

موانع قاعده اعمال تقلیل خسارت در حقوق ایران

سارا نائبی^۱، ابراهیم ناصر شادباد^{۲*}

^۱ دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، واحد اهر، دانشگاه آزاد اسلامی، اهر، ایران.

^{۲*} استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، واحد اهر، دانشگاه آزاد اسلامی، اهر، ایران

چکیده

هر انسان متعارفی در مواجهه با زیان عکس‌العملی مناسب نشان می‌دهد و از توسعه خسارت پیشگیری می‌کند. اگر بر اثر سرایت آتش، خانه آتش گرفته باشد، صاحب‌خانه وظیفه دارد به‌طور متعارف برای ممانعت از ورود خسارت بیشتر، تلاش کند. این وظیفه امروزه تحت عنوان «تقلیل خسارت» بررسی می‌شود. به‌موجب قاعده تقلیل خسارت، زیان‌دیده نمی‌تواند تنها نظاره‌گر ورود خسارت باشد بلکه بایستی تمامی اقدامات متعارف و معقولی را که برای تقلیل خسارت، لازم و ضروری است، انجام دهد. در غیر این صورت حق مطالبه خسارت قابل تقلیل را از خوانده نخواهد داشت. در مورد مبنای این قاعده نظریات گوناگونی ابراز شده است. برخی از حقوق‌دانان و دادگاه‌ها مبنای این قاعده را رابطه سببیت می‌دانند و آن را با نظریه تقصیر مشترک یکسان تلقی می‌کنند. برخی دیگر معتقدند که مبنای قاعده مورد بحث را باید در نظریه قابل پیش‌بینی بودن ضرر جستجو کرد. همچنین از اصل حسن نیت نیز به‌عنوان یکی دیگر از مبنای آن یاد می‌شود. امکان دارد با وجود جمع بودن شرایط تحقق، موانعی مانع اعمال قاعده‌ی تقلیل خسارت شوند. در موردی که اجرای عین تعهد به‌عنوان ضمانت اجرای اصلی نقض تعهد است، اجرای عین تعهد، مانع اصلی در اجرای قاعده‌ی مورد بحث تلقی می‌شود. پیش‌بینی وجه التزام در قرارداد نیز مانع دیگری در اجرای قاعده‌ی تقلیل خسارت می‌باشد زیرا در این صورت خسارت به‌صورت مقطوع معین شده و امکان تعدیل خسارت به دلیل عدم انجام اقدام‌های متعارف توسط خواهان برای کاستن از خسارت وجود ندارد. همچنین قوه‌ی قاهره و عدم امکان مالی زیان‌دیده برای کاستن از خسارت از جمله موانع دیگر اجرای قاعده تقلیل خسارت هستند.

واژه‌های کلیدی: ضرر، تقلیل خسارت، مقابله با خسارت، مبنای، موانع، شرایط.

مقدمه

اصل قاعده تقلیل خسارت در برخی از کشورها، به خصوص کشورهای تابع نظام کامن لا، 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؟ به نظر می رسد که مناسب ترین قاعده ای که می تواند مبنای قاعده مقابله با خسارت است که «لاضرر و لاضرار فی الاسلام» در فقه اسلامی قرار گیرد، قاعده معروف فقهی مبنای آن حدیثی از پیامبر (ص) می باشد. در این بحث، تکیه اصلی، به بیان این قاعده و ارتباط آن با قاعده مقابله با خسارات است. ابتدا بایستی بررسی نمود چه ملاحظات اخلاقی و فلسفی و اقتصادی موجب می شود 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 زیان بار در آینده می دانند؛ اما برخی مخالف با «ابزارگرایی اقتصادی» عادلانه ی خطر و هزینه مدنظر آنان است 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 یزانی را ایجاد کند و زیان دیده 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 بازداشتن افراد از رفتار غیر اجتماعی است ناکام می ماند، و از طرفی برای آنکه این هدف تأمین 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 زیان دیده در جلوگیری از خسارت ایجاد شده این خسارت را مستقیماً زیان زننده ایجاد ننموده، 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 زیان دیده و هم وارد کننده ی زیان هزینه دارد و پیشگیری از تسری حادثه هم هزینه در بردارد. کارایی اقتصادی ایجاد می کند تا هزینه های حوادث کاهش یابد که این هزینه ها مشمول کاهش تعداد و شدت حوادث می باشد (یزادنیان، ۱۳۹۶، ص ۱۷۰) به عنوان مثال: اگر شخصی توسط دیگری زخمی گردید و اقدام به معالجه در موعد نماید و زخم منجر به بیماری عفونی شدید و در پی آن عوارض دیگر گردد، عدم اقدام زیان دیده 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 وادار 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. علاوه بر توجیه قاعده بر مبنای مسئولیت مدنی، اصولی نیز وجود دارد که مسئولیت مدنی زیان دیده 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 تأثیری 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؛ 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. 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 همه 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 می رود که به دنبال خریدار جانشین باشد؛ یا اگر یک مستخدم، به اشتباه از خدمت منفصل شود، پذیرفتن پیشنهاد کار کارفرمای قبلی اش معقولانه تلقی می شود یا اینکه این پیشنهاد را رد کند و در جستجوی استخدام دیگری باشد؛ اما این نامعقولانه است. که در خانه بنشیند، تلویزیون تماشا کند و منتظر کار دیگری باشد. اگرچه انتظار نمی رود، پیشنهاد مجدد کارفرمای سابقش را که انفسال او را در شرایط تحقیرآمیزی صورت داده، بپذیرد در همین راستا، وظیفه کاهش خسارت، یک امر موضوعی است (نه حکمی) و به وسیله اوضاع و احوال هر پرونده ای، باید بررسی شود. اگر به دلیل بی-پولی، خواهان، قادر به اقداماتی جهت کاهش خسارات نباشد، مورد مواخذه قرار نمی گیرد 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 می شود. جایی که وظیفه کاهش خسارت، خرید اجناسی باشد، به عنوان مثال خریدار یک جنسی که از تحویل کالا به او امتناع شده نیاز نیست که اقدامات فوق العاده ای را برای تهیه کالا به همان قیمت و ارزش انجام دهد. بنابراین، وظیفه 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 می شود. از این رو، امکانات مالی زیان دیده و اطلاع او از نقض قرارداد یا فعل زیان بار ... باید مدنظر قرار گیرد.

مفهوم قاعده تقلیل خسارت

این قاعده را می توان این گونه تعریف کرد که: قاعده تقلیل خسارات، عبارت از این است که متضرر از نقض قرارداد (متعهدله)، وظیفه دارد اقدامات لازم را برای کاهش یا جلوگیری از گسترش خساراتی را که از نقض قرارداد برای وی حادث شده را انجام دهد؛ اما به نظر می رسد که این تعریف، تعریف جامع و مانعی نیست؛ چرا که بیان شده وظیفه دارد با خسارات مقابله کند؛ ولی ممکن است هنوز متضرر از نقض قرارداد ضرری به کسی وارد نشده باشد و متعهدله قرارداد، پس از نقض قرارداد، وظیفه دارد ضرر را تقلیل دهد و بدین شکل ضرر کمتری ببیند؛ 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 می کند، صاحب رستوران، غذا و شام مراسم را تهیه نکرده و به این جهت او به رستوران دیگری مراجعه می کند و با همان قیمت قبل، شام مراسم را تهیه می کند و هیچ گونه خسارت مادی و معنوی به او نمی رسد بنابراین، در تعریف قاعده، نمی توانیم 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 آن مطرح نمی شود و تقلیل خسارات، پس از وقوع آن مطرح است؛ اما حتی در این موارد هم اگر زمینه خسارت فراهم آمده و فرد در معرض ضرر قرار گرفته است و می تواند آن را تقلیل دهد. در صورتی که از این امر خودداری کند، کسی مسئول خسارت وارده به او نیست مانند تبصره ماده ۳۵۵ قانون مجازات اسلامی سابق. دومین ایرادی که می توان به این تعریف گرفت، این است که قاعده را فقط در رابطه با تعهد قراردادی و مسئولیت قراردادی ملحوظ دانسته و شامل خسارات غیرقراردادی نمی شود؛ اما به نظر می رسد که قاعده تقلیل خسارات، در هر دو زمینه وجود دارد و مخصوص خسارات قراردادی نیست (یزدانیان، ۱۳۹۶، ص ۱۷۰).

لازم به ذکر است که در کنوانسیون بیع بین المللی کالا در ۱۹۸۰ هم فقط تقلیل خسارات قراردادی بیان شده است؛ اما این اشکال به مقررات کنوانسیون وارد نیست؛ چرا که همان طور که از نام کنوانسیون برداشت می شود، موضوع کنوانسیون، بیع بین المللی کالا و شرایط و مقررات آن بوده؛ نه بیان وضع و تعریف قاعده تقلیل خسارات. حتی اگر فقط به وضع قاعده در کنوانسیون بیع بین المللی کالا توجه داشته باشیم، می توان استدلال کرد که خسارات قراردادی، خصوصیتی ندارد که قاعده را محدود به آن کنیم. چه تفاوتی می کند که قراردادی در بین باشد و خسارات وارد شود و یا قراردادی نباشد. مگر بیان شود مبنای قاعده، شرط ضمنی طرفین قرارداد می باشد؛ به این صورت که اگر متعهد، نقض عهد کرد و زمینه خسارات را فراهم آورد، متعهدله هم وظیفه دارد جهت کاهش یا ایجاد آن، اقدامات متعارف را انجام دهد؛ اما با توجه به پیشینه فقهی که در

توجیه آن بیان خواهد شد و منابع و پرونده هایی که در وضع این قاعده نقش داشته اند این استدلال صحیح نیست (بیاتی، ۱۳۹۴، ص ۱۱۱).

موانع اعمال قاعده‌ی تقلیل خسارت

با وجود تحقق شرایط لازم برای اعمال قاعده‌ی تقلیل خسارت، امکان دارد عواملی مانع از اجرای این قاعده شوند. در چنین صورتی زیان‌دیده تکلیفی به تقلیل خسارت ندارد و اثر آن این است که خوانده، دیگر حق استناد به نقض قاعده‌ی تقلیل خسارت را به منظور کم کردن مسئولیت خود نخواهد داشت. موانع موردنظر عبارتند از:

۱- حجر خواهان

حجر در لغت به معنای منع و بازداشتن آمده است و در اصطلاح حقوقی نیز حجر، به نداشتن صلاحیت در دارا شدن حق یا حقوق معین و نیز نداشتن صلاحیت برای اعمال حق که شخصی آن را دارا شده است، گفته می‌شود اولی را عدم اهمیت تمتع و دومی را عدم اهمیت استیفاء گویند. در اصطلاح حقوقی حجر عبارت است از منع شخص به حکم قانون از اینکه بتواند امور خود را به‌طور مستقل و بدون دخالت دیگری اداره کند و شخصاً اعمال حقوقی انجام دهد و نیز عدم توانایی قانونی شخص در اعمال و اجرای حق. با توجه به نوع ممنوعیت شخص در تصرفات خویش و میزان آن می‌توان حجر را به شرح ذیل منقسم نمود: حجر عام و حجر خاص (کاتوزیان، ۱۳۹۳، ص ۲۲۶). منظور از حجر عام آن است که شخص به‌طور کلی از اجرای حق و انجام دادن اعمال حقوقی ممنوع باشد؛ مثل حجر مجنون که حجر عام است؛ چرا که دیوانه در کلیه امور خود ممنوع از تصرف است و به علت فقدان اراده، هیچ گونه عمل حقوقی، چه عقد باشد چه ایقاع، نمی‌تواند انجام دهد. جنون در حقوق ایران به هر درجه که باشد باعث می‌شود که شخص نتواند اهلیت استیفاء داشته باشد. طبق ماده ۱۲۱۱ قانون مدنی جنون به هر درجه که باشد موجب حجر است (محقق داماد، ۱۳۹۸، ص ۱۶۸). منظور از حجر خاص، آن است که شخص از پاره‌ای از تصرفات خود ممنوع باشد نه همه آن‌ها، مثل حجر سفیه که حجر خاص است؛ چرا که حجر و ممنوعیت تصرف او، محدود به امور مالی است؛ بنابراین شخص سفیه می‌تواند در امور غیرمالی خود مثل طلاق، تصمیم بگیرد. همچنین حجر اشخاص تاجر ورشکسته نیز، حجر خاص است؛ چرا که محدود به تصرفات مالی است که به زیان طلبکاران باشد (همان منبع، ص ۱۶۹). در بیان مفهوم تکلیف زیان‌دیده می‌توان گفت عامل زیان بعضی اوقات در هنگام جبران خسارت با توجه به اموری که در بروز خسارت موثر بوده اند 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.

اولاً- وجوب تکلیف بر زیان‌دیده و ثانیاً- منع جبران خسارت قابل احتراز ثالثاً- مختلطی از وجوب و منع، که در بررسی این قاعده ابتدا 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: 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 نظام‌ها قاضی تنها یک حکم علیه عامل زیان می‌دهد و او را تنها به پرداخت خسارت غیرقابل 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 غیرقابل 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 متعهد به 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. النهایه بایستی گفت میزان تلاش و وظیفه‌ی زیان‌دیده تعهد به وظیفه و تلاشی متعارف است و تضمین نتیجه از وی انتظار نمی‌رود و نکته‌ی دیگر آنکه وضعیت روانی زیان‌زننده به‌عنوان مثال حجر وی تأثیری در

وظیفه ی زیان‌دیده ندارد (کاظمی، ۱۳۹۸، ص ۷)؛ و در هر حال وی وظیفه دارد در حد متعارف از تسری زیان جلوگیری به عمل آورد حتی اگر زیان زننده عمد داشته باشد بر عکس زمانی که خطای مشترک و تقصیر زیان‌دیده و زیان زننده در زمان ایجاد خسارت مطرح است که در این حالت اگر زیان زننده عمد داشته باشد مسئولیتی بر زیان‌دیده بار نمی‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۴، ج ۱، ص ۳۷۴). 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 (نقیبی، ۱۳۹۶، ص ۱۳۰). 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 هزینه ی پیشگیری می باشد در تحمیل جبران هر نوع خسارتی چه آنکه معلول قرارداد یا غیر آن باشد قابلیت پیش‌بینی زیان و خسارات زیان الزامی است چرا که غیرقابل پیش‌بینی بودن سبب حائل شدن علت دیگری بین عمل یا ترک عمل توسط زیان‌دیده و زیان وارده می گردد و رابطه ی عرفی قطع می گردد. فلذا مانع ایجاد مسئولیت برای وی می‌شود. ایراد اول- آیا می توان برای خواهان 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 نمونه ی بارز ناظر به میزان زیان است؟ پاسخ این است منظور از کمیت در لحظه ی 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 دوراندیشی یک انسان متعارف با توجه به سیمای نوعی تقصیر چندان پیچیده نیست وقتی پس از وقوع خسارت، خسارت دیگری به تبع حادثه ی اولیه رخ می‌دهد عملکرد زیان‌دیده در عدم جلوگیری از توسعه ی زیان باعث می‌شود که عمل عامل زیان نسبت به زیان هایی 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. همانطور که گفته شد ضرورتی بر وجود عمد در عملکرد زیان‌دیده 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 می‌شود که زیان‌دیده به عوارض ناشی از حادثه آگاه و عالم باشد و موضوع حجر به جهت فقدان این مورد خروج موضوعی دارد (بادینی، ۱۳۹۴، ص ۱۴۵).

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 تأثیر توانایی را بر تعهدات قراردادی بیان می نماید (همان منبع، ص ۱۴۶). 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 از محجور باشد و با بررسی بیشتر احراز می گردد این الزام، الزام قانونی نیست بلکه انتظار متعارف و معقول جامعه است.

۲- ممانعت خواننده از تقلیل خسارت

۲-۱- ایجاد مانع

در صورتی که خواننده مانع انجام اقدام‌های متعارف توسط زیان‌دیده برای تقلیل خسارت شود، وظیفه ی تقلیل خسارت زیان‌دیده از بین می رود و خواننده نمی تواند در دعوی مطالبه ی خسارت به قاعده‌ی تقلیل خسارت متوسل شود (داراب پور، ۱۳۹۷، ص ۲۴). برای مثال اگر بعد از آتش گرفتن خانه به علت تقصیر خواننده، وی مانع انجام اقدام‌های لازم توسط زیان‌دیده برای جلوگیری از توسعه ی آتش سوزی شود، متعاقباً در مقابل دعوای مطالبه ی خسارت نمی تواند به قاعده‌ی تقلیل خسارت به‌عنوان دفاع استناد کند. این یک امر بدیهی می‌باشد که ممانعت خواننده از انجام اقدام‌های لازم به منظور تقلیل خسارت، تعهد زیان‌دیده را در اجرای قاعده‌ی مورد بحث منتفی می کند. به بیان دیگر، رفع مسئولیت متعهد در صورتی که عدم انجام تعهد ناشی از عمل متعهدله باشد یک اصل کلی در حقوق مدنی است. در این اینجا نیز زیان‌دیده، متعهد به کاستن از میزان خسارت بوده و ناقض قرارداد نسبت به اعمال قاعده‌ی تقلیل خسارت، متعهدله تلقی می‌شود، بنابراین در صورتی که وی مانع تقلیل خسارت توسط زیان‌دیده شود، حق استناد به قاعده‌ی تقلیل خسارت را نخواهد داشت (همان منبع، ص ۲۵).

در حقوق اسلام نیز می توان براساس قاعده‌ی اقدام به همین نتیجه دست یافت؛ زیرا خواننده ی دعوی به ضرر خود اقدام کرده و مانع انجام وظیفه ی زیان‌دیده شده است و بنابراین نمی تواند به قاعده‌ی تقلیل خسارت استناد و مدعی کاهش خسارت شود.

۲-۲- فریب خواهان

شرایط قاعده غرور، یکی از علل ایجاد مسئولیت مدنی شمرده است. براساس قاعده مذکور هرگاه شخصی با اعمال و اقوا خود دیگری را فریب داده و از این رهگذر به طرف مقابل ضرری وارد گردد و یا با فریب طرف مقابل مانع تقلیل خسارت زیان‌دیده گردد، مسئول تدارک و جبران خسارت وارده می باشد؛ زیرا مطابق قاعده فقهی، لاضرر هیچ زبانی نباید جبران نشده باقی بماند در نتیجه به دلیل اعمال فریب آمیز غار و ورود ضرر به مغرور، شخص غار مسئول جبران خسارت وارده بوده و براساس قاعده غرور، مغرور به غار مراجعه و خسارات وارده را از وی مطالبه می نماید. لازم به ذکر است با وجود این که قاعده غرور، صراحتاً به بیان مسئولیت غار می پردازد نایستی چنین تصور شود که در این راستا هیچ گونه مسئولیتی متوجه مغرور نمی گردد. بلکه این قاعده به‌طور ضمنی بیانگر ضمان مغرور در مقابل ثالث زیان‌دیده نیز می باشد؛ بنابراین همان گونه که شخص غار در مقابل مغرور ضامن بوده و مسئولیت مدنی دارد، مغرور نیز در مقابل زیان‌دیده به دلیل اتلاف مال او مسئولیت خواهد داشت. آنچه که مسلم است این که براساس قواعد عقلی می بایست خسارات وارده به زیان‌دیده جبران گردد. فلذا همواره زیان‌دیده در کانون توجه مسئولیت مدنی قرار گرفته و می توان در نهایت، مبنای اصلی مسئولیت مدنی را تضمین حقوق زیان‌دیده و حمایت از وی قلمداد نمود (بیاتی و حشمتی، ۱۳۹۴، ص ۱۳۸).

۲-۳- شروط قراردادی

شرط عدم مسئولیت در قراردادی به دلیل وجود توافق دو اراده و همچنین عدم تعارض آن با نظم عمومی صحیح شناخته شده است، ولی در صحت آن در مسئولیت قهری به دلیل اشکال در امکان تصور چنین قراردادی، مخالفت چنین قراردادی با نظم عمومی، اسقاط حقی که هنوز ایجاد نشده است و گسترش بی مبالاتی در رعایت قوانین، حقوقدانان قائل به بطلان چنین شرطی هستند. لیکن موافقان صحت شرط عدم مسئولیت با رد ایرادات قائلین به بطلان، به اصل آزادی قرارداده‌ها، مواد ۱۰، ۷۵۲، ۷۷۶ قانون مدنی و ماده ۳۲۲ ق.م.ا، استناد می‌کنند و معتقدند که چنین شروطی موجب تقسیم خطرات میان طرفین و کاهش هزینه تولید و در نتیجه امکان رقابت در صحنه بین الملل می‌شود و اشکال مخالفت این قرارداد با نظم عمومی به وسیله باطل دانستن آن در صورت ارتکاب تقصیر عمدی یا سنگین از سوی مدیون و همچنین بطلان آن در مورد خسارات وارد بر شخص مرتفع می‌شود و شرط عدم مسئولیت در برابر اشخاص ثالث قابل استناد است و همچنین انعقاد آن به نفع شخص ثالث صحیح می باشد (حسینی مدرس و گلشنی، ۱۳۹۲، ص ۱۲۶).

در مورد صحت این دسته از شروط اختلاف نظر وجود دارد؛ مخالفان معتقدند شرط عدم مسئولیت متعهد با نتیجه تعهد که پیدایش تکلیف همراه با ضمانت اجراست، تضاد دارد؛ یعنی متعهد موظف است قرارداد را اجرا کند اما شرط عدم مسئولیت با مسئول نبودن او در ترک وظیفه ی مزبور متعارض است (همان منبع، ص ۱۲۷).

به علاوه گفته شده است به دستاویز این شرط نباید روابط تعهدات اشخاص را سست و بی اعتبار کرد و به بی نظمی مجال داد. تنها می توان به یاری این شرط، بار اثبات تخطی را بر دوش مدعی خسارت نهاد. استدلال دیگر چنین است که این شرط از مصادیق ابراء ما لم یجب است و لذا صحیح نیست؛ منظور از آن بری ساختن دینی است که هنوز موجود نیست و تنها احتمال ایجاد آن می رود؛ اما در عین حال پذیرش اعتبار شرط عدم مسئولیت را در موارد بی احتیاطی و اهمال نمی توان مردود دانست. چنین شرطی نسبت به تخلفات تعمدی بی تأثیر است. دلیل این که نمی توان در تعمدات، شرط عدم مسئولیت را پذیرفت این است که این شرط در این مورد به معنی شرط عدم تعهد است که با مفاد قرارداد سازش ندارد. این مورد از حقوق فرانسه وارد کشور ما شده است؛ اما محاسن آن را نیز نباید از نظر دور داشت. وجود یک شرط عدم مسئولیت از صرف هزینه های سنگین بیمه ی مسئولیت جلوگیری می کند و در واقع طرف قرارداد نقشی را که بیمه گر دارد به عهده می گیرد (شعاریان، ۱۳۹۱، ص ۲۷).

لذا جز در موارد فوق که شرط نامشروع تلقی می شود، شرط عدم مسئولیت نافذ است. علاوه بر آن مخالفت با نظم عمومی و نیز تنافی با مقتضای ذات عقد نیز از نفوذ شرط ممانعت به عمل می آورد.

لذا با لحاظ اراده طرفین، که بر تحمیل مسئولیت به دوش یک طرف قرار گرفته است و نیز تکامل تجارت، باید به نفوذ این شرط رأی داد. از طرفی وقتی قانون بیمه مسئولیت را تجویز می کند، طبعاً باید شرط عدم مسئولیت را نیز تجویز کند؛ زیرا این نوع از بیمه عیناً همان اثر عدم مسئولیت را دارد. هرچند که باید گفت در بیمه مسئولیت، متضرر از عقد اصلی خسارتش جبران می شود ولی در شرط عدم مسئولیت چنین نیست. در حقوق اسلام، در باب مسئولیت پزشک و بیطار، شرط عدم مسئولیت نافذ دانسته شده است. نیز شرط برائت از عیوب، به این نحو که کسی مالی بفروشد و شرط کند که اگر مبیع، معیوب درآمد، در مقابل مشتری مسئول عیب مال نباشد. به این شرط، شرط تبری از عیوب نیز گفته اند (همان منبع، ص ۲۸).

در موضوع بحث نیز هرگاه خواهان طی قراردادی که در حال حاضر توسط خواننده نقض شده، یا طی قرارداد جداگانه شرط عدم مسئولیت کرده باشد، وظیفه ای به تقلیل خسارت ندارد؛ به عبارت دیگر خواهان هرگونه مسئولیتی را از خود نفی نموده است؛ پس هرگاه بخشی از زیان و خسارت وارده در نتیجه اهمال او در کاهش خسارت حادث شده باشد، باز هم مسئولیت متوجه خواننده می باشد و او باید خسارت خواهان را جبران کند؛ مگر این که ثابت شود شرط عدم مسئولیت ناظر به این مورد خاص نمی شود (همان منبع، ص ۲۹).

۲-۴- شرط کاهش مسئولیت

می توان شرط کاهش مسئولیت را نیز نوعی شرط عدم مسئولیت به حساب آورد. چرا که چنین شرطی منجر به عدم مسئولیت نسبت به مازاد از میزان تعیین شده می شود؛ لذا وقتی شرط عدم مسئولیت صحیح، نافذ باشد به طریق اولی، شرط کاهش مسئولیت صحیح است؛ دلیل آن یک تفاوت مهم بین این دو نوع تحدید مسئولیت است که شرط محدود کننده تنها مخالف اصل جبران کامل خسارت است، بی آنکه اصل جبران خسارت را از بین ببرد؛ اما شرط عدم مسئولیت منجر به حذف اصل مسئولیت می شود به همین دلیل خطرناک تر از شرط عدم مسئولیت است (جنیدی، ۱۳۹۷، ص ۲۴).

هرچند در خصوص اعتبار این دسته از شروط نیز ایرادات قبلی وارد است، اما در نهایت ناچار از پذیرش آن هستیم. شناسایی شرط کاهش مسئولیت زمینه ایجاد یک رقابت سالم را میان تولیدکنندگان و سوداگران کشورهای مختلف فراهم می کند. از مزایای این شروط تقسیم خسارت، کاهش هزینه ها تشویق فعالیت ها، امکان رقابت سالم در صحنه بین المللی می باشد. شاید بهترین مثال نهاد بیمه باشد که به صورت گسترده از این شرط سود می برد. باید گفت در صورتی که، شرط کاهش میزان مسئولیت به نفع خواهان شده باشد، به میزان کاسته شده از مسئولیت، از انجام اقداماتی برای کاهش میزان ضرر معاف است و به میزانی که مسئولیتش کاهش یافته، مستحق دریافت از خسارات تقلیل نیافته می باشد. در واقع این مورد تنها از میزان

مسئولیت خواهان می‌کاهد و لذا نمی‌تواند عامل معاف‌کننده تلقی شود، لکن به دلیل این که تا میزان شرط شده، از تقلیل خسارت معاف است (همان منبع، ص ۱۲۵).

۲-۵- وجه التزام

در برخی از قراردادهای طرفین حین انعقاد قرارداد، خسارت ناشی از نقض آن را به صورت مقطوع مشخص می‌کنند. مبلغی که به این منظور معین می‌شود در حقوق ایران «وجه التزام» نامیده می‌شود. در ماده ۲۳۰ ق.م. وجه التزام به صراحت پیش‌بینی شده است؛ به موجب این ماده «اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف متخلف مبلغی را به عنوان خسارت تأدیه نماید، حاکم نمی‌تواند او را به بیشتر یا کمتر از آنچه که ملزم شده است محکوم کند». بنابراین مطابق ماده ۲۳۰ نه تنها اعتبار شرط وجه التزام پذیرفته شده، بلکه دادگاه به موجب حکم صریح همین ماده حق تعدیل آن را نیز ندارد (کاظمی، ۱۳۹۴، ص ۱۳۹).

از این شرط تحت عنوان شرط توافق بر خسارت و شرط جزایی نیز یاد شد که مقصود از آن توافق دو طرف قرارداد است برای پرداخت یا انتقال مبلغی پول یا مال دیگری توسط طرف اول (نقض کننده) به طرف مقابل (زیان‌دیده) برای جبران خسارت وارده به او. این شرط دو صفت دارد: مقطوع و جانشین خسارت ناشی از عدم انجام تعهد بودن. در حقوق انگلستان وجه التزام، اگر جنبه پیش‌بینی خسارت داشته باشد نافذ و اگر جنبه تنبیهی و مجازاتی داشته باشد غیرنافذ است.

از لحظه انعقاد تا اجرای کامل قرارداد طرفین می‌توانند هر شرطی را که مایند در آن بگنجانند؛ مشروط بر این که مخالف قانون یا خلاف مقتضای عقد نباشد. در اینکه آیا وجه التزام کیفر عدم انجام تعهد است و نوعی مجازات مدنی است یا اینکه برای جبران خسارتی است که از نقض تعهد به متعهدله وارد می‌شود، تأمل است. در کشورهایی همچون فرانسه این امکان به قاضی داده شده که میزان وجه التزام را تغییر دهد به طوری که اگر وجه التزام در مقایسه با اصل قرارداد، گزاف و سنگین باشد، آن را به نفع متعهد تغییر دهد و اگر ناچیز و کم ارزش باشد به نفع متعهدله افزایش دهد (وحیدی، ۱۳۹۸، ص ۱۲۲).

این برخلاف ترتیبی است که قانون مدنی در ماده ۲۳۰ ق.م. مقرر کرده است؛ زیرا به گونه ای است که دادرسی امکان تغییر آن را ندارد. این اعتقاد در احترام به حاکمیت اراده و آزادی قراردادی قابل تقدیر است ولی با توجه به تغییر شرایط اجتماعی و اقتصادی کشور، دیگر نمی‌توان این رفتار ماده ۲۳۰ را ستایش نمود. در خصوص تعدیل میزان وجه التزام اختلاف نظر بسیار است، اما با توسل به اصل انصاف، ماده ۴ ق.م.م، ماده ۳۹۱ ق.ت. قاعده نفی عسر و حرج، میزان آن قابل تعدیل دانسته شده است. به همین جهت اصلاح قانون مدنی در این مورد شروطی است تا هم بتوان از اجحاف توسط شروط غیرعادلانه جلوگیری نمود و هم حقوق کشور را با تمایلات جدید در جامعه و دادگاه منطبق نمود (همان منبع، ص ۱۲۳).

در حقوق اسلام از این شرط یاد شده است. مثلاً در خصوص شخصی که ملک خویش را به دیگری می‌فروشد و بعد در ضمن عقد لازم دیگری ملتزم می‌شود که در صورت کشف فساد، وجه التزامی در مدت پنجاه سال به دیگری بپردازد، چنین شرطی بلامانع دانسته شده است. بیع اربون (عربون) که خود دارای انواعی است، می‌تواند مصداقی از پذیرش وجه التزام در حقوق اسلام باشد. «این نوع بیع در نظر اهل سنت چنان که در المغنی می‌نویسد به عقیده احمد صحیح است. لیکن در نظر مالک و شافعی و اصحاب رأی باطل است و در نظر امامیه بیع العربون صحیح است و خود عربون جزء ثمن است و هرگاه مشتری از دفع ثمن امتناع ورزد و با بیع عقد را فسخ کند رد عربون بر وی واجب است؛ زیرا در خبر است: کان امیرمومنین (ع) یقول: لایجوز بیع العربون الا ان یکون هذا من الثمن» (محقق داماد وجعفری خسرو آبادی، ۱۳۹۹، ص ۱۰۷). مثلاً در یک نوع از آن شخص مالی را می‌پسندید و مقداری از وجه آن را می‌پرداخت و از فروشنده می‌خواست تا مدت معینی آن را به کسی نفروشد، اگر تا آن مدت نیامد، مبلغ پیش پرداخت متعلق به طرف باشد. اینک می‌گوییم وجود وجه التزام در یک قرارداد مانع از این است که وظیفه تقلیل خسارت به وجود آید. مانعیت وجه التزام از این جهت است که با تعیین میزان آن، میزان خسارت وارده اهمیت خود را از دست می‌دهد و به صرف نقض تعهد، نقض کننده قرارداد خسارت معین شده در قرارداد را باید بپردازد. مانع بودن

وجه التزام نه تنها در سیستم های حقوقی که امکان تعدیل وجه التزام پذیرفته نشده؛ بلکه در کشورهایی که این تعدیل پذیرفته شده نیز صادق است (همان منبع، ص ۱۰۸).

شرط وجه التزام به عنوان یکی از موانع اجرای قاعده ی تقلیل خسارت مطرح شده است، چرا که با تعیین وجه التزام، میزان خسارت وارده اهمیت خود را از دست می دهد و به صرف نقض تعهد، زیان دیده استحقاق وصول خسارت معین شده در قرارداد را دارد. فرقی نمی کند میزان وجه التزام کمتر یا بیشتر از خسارت واقعی باشد (گودرزی، ۱۳۹۱، ص ۱۰۵).

حتی در کشورهایی که امکان تعدیل وجه التزام پذیرفته شده است نیز به نظر می رسد امکان مکلف کردن متعهدله به انجام اقدام های متعارف برای جلوگیری از ورود یا توسعه ی خسارت وجود ندارد، چرا که در حقوق کشورهای یادشده نیز موارد امکان تعدیل وجه التزام احصاء شده و عدم انجام تکلیف تقلیل خسارت جز و موارد احصاء شده نیست. در نتیجه دادگاه نمی تواند با اعلام این که متعهدله به وظیفه ی خود در تقلیل خسارت عمل نکرده از میزان وجه التزام بکاهد (فورتین، ۲۰۰۹، ص ۲۸۵). رویه ی قضایی آمریکا نیز در احکام متعددی اعلام کرده است چنانچه در قرارداد وجه التزام پیش بینی شده باشد، زیان دیده تعهدی به تقلیل خسارت نخواهد داشت. در واقع با بررسی نظام های حقوقی مختلف مشاهده می شود که هرگاه وجه التزام غیرمنصفانه باشد، دادگاه می تواند آن را تعدیل کند. در برخی کشورها، تعدیل وجه التزام موقعی است که میزان آن به نحو غیرمتناسبی زیاد باشد. این معیار در برخی کشورها تغییر یافته و به آن با عنوان غیرمعقولانه بودن توجه شده و بعضی دیگر نیز از عبارت افراط آمیز بودن استفاده کرده اند (میلر، ۲۰۰۴، ص ۸۸). بنابراین در هیچ یک از نظام های حقوقی عدم انجام اقدام های متعارف برای کاستن میزان خسارت، دلیل تعدیل خسارت شناخته نشده است. به عنوان نمونه در حقوق آمریکا اگر در قراردادی وجه التزام تعیین شده باشد، متعهدله هیچگاه وظیفه ای برای تقلیل خسارت ندارد و دیوان عالی ایالت ماساچوست آمریکا بر این امر به صراحت حکم کرده است (فورتین، ۲۰۰۹، ص ۲۸۵). با این حال رأی یاد شده مورد انتقاد قرار گرفته و استدلال شده است که به دلیل نقش قاعده ی تقلیل خسارت در بهره وری اقتصادی و اجتناب از اتلاف دارایی و جلوگیری از تحصیل منافع مضاعف و ضرورت اعمال حسن نیت در قراردادهای، شرط وجه التزام همیشه نمی تواند مانع اجرای قاعده ی تقلیل خسارت در نظر گرفته شود (همان منبع، ص ۲۸۷). برخی از حقوقدانان قصد طرفین را در صدور آرای متفاوت در این زمینه اثرگذار دانسته و بیان داشته اند که با وجود توافق طرفین بر وجه التزام، وظیفه ی تقلیل برای زیان دیده همچنان باقی است، مگر این که طرفین با درج وجه التزام در نظر داشته باشند که وظیفه ی تقلیل را کنار بگذارند و مسئولیت ناقض قرارداد را از نوع مسئولیت مطلق، فوق العاده تعیین کنند که در این صورت، اعمال قاعده منتفی خواهد بود (لومور، ۲۰۰۹، ص ۱۳۶۵).

اجرای عین تعهد هنگامی که ضمانت اجرای نقض تعهد، التزام متعهد ناقص قرارداد، به اجرای عین تعهد می-باشد، امکان اجرای قاعده ی تقلیل خسارت وجود ندارد. در واقع در صورتی که پس از نقض قرارداد متعهدله اجرای عین تعهد را مطالبه کند، خواننده در مقابل دعوی متعهدله (خواهان) نمی تواند برای کاستن مسئولیت خود به قاعده ی تقلیل خسارت عمل استناد کند. پس اجرای عین تعهد یک استثناء مهم در اعمال قاعده ی تقلیل خسارت است (بیتس، ۱۹۹۲، ص ۲۸۸). البته در کامن لا الزام به اجرای عین تعهد جنبه ی استثنایی دارد و اصل کلی و اولیه ی ضمانت اجرای نقض قرارداد، جبران پولی خسارات ناشی از نقض قرارداد می-باشد و دادگاه ملزم به قبول درخواست متعهدله در مورد اجرای عین تعهد نیست، مگر این که این امر را با قواعد انصاف سازگار بداند (بیتسون، ۱۹۹۸، ص ۴۹۱). در حقوق آمریکا نیز از استثنائات قاعده ی مورد بحث، استحقاق زیان دیده به مطالبه ی اجرای تعهد اصلی است (پرلو، ۲۰۰۹، ص ۵۰۷).

به نحوی که بیان شد از مهمترین شیوه های وظیفه ی تقلیل خسارت، انجام معامله ی جایگزین از سوی زیان-دیده می-باشد، اما هرگاه متعهدله بتواند اجرای عین تعهد را طلب کند، نیازی به انجام معامله ی جایگزین برای کاستن از خسارت ندارد. در حقوق فرانسه، حق متعهدله در مطالبه ی اجرای عین تعهد به عنوان اصل پذیرفته شده است و مطالبه ی اجرای عین تعهد یکی از موانع اعمال قاعده ی تقلیل خسارت در حقوق این کشور می-باشد. به طوری که برخی از حقوق دانان با استناد به این که اعمال قاعده ی تقلیل خسارت حق متعهدله را در مطالبه ی اجرای عین تعهد محدود می کند، قبول این قاعده را در حقوق فرانسه نامطلوب دانسته و آن را رد کرده اند (پوتریما، ۲۰۰۶، ص ۲۱۱).

برخی از حقوق دانان فرانسوی معتقدند که هرگاه متعهدله امکان مطالبه ی اجرای تعهد اصلی را داشته باشد، وظیفه ی تقلیل وجود ندارد، زیرا دلیلی وجود ندارد که زیان دیده به دلیل عدم اقدام به تقلیل خسارت، از مطالبه ی اجرای تعهد اصلی محروم شود؛ بنابراین طبیعی است که اگر زیان دیده تلاشی در راستای تقلیل خسارت نکند، شیوه ی مناسب برای او مطالبه ی تعهد اصلی می باشد تا از نتایج کوتاهی خود در تقلیل خسارت رهایی یابد (لیتیه ، ۲۰۰۹، ص ۱۳۶). در کنوانسیون بیع بین المللی کالا اجرای عین تعهد به موجب مواد ۲۸ و ۴۶ و ۶۲ به عنوان اصل پذیرفته شده است. البته طبق بند ۱ ماده ۴۶ و ۶۲ اجرای عین تعهد را بدون قید و شرط به صورت اصل می پذیرد در حالی که مطابق ماده ی ۲۸ قبول درخواست اجرای عین تعهد به اختیار دادگاه محول شده؛ بنابراین در مورد اجرای عین تعهد بین ماده ی ۴۶ با ماده ی ۲۸ تعارض وجود دارد. برخی از حقوق دانان برای رفع تعارض بین دو ماده ی یادشده اعلام می دارند که بند ۱ ماده ی ۴۶ کنوانسیون، اصل جواز درخواست اجرای عین، قرارداد را بیان می کند و ماده ی ۲۸ نحوه ی اعمال آن را مقرر می کند (صفایی، ۱۳۹۷، ص ۲۲۲). در ماده ی ۲-۲-۷ اصول قراردادهای تجاری بین المللی نیز حق متعهدله در مطالبه ی اجرای عین تعهد به عنوان اصل پذیرفته شده است و از این لحاظ به حقوق کشورهای دارای نظام رومی - ژرمنی نزدیک می باشد.

همچنین در اصول حقوق قراردادهای اروپا نیز الزام متعهد به اجرای عین تعهد به عنوان اصل پذیرفته شده است. بند ۱ ماده ۱۰۲-۹ این اصول مقرر می دارد: «طرف متضرر استحقاق مطالبه ی اجرای عین تعهد را در غیر از مورد تعهدات پولی دارد...». بنابراین در کنوانسیون بیع بین المللی کالا، اصول قراردادهای تجاری بین المللی و اصول حقوق قراردادهای اروپا که سه سند مهم بین المللی در مورد حقوق قراردادها هستند، الزام متعهد به اجرای عین تعهد به عنوان اصل پذیرفته شده است (احمدی، ۱۳۹۹، ص ۱۱۳).

در مورد این که اجرای عین تعهد مانع اعمال قاعده ی تقلیل خسارت می باشد یا خیر، در اسناد یادشده حکم صریحی وجود ندارد، اما باید گفت که قاعده ی تقلیل خسارت زمانی اعمال می شود که زیان دیده، اجرای عین تعهد را از متعهد مطالبه نکند و به نقض قرارداد متمسک شده و خسارات ناشی از آن را از خوانده مطالبه کند، زیرا استناد به قاعده ی تقلیل خسارت در دعوی مطالبه ی خسارت مصادق می یابد. به عنوان نمونه، اگر خریدار با استناد به بند ۱ ماده ۴۶ کنوانسیون بیع بین المللی کالا از بایع ناقض قرارداد، تسلیم مبیع را مطالبه کند، بایع نمی تواند به ماده ی ۷۷ کنوانسیون مورد بحث استناد کرده و اعلام کند که چون خریدار اقدام های مناسب برای تقلیل خسارت انجام نداده است، باید از میزان خسارات قابل جبران کاسته شود، چرا که در اینجا متعهدله (خواهان) اصولاً به دنبال مطالبه ی خسارت نیست تا میزان آن تقلیل یابد، البته برخی از حقوق دانان معتقدند در صورتی که متعهدله با الزام خوانده به اجرای عین تعهد، خسارات ناشی از نقض قرارداد را تقلیل ندهد، تعهد خود در مورد عمل به حسن نیت را نقض کرده است، بنابراین مسئول می باشد (کوسکینن ، ۱۹۹۹، ص ۲۲). در حقوق ایران نیز اجرای عین تعهد به عنوان اصل در نظر گرفته شده و در صورت نقض تعهد، متعهدله جز در موارد خاص بدو بایستی تعهد را مطالبه کند و به محض عدم اجرای قرارداد، نمی تواند آن را فسخ کرده و مطالبه خسارت کند. پس با توجه به این که اجرای عین تعهد مانع اعمال قاعده ی تقلیل خسارت است، قلمرو قاعده ی مورد بحث در حقوق ایران در مقایسه با نظام حقوقی کامن لا محدودتر خواهد بود. باید یادآور شد که اگرچه با امکان مطالبه ی تعهد اصلی، تکلیفی به تقلیل زیان نیست، با این حال زیان دیده رأساً می تواند دست به این اقدام زده و زیان وارده را کاهش دهد و البته اگر توفیقی در تقلیل خسارت نداشته باشد، هیچ مسئولیتی برای او وجود نخواهد داشت (هرمن ، ۲۰۰۳، ص ۵).

۲-۶- دیون لازم التأدیه

در صورتی که بین خواهان و خوانده دینی وجود داشته باشد و قرارداد موجد آن نقض شده باشد، باید دید آیا خواهان موظف است اقدام به کاهش خسارت نماید یا خیر. توجه به ماهیت دینی که از نوع لازم التأدیه است این نکته را روشن می کند که وقتی قرارداد نقض می شود، وظیفه متعهد باز هم در ایفای دین خلاصه می شود و تا هنگامی که او به این امر مبادرت ننموده، چگونه می توان خواهان را به کاهش میزان آثار آن ملزم نمود؟ بنابراین روشن است که طلبکار وظیفه ای به تقلیل خسارت ندارد. به همین دلیل گفته شده است، در این حالت خواهان، راهی برای جلوگیری از گسترش ضرر ندارد (رادان جلی، ۱۳۹۲،

ص ۳۹). نکته قابل توجه دیگر موردی است که مالکیت منتقل می‌شود، اما کالا به قبض داده نمی‌شود؛ زیرا اگر معامله تملیکی باشد، به محض انعقاد عقد طرفین مالک مبیع و ثمن می‌شوند و اگر ضرری حاصل شود در ملک خودشان بوده است؛ اما اگر قبض صورت نگرفته باشد، مثل موردی که خریدار از قبض مبیع خودداری می‌نماید، فروشنده می‌تواند چنانچه شرایط خیار تأخیر ثمن موجود باشد، معامله را فسخ یا از قاضی دادگاه اجبار مشتری به تأدیه ثمن را بخواهد (همان منبع، ص ۴۰). لذا فروشنده (خواهان) می‌تواند با فروش کالا به دیگری از میزان خسارت به خویش بکاهد؛ اما نکته این است که در معاملات داخلی فروشنده حق ندارد کالای فروخته شده به خریدار را بدون فسخ قرارداد یا رضایت وی بفروشد. لذا خواهان چگونه خواهد توانست به وظیفه تقلیل خسارت مبادرت ورزد؟ ظاهراً در این جا قاعده تقلیل خسارت اعمال نمی‌شود، زیرا همانند دیون لازم التأدیه، راهی برای آن وجود ندارد؛ اما برخی حقوقدانان معتقدند از آنجا که در چنین شرایطی وظیفه حفاظت از کالا و فروش به وجود می‌آید، به نوعی شبیه همین قاعده است (همان منبع، ص ۴۱).

۲-۷- اجرای عین تعهد

پس از نقض قرارداد و حتی در مواردی که پرداخت مبلغی از وجوه برای جبران ضرر خواهان کافی نباشد؛ خواهان می‌تواند به دادگاه مراجعه و تقاضای اجبار متعهد به انجام عین تعهد را بنماید؛ زیرا منظور طرفین از انعقاد قرارداد اجرای عین تعهد است. در حقوق اسلام این معنا از لزوم در واقع همان اصله اللزوم است که پیش از این به آن اشاره شد. در حقوق ایران نیز به تبعیت از حقوق اسلام، ماده ۲۱۹ ق.م.مقرر می‌دارد: «عقودی که بر طبق قانون واقع شده باشد، بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم الاتباع است؛ مگر این که به رضای طرفین اقاله یا به علت قانونی فسخ شود» (باریکلو، ۱۳۹۹، ص ۱۲۴). ماده ۳۷۶ ق.م. این حکم را به اجاره و ماده ۲۳۷ ق.م. به شروط ضمن عقد نیز سرایت داده است. لذا در حقوق کشور ما راه مقابله با نقض، تقاضای ایفای عین تعهد از طریق دادگاه است و خیار فسخ راه حلی استثنائی محسوب می‌شود؛ بنابراین تا زمانی که شرایط فسخ موجود نباشد و یا طرفین به اقاله راضی نشده باشند، دادگاه حکم به اجرای عین تعهد می‌دهد و تا زمانی که اجرای مفاد عقد ممکن بوده و موجبی برای فسخ وجود نداشته باشد، ضمانت اجراء الزام است نه فسخ عقد (همان منبع، ص ۱۲۵).

اگر الزام ممکن نبود راه حل بعد حکم ماده ۳۲۸ ق.م. می‌باشد. انجام تعهد به خرج متعهد و توسط خواهان، شرایطی است که در اکثر معاملات بین المللی رخ می‌دهد؛ بنابراین می‌توان گفت حکم نخستین اصولاً در روابط بین المللی نمی‌تواند کارساز باشد. لذا در صورتی که یک نظام حقوقی بر مبنای اجبار بر اجرای عین تعهد استوار باشد (مثل حقوق اسلام) اگر خواهان پس از نقض قرارداد، اجرای عین تعهد را مطالبه نماید، خوانده نمی‌تواند به قاعده تقلیل خسارت استناد کند (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۴، ص ۱۸۶).

۲-۸- عدم امکان مالی برای تقلیل خسارت

در این که آیا عدم توانایی مالی زیان‌دیده برای انجام اقدام‌های متعارف به منظور جلوگیری از بروز یا توسعه‌ی خسارت، وی را از این تعهد بری می‌کند یا نه، در نظام کامن لا اختلاف نظر وجود دارد. در برخی از آرای محاکم، عدم توانایی مالی زیان‌دیده به‌عنوان عامل توجیه‌کننده ی عدم اجرای قاعده‌ی تقلیل خسارت رد شده و اعلام شده است که عدم قدرت مالی زیان‌دیده وی را از اعمال اقدام‌های لازم برای جلوگیری از توسعه ی خسارت معاف نمی‌کند. به‌عنوان مثال، دیوان عالی کانادا در پرونده ی دوسون 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 (بیتس، ۱۹۹۲، ص ۲۹۲). برخی از حقوقدانان این نظر را مورد انتقاد قرار داده و بیان داشته‌اند که عدم توانایی مالی خواهان، وی را از وظیفه ی تقلیل خسارت مبری می‌کند و خوانده یا شخص متخلف باید کلیه ی زیان‌های وارده به خواهان را جبران کند، اگرچه عدم اجرای قاعده‌ی تقلیل خسارت ناشی از عدم توانایی مالی زیان‌دیده بوده و موجب تشدید خسارت شده باشد.

به نظر برخی از حقوق دانان انگلیس، اگر اقدام به کاستن از خسارت، شهرت تجاری زیان‌دیده را مخدوش کرده و هزینه های نامتعارف بر او تحمیل کند، چنین تکلیفی منتفی است (تریتل، ۱۹۹۵، ص ۸۸۲). به نظر برای روشن شدن بهتر موضوع باید

ابتدا به این سؤال پاسخ داده شود که آیا خسارات مورد بحث، یعنی خسارات افزایش یافته، از نقض تعهد خوانده ناشی شده و یا این که در اثر عدم توانایی مالی خواهان این خسارات به وی وارد شده است؟ در پاسخ به این سؤال می توان گفت که علت اصلی ورود خسارت، تقصیر و تخلف خوانده می باشد و نمی توان خواهان را به دلیل عدم توانایی مالی در جلوگیری از توسعه ی خسارت مقصر دانست و خسارات قابل تقلیل را در محاسبه ی نهایی از خسارات کلی کسر کرد (داراب پور، ۱۳۹۷، ص ۵۹). همین نظر را در حقوق ایران می توان پذیرفت. چرا که در هر حال سبب اصلی ورود خسارت، تخلف خوانده می باشد و در مورد وظیفه ی تقلیل خسارت سخت گیری بر خواهان توجیه منطقی ندارد و او تنها موظف است همانند یک شخص متعارف و معقول تحت همان اوضاع و احوال (مانند برخورداری از وضعیت مالی مطلوب) اقدام های لازم را برای تقلیل خسارت وارده انجام دهد و بیش از آن مسئولیتی ندارد (همان منبع، ص ۶۰).

۲-۹- قوه قاهره

قوهی قاهره به معنی حادثه ای غیرقابل پیش بینی و غیرقابل اجتناب است که مانع اجرای تعهد می شود. قوهی قاهره یکی از موجبات اصلی معافیت متعهد از اجرای تعهد می باشد (ماده ی ۲۲۷ قانون مدنی). همانطور که می دانیم قوای قاهره ویژگی هایی چون عامل خارجی و عدم قابلیت اجتناب و غیرقابل 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 قرارداد 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. در صورتی که حادثه ی خارجی مانع از انجام تعهد خواهان در مورد تقلیل خسارت شود، وی از تکلیف یادشده مبری می شود، مشروط بر این که حادثه غیرقابل اجتناب، غیرقابل پیش بینی و خارجی باشد (عمید زنجانی، ۱۳۹۲، ص ۱۶۴). به موجب ماده ی ۷۹ کنوانسیون بیع بین المللی کالا، قوهی قاهره متعهد را از مسئولیت بری می کند؛ بنابراین اگر زیان دیده ثابت کند که عدم انجام وظیفه ی تقلیل خسارت از سوی او ناشی از قوهی قاهره بوده، وی مسئولیتی نداشته و خوانده باید کلیه ی خسارات وارده بر وی را جبران کرده و در مقام دفاع نمی تواند به قاعدهی تقلیل خسارت استناد کند (صفایی، ۱۳۹۷، ص ۳۸۸).

در حقوق ایران نیز به موجب اصل کلی مقرر در ماده ی ۲۲۷ قانون مدنی، قوهی قاهره خواهان را از وظیفه ی تقلیل خسارات معاف می کند، بدیهی است در چنین موردی اثبات قوهی قاهره بر عهده ی خواهان خواهد بود. با الهام از قسمت دوم ماده ۱۴ قانون مسئولیت مدنی و ماده ۳۳۵ قانون مدنی بر این باورند که خوانده فقط نسبت به جبران قسمتی از خسارت مسئولیت دارد؛ زیرا تقصیر او با قوه قاهره همراه بوده است. بنابراین، قسمت دیگری از خسارت بدون جبران باقی می ماند و دلیلی ندارد که خوانده بار قوه قاهره را نیز تحمل کند. برای مثال، اگر سیلاب شدیدی، سدی را که بدون رعایت اصول فنی و با مصالح غیر استاندارد ساخته شده است، ویران کرد، به املاک مجاور راه یا بد و خسارت به بار آورد، در این صورت، سازنده مقصر، مسئول است، ولی چون تقصیر او همراه با قوه قاهره است، فقط مسئول پرداخت قسمتی از خسارت است و قسمت دیگر خسارت، بدون جبران باقی می ماند. بدیهی است این ر آئی مبتنی بر نظریه سببیت جزئی و تقسیم مسئولیت و رابطه سببیت است؛ زیرا نظریه سببیت کلی به هیچ وجه تقسیم مسئولیت را نتیجه نمی دهد (همان منبع، ص ۳۸۹).

نتیجه گیری

قاعده ی تقلیل خسارت، در حقوق کامن لا، یکی از قواعد پذیرفته شده و مسلم حقوق مسئولیت مدنی است؛ اما در حقوق ایران، گرچه در این زمینه، مقرره ی 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 قاعده ی لاضرر این امر اثبات می شود؛ چرا که اگر وظیفه ی مقابله را بر دوش زیان دیده بار نکنیم، موجب ورود ضرر به فاعل فعل زیان بار می گردد و این حکم ضرری نفی می گردد. همچنین، این قاعده، یک قاعده ی عقلایی است که منطق حقوق مدنی و حقوق اقتصادی، عدالت و انصاف نیز می تواند پشتوانه ی آن گردد. همچنین، از ملاک مواد قانونی که در حقوق ایران در این زمینه وجود دارد، می توان استفاده کرد و اثبات یک قاعده ی عمومی

در مبحث مسئولیت مدنی کرد. در صورتی که این تکلیف را الزامی بدانیم، ترک فعل خواهان در کاهش خسارت، یکی از اسباب ورود ضرر است و اگر خواهان خسارت را تقلیل ندهد، دو سبب در ورود خسارت نقش داشته است: یکی اقدام فاعل فعل زیان بار یا ناقض تعهد که زمینه ی ورود خسارت را فراهم آورده و دیگری هم ترک فعل خواهان در تقلیل خسارت؛ بنابراین فاعل فعل زیان بار مسئول کل خسارت نیست. نظریه تقلیل خسارت، یک نظریه حقوقی جهان شمول در حوزه مسئولیت مدنی، اعم از قراردادی و قهری، است. به موجب این نظریه، زیان دیده نمی تواند خسارت هایی را که می تواند با مراقبت و دقت متعارف بعد از تحمل ضرر، بکاهد یا جلوگیری کند، از عامل زیان مطالبه نماید. لذا هرگونه ضرری را که زیان دیده، بتواند با اقدامات معقول، دفع کند، قابل جبران نخواهد بود. مسأله بروز خسارت اگرچه در اصل لزوم جبران خسارت ناشی از نقض تعهدات قراردادی، حقوق ایران با اصول قراردادهای تجاری بین المللی و کنوانسیون قراردادهای بیع بین المللی کالا، هم نظر است اما در اینکه چه مواردی به عنوان خسارت ناشی از نقض تعهد، قابل مطالبه بوده؛ اصول قراردادهای تجاری بین المللی به صراحت نظریه دریافت خسارت کامل را پذیرفته است و آن را شامل خسارت های وارده و نیز خسارت های ناشی از محروم شدن از منافع متعارف و مورد انتظار می داند. از مفهوم ماده ۷۴ کنوانسیون قراردادهای بیع بین المللی کالا نیز به وضوح پذیرش این نظریه استفاده می شود. بنابراین از منظر این دو سند، بعد از جبران خسارت، باید زیان دیده در موقعیتی قرار گیرد که اگر قرارداد اجرا می شد، در آن موقعیت قرار داشت. این نظریه در حقوق ایران با چالش مواجه است، چرا که مقررات مدنی ایران در مورد لزوم جبران خسارت مادی که بالفعل وارد شده، با این دو سند بین المللی موافق است اما در مورد خسارت های ناشی از تفویت منافع که از آن به عدم النفع نیز تعبیر می شود، ساکت است. نظریه تقلیل خسارت، یک نظریه حقوقی جهان شمول در حوزه مسئولیت مدنی، اعم از قراردادی و قهری، است. به موجب این نظریه، زیان دیده نمی تواند خسارت هایی را که می تواند با مراقبت و دقت متعارف بعد از تحمل ضرر، بکاهد یا جلوگیری کند، از عامل زیان مطالبه نماید. لذا هرگونه ضرری را که زیان دیده، بتواند با اقدامات معقول، دفع کند، قابل جبران نخواهد بود. ماده ۷۷ کنوانسیون با پذیرش این قاعده، مقرر می دارد که زیان دیده، حتی اگر نقض قرارداد اساسی باشد، نمی تواند هیچ اقدام پیشگیرانه متعارفی انجام ندهد و منتظر وقوع خسارت باشد، بلکه باید اقدامات متعارف و معقولی را در کاهش خسارت انجام دهد، اگر مبیع، نقضی جزئی دارد خریدار باید آن را مرتفع کند. تکلیف خواهان به تقلیل خسارت، به معنای تکلیف قانونی و تعهد به معنای مرسوم نیست؛ زیرا در مقابل آن، هیچ حق متقابلی وجود ندارد و نقض این تکلیف هیچ مسئولیتی ایجاد نمی کند. تقلیل خسارت صرفاً دفاعیه خوانده است در مقابل ادعای خواهان به جبران خسارت، لذا اگر خواهان، به تکلیف خود عمل نکند، نمی تواند خساراتی را که قابل تقلیل یا رفع بوده، از خوانده مطالبه کند. در مورد اثبات دعوای تقلیل خسارت باید از این قاعده پیروی کرد: طرفی که مدعی است زیان دیده اقدامات پیشگیرانه متناسبی را انجام نداده است، باید این ادعای خود را به کرسی بنشاند.

امکان دارد با وجود جمع بودن شرایط تحقق، موانعی مانع اعمال قاعدهی تقلیل خسارت شوند. در موردی که اجرای عین تعهد به عنوان ضمانت اجرای اصلی نقض تعهد است، اجرای عین تعهد، مانع اصلی در اجرای قاعدهی مورد بحث تلقی می شود و به همین دلیل قلمرو اجرای این قاعده در حقوق ایران و نظام های حقوقی مشابه مضیق تر از نظام کامن لا می باشد که در آن، اجرای عین تعهد به عنوان اصل در نظر گرفته نشده است. پیش بینی وجه التزام در قرارداد نیز مانع دیگری در اجرای قاعدهی تقلیل خسارت می باشد زیرا در این صورت خسارت به صورت مقطوع معین شده و امکان تعدیل خسارت به دلیل عدم انجام اقدام های متعارف توسط خواهان برای کاستن از خسارت وجود ندارد. همچنین قوهی قاهره و عدم امکان مالی زیان دیده برای کاستن از خسارت از جمله موانع دیگر اجرای قاعده تقلیل خسارت هستند.

منابع

کتاب

- ۱- بادینی، حسن. (۱۳۹۴). فلسفه مسئولیت مدنی، چاپ اول، تهران، نشر شرکت سهامی انتشار.
- ۲- باریکلو، علیرضا. (۱۳۹۹). مسئولیت مدنی، بیجا، انتشارات میزان، بیجا.
- ۳- جعفری لنگرودی، محمد جعفر. (۱۳۹۴). دوره حقوق مدنی؛ حقوق تعهدات، تهران، گنج دانش، چاپ سوم.

- ۴- داراب پور، مهرباب. (۱۳۹۷). مسئولیت های خارج از قرارداد، بیجا، انتشارات مجد، بیجا.
- ۵- صفایی، سید حسین و امامی، اسدالله. (۱۳۹۹). مختصر حقوق خانواده، تهران، نشر میزان، چاپ دوازدهم.
- ۶- صفائی، سیدحسین و همکاران. (۱۳۹۸). حقوق بیع بین المللی، چاپ دوم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
- ۷- عمید زنجانی، عباسعلی. (۱۳۹۲). موجبات ضمان، تهران، نشر میزان، بیجا.
- ۸- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۳). اموال و مالکیت، تهران، انتشارات میزان، چاپ هفتم.
- ۱۰- کاتوزیان، ناصر. (۱۳۹۴). الزام های خارج از قرارداد، ج ۱، تهران، نشر میزان.
- ۱۱- محقق داماد، سید مصطفی. (۱۳۹۸). قواعد فقه بخش جزایی، ج ۴، مرکز نشر علوم انسانی، چاپ اول.
- ۱۲- محقق داماد، مصطفی. (۱۳۹۱). قواعد فقه (بخش مدنی)، ج ۱، بیجا، انتشارات مرکز نشر علوم اسلامی، چاپ چهاردهم.
- ۱۳- نقیعی، سید ابوالقاسم. (۱۳۹۶). خسارت معنوی در حقوق اسلام، ایران و نظام های حقوقی معاصر، تهران، موسسه ی انتشارات امیرکبیر، چاپ اول.
- ۱۴- یزدانیان، علیرضا. (۱۳۹۶). قواعد عمومی مسئولیت مدنی، بیجا، تهران، انتشارات میزان، بیجا.

مقالات و پایان نامه ها

- ۱- احمدی، مجتبی. (۱۳۹۹). بررسی مبانی و فلسفه تکلیف زیان دیده به مقابله با خسارات در کنوانسیون بیع بین المللی کالا و حقوق ایران، دانشگاه شهید بهشتی، به راهنمایی مهرباب داراب پور.
- ۲- بیانی، محمدحسین. حشمتی، ابوالفضل. (۱۳۹۴). وظایف و مسئولیت مدنی زیان دیده در مقابله و کاهش خسارت، جستارهای فقه و حقوق خصوصی، سال دوم، شماره سوم.
- ۳- جنیدی، لعیا. (۱۳۹۷). تقصیر زیان دیده، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۴۶.
- ۴- حسینی مدرس، سیدمهدی. گلشنی، عصمت. (۱۳۹۲). طریق جبرانی پرداخت خسارت نقض تعهدات قراردادی در حقوق انگلستان و طرح آن در حقوق ایران، دوفصلنامه علمی - پژوهشی دانش حقوق مدنی، سال دوم، شماره دوم.
- ۵- داراب پور، مهرباب. (۱۳۹۷). قاعده ی مقابله با خسارت، پژوهش حقوق خصوصی، سال اول، شماره دوم.
- ۶- رادان جلی، علی. (۱۳۹۲). تأثیر فعل زیان دیده در ورود خسارت در حقوق ایران و انگلیس، دانشگاه شهید بهشتی، به راهنمایی استاد دکتر مهدی شهیدی.
- ۷- شعاریان، ابراهیم. مولائی، یوسف. (۱۳۹۰). مطالعه تطبیقی مبانی قاعده ی تقلیل خسارت، نشریه علمی - پژوهشی فقه و حقوق اسلامی، سال اول، شماره دوم.
- ۸- کاظمی، محمود. (۱۳۹۴). قاعده جلوگیری از خسارت، مجله دانشکده حقوق و علوم سیای دانشگاه تهران، شماره ۶۸.
- ۹- گودرزی، سحر. (۱۳۹۱). مطالعه تطبیقی قاعده تقلیل خسارت در کامن لا و نظام حقوقی اسلام، دانشگاه تبریز، دانشکده الهیات و علوم اسلامی، پایان نامه کارشناسی ارشد.
- ۱۰- محقق داماد، سید مصطفی. جعفری خسرو آبادی، نصرالله. (۱۳۹۹). بررسی قاعده ی مقابله با خسارت بر اساس فقه اسلامی و حقوق موضوعه ی ایران، مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی، شماره دوم، سال چهل و سوم.
- ۱۱- وحیدی، غلامحسین. (۱۳۸۸). لزوم قابلیت پیش بینی خسارات ناشی از نقض تعهدات قراردادی، مجله تحقیقات حقوقی، دانشگاه شهید بهشتی، ویژه نامه شماره ۱.

منابع لاتین

- 1- Bates. P.J., (1992). Mitigation of Damages: A matter of commercial common sense, Advocates' Quarterly, Volume13 ,No. 3.
- 2- Beatson, J, (1998) Anson's Law of Contract, 27th ed, London, Oxford University Press.
- 3- Herman, S. (2003). Specific Performance: A Comparative Analysis, Edinburgh Law Review, Vol.7, No.1.
- 4- Koskinen. J., (1999) CISG, Specific Performance and Finnish Law, CISG Database, Pace Institute of International Commercial Law, cisgw3.law- .pace.edu/

- 5- Pautremat, Solene (2006), Mitigation of Damage: A French Perspective, International and Law Quarterly, Volume 55, January.
- 6- Perillo. J. M., (2009) Calamari and Perillo on Contracts, U.S.A, West Pub.
- 7- Treitel, G.H., (1990) Law of Contract, Law of Contract, 9th ed, London, Sweet & Maxell.

Obstacles to the Application of the Duty to Mitigate Damages in Iranian Law

Sara Naebi¹, Ebrahim Nasser Shadbad^{2*}

¹M.A. Student in Private Law, Department of Law, Faculty of Humanities, Ahar Branch, Islamic Azad University, Ahar, Iran

²Assistant Professor, Department of Law, Faculty of Humanities, Ahar Branch, Islamic Azad University, Ahar, Iran

Abstract

Every reasonable person, when faced with harm, reacts appropriately to prevent further damage. For instance, if a fire spreads and sets a house ablaze, the homeowner is expected to take reasonable measures to prevent additional loss. Today, this duty is discussed under the principle of mitigation of damages. According to this rule, the injured party may not passively observe the loss but must take all reasonable and customary actions necessary to reduce the damage. Failing to do so deprives the claimant of the right to recover avoidable damages from the defendant. There are various opinions regarding the foundation of this rule. Some legal scholars and courts consider the causal relationship as its basis and equate it with the doctrine of contributory negligence. Others believe that the rule is grounded in the principle of foreseeability of loss. Additionally, the principle of good faith is also cited as a possible foundation. Despite the existence of conditions for the rule's application, certain obstacles may prevent it from being enforced. For example, when specific performance is the primary remedy for breach of contract, it may act as a barrier to invoking the duty to mitigate. Likewise, the inclusion of liquidated damages clauses in a contract can act as another barrier, since in such cases, damages are predetermined and cannot be adjusted due to the claimant's failure to take reasonable steps to reduce them. Moreover, force majeure events and the financial inability of the injured party to mitigate the damage are also recognized as obstacles to the application of the mitigation rule.

Keywords: Damage, Mitigation of Damages, Loss Prevention, Legal Basis, Obstacles, Conditions.
