راه تنقیح مناط و الغاء خصوصیت و مناسبت موضوع، آن را شامل احکامی عدمی نیز دانست؛ زیرا هر خصوصیتی که در احکام وجودی است و باعث تشریح قاعده‌ی لاضرر شده، همان خصوصیات و ملاک، در مورد احکام عدمی نیز وجود دارد. وقتی خداوند از روی امتنان، ضرر را از مردم دفع می‌کند، دیگر چه تفاوتی می‌کند که این ضرر از احکام وجودی ناشی شود یا از احکام عدمی (بهرامی احمدی، ۳۴۴).

همچنین، قاعده‌ی لاضرر یک قاعده‌ی عقلی است که در اسلام، به وسیله‌ی حدیث لاضرر امضاء شده است؛ نه اینکه آن را وضع و تاسیس کرده باشد (سیستانی، ۲۹۴).

بنابراین، مفاد قاعده‌ی لاضرر، کاملاً منطبق با قاعده‌ی مقابله با خسارات است؛ زیرا اگر وظیفه‌ی مقابله با خسارات را بر دوش خواهان یا شخصی که در معرض خسارت قرار دارد، بار نکنیم، عدم این حکم به مقابله با خسارت، موجب ضرر به فاعل فعل زیانبار است و طبق قاعده‌ی لاضرر، این حکم (عدم مسئولیت) در مقام تشریح منتهی است و بنابراین، حکم به این تکلیف صادر می‌شود.

بنابراین، در هر حال، قاعده‌ی مقابله با خسارات، به وسیله‌ی قاعده‌ی معروف فقهی «لاضرر و لاضرار»، قابل توجیه است و در نظام حقوق اسلامی، به طور کامل قابل پذیرش می‌باشد.

### مبحث دوم: قاعده‌ی تسبیب

#### بند اول: مفهوم قاعده‌ی تسبیب

هرگاه عمل شخصی مع الواسطه، باعث تلف شدن مال غیرگردد، عامل، ضامن است و این قاعده را تسبیب می‌گویند. در تسبیب، شخص، زمینه‌ای را فراهم می‌کند که احتمال وقوع حادثه و تلف می‌رود و اگر عمل عامل نباشد، تلف واقع نمی‌شود.

منظور از فعل، فقط فعل مثبت نیست؛ بلکه منظور اعم است از فعل مثبت و منفی (محقق داماد، ۱۲۰/۱) البته باید به این نکته اساسی توجه داشت که هیچ ترک فعلی، به خودی خود نمی‌تواند موجب مسئولیت مدنی گردد؛ مگر آنکه به وسیله‌ی قانون یا قرارداد یا عرف، انجام آن الزامی باشد (امامی، ۳۹۴). که در صورت عدم انجام این تکلیف، شخص مسئول و ضامن است.

### بند دوم: ارتباط با قاعده‌ی مقابله با خسارات

همان‌گونه که در بخش قبل بیان داشتیم، براساس احکام اولیه‌ی دین مبین اسلام، تکلیفی برای مقابله با خسارت وضع نگردیده است؛ لیکن بواسطه‌ی قاعده‌ی لاضرر، زیان دیده، مکلف به مقابله با خسارات است و ترک فعل خواهان در مقابله با خسارات، یکی از اسباب ورود ضرر است. اگر خواهان، با خسارت، مقابله نکند دو سبب در ورود خسارت نقش داشته؛ یکی اقدام فاعل فعل زیان‌بار یا ناقض تعهد که زمینه‌ی ورود خسارت را فراهم آورده و سبب دیگر، ترک فعل خواهان در مقابله با خسارت. بنابراین، موضوع، تابع بحث تعدد اسباب است و همان‌طور که بیان شد، نظرات متفاوتی در این خصوص و نحوه‌ی تقسیم مسئولیت بین اسباب متعدد وجود دارد. از جمله: نظریه‌ی برابری اسباب؛ نظریه‌ی سبب نزدیک یا آخرین سبب؛ نظریه‌ی سبب مقدم در تاثیر؛ نظریه‌ی سبب متعارف و نظریه‌ی تشخیص میزان تاثیر هر یک از اسباب، بیان شده است. که نظریه‌ی اخیر، به نظر، راه عادلانه‌تری در پیش گرفته است؛ چرا که بیان می‌دارد، برای تعیین میزان تاثیر هر یک از اسباب، باید هر سبب را به اندازه‌ی تاثیری که در ورود ضرر داشته مسئول بدانیم (کاتوزیان، ۳۸۳). به عنوان مثال، اگر تاثیر فعل فاعل زیان‌بار، به میزان هفتاد درصد و عدم مقابله‌ی خواهان به میزان سی درصد در میزان خسارت نهایی تاثیر داشته باشد، خواهان، فقط هفتاد درصد از خسارت وارده را می‌تواند مطالبه کند.

البته در مسأله‌ی مورد بحث و قاعده‌ی مقابله با خسارات که آن را تابع تعدد اسباب دانستیم، این عرف است که باید احراز کند کدام یک از اسباب، به چه میزان، تاثیر در ورود ضرر داشته است و اوضاع و احوال قضیه، می‌تواند تعیین کننده باشد. ممکن است در موردی، با اینکه تکلیف مقابله با خسارت رعایت نشده، اما عرف سبب را، ناقض قرارداد بشناسد و کل خسارات را بر او تحمیل کند یا سبب خسارت را خود خواهان تشخیص دهد و او را مستحق دریافت هیچگونه خسارتی نداند و یا به نسبت تقصیر خواهان، خسارات مطالبه شده را کاهش دهد. به عنوان مثال، اگر شخصی متعهد به تهیه‌ی شام تولدی شود، ولی نقض عهد کند، ممکن است با توجه به اوضاع و احوال قضیه، عرف تشخیص دهد مسئول خسارات، خود خواهان است؛ چرا که می‌توانسته به راحتی از رستوران دیگری، شام مراسم را تهیه کند و ممکن است در اوضاع و احوال دیگری، با اینکه او اقدام به مقابله با خسارت نکرده، ولی به دلیل اینکه در آن شهر، رستوران دیگری وجود نداشته و متعهدله، در هر حال نمی‌توانسته شام مراسم تولد را تهیه کند، متعهد را مسئول کل خسارات تشخیص دهد. بنابراین، به صرف اینکه خواهان

اقدامی نکرده، نمی‌توان بیان داشت که او مستحق کل خسارت نیست؛ زیرا عرف او را در ورود خسارت به خود، شریک نمی‌داند و احراز رابطه‌ی عرفی صورت نمی‌گیرد. بنابراین، مانند سایر قضیه‌های مرتبط با بحث تعدد اسباب، اوضاع و احوال و حتی شرایط و وضعیت خواهان، مانند عدم قدرت مالی در جلوگیری و مقابله با خسارت، حکم نهایی، پرداخت کل خسارت یا بخشی از آن می‌باشد.

### فصل سوم

#### مبانی قاعده در حقوق موضوعه‌ی ایران

همان طور که بیان شد، قاعده‌ی مقابله با خسارات، وظیفه و تکلیف مقابله با خسارات را بردوش خواهان یا زیان دیده می‌نهد که براساس مبانی فقه اسلامی نیز مورد پذیرش است و بنابراین، براساس اصل ۱۶۷ قانون اساسی، در حقوق ایران نیز نباید در پذیرش آن تردیدی داشت. چنانکه در برخی از متون قانونی، به صورت صریح یا ضمنی مورد پذیرش قرار گرفته که در این فصل بیان می‌داریم.

#### مبحث اول: مقابله با خسارت در قانون مدنی

در متن مواد قانون مدنی، نصّ خاصی در خصوص قاعده‌ی مقابله با خسارات وجود ندارد؛ لیکن در مواردی، قانون مدنی، حکم امور را به عرف ارجاع می‌دهد و امور عرفی را بخشی از قرارداد محسوب می‌کند. اگر قائل شویم که عرف تجار، به ویژه در صحنه‌های تجاری بین‌المللی هم جزئی از قرارداد است و طرفین هنگام قرارداد، به طور ضمنی در نظر داشته‌اند که خواهان در موقع نقض قرارداد از سوی دیگری، با خسارات مقابله کند، قاعده‌ی مقابله با خسارات، امری بدیهی در قانون مدنی جلوه می‌کند. حتی در قراردادهای داخلی هم اگر این عرف وجود داشته باشد، مشکل چندانی در استناد به قاعده وجود ندارد؛ زیرا م ۲۲۰ قانون مدنی بیان می‌دارد: «عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است، ملزم می‌نماید، بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود، ملزم می‌باشند».

#### مبحث دوم: مقابله با خسارات در قانون مسئولیت مدنی

صریح‌ترین ماده‌ی قانونی در خصوص مقابله با خسارت، ماده‌ی ۴ قانون مسئولیت مدنی، مصوب ۱۳۳۹ می‌باشد و یکی از مواردی که دادگاه می‌تواند خسارات را تخفیف دهد،

وقتی است که زیان دیده، به نحوی از انحاء، موجب تسهیل ایجاد زیان را فراهم نموده یا به اضافه شدن آن کمک یا وضعیت وارد کننده‌ی زیان را تشدید کرده باشد (داراب‌پور، ۱۳۴).  
براساس استفاده از ملاک این ماده‌ی قانونی، می‌توان گفت که این ماده، در مورد حقوق قراردادهای، به خصوص زمانی که قراردادی نقض شده، نیز جاری است؛ یعنی خواهان نباید بیکار نشسته و شاهد ورود ضرر به خویش باشد و تا حدودی که خسارات قابل اجتناب بوده است، از خوانده نمی‌تواند مطالبه خسارت نماید (همان، ۱۳۵).

### مبحث سوم: مقابله با خسارت در قانون بیمه

ماده‌ی ۱۵ قانون بیمه ۱۳۱۶ به خوبی صراحت در پذیرش قاعده‌ی مقابله با خسارت دارد و این‌گونه بیان می‌دارد: «بیمه‌گذار باید برای جلوگیری از خسارت، مراقبتی را که عادتاً هرکسی از مال خود می‌نماید، نسبت به موضوع بیمه نیز نماید و در صورت نزدیک شدن حادثه یا وقوع آن، اقداماتی را که برای جلوگیری از سرایت و توسعه لازم است، به عمل آورد. والا بیمه‌گر مسئول نخواهد بود».

گرچه ماده‌ی فوق مختص روابط بیمه‌گذار و بیمه‌گر است، اما به نظر می‌رسد که خصوصیتی ندارد و در رابطه با فاعل فعل زیان بار هم، شخص زیان‌دیده، باید اقداماتی را که برای جلوگیری از سرایت و توسعه لازم است، به عمل آورد. علاوه بر آن که در قرارداد بیمه هم هنگامی که دیگری در ورود خسارت نقشی داشته باشد، بیمه‌گر، پس از پرداخت خسارت، جانشین زیان‌دیده می‌شود و در بسیاری از موارد، برای مطالبه‌ی خسارت پرداخت شده، به فاعل فعل زیان‌بار رجوع می‌کند و ثمره‌ی مقابله با خسارت، در اصل به نفع فاعل فعل زیان‌بار تمام می‌شود. بنابراین، این ماده‌ی قانونی قابل تعمیم به سایر مباحث مسئولیت قراردادی و غیر قراردادی نیز می‌باشد.

### مبحث چهارم: مقابله با خسارات در قانون مجازات اسلامی

در قانون مجازات، مقرره‌ای وجود دارد که به خوبی بیان‌گر پذیرش قاعده‌ی مقابله با خسارات است.

تبصره‌ی ماده‌ی ۳۵۵ بیان می‌دارد: «در کلیه مواردی که روشن‌کننده‌ی آتش عهده‌دار تلف و آسیب اشخاص می‌باشد، باید راهی برای فرار و نجات آسیب‌دیدگان نباشد و گرنه روشن‌کننده‌ی آتش، عهده‌دار نخواهد بود». به نظر می‌رسد که این مقرره، بیان‌گر قاعده‌ی مقابله با خسارات است؛ زیرا سبب اولیه‌ی خسارت را دیگری فراهم آورده و

اگر وظیفه‌ی مقابله با خسارات را قانون، بر زیان دیده بار نمی‌کند، او مسئول منحصر خسارات، محسوب می‌شود؛ چرا که اگر این تکلیف وجود نداشت، کسی که سبب خسارات را ایجاد کرده، به دلیل اینکه سبب مستقل است، مسئول کل خسارات قلمداد می‌شود؛ زیرا شخصی که در معرض آتش قرارداد، صرفاً محل آتش را ترک نکرده و فقط مرتکب ترک فعل شده است و همان‌گونه که بیان شد، افراد در صورتی مسئول ترک افعال هستند که از قبل، وظیفه‌ای خواه از جانب قانون، عرف یا قرارداد بر دوش آنها باشد.

نکته‌ی قابل ذکر دیگر اینکه گرچه ظاهر ماده‌ی ۳۳۱ که بیان می‌دارد: «هر کس، در محل‌هایی که توقف در آنجا جایز نیست، متوقف شده و شخص یا شیء به وسیله‌ی مزبور برخورد کند و بمیرد، شخص متوقف، عهده دار پرداخت دیه خواهد بود ... مگر آنکه، عابر با وسعت راه و محل، عمدتاً قصد برخورد داشته باشد» شبیه به بحث مقابله با خسارت است، لیکن مفهوم و محتوای آن با این قاعده، متفاوت است؛ زیرا بیانگر این است که خود زیان‌دیده، به صورت رفتار فاعلانه و نه منفعلانه، موجب خسارت خود شده است و بر این اساس آن شخصی که زمینه را فراهم آورده، مسئول نیست؛ زیرا رابطه‌ی علیت به وسیله‌ی عمل زیان‌دیده، قطع شده است و طبق قواعد و قوانین اولیه هم تردیدی در عدم مسئولیت شخص اول نیست؛ اما مقرره‌ی تبصره‌ی ماده‌ی ۳۵۵ متفاوت است؛ از آن‌رو که زیان‌دیده، علیه خود، فعل مثبتی انجام نداده که رابطه‌ی علیت با سبب اولیه قطع گردد؛ زیرا سبب در صورتی شامل ترک فعل می‌شود که وظیفه‌ای به وسیله‌ی قانون یا قرارداد یا عرف، بر دیگری بار شود. بنابراین، قاعده‌ی مقابله با خسارات در قانون مجازات پذیرفته شده است و از آنجایی که مقرره‌ی فوق، بیشتر جنبه‌ی مسئولیت مدنی دارد، قابل سرایت به قوانین مسئولیت مدنی است.

### نتیجه

قاعده‌ی مقابله با خسارات، در حقوق کامن‌لا، یکی از قواعد پذیرفته شده و مسلم حقوق مسئولیت مدنی است؛ اما در حقوق ایران، گرچه در این زمینه، مقرره‌ی خاصی وجود ندارد، لیکن بر اساس تجویز اصل ۱۶۷ قانون اساسی، باید به متون معتبر فقهی رجوع کرد. با مراجعه به منابع معتبر، بر اساس قاعده‌ی لاضرر این امر اثبات می‌شود؛ چرا که اگر وظیفه‌ی مقابله را بر دوش زیان‌دیده بار نکنیم، موجب ورود ضرر به فاعل فعل زیان بار می‌گردد و این حکم ضرری نفی می‌گردد. همچنین، این قاعده، یک قاعده‌ی عقلایی است که منطق حقوق مدنی و حقوق اقتصادی، عدالت و انصاف نیز می‌تواند پشتوانه‌ی

آن گردد. همچنین، از ملاک مواد قانونی که در حقوق ایران در این زمینه وجود دارد، می‌توان استفاده کرد و اثبات یک قاعده‌ی عمومی در مبحث مسئولیت مدنی کرد. در صورتی که این تکلیف را الزامی بدانیم، ترک فعل خواهان در مقابله با خسارات، یکی از اسباب ورود ضرر است و اگر خواهان با خسارت مقابله نکند، دو سبب در ورود خسارت نقش داشته است: یکی اقدام فاعل فعل زیان‌بار یا ناقض تعهد که زمینه‌ی ورود خسارت را فراهم آورده و دیگری هم ترک فعل خواهان در مقابله با خسارت؛ بنابراین فاعل فعل زیان‌بار مسئول کل خسارت نیست.

### فهرست منابع

۱. امامی، حسن، حقوق مدنی، ج ۱، انتشارات اسلامی، تهران، ۱۳۷۸؛
۲. امیری قائم مقامی، عبدالمجید، حقوق تعهدات، ج ۱، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۴۷؛
۳. انصاری، شیخ مرتضی، ملحقات مکاسب، رساله لاضرر، بی‌جا، ۱۴۱۶ ه. ق؛
۴. بهرامی‌احمدی، حمید، سوء استفاده از حق، انتشارات اطلاعات، تهران، ۱۳۷۷؛
۵. خراسانی، محمدکاظم بن حسین، کفایه الاصول، موسسه‌ی آل‌البیت علیهم‌السلام، قم، ۱۴۰۹ ه. ق؛
۶. خمینی، روح‌الله، بدائع الدرر، موسسه‌ی نشر آثار امام خمینی، قم، ۱۴۱۴، ه. ق؛
۷. داراب پور، مهرباب، قاعده‌ی مقابله با خسارات، گنج دانش، تهران، ۱۳۷۷؛
۸. سیستانی، سیدعلی، لاضرر و لاضرار، نشر مکتب آیت‌العظمی سیستانی، قم، ۱۴۱۴ ه. ق؛
۹. کاتوزیان، ناصر، الزامات خارج قرارداد، ج ۱، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۷۴؛
۱۰. مامقانی، شیخ‌عبدالله، مناهج المتقین، موسسه آل‌البیت الاحیاء التراث، قم، ۱۴۰۴ ه. ق؛
۱۱. نائینی، میرزا محمدحسین، منیته الطالب فی حاشیه مکاسب، ج ۲ المکتب المحمدیه، قم، ۱۳۷۳ ه. ق؛
۱۲. نجفی الخوانساری، شیخ موسی، قاعده‌ی لاضرر، المطبعه الاصفهانی، بی‌جا، ۱۴۲۱ ه. ق؛
۱۳. نراقی، احمد ابن محمد مهدی، عوائد الایام، مکتب الاعلام الاسلامی، قم، ۱۴۱۷ ه. ق؛
۱۴. یزدانیان، علیرضا، قلمرو مسئولیت مدنی، نشر ادبستان، تهران، ۱۳۷۸؛
۱۵. محقق داماد، مصطفی، قواعد فقه بخش مدنی، ج ۴، نشر علوم اسلامی، تهران، ۱۳۸۱؛
۱۶. همو، قواعد فقه بخش مدنی، ج ۱ (مالکیت - مسئولیت)، مرکز نشر علوم اسلامی، تهران ۱۳۸۶؛

17. Ian Brown and Adrian. Chandler Law of contract. Oxford PRESS;
18. Bates, Paulj. (1992). Mitigation of Damages, Matter of Commercial Common Sense, The Advocates Quarterly, 13, 273-307;
19. Benjamin, Benjamin (1973). Sale of Goods, Sweet and Maxwell, London;

20. Bridge, Michael. G. (1989). Mitigation of Damages in Contract and the Meaning of Avoidable Loss, *The Law Quarterly Review*, 105, 398-433;
21. Prosser, William. L. (1994) *Law of Torts*, West Publishing CO;
22. Rogers (W.V.H), (1995) *Winfield and Jlowicz on Torts*, 4<sup>th</sup> ed, Sweet and Maxwell;
23. Stoll, Hans (Andre Tunc, chief Editor).(1963).*International Encyclopedia of Comparative Law* ,New York :Oceana Publications;
24. Treitel (G.H), (1999), *Treitel Law on Contract* 9<sup>th</sup> ed. London. 1.