

## مطالعه تطبیقی تقلیل خسارت و مسئولیت ناشی از جبران آن در حقوق ایران و انگلیس امین جمشید قشقای<sup>۱</sup>

### چکیده

آنچه در این مقاله مورد بررسی قرار گرفته بررسی سازوکارهای جلوگیری از تقلیل خسارت در نظام حقوقی ایران و انگلیس می باشد. این قاعده که مولود نظام حقوقی کامن لا است بیان کننده امری عقلانی بوده و اکثر نظام های حقوقی از جمله ایران به لحاظ مبانی و به صورتی متفاوت آن را مورد پذیرش قرار داده اند. عدم وجود عین این قاعده در نظام حقوقی اسلام و ایران به هیچ وجه به معنی رد آن نیست. از آنجا که مغایرت جدی بین این قاعده و اصول و موازینی که در راستای عدالت و انصاف در نظام حقوقی اسلام وجود دارد می توان دلایل و مبانی جدی بر پذیرش آن در نظر گرفت. در مقررات موضوعه ایران مصادیقی چند نشان از آشنایی مقنن با این قاعده عقلایی دارد. اینکه بتوان از این مصادیق به قاعده ای دست یافت محل بحث است. همچنین قوانین موضوعه ایران نیز به صراحت در مواردی سخن از تلاش در راستای تقلیل خسارت عنوان کرده اند. پس این قاعده در هر دو نظام حقوقی مبنایی عقلانی دارد و از آنجا که در فقه نیز عقل یکی از منابع و مبانی به شمار می رود پذیرش در این راستا توجیه پذیر می نماید.

### واژگان کلیدی:

تقلیل خسارت، ضرر، جبران خسارت، کامن لا، فقه امامیه

---

<sup>1</sup>-دادیار داسرای عمومی و انقلاب شاهین شهر (کارشناس ارشد حقوق خصوصی)

## مقدمه

در دنیای امروزی وقوع خسارت اعم از عمدی و یا غیر عمدی یک امر اجتناب ناپذیر است. در نتیجه این امر، حقوق نیز درصدد است تا خسارات وارده را جبران نماید و شخص ضرر زنده را ملزم به پرداخت خساراتی که وی مسبب آنها بوده است را نماید. هدف هر نظام حقوقی نیز این است که هیچ ضرر جبران نشده ای باقی نماند. با این وجود اصل جبران کامل ضرر در پاره ای موارد تأمین نمی گردد و به عللی بخشی از زیان، جبران نشده باقی می ماند. به عنوان مثال، هنگامی که مستقیم بودن ورود زیان اثبات نمی شود و یا رابطه ی سببیت عرقی احراز نمی گردد، یا فعل شخص ثالث در ورود زیان دخالت دارد و گاهی اوقات قسمتی از ضرر منتسب به ترک فعل زیان دیده باشد که در مورد اخیر بعد از ورود خسارت وارد کننده زیان، شخص زیان دیده علی رغم توانایی جهت جلوگیری از ورود خسارت، از کاهش خسارت امتناع می کند و به نوعی موجبات تشدید خسارت را فراهم می کند. حال جای این سوال مطرح میشود که آیا قاضی دادگاه می تواند با استناد به ترک فعل وارد کننده زیان قسمتی از جبران ضرر را بر عهده زیان دیده قرار دهد. این ترک فعل زیان دیده در کاهش خسارت تحت عنوان کاهش خسارت در حقوق انگلستان مورد بررسی قرار می گیرد.

هدف از تدوین این قاعده جلوگیری از اتلاف سرمایه های مادی و معنوی است. این قاعده به طور گسترده وارد قلمرو مسئولیت مدنی اعم از قراردادی و یا قهری شده است. حال این سوال مطرح می شود که آیا اثبات این قاعده تکلیفی برای زیان دیده ایجاد می کند؟ اغلب حقوقدانان اعتقاد به وجود تکلیف مستند به قانون و یا قرارداد دارند.

در حقوق ایران در خصوص این قاعده که به صراحت به آن اشاره کند وجود دارد. لیکن از موارد قانونی به صورت پراکنده می توان این قاعده را استنباط نمود. برای مثال می توان به ماده ۴ قانون مسئولیت مدنی ۱۳۳۹ و ماده ۵۰۷ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ استناد کرد. لازم به توضیح است که قاعده تقلیل خسارت را نباید با قاعده ی تقصیر مشترک در حقوق انگلیس خلط نمود.

در تقصیر مشترک، زیان دیده و مسبب در ایجاد خسارت با یکدیگر مشارکت دارند، در حالیکه در تقلیل خسارت، ترک فعل خواننده موجب تشدید خسارت واقع شده می گردد. منظور از تحقیق

در این موضوع آن است که ابتدا قاعده تقلیل خسارت در نظام حقوقی ایران شناسایی شود و سپس زیان‌دیده اجبار به کاهش خسارت در حد متعارف شود.

### ۱- تقلیل خسارت در حقوق ایران و انگلیس

در این بخش از نوشتار در خصوص تقلیل خسارت در حقوق ایران و انگلیس و تلاش‌هایی که از طرف متعهد له در این راستا انجام می‌شود به بحث و بررسی موضوع خواهیم پرداخت. یکی از وظایف متعهدله (مشروط له) برای استحقاق مطالبه خسارت مندرج در شرط، قبل از مطالبه خسارت، این است که کلیه اقدامات لازم برای پیشگیری از ورود یا کاهش خسارت، که عرفاً قادر به انجام آن بوده است را انجام داده باشد. در پاره‌ای موارد، متعهدله قادر است با تلاشی که می‌کند از ورود خسارت به رغم تخلف متعهد جلوگیری کند. یا حداقل از میزان آن بکاهد. متعهدله نباید به بهانه اینکه چون برای نقض تعهد خسارتی پیش بینی شده و در صورت نقض، متعهد مسئول پرداخت خسارت خواهد بود، لذا از تلاشی که می‌تواند مانع ورود خسارت به خود می‌شود دریغ ورزد. البته ناگفته نماند که اگر متعهدله خود عامل ورود ضرر باشد، بدیهی است که هیچگونه حقی در مطالبه خسارت و اجرای شرط برای او باقی نخواهد ماند.

در هر حال تلاش برای جلوگیری یا کاهش خسارت قبل از نقض قرارداد توسط متعهد یا حتی پس از آن، مادامی که زمینه ظهور و طرح اجرای شرط خسارت به وجود نیامده یا اقدامی برای مطالبه خسارت نشده است، وظیفه ای است که متعهدله باید آن را انجام دهد. ممکن است زمان اجرای قرارداد هنوز به پایان نرسیده باشد اما متعهدله متوجه شود که متعهد از اجرای قرارداد خودداری خواهد کرد و لذا چنانچه تا زمان موعود اجرای قرارداد صبر کند ممکن است حتی خسارت پیش بینی شده هم جبران خسارات واقعی وارده را نماید. مثلاً میزبانی که یک روز قبل از پذیرایی از میهمانان خود متوجه میشود که صاحب رستوران از ارائه خدمات لازم عاجز خواهد بود، طبیعی است که مطالبه مبلغ پیش بینی شده در قرارداد به عنوان خسارت جبران ضررهای معنوی و حیثیتی میزبان را نخواهد کرد. (عبدالهی، ۱۳۹۲: ۳۹)

بر همین اساس در صورتی که میزبان بتواند حداقل این ضرر معنوی را به طور قطعی جبران کند باید با رستوران دیگری اقدام به عقد قرارداد مشابه بنماید. همچنین، هر گاه متعهدله

پس از انقضای مدت اجرای قرارداد و تحقق نقض عهد، قبل از طرح مسئله مطالبه خسارت، بتواند از ورود خسارت بیشتری جلوگیری کند. مثلاً هرگاه متعهدی تحویل علوفه در موعد مقرر را تعهد کرده باشد اما به تعهد خود در آن موعد عمل نکند، متعهدله باید رأساً علوفه مورد نیاز را تهیه و خسارات ناشی از تأخیر در خصوصی افزایش بهای علوفه را به هر میزان که ممکن است کاهش دهد. از این رو چنانچه از اقدام فوق کوتاهی کند و دامهای او تلف شوند جبران این خسارت بر عهده متعهد نخواهد بود. چرا که عدم اقدام برای تقلیل خسارت، رفتاری است علیه خود و با تکیه بر «قاعده اقدام» باید خسارات ناشی از رفتار خود را پذیرا گردد.

مثالی دیگر: هرگاه شخصی آبیاری باغی را تعهد کرده باشد، چنانچه وظایف خود را به موقع انجام ندهد مسئول خسارات حاصله مثل خشکیدن درختان و بوته ها خواهد بود. حال در صورتی که مالک باغ در اثنای مدت اجرای تعهد مطلع شود که به دلیل تخلف متعهد تنها بخشی از باغ آسیب دیده و هنوز به طور کامل از بین نرفته و در صورت اقدام به موقع امکان جلوگیری از اتلاف کامل یا بیشتر باغ خواهد بود، باید اقدام به جلوگیری از ورود خسارت بیشتر بکند. در غیر این صورت متعهد نسبت به خساراتی که پس از اطلاع متعهدلهوضماً قصور او در کاهش خسارت به وجود می آید مسئول نخواهد بود. چرا که متعهدله در حقیقت خودش احترام مال خود را از بین برده و به ضرر خویش اقدام کرده است.

در حقوق ایران به سختی می توان قواعد خاصی برای موضوع تقلیل خسارت پیدا کرد. اما در عین حال موادی از مقررات جاری به گونه ای تنظیم شده اند که در این خصوص قابل استناد هستند. از جمله ماده ۱۵ قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶ و ماده ۴ قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹ و غیره در خصوص مقابله با خسارت بیشتر، مؤید این نظریه به شمار می رود.

### ۱-۱- نیاز به وجود قاعده تقلیل خسارت در نظام حقوقی ایران

از اینکه ساختار نظام حقوقی ایران مانند نظام رومی- ژرمنی با ساختار حقوق «کامن لو» متفاوت است و عبارت «تقلیل خسارت» صریحاً در مباحث مربوط به حقوق مدنی نیامده است نباید چنین نتیجه گیری نمود که قاعده فوق در حقوق ایران وجود ندارد. هرچند ممکن است ساختار مفاهیم و تکنیک های حقوقی سیستم های مختلف حقوقی جهان با یکدیگر تفاوت داشته باشند ولی از نظر عملی در بسیاری موارد به نتایج مشابهی منجر می شوند. اصولاً نظریه ها و قواعد حقوقی با توجه به نیازهای اجتماعی وضع شده یا می شوند و نیازهای مشابه در کشورهای مختلف سبب پذیرش راه حل های گوناگون می گردند که ثمرات مشابه دارند. البته این راه حل ها ممکن است با توجه به مبانی و مفاهیم و تکنیک های حقوقی هرکشوری متفاوت باشد. نظریه تقلیل خسارات هم از این قاعده مستثنی نیست. هر یک از مبانی ذیل توجیه گر مقبولیت قاعده تقلیل خسارت در حقوق ایران می باشد.

## ۱-۱-۱- مسئولیت مسبب در ورود خسارت

هر کس مباشرتاً موجب ورود خساراتی شود مسؤول آن خواهد بود. همان گونه که باید ثابت شود که بین نقض قرارداد و ورود ضرر رابطه سببیت وجود دارد، باید محرز گردد که در نتیجه عدم اقدام خواهان به «تقلیل خسارت» ضرر گسترش یافته یا کاهش نیافته و رفع نشده است. در موضوع محل بحث دو سبب برای ورود ضرر وجود دارد (اجتماع اسباب) یکی نقض قرارداد و دیگری عدم اقدام خواهان در خصوص تقلیل خسارات. نقض قرارداد توسط خواننده تنها یکی از اسباب ورود ضرر می باشد؛ آیا همین اندازه برای مسئول شناختن وی کافی است و خواهان هیچ گونه مسئولیتی برای تقلیل خسارات ندارد؟ برای احراز مسئولیت تا آنجایی که به سبب ورود ضرر مرتبط می شود لازم نیست فعل خواهان علت منحصر ورود زیان بوده و هیچ عامل دیگری در این راه دخالت ننموده باشد. همین اندازه کافی است که از نظر عرفی یا به حکم عقلی عدم اقدام خواهان برای تقلیل خسارات سبب ورود ضرر باشد. منظور از سبب آنگونه حادثه ای است که در جریان عادی امور و براساس قضاوت عرف منجر به ورود ضرر می شود.. (عبداللهی، ۱۳۹۲: ۱۱۴)

ورود ضرر به خاطر عدم تقلیل خسارت از نظر عرف قابل پیش بینی و محتمل است. سبب خسارت (عدم اقدام خواهان) را نباید با شرایط ایجاد آن (نقض قرارداد) اشتباه گرفت. سبب متعارف و اصلی به خوبی از سایر شرایط قابل تفکیک و بازشناسی است و مشکلاتی که ممکن است در نتیجه اجتماع اسباب ایجاد شود در مورد موضوع مورد بحث ما پیش نخواهد آمد. از طرف دیگر عدم تقلیل خسارت و سهل انگاری و بی احتیاطی و بی مبالاتی خواهان سبب نزدیک و بی واسطه خسارت است و موجب مسئولیت وی می گردد. (سماواتی، ۱۳۷۵: ۳۰)

لازم به ذکر است که مسئولیت مدنی در معنای اعم آن شامل مسئولیت قراردادی نیز می شود. مسئولیت حقوقی را به دو دسته کیفری و مدنی به معنای اعم تقسیم نموده اند و مسئولیت مدنی را در معنای وسیع آن به دو دسته، مسئولیت قراردادی و غیر قراردادی (ضمان قهری یا مسئولیت مدنی به معنای اخص) طبقه بندی کرده اند. به نظر می رسد که قواعد کلی مسئولیت مدنی شامل هر دو مسئولیت قراردادی و غیر قراردادی می گردد. بنابراین باید گفت که اصول کلی جبران خسارات مذکور در مباحث مسئولیت مدنی در صورت فقدان مقررات قراردادی در مورد نقض قراردادها، به خصوص پس از وقوع نقض نیز اعمال می شود. انطباق مسایل ناشی از نقض قرارداد با یکی از موارد مسئولیت مدنی، باعث نمی شود که در امور قراردادی به اصول مسئولیت مدنی متوسل نشویم. قواعد مسئولیت مدنی تا جایی که با صراحت قرارداد مخالفت نداشته باشد می تواند بین طرفین لازم الاجرا

باشد. هنگامی که طرفین قرارداد از قبل راجع به تقلیل خسارت اتخاذ تصمیم نکرده باشند، قواعد تکمیلی قانون که می تواند قواعد مربوط به مسئولیت مدنی باشد خلأ موجود را پر ساخته و بر روابط آنها حاکم می گردد. در حقوق ایران حتی در مواردی که مسئولیت عامل ورود زیان (خوانده) مفروض است، باز هم اگر عامل ثابت نماند ورود ضرر را نمی توان به او منسوب نمود و علت منحصر ورود ضرر که شخص زیان دیده (خواهان) است از مسئولیت معاف خواهد بود. (احمدی، ۱۳۹۲: ۴۹)

### ۱-۱-۲- مسئولیت ناشی از ورود زیان بر اثر علت خارجی

اگر علت خارجی باعث ورود ضرر باشد نه خوانده نمی توان وی را مسؤل خسارات دانست. در اینجا علت خارجی موجب ورود خسارت محسوب شده است. این است که برخی از دانشمندان حقوق موضوع «تقلیل خسارات» را تحت عنوان «ورود زیان بر اثر علت خارجی» (معافیت از مسئولیت) بحث کرده اند. هر گاه علت خارجی با سبب دیگری که قابل انتساب به خوانده است همراه باشد، مثل موردی که عمل شخص ثالث یا کسی که با نقض قرارداد مواجه شده همراه با تقصیر خوانده موجب زیان شده باشد به طوری که عمل آنها قابل پیش بینی و یا رفع باشد مسئولیت تقسیم می شود و خوانده فقط به پرداخت بخشی از خسارات به نسبت نقشی که در ایراد زیان داشته محکوم می گردد. موضوع فوق صرفاً در مسئولیت مدنی بحث شده و بحث سبب بودن «خواهان» در امور قراردادی و نقض آن مطرح نگردیده است ولی بنا به تنقیح مناط می توان آن را به مورد مسئولیت قراردادی نیز تسری داد و در صورتی که خواهان مسبب ورود زیان هایی بشود، از مقدار خسارات قابل مطالبه وی کاسته می شود. خلاصه کلام این که، هنگامی که خوانده سبب ورود خسارت نباشد نمی توان وی را مسؤل شناخت. سبب خارجی ممکن است، شخص خواهان باشد. پس خواهانی که در صورت امکان، تقلیل خسارت ننموده است مسؤل خسارات خواهد بود و نمی تواند آن را از خوانده مطالبه کند. (دهستانی، ۱۳۹۱: ۲۱)

### ۱-۱-۳- مسئولیت ناشی از تقصیر خواهان

هر گاه زیان دیده خود موجب ورود ضرر گردد نمی تواند برای پرداخت آن به دیگری مراجعه نماید. این است که دیگر اساتید حقوق در باب مسئولیت مدنی اثر خطای زیان دیده (خواهان) در حقوق ایران را در رابطه با «تقصیر کمک کننده در ورود ضرر» مورد بررسی قرار داده اند. به اعتقاد آنها تمایل عمومی بر این است که مسئولیت بین زیان دیده و عامل ورود ضرر تقسیم شود تا ضمن شراکت آنها در تحمل ضرر تبعیض ناروایی صورت نگیرد. البته خطای زیان دیده موجب معافیت

کامل خوانده از مسئولیت نخواهد شد، مگر اینکه بتوان تمامی تقصیر را به متضرر منتسب نمود. ملحوظ نظر داشتن تقصیر خواهان (زیان دیده) مسلّم این است که وی از اخذ خساراتی که مسبب آن است محروم شود و اشخاص دیگری که در ورود ضرر دخالت نداشته اند مسئولیتی به عهده نگیرند. بنابراین، نمی توان، حداقل در امور قراردادها، قائل شد به اینکه زیان دیده (خواهان) فقط در جایی مسئول است که در وقوع حادثه زیان بار یا اضرار به خود، عمد داشته باشد. در امور قراردادها، چه خواهان در ورود ضرر عمد داشته باشد و چه نداشته باشد به صرف اینکه تقلیل خسارات ننماید مقصر محسوب می شود و نمی تواند خسارات قابل اجتناب را مطالبه نماید. اگر خواهان بخواهد خسارات خود را مطالبه کند باید نه تنها خسارات وارده به خویش را ثابت کند بلکه باید اثبات نماید خساراتی که به بار آمده ناشی از تقصیر وی نیست. زیرا هیچ کس نمی تواند برای جبران خسارتی که خود سبب آن شده به دیگری رجوع کند. (خادمی، ۱۳۹۰: ۲۷)

خواهان باید پس از نقض قرارداد تمام کوشش هایی را که در حدود متعارف لازم است برای تقلیل خسارات انجام دهد والا در ورود خسارات مقصر است. آیا هنگامی که خواهان (زیان دیده) خود خطا کار است و با سستی، تنبلی، عدم اقدام و تفریط، مرتکب تقصیر شده است تقصیر وی را می توان نادیده گرفت؟ آیا او که نقض قرارداد را با اقدام منفی خویش به جهتی سوق داده که خسارات وارد شود یا از وقوع آن جلوگیری نکرده، می تواند، در حالی که خود سبب خسارت شده دیگری را مسئول بداند و از او غرامت بخواهد؟ طبیعی است که پاسخ به این سؤالات منفی باشد. می توان همچنین استدلال نمود: خواهان سهل انگار که تقلیل خسارات نمی نماید در ورود ضرر به خویش عامد است و بر طبق قاعده اقدام نایستی انتظار جبران خسارات را داشته باشد. بنابراین، در امور قراردادها هنگامی که قرارداد نقض می شود اگر خواهان با تقصیر خود موجب ورود ضرر شده باشد، نمی تواند از خواننده دعوی، تاحدودی که خسارات به تقصیر وی منتسب است مطالبه خسارت نماید. (احمدی، ۱۳۹۲، ص ۱۳۴)

### ۱-۳-۱-۱- مسئولیت عرفی خواهان

عرف عقلا ناقض قرارداد را مسؤول آنگونه خساراتی می داند که توسط خواهان قابل مقابله نباشد. البته در حقوق ایران بایستی این خسارات از نظر عرفی قابل مطالبه باشد. به هر حال شرط مذکور در ماده ۲۲۱ ق.م. برای پرداخت خسارت از قبل برآورده شده است و نیازی به تصریح ندارد. صرف عدم انجام تعهد تقصیر محسوب می شود و مقصر باید از عهده خسارات وارده به طرف دیگر برآید. هر چند ماده ۲۲۱ قانون مدنی مقرر می دارد: اگر کسی تعهد به امری بکند یا تعهد نماید

که از انجام امری خودداری کند در صورت تخلف مسؤول خسارت طرف مقابل است. مشروط بر این که جبران خسارت تصریح شده و یا تعهد عرفاً به منزله تصریح باشد و یا برحسب قانون موجب ضمان باشد؛ ولی به نظر می رسد موضوع پرداخت خسارات آنقدر در عرف مسجل است که نیازی به تصریح در قرارداد ندارد. حدود این مسئولیت نیز در عرف مشخص است. چنانچه کسی مسبب ضرر به دیگری شود مسؤول است و باید ضررهای وارده را جبران نماید. به هر حال در موردی که انسان به خودش ضرری وارد نماید شخص دیگری نمی تواند مسؤول این خسارات باشد. عرف عقلا به کسی که خود مسبب ضرر بوده اجازه نمی دهد تا از دیگری مطالبه خسارت نماید. پس خواهانی که با سهل انگاری و عدم اقدام موجب ضرر به خود گردیده است نمی تواند از خواننده دعوی مطالبه خسارت نماید هرچند خواننده قبل از وی قرارداد را نقض نموده باشد. (عبداللہی، ۱۳۹۲: ۳۳)

### ۱-۱-۳-۲- مسؤولیت قانونی خواهان

در برخی موارد قانون خواهان را موظف به انجام برخی اقدامات جهت تقلیل خسارت می نماید. در این صورت چنانچه خواهان «تقلیل خسارت» ننماید و وظایف مربوط به تقلیل خسارات خود را انجام ندهد مسؤول خسارات وارده می باشد.

چنانچه در حقوق ایران پس از نقض قرارداد برای خواهان وظیفه ای مشخص نشده بود می بایست به موجب ماده ۳ قانون آیین دادرسی مدنی براساس عرف و به موجب اصل ۱۶۷ قانون اساسی طبق منابع معتبر اسلامی یا فتاوی معتبر حکم قضیه صادر می شد. در فصل قبل راجع به حقوق اسلامی و قاعده «تقلیل خسارات» بحث کافی شد. لذا چنانچه در قوانین موضوعه هم دلائلی بوجود قاعده تقلیل خسارت وجود نداشته باشد، باز هم مسؤولیت خواهان برای تقلیل خسارت از عرف و منابع اسلامی استنباط می شود.

### ۲- وضعیت نظام حقوقی انگلیس

در حقوق انگلیس موضوع مسؤولیت متعهدله در تقلیل خسارت، از وضعیت روشن تری برخوردار است. در این نظام حقوقی قاعده ای موسوم به **Duty to mitigation** پذیرفته شده است که متضمن نکات مهمی به قرار ذیل می باشد:

نکته اول اینکه، متعهدله باید تمامی اقدامات متعارف و معقول را که موجب جلوگیری یا کاهش خسارت ناشی از نقض قرارداد می گردد، معمول دارد. در نتیجه خساراتی را که خواننده



(متعهد) بتواند اثبات کند که ناشی از قصور خواهان (متعهدله) در تقلیل میزان خسارت بوده است، قابل مطالبه نخواهد بود. نظیر آنچه مجلس اعیان در سال ۱۹۱۲ در دعوای «شرکت وستینگهاوس علیه شرکت راه آهن برقی زیرزمینی لندن»<sup>۲</sup> اظهار نظر کرده است.

نکته دوم، متعهدله (خواهان) می تواند در صورت اقدام برای کاهش خسارت، هزینه یا خسارت ناشی از رفتار خود را هم که ناگزیر از تحمل آن بوده است، از خواننده (متعهد) مطالبه کند. نکته سوم، از خواهان بیش از یک رفتار و اقدام معقول انتظار نمی رود. یعنی او موظف نیست برای تقلیل خسارت دست به اقدامات سخت و غیرمطمئن بزند.

نکته چهارم، هرگاه در حین اقدامات کاهش دهنده خسارت، منافی نصیب متعهدله (خواهان) گردد، به مقدار منافع بدست آمده از خسارت قابل پرداخت توسط متعهد (خواننده) کسر می گردد. نکته پنجم، در جایی که نقض قبلی صورت می پذیرد، اگر متعهدله به جای آنکه فسخ قرارداد را اعلام کند، بقای قرارداد را تأیید نماید، موظف به تقلیل خسارت قبل از رسیدن موعد اجرای قرارداد نخواهد بود.

نکته ششم، اگر طرفین قرارداد (خواهان و خواننده) هر دو فرصت مساوی برای کاهش خسارت داشته باشند و یا خواننده چگونگی کاهش یا اجتناب از ضرر را به خواهان (متعهدله) نشان بدهد، خواهان ملزم به توسل جستن به طریقه مزبور برای کاهش خسارت نیست و عدم اقدام او در چنین شرایطی غیر معقول محسوب نمایی نمود.

در هر حال در حقوق کامن لا مثالهای فراوانی دیده می شود که مسئولیت و تکلیف متعهدله قبل از ادعای خسارت، به دلیل نقض تعهد توسط متعهد را، در کاهش خسارت نمایان میسازد. یکی از طرق کاهش خسارت که بسیار معمول و شناخته شده است، باز فروشی کالای فروخته شده و یا خرید جایگزین است. این دو امر را به عنوان یک حق برای جلوگیری یا کاهش خسارت در حقوق آمریکا و انگلیس در ذیل مقررات مربوط به جبران خسارت و یا فسخ قرارداد که به همان منظور پیش بینی شده است آورده اند.

در حقوق انگلیس مواد ۴۷ تا ۵۱ از قانون فروش مصوب کالا به مسأله بازفروشی و طرق جبران خسارت خریدار یا فروشنده اختصاص یافته و در قانون یکنواخت تجاری آمریکا (UCC) نیز مجموعه مقرراتی را برای جبران خسارتهای ناشی از نقض قرارداد توسط یکی از طرفین مقرر کرده است. بخشی از این مقررات که در ماده ۷۰۲-۲ جمع شده اند دربردارنده چند ضمانت اجرا برای

<sup>2</sup>Vestighouse company vUnderground Electric Railways Company of London

فروشنده است که در صورت نقض قرارداد از سوی مشتری میتواند آنها را اعمال کند. بخشی دیگر هم در ماده ۷۱۱-۲ جمع شده اند که متضمن چند ضمانت اجرا و به تعبیری طرق جبران خسارت برای خریدار است که در صورت لزوم می تواند آنها را اعمال کند.

## ۲-۱- اوصاف خسارت قابل پرداخت

بی تردید طرفین قرارداد به دلیل اصلی حاکمیت اراده با رعایت شرایطی می توانند میزان خسارت حاصله از نقض قرارداد را پیش بینی کرده و به صورت شرط ضمن عقد مورد توافق قرار بدهند. در خصوص ماهیت و نفوذ آن هم به تفصیل سخن گفته ایم. اما نکته ای که در مقام اجرای چنین شرطی قابل بحث است اینکه صرف توافق برای اجرای آن کافی نخواهد بود. بلکه پس از وقوع تخلف و به میان کشیده شدن پای شرط مزبور، بدیهی است که باید خسارت وارده با آنچه مورد توافق و تراضی طرفین بوده انطباق داشته باشد. منطقی دادگاه باید طرفین را به آنچه ملتزم شده اند وادار کند. لذا خسارت وارده پس از نقض عهد برای اینکه قابل مطالبه باشد باید دارای اوصاف و مشخصاتی باشد که ذیلاً به آنها اشاره می کنیم. این اوصاف غیر از شرایط مربوط به صحت شرط ضمن عقد است که قبلاً مورد بحث قرار گرفته اند.

## ۲-۱-۱- مسلم بودن خسارت

در مباحث مربوط به مسئولیت مدنی گفته اند، یکی از شرایط اصلی ضرر قابل مطالبه، قطعی و مسلم بودن آن است. مدعی ضرر باید در بحث مزبور اثبات کند که ورود ضرر قطعی است. به صرف احتمال ورود ضرر مسئولیت مدنی محقق نمی شود. در صورتی که ضرر قطعی نباشد و تنها خطر تحقق ضرر وجود داشته باشد، باید صبر کرد تا ضرر قطعی و ثابت گردد. این امر در خصوص خسارت تخلف از اجرای تعهد که طرفین، پیشاپیش آن را در صورت وقوع تخلف خاصی مفروض دانسته و به موجب شرط هم میزان و چگونگی جبران آن را مورد توافق قرار داده اند، صادق و جاری است. یعنی اگر چه طرفین توافق کرده اند که چون تخلف مورد نظر مستلزم ورود خسارت معلومی خواهد شد و برای جبران آن چاره اندیشی کرده اند، اما معلوم بودن وقوع چنین حادثه ای دلیل قطعی شدن آن نیست. (احمدی، ۱۳۹۲: ۴۵)

چه بسا همان گونه که سابقاً هم اشاره کرده ایم، عوامل و حوادث غیرمترقبه اوضاع را بکلی دگرگون سازد. مثلاً صاحب رستورانی، متعهد می شود که در اول خردادماه برای حدود هزار نفر غذای مشخصی را مهیا سازد. طرفین میدانند که در صورت تخلف رستوران، متعهدله مجبور خواهد شد برای تهیه غذای مورد نیاز در چنین صورتی به میزان یک میلیون ریال اضافه تر هزینه کند. اما

اگر چه رستوران از اجرای به موقع تعهد تخلف می کند و در موعد مقرر هیچ غذایی را تهیه نمی کند، اما به دلیل حادثه ای که برای عروس یا داماد پیش می آید میزبان در موعد مقرر هیچ میهمانی را به رستوران دعوت نمی کند. طبعاً به رغم تخلف رستوران، متعهدله هم هیچ خساراتی را متحمل نمی گردد.

بنابراین در شرط مزبور برای اینکه متعهدله مستحق مطالبه خسارت شود باید خسارت پیش بینی شده در مقام واقع هم قطعی باشد. اما در عین حال نسبت به این حکم نباید سرسختی و پافشاری بیش از حد نشان داد. مسلم و قطعی بودن ضرر ازدو حیث قابل تأمل و بررسی بیشتری است:

نکته اول آنکه اگر بروز ضرری مسلم باشد، قطعیت و تحقق بالفعل آن ضروری نیست. دیوان کشور فرانسه ضرر قابل جبران را ضرری می داند که احتمال ورود آن زیاد باشد. مثلاً شخصی را که بر اثر خطای او، سبب میشود داوطلبی نتواند در موقع لازم در امتحان دانشگاهی شرکت کند، مسئول جبران خسارت می داند، هر چند که موفقیت داوطلب مسلم هم نباشد. در فقه امامیه گفته شده است، هر گاه عامل در مضاربه اقداماتی را انجام داده باشد که عرفاً احتمال بدست آوردن سود در آن باشد، چنانچه مالک قبل از اتمام اقدامات مزبور مضاربه را فسخ کند، عامل مستحق اجرت المثل می باشد. (نایینی، ۱۴۱۵: ۸۷)

در حالی که اگر احتمال مزبور منتفی باشد چنین حقی برای عامل فرض نمی شود. این حکم اگر چه در قانون مدنی ایران منعکس نشده است اما نظیر آن در خصوص جعاله چنین آمده است: «جعاله تعهدی است جایز و مادامی که عمل به اتمام نرسیده است هر یک از طرفین می توانند رجوع کنند. ولی اگر جاعل در اثنای عمل رجوع نماید باید اجرت المثل عمل عامل را بدهد.» (ماده ۵۶۵ ق. م.) بدین ترتیب در حقوق ایران برای جبران منافع هر چند محتمل، در صورتی که از سوی دیگری از بین رفته باشد، چاره ای اندیشه شده است.

در حقوق انگلیس گفته اند، هر گاه طی قراردادی A متعهد به انجام کاری شده باشد، اما در اثنای کار B (طرف قرارداد) او را از ادامه کار باز دارد، بی تردید B مسئول نقض قرارداد بوده و باید اجارت المثل " معقول بابت خسارت وارده در اثر نقض قرارداد را بپردازد. (هر چند که ممکن است متعهد در آینده خود مرتکب نقض قرارداد می شد و از اجرای تعهد تخلف می کرد. اما این امر از احتمال کمتری برخوردار است). کما اینکه در دعوایی خواهان متعهد به نگارش کتابی شده بود تا به ازای دریافت ۱۰۰ پوند در مدت مشخصی انجام دهد. اما خواننده در اثنای کار از ادامه

قرارداد منصرف می شود. در نتیجه دادگاه خوانده را محکوم به پرداخت ۵۰ پوند بابت نقض قراردادی اجرت المثل نمود." (خادمی، ۱۳۹۰: ۲۹)

نکته دوم اینکه، ضرر مسلم تنها به ضرری که در گذشته واقع شده باشد اطلاق نمی شود. بلکه ضرری که در آینده نتیجه مستقیم نقض عهد و به طور حتمی هم حاصل شود، ضرر مسلم تلقی می شود. بنابراین منافع مورد انتظاری که منطقیاً متعهدله به دلیل نقض قرارداد از دست خواهد داد نیز باید از جمله خسارات مسلم تلقی شود که در آینده حاصل می گردد. نویسندگان حقوق کامن لا معتقدند اگر قراردادی صحیح اجرا شود متعهدله در وضعیت مالی خاصی قرار می گیرد که در صورت نقض عهد در آن وضعیت قرار نخواهد گرفت. لذا باید خساراتی هم مورد حکم قرار گیرند که متعهدله را در وضعیت نخست قرار می دهد. این خسارات از جمله منافع مورد انتظار را هم شامل می شود. (بریج، ۱۹۸۹: ۲۲)

بنابراین منظور از مسلم بودن خسارت، خسارتی است که چه در گذشته قطعی شده و فعالیت یافته یا در آینده قطعی است و یا نتیجه مسلم نقض عهد از سوی متعهد خواهد بود. در حقوق ایران نیز راجع به عدم النفع و اینکه حکم آن چیست بحث شده است.

ب- خسارتی قابل مطالبه است که ناشی از قصور متعهدله در انجام وظیفه او نسبت به کاهش و تقلیل خسارت نباشد. که یکی از تکالیف متعهدله تلاش برای کاهش خسارت است. بنابراین هرگاه خسارت پیش بینی شده که مسلماً هم تحقق یافته باشد  $X$  ریال برآورد شود و طبق نظر عرف یا دادگاه، اگر متعهدله به وظیفه خود عمل می کرد  $A$  ریال از آن مبلغ کاسته می شد، لذا خسارت قابل پرداخت  $X - A$  ریال خواهد بود. (بریج، ۱۹۸۹: ۲۸)

## ۲-۱-۲- قابل پیش بینی بودن عرفی خسارات قابل مطالبه

خصوصاً با توجه به اینکه شرط تعیین قراردادی خسارت تخلف از اجرای تعهد برخلاف شرط جزایی یا وجه التزام اساساً ناظر به ورود خسارت است، منطقی نخواهد بود که طرفین، چنین شرط و توافقی را در ضمن عقد بکنند اما در عین حال هیچ احتمالی برای وقوع ضرر و خسارت در آینده وجود نداشته باشد. «متخلف از ایفای تعهد، باید ضامن خسارتی باشد که در زمان انعقاد قرارداد، آن را به عنوان نتیجه عدم ایفای تعهد خود پیش بینی یا عرفاً باید پیش بینی می کرده است.» این عبارت که ترجمه ماده ۴-۷۴ از اصول قراردادهای بازرگانی بین المللی است تقریباً عین عبارت است که در ماده ۷۴ از کنوانسیون بیع بین المللی کالا مصوب ۱۹۸۰ آمده که در حقوق انگلیس نیز منعکس شده است. نکته قابل توجه از مواد مذکور این است که چنانچه خسارت قابل مطالبه در اثر نقض تعهد با

اتکاء به مسئولیت مدنی باید دارای این وصف مهم یعنی «قابل پیش بینی بودن» باشد، به طریق اولی در جایی که طرفین اساساً بر مبنای خسارت حتمی ناشی از نقض عقد، اقدام به توافق در خصوص چگونگی و میزان جبران آن کرده اند، باید از وصف مزبور برخوردار باشد. مهم تر اینکه اگر هیچ خسارتی در آینده به رغم تخلف متعهد و نقض قرارداد، محتمل و قابل پیش بینی نباشد، طبعاً ماهیت شرط تعیین قراردادی خارج از جنبه تعیین خسارت خارج گشته و دارای ماهیتوجه التزام یا جنبه تنبیهی خواهد بود. پیش از این نیز حکم این قبیل شروط را در حقوق ایران و کامن لا بررسی کرده ایم. دعاوی چندی در حقوق انگلیس مشاهده می شود که بر اساس آن قاعده «بعید بودن خسارت»<sup>۳</sup> متولد شده است. در نتیجه دعاوی مزبور، قاعده بعید بودن خسارت نیز به دو قاعده فرعی تر تقسیم شده است. برای اینکه خسارتی بعید تلقی نشود تا از این رهگذر غیر قابل جبران محسوب نگردد باید دارای یکی از اوصاف ذیل باشد. (خادمی، ۱۳۹۰: ۴۹)

ضررهایی که به طور طبیعی و به عبارتی به رغم روند عادی امور، در نتیجه نقض قرارداد حاصل شده باشند، باید این گونه فرض شوند که طرف نقض کننده به عنوان شخص عاقل از تحقق آنها آگاه بوده است. یا ضررهایی قابل مطالبه اند که می توان چنین فرض کرد که متعاقدين در زمان انعقاد قرارداد به عنوان نتیجه محتمل نقض تعهد از آن آگاه بوده و مدنظر داشته اند.

### ۲-۱-۳- ترمیم نشدن سابق خسارت

اساس حکم به جبران خسارت در مسئولیت مدنی این است که شخصی متضرر در وضعیتی قرار گیرد که در صورت اجرای صحیح قرارداد در آن وضعیت قرار میگرفت. از این رو باید کلیه غرامات و خسارات ناشی از نقض قرار داد و از دست رفتن منافع مورد انتظار به زیان دیده برگردانده شود. بدیهی است که این حکم در صورتی که طرفین پیشاپیش بر میزان و چگونگی جبران خسارت توافق هم کرده اند، شفاف تر و منطقی تر است. از سوی دیگر، آن روی این سکه هم باید مورد توجه قرار گیرد. یعنی قرارداد اگر چه نباید توسط متعهد نقض شود و در صورت نقض، خسارات حاصله نیز باید جبران شود، اما طرف دیگر هم حق ندارد قرارداد یا شرطی را وسیله سوء استفاده یا سودجویی ناعادلانه خود قرار دهد. (شیخ محمدی، ۱۳۸۵: ۱۱۹)

در حقوق کامن لا شرطی که به قصد سودجویی و به انگیزه مجازات در قرارداد گنجانده شود و چنین استنباط شود که شرط مزبور واجد جنبه جزایی بوده و انگیزه طرفین صرفاً جبران خسارت نیست، در این نظام حقوقی اعتباری ندارد. همچنین در حقوق آمریکا و انگلیس که مبتنی بر این نظام

<sup>3</sup>The damage unlikely

حقوقی است چون قاعده کلی عدم اجتماع وجه التزام و اجرای اصلی تعهد است و مطالبه توأم وجه التزام با اصل تعهد امکان پذیر نیست، لذا بی تردید خساراتی که قبلاً جبران شده است، مجدداً قابل مطالبه نخواهد بود. زیان دیده حق ندارد دو یا چند وسیله جبران ضرر را باهم جمع کند. (دهستانی، ۱۳۹۱: ۲۲۹)

در واقع هر گاه چند نفر خسارتی را وارد کرده باشند و یا قانونگذار چند نفر را به طور تضامنی مسئول جبران خسارت بداند، مطالبه و اخذ خسارت از یکی، دیگران را بری می کند. قانون مدنی ایران در ماده ۳۱۹ در بیان این مطلب چنین آورده است: «اگر مالک تمام یا قسمتی از مال مغضوب را از یکی از غاصبین بگیرد، حق رجوع به قدر مأخوذ به غاصبین دیگر ندارد».

حال با توجه به آنچه گفته شد، وقتی حکم مسأله در مسئولیت مدنی به صورت مذکور می باشد، طبعاً در شرط تعیین قراردادی خسارت نیز وقتی طرفین صرفاً برای جبران ضرر و با نگاه به ضرر واقعی حق مطالبه مبلغ معینی را برای متعهدله مورد توافق قرار می دهند، بدیهی است که اگر این هدف به هر صورتی تامین شود کافی به مقصود خواهد بود. لذا چنانچه متعهدله خسارت وارده را به گونه ای ترمیم کرده باشد، چنین به نظر می رسد حق مطالبه مجدد خسارت برای همان موضوع را نخواهد داشت. به عنوان مثال شخصی در دو سوی ملک خود دو قطعه زمین را به طور جداگانه به دو شخصی مختلف می فروشد.

ضمناً با هر دو خریدار شرط می کند که هیچ یک حق احداث حمام یا کارگاه یا کارخانه ای را که فاضلاب آنها سبب آلودگی چاههای موجود در ملک فروشنده است ندارند. در صورت تخلف، هر یک از خریداران متعهد به پرداخت مبلغی معادل خسارت وارده بر چاههای مزبور خواهند بود. حال چنانچه یکی از خریداران اندکی پس از عقد قرارداد، تخلف کند، بی تردید باید طبق مفاد شرط، خسارت وارده را جبران کند. (عبداللهی، ۱۳۹۲، ۴۹) اما در صورتی که شخص الف تخلف نموده و چاههای موجود در ملک فروشنده را هم آلوده کرده و از قابلیت انتفاع مورد نظر ساقط کرده است، آیا در صورت تخلف توسط خریدار دوم (شخص ب) و نقض عهد از سوی او، فروشنده و مالک چاهها مجدداً می تواند به استناد شرط مندرج در قرارداد خود با خریدار دوم مجدداً بابت خسارت وارده بر چاهها از او مطالبه مبلغ تعیین شده بنماید؟

این مثال بی شباهت به مثالهایی که پیش از این در غالب منتفی شدن موضوع شرط یا از بین رفتن موضوعی که ورود خسارت در آن مدنظر طرفین است، گفته شد، نیست. به نظر می رسد در این موارد نیز با توجه به اینکه هدف اصلی طرفین توافق بر جبران خسارت طبق مفاد شرط بوده

است، نباید شرط را وسیله‌ای برای سوء استفاده و کسب ناعادلانه مال قرار داد. بله، چنانچه طبق توافق طرفین صرفاً برای جلوگیری از تخلف، مبلغی تعیین شده باشد و هر چند واجد جنبه تنبیهی و مجازاتی هم باشد، می‌توان چنین فرض کرد که همانند وجه التزامهای گزاف تلقی شده و در هر حال متخلف مسئول عهد شکنی خود بوده و باید توان این رفتار خود را بدهد نه اینکه جبران خسارت وارده را بنماید. در این صورت باید در خصوص حکم مسأله در دو نظام حقوقی ایران و کامن لا قائل به تفکیک شویم و همان گونه که قبلاً گفته ایم دیدگاه و نظر دو نظام حقوقی ایران و کامن لا از یکدیگر متمایزند و هر دودارای حکم واحدی نیستند. (شیخ محمدی، ۱۳۸۵: ۳۹)

فقدان موانع، سومین شرط استحقاق مطالبه خسارت به موجب شرط تعیین قراردادی خسارتتخلف از اجرای تعهد، فقدان موانع و عوامل محدود کننده این حق است. بدیهی است در مقام اجرای شرط یکی از شرایط لازم شرط عدم المانع است. یعنی ممکن است حقی به موجب قرارداد یا شرطی ایجاد شود، اما در مرحله اجرا به دلیل وجود موانعی یا بکلی از بین برود یا حداقل به گونه ای محدود یا معلق گردد. بدین ترتیب لازم است در مبحث مربوط به اجرای شرط، نگاهی هم به عوامل محدود کننده یا موانع بازدارنده از اجرای شرط و اقدام طبق مقتضای آن، داشته باشیم. نکته ای که قبل از پرداختن به عوامل و موانع مورد نظر قابل ذکر است، اینکه، اصولاً این قبیل موانع و محدودیتهای مستقیماً توسط قانون تعیین میشوند و یا با اختیاری که قانون برای دادرس پیش بینی می‌کند اعمال می‌گردند. بنابراین نقش قانون و همچنین نقش دادرس در مقام اجرا از این منظر بسیار حایز اهمیت است.

### ۳- موانع و محدودیت ها

در این بخش قصد داریم تا به بررسی عوامل محدود کننده یا موانع اجرای شرط به تفصیل در دو نظام حقوقی ایران و انگلستان اشاره کنیم. در ابتدا بحث را با مانع خارجی برای اجرا آغاز خواهیم کرد.

#### ۳-۱- مانع خارجی برای اجرا

یکی از شرایط صحت هر تعهدی داشتن قابلیت و امکان اجراست. طرفینی که از ابتدا می‌دانند تعهدی قابل اجرا نیست از همان ابتدا هم مجاز به انعقاد آن نیستند و قانون هم آن را باطل میدانند. اما بسیار اتفاق می‌افتد که پس از عقد قرارداد و ایجاد تعهد، حادثه یا شرایط جدیدی به وجود می‌آید که از دید و محاسبه طرفین پنهان بوده است. در تعهدی که همراه با شرط ضمن عقد تعیین کننده خسارت باشد این قبیل حوادث ناگهانی به دو جهت مورد توجه اند: گاه ممکن است حادثه‌ای

بازدارنده و ناگهانی به گونه ای اتفاق بیفتد که متعهد را از انجام تعهد اصلی باز دارد و اجرای قرارداد را ناممکن سازد. گاه نیز این قبیل حوادث ممکن است به گونه ای باشند که اجرای شرط را غیر ممکن سازند. (عبداللہی، ۱۳۹۲: ۳۹)

صرف اینکه عدم اجرای تعهد قابل انتساب به متعهد باشد و از سوی دیگر هم بین ورود خسارت پیش بینی شده و انجام نشدن تعهد رابطه سببیت وجود داشته باشد ضمان آور است و موجب تحقق مسئولیت متعهد طبق شرط تعیین شده خواهد بود. اما در عین حال این حکم در همه جا و برای همه موارد قابل اجرا نیست. (بنی یعقوب، ۱۳۸۹: ۲۰)

اگر معیار ما، انسان متعارف و معمولاً انسانها در روابط اجتماعی و حقوقی فرض شود، حقوق نمی تواند و نباید هم بیش از حد متعارف در مقوله اجرای تعهدات از انسانها انتظار داشته باشد. عدم امکان اجرای تعهد و یا غیر ممکن شدن آن برای هرکس یا در هر موردی باید سبب معاف شدن متعهد گردد. این عدم امکان اجرای تعهد خواه در خصوص اصل تعهد و قرارداد اصلی مطرح شود، خواه به رغم امکان اجرای آن و تخلف متعهد، عدم امکان در خصوص شرط و انجام مفاد آن مطرح گردد. در هر صورت عدم امکان هر تعهدی اگر پس از به وجود آمدن تعهد عارض آن شود، اساس التزام را برهم میزند. یا بکلی آن را نابود و منحل می سازد و یا حداقل آن را موقوف می گرداند. تقریباً در تمامی نظام های حقوق نوشته یا غیر نوشته جهان امروزه این امر پذیرفته شده است که هرگاه حادثه ای غیر قابل پیش بینی و غیر قابل اجتناب و نیز خارج از اراده و حیطه مسئولیت متعهد باشد سبب معافیت متعهد از اجرای تعهد می گردد. در حقوق فرانسه از دهها سال قبل اصطلاحی معروف به فورس ماژور متداول گردیده که ظاهراً با همین لفظ یا معادل آن در کشورهای دیگر هم رخنه کرده است. " به موجب قواعد مربوط به این نهاد حقوقی شناخته شده، هرگاه فورس ماژور سبب عدم امکان اجرای تعهدی گردد، یا موجب سقوط تعهد و انحلال قرارداد می شود و یا برای مدتی (تا از بین رفتن حالت فورس ماژور) اجرای آن را معلق می گرداند. " در حقوق کامن لا فورس ماژور به انتفای قرارداد (عقیم شدن قرارداد) یا عدم امکان قرارداد شهرت دارد. اگر چه این نهادهای حقوقی در فرانسه با کامن لا از یکدیگر متفاوتند و انتفای قرارداد قلمرو وسیع تری از فورسی ماژور دارد، اما کم و بیش دارای نتایج مشابهی هستند. (شیخ محمدی، ۱۳۸۵: ۴۸)

در فقه و حقوق ایران نیز اگر چه هیچ یک از اصطلاحات فوق الذکر عیناً به کار نرفته اند اما قواعد چندی مشاهده می شود که تا حدود زیادی با آنچه در نظامهای پیش گفته آوردم شباهت دارد. صریح ترین موادی که اوصاف عوامل معاف کننده متعهد را بیان کرده اند مواد ۲۲۷ و ۲۲۹



ق. م است. در ماده ۲۲۷ آمده است: «متخلف از انجام تعهد وقتی محکوم به تأدیه خسارت میشود که نتواند ثابت نماید که عدم انجام به واسطه علت خارجی بوده است که نمی توان مربوط به او نمود».

همچنین در ماده ۲۲۹ آمده است: «اگر متعهد به واسطه حادثه ای که دفع آن خارج از حیطه اقتدار اوست نتواند از عهده تعهد خود برآید محکوم به تأدیه خسارت نخواهد بود». از مجموع آنچه گفته شد چنین استنباط میشود که همانند قوه قاهره در حقوق فرانسه، هر پدیده یا امر معاف کننده متعهد باید دارای سه وصف خارجی بودن، غیرقابل اجتناب و غیره منتظره (غیرقابل پیش بینی) بودن را دارا باشد.

بنابراین هر مانع خارجی که دارای دو وصف دیگر باشد می تواند متعهد را از اجرای تعهد اصلی معاف سازد. طبعاً اجرای شرط نیز از منظر یک تعهد (هرچند تبعی و فرعی) مشمول حکم مزبور خواهد بود و چنانچه مانعی با اوصاف مذکور وجود داشته باشد، مشروط علیه را نسبت به اجرای آن نیز معاف خواهد کرد.

### ۳-۲- عدم مخالفت با قانون یا نظم عمومی

پیش از این در خصوص شرایط صحت قراردادها از جمله شروط ضمن عقد در حقوق ایران و کامن لا به تفصیل بحث کرده ایم. اجمالاً دوباره متذکر میشویم که در حقوق ایران، کلیه توافقات به عمل آمده اعم از تعهدات اصلی با شروط ضمن عقد چنانچه در مقام اجرا مغایر با اخلاق حسنه یا نظم عمومی باشند قابل اجرا نیستند. صریح ترین ماده ای که حکم مزبور را ابراز می دارد ماده ۹۷۵ ق. ماست که چنین آورده است: «محکمه نمی تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که برخلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه دار کردن احساسات یا به علت دیگر مخالف نظم عمومی محسوب می شود به موقع اجرا گذارد، اگرچه اجرای قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد». در حقوق کامن لا از جمله آمریکا و انگلیس نیز قراردادهای مغایر با قانون یا مخالف نظم عمومی باطل و غیر معتبر شناخته شده اند. (خادمی، ۱۳۹۰: ۲۹) ضابطه ای که در خصوص قراردادهای غیر قانونی قابل توجه است اینکه غیر قانونی بودن قرارداد در جریان اجرای قرارداد نباید اساس قرارداد را تشکیل بدهد و نقش اساسی در جریان اجرای قرارداد داشته باشد والا قرارداد باطل و غیر قابل اجراست. به موجب این نظام حقوقی اگر قراردادی از لحاظ انعقاد قانونی باشد اما طرفین آن را به شیوه ای غیر قانونی اجرا کنند یا اجرای آن مستلزم نقض قانون بشود از نظر دادگاه به اعتبار اجرا غیر قانونی تلقی می شود. (شیخ محمدی، ۱۳۸۵: ۴۸)

کما اینکه در نظام حقوقی انگلیس در دعوی Ashmore, Benson, Pease Co Ltd.V.A.V. Dawson Ltd خواهان با موسسه حمل و نقل خوانده قرارداد حمل بار ۲۵ تنی را امضا کرده بودند. اما خوانندگان برای اجرای قرارداد از کامیونهای استفاده می کنند که طبق قانون مجاز به حمل بیش از ۲۰ تن کالا نبوده اند. در هر حال ممکن است قراردادی ذاتاً قانونی باشد اما در مقام اجرا یکی از طرفین بخواهد به هدف غیرقانونی نایل گردد که در چنین صورتی ممکن است غیرقابل اجرا تلقی شود. همچنین قراردادهایی که موجب اشاعه بی عفتی جنسی، بهم خوردن امنیت عمومی، فریب مأموران مالیاتی و نظایر اینها می شود از نظر کامن لا قابل اجرا نیستند. (پوسنر، ۱۹۸۸: ۴۹)

### ۳-۳- غیر عادلانه بودن شرط در مقام اجرا در نظام حقوقی انگلیس

یکی دیگر از عواملی که می تواند مانع اجرای شرط گردد و در استحقاق زیان دیده نسبت به آنچه طرفین بر آن توافق کرده اند، خدشه وارد آورد، غیر عادلانه بودن مقدار تعیین شده نسبت به خسارت واقعی وارده است. این امر اگر چه در تمام نظامهای حقوقی جهان به طور یکسان مورد قبول نیست اما در عین حال به دلیل اختلافات موجود قابل مطالعه است. برای شفاف تر شدن مسأله لازم است مفاد شرط تعیین قراردادی خسارت را یک بار دیگر تحلیل کنیم، طرفین ممکن است این طور توافق کنند که در صورت تخلف متعهد از اجرای تعهد یا اقدام به فعلی که ترک آن مورد توافق است، چون تخلف متعهد مستلزم ورود خسارت است پس باید فلان مقدار بابت خسارت بپردازد. یعنی نگاه و قصد مشترک طرفین صرف ورود خسارت به تبع نقض عهد است و از تقویم و برآورد میزان آن در حین انعقاد قرارداد یا عاجزند و یا تعمداً صرف نظر می کنند. صورت دوم چنین فرض می شود که طرفین از پیش می دانند که چون تخلف متعهد مستلزم خسارتی خاص می شود که ضمناً میزان آن هم معلوم است، لذا مبلغی را که متناسب با آن مقدار می باشد در شرط ضمن عقد پیش بینی می کنند. (سماواتی، ۱۳۷۵: ۳۹)

در این صورت صرف ورود خسارت مدنظر طرفین نیست، بلکه میزان آن هم مورد قصد طرفین بوده و اراده مشترکشان صرفاً جبران همین میزان خسارت است. قبل از بررسی احکام هر یک از صور مذکور توجه به یک مقدمه ضروری است. بخوبی روشن است که هدف اصلی همه کسانی که اقدام به عقد قرارداد می کنند اجرای درست و کامل قرارداد است. (بنی یعقوب، ۱۳۸۹: ۶۷) از سوی دیگر قوانین و مقررات هم علاوه بر اجرای کاملی قرارداد، عادلانه بودن و عادلانه شدن نتیجه قرارداد را نیز تعقیب می کنند. (دهستانی، ۱۳۹۱: ۱۲۹) هیچ قانونی وضع نمی شود که روابط ظالمانه و

غیر عادلانه را به رسمیت بشناسد. اما نکته ای که در اینجا حایز اهمیت بوده و منشا اختلاف و دیدگاههای متفاوت در قوانین و مقررات نظامهای حقوقی جهان شده است، پاسخ به این دو پرسش اساسی است. نخست آنکه عدالت و عادلانه بودن نتیجه قراردادی یعنی چه؟ دوم آنکه تأمین این عدالت و تضمین آن به چه نوع ضابطه و قاعده ای منوط و وابسته است؟

آیا تأمین خواسته طرفین (صرف نظر از آنچه جامعه میپندارد) کافی است یا برعکس، داوری و قضاوت جامعه و آثار و نتایج توافقیهای خصوصی در جامعه و برهم خوردن روابط صحیح و عادلانه اجتماعی نیز باید مدنظر قرار بگیرد؟ آیا جامعه و قانونگذار می تواند به بهانه اینکه طرفین قرارداد بیش از هر کس به سود و زیان خود توجه داشته و با توجه به صلاحیتی که برای انعقاد قرارداد برای آنها فرض می شود، خود را از دخالت در روابط فیما بین افراد منع کند؟ آیا جامعه می تواند نسبت به نتایج غیر عادلانه و بعضاً نابود کننده حیثیت، جان و اموال افراد ضعیف تر توسط زرداران زورمند بی تفاوت باشد و از کنار این قبیل روابط بسادگی عبور کند؟

پیش از این در خصوص شرایط صحت معاملات و شروط ضمن عقد در نظامهای حقوقی معتبر جهان معاصر به تفصیل بحث کرده ایم. بی تردید با نگاه دقیق به فلسفه و مبانی آنها چنین به نظر میرسد که بسیاری از آنها برای جلوگیری از سوء استفاده اشخاص و ممانعت از روابط غیر عادلانه در جامعه است. جلوگیری از انعقاد قراردادهای مستلزم رباخواری و اخذ بهره های غیرمنصفانه و گزاف عمدتاً به منظور تأمین همین فلسفه و اهداف است. بنابراین باید پذیرفت که اگر قراردادی هر چند صحیح و عادلانه هم منعقد شده باشد نباید در مقام اجرا از این جاده و مسیر ارزشمند و انسانی خارج گردد و از اهداف حقیقتاً سودمند و مفید به حال جامعه و نوع بشری عدول نماید. در مقام اجرا نیز رعایت عدالت و تضمین آن ضروری است. اما همان طوری که گفته شد اختلاف اصلی در تفسیر و تبیین اینکه عدالت چیست و راه دستیابی بدان چگونه است، مشاهده می شود. فردگرایان اجرای بی کم و کاست قرار داد و قبول قصد توافق شده طرفین را به هر صورت که ممکن باشد وسیله اجرای عدالت دانسته و به تعبیر دیگر از نظر آنها عدالت همان چیزی است که با اجرای کامل قرارداد حاصل می شود. (کونویچ، ۲۰۰۱: ۳۹۳) اینان تراضی را مبنای تمامی التزامها دانسته و معتقدند قراردادهای خصوصی همان قانون حاکم بر طرفین است. بنابراین وقتی قانون همان چیزی شد که طرفین بدان تراضی کرده و فیما بین خود مقرر داشته اند، در نتیجه اضافه بر آن نقشی برای جامعه و قانونگذار فرض نمی شود. در مقابل این دیدگاه برخی معتقدند اگر چه وفای به عهد امری لازم و ضروری است و اصل لزوم وفای به عهد حکمی کند که طرفین به مفاد آنچه متعهد

شده اند پایبند بمانند، اما آیا این اصل با هر نتیجه ای که در برداشته باشد محترم است؟ آیا در صورتی که وفای به عهد به ظمی آشکار هم بینجامد باز هم باید بر آن اصرار ورزید؟ آیا در جایی که نتیجه اجرای قرارداد مستلزم زیر پا گذاشته شدن عدالت و تحقق ظمی شود که جلوگیری از آن هم آسیبی به اصل آزادی قراردادها و حاکمیت اراده طرفین در کلیت جامعه وارد نیارد باز هم محترم و پذیرفتنی است؟

این قبیل سؤالات و واقع بینی ها سبب شده است که اندکی از سنت گرایی دسته پیشین فاصله گرفته شود و قواعدی در عرصه حقوق ظاهر شوند که روح کلی آنها حکایت از حفظ و تأمین عدالت در روابط تجاری و اقتصادی آدمیان داشته باشد.

فرانسویان در راستای نظریه گروه نخست سابقه ای دیرینه و شناخته شده تری دارند. در مقررات مدنی فرانسه قبل از اصلاحات سال ۱۹۷۵ کمتر محکمه ای به خود اجازه می داد که به بهانه رعایت عدالت از اجرای مفاد قرارداد یا شرط ضمن آن جلوگیری کند و یا در مقام اجرا قائل به لزوم تعدیل آن گردد. تنها در جایی که بخشی از تعهد اجرا شده بود دادرسی حق داشت به استناد ماده ۱۲۳۱ ق.م. فرانسه مقداری از وجه التزام (خسارت پیش بینی شده) را تقلیل دهد و آن را متعادل گرداند. اما سرانجام این نظام حقوقی نتوانست در برابر ضربات ناشی از سؤالات گروه دوم مقاومت و از چنگ عدالتخواهی حامیان این نظریه رهایی یابد. لذا مجبور شد در اصلاحات و تجدید نظری که در ژوئیه ۱۹۷۵ به عمل آورد تبصره ای بر ماده ۱۵۲ ق.م. بیفزاید که در آن تعدیل وجه التزامهای گزاف یا ناچیز و صوری از وظایف دادرس محسوب شود. (خادمی، ۱۳۹۰:۳۴)

در حقوق ایران از ظاهر پاره‌های مقررات چنین فهمیده می شود که ما از مقررات پیشین فرانسویان نیز پارافراتر گذاشته ایم و تعدیل وجه التزام و یا هر نوع خسارت پیش بینی شده را به هیچ وجه مجاز ندانسته ایم. در ماده ۲۳۰ ق.م. ایران آورده اند: «اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف، متخلف مبلغی به عنوان خسارت تأدیه نماید، حاکم نمی تواند او را به بیشتر یا کمتر از آنچه که ملزم شده است محکوم کند.» لیکن چنین به نظر می رسد قوانین ایران و روح کلی حاکم بر آن تاب تفسیری غیر از آنچه را گفته شد، داشته باشد. حداقل در پاره‌های از شروط و قراردادهای تعیین کننده خسارت (وجه التزام) این امر پذیرفتنی است. اما قبل از اینکه نظرم را در حقوق ایران ارائه کنیم، ابتدا نگاهی داشته باشیم به حقوق کامن لا. به ویژه حقوق انگلیس و آمریکا در این نظام حقوقی قبل از تعدیل قرارداد قاعده ای شناخته شده و مقبول وجود دارد موسوم به «تصحیح». به موجب این قاعده هر گاه طرفین قرارداد مکتوبی که شرایط مورد قرارداد را در سندی

تنظیم کرده اند، در خصوص پارهای از شرایط آن اختلاف داشته باشند و یک طرف ادعا کند که قصد مشترک آنها در سند به طور صحیح منعکس نشده و مغایر با قصد مشترکشان است، دادگاه حق خواهد داشت که اشتباه آنان را تصحیح نموده و از اجرای ناصحیح قرارداد جلوگیری کند. در تشریح شرایط و چگونگی اعمال این قاعده گفته اند که مدرک کتبی و سند تنظیمی فیما بین طرفین اگر در بیان قصد مشترک آنها قصور کرده باشد و یکی از طرفین سند مزبور را در ارائه قصد آنها کافی بداند اما طرف دیگر به رغم اطلاع از قصور سند و وجود اشتباه به طور محیلانه اقدام به عقد قرارداد کرده باشد دادگاه می تواند دستور اصلاح سند براساس قصد مشترکشان صادر نماید. کما اینکه در دعوی (۱۹۶۱) Roberts and co Ltd V. Leicestershire C.C (دهستانی، ۱۳۹۱: ۳۹)

نتیجه ای که از این قاعده می خواهیم بگیریم این است که اساساً در بحث اجرای شرط خسارت، نکته مهم و گام نخستین در تعدیل و اجرای عدالت قبل از هر چیز تشخیص قصد مشترک طرفین است. چرا که اگر قصد مشترک طرفین در تعیین مبلغی به عنوان خسارت از همان ابتدا با انگیزه تهدید و تحذیر متعهد همراه بوده باشد در حقوق پارهای از کشورها خصوصاً انگلیس و آمریکا غیر معتبر و باطل است. طبعاً جایی برای تعدیل از سوی دادرس نیز باقی نخواهد گذاشت. پس ابتدا باید قصد مشترک طرفین احراز شود هرچند این امر مستلزم تصحیح و اصلاح متن کتبی قرارداد باشد. در حقوق ایران به نظر می رسد قواعدی مثل العقود تابعه للقصود و همچنین لزوم حمل الفاظ برمعانی عرفیه که در ماده ۲۲۴ قانون مدنی ایران آمده است، مؤید همان قاعده تصحیح باشد. (سماواتی، ۱۳۷۵: ۵۹)

در هر حال آنچه مهم است اینکه باید دید، آیا طرفین که مبلغی را برای جبران خسارت پیش بینی کرده اند با قصد تهدید و تحذیر بوده است یا خیر؟ آیا هدف آنان وجه التزام با خصوصیت کیفری و جزایی است یا خیر؟

چرا که احراز این قصد سبب میشود که حکم کنیم مبلغ تعیین شده در حقوق ایران هر چند دارای جنبه کیفری باشد لازم الاجراست، در حالی که در حقوقی کامن لا پذیرفته نیست. همچنین سایر اختلافات که به مطالعه بیشتر نیاز دارد.

بنابراین چنانچه قصد طرفین تعیین مبلغی برای جبران خسارت محتملی است که عقلاً آن را به تبع نقض عهد پیش بینی می کنند. در چنین صورتی اگر چه در اعتبار و نفوذ چنین شرطی در هر دو نظام تردیدی نیست، اما فرضهایی قابل تصور است که بررسی جداگانه آنها ضروری است: ۱-

فرض کنید طرفین مبلغی را تعیین می کنند اما قصدشان صرفاً جبران خسارتی است که به طور تقریبی حدس زده می شود. ۲- فرض شود که طرفین با محاسبه دقیق خسارت احتمالی در اثر نقض قرارداد، مبلغی را که جبران کننده خسارت واقعی باشد پیش بینی کنند. یعنی هدف اصلی پیش بینی خسارت واقعی و جبران خسارت واقعی باشد. ۳- فرض سوم اینکه، در خصوص هر دو فرضی فوق خسارت واقعی وارده بسیار کمتر یا بیشتر از مبلغ تعیین شده باشد. ۴- فرض کنیم که اگر چه مبلغ تعیین شده برابر با خسارت واقعی وارده باشد، اما کاهش یا ارزش پول تعیین شده به گونه ای باشد که در صورت پرداخت همان مقدار، قصد طرفین در زمان انعقاد عقد را تأمین نمی کند. ۵. فرض دیگری که قابل تصور است اینکه، طرفین برای نقض کلی قرارداد مبلغی را تعیین می کنند اما متعهد پس از اجرای بخشی از قرارداد مرتکب نقض بقیه قرارداد می شود و یا در خصوصی تعهد به ترک فعل، اقدام متعهد موجب نقض جزئی می شود، در این صورت آیا برقراری تناسب بین مبلغ تعیین شده و نقض عهد به عمل آمده لازم است یا خیر؟

برای تحلیل و پاسخگویی به فرضها و پرسشهای فوق می توان گفت دادرس ممکن است به دو صورت وارد مسأله شود. صورت اول، بدون توجه به قصد واراده مشترکشان و صرفاً طبق آنچه از ظاهر توافقتشان برمی آید اقدام به رسیدگی کند. صورت دوم اینکه، دادرس تلاش نماید قصد واقعی طرفین را احراز نماید. با توجه به آنچه پیشتر در خصوص احراز قصد مشترک گفته شد، بی شک عدالت و انصاف اقتضا دارد حتی المقدور قصد مشترک طرفین جستجو و مبنای حکم قرار گیرد. در این صورت هر یک از فرضهای گفته شده در مقام اجرا، حکم جداگانه ای خواهند داشت. (بنی یعقوب، ۱۳۸۹: ۹۲) در حقوق ایران چنانچه طرفین مبلغی را تعیین کرده باشند که به صرف تخلف از سوی متعهد، ملزم به پرداخت گردد، مبلغ مزبور باید پرداخت شود هر چند که قصد طرفین تنبیه و مجازات متعهد متخلف باشد. اصل آزادی اراده طرفین اقتضا دارد که در هر صورت مبلغ پیش بینی شده در قرارداد باید از سوی نقض کننده به متعهدله داده شود، هر چند مبلغ تعیین شده بسیار فراتر از میزان خسارتی باشد که در عمل وارد آمده است. حتی در صورتی که هیچ خسارتی هم حاصل نشده باشد چنین شرطی لازم الوفاست. در حالی که در حقوق کامن لا اساساً شرطی که متضمن جنبه تنبیهی باشد غیر قابل اعمال و غیر معتبر است. البته در چنین صورتی متضرر می تواند از دادگاه تقاضای جبران خسارت واقعی خود را بنماید. (بریج، ۱۹۸۹: ۶۷)

در فرضی که طرفین به قصد جبران خسارت (البته ورود خسارت را در صورت نقض عهد قطعی می دانند لیکن از برآورد میزان قطعی آن عاجز هستند) مبلغی را پیش بینی کرده باشند و

دادگاه نیز چنین استنباط کند که طرفین تلاش صادقانه ای را برای تعیین پیشاپیش خسارت به عمل آورده اند و سرانجام برای جبران خسارت قابل پیش بینی مبلغیاً زیادتیر کردن آن را به بهانه کم یا زیادتیر بودن خسارت واقعی ندارد. در حقوق ایران به نظر می رسد حکم ماده ۲۳۰ ق.م. در این خصوص قاطع و تمام کننده است و طبعاً قاضی و محکمه رسیدگی کننده حق کم و زیاد کردن مبلغ تعیین شده را نداشته باشد. در حقوق کامن لا نیز وضع تقریباً مشابه است و همان گونه که سابقاً هم گفته ایم اعتبار شرط بستگی به تفسیر قرارداد براساس نیت و قصد طرفین داشته و تلاش دادرس در این خصوص بسیار حایز اهمیت است. قاضی باید کنکاشی جدی و اساسی به عمل آورد. تحلیل الفاظ به کار رفته در قرارداد می تواند راهنمایی برای تنویر ذهن قاضی در جهت احراز قصد مشترک طرفین محسوب شود. هرگاه مبلغ پیش بینی شده به قدری گزاف و مبالغه آمیز باشد که حتی در قیاس با بیشترین ضرر احتمالی فراتر رود، قاضی باید آن را مجازات تلقی کند. همچنین قرائن دیگری که می توانند در جهت راهنمایی قاضی مؤثر باشند باید مورد مطالعه قرار گیرند.

## نتیجه گیری

تعهد زیان دیده به کاستن از خسارت یک قاعده پذیرفته شده در حقوق کامن لا است که به نظام حقوقی ایران و سایر کشورها نیز راه یافته یا از مبانی موجود برای تعمیم این قاعده استفاده می کنند. مفهوم این قاعده متضمن این است که زیان دیده از نقض قرارداد یا فعل زیانبار دیگری، وظیفه دارد به طور متعارف از زیان جلوگیری نماید و یا از گسترش دامنه آن بکاهد. چنانچه خواننده بتواند کاهلی او را اثبات نماید از پرداخت خسارت بابت آن بخش که قابل اجتناب بوده معاف خواهد شد.

در حقوق انگلیس در مورد مبنای قاعده تقلیل خسارت اختلاف نظر وجود دارد. برخی مبنای این قاعده را رابطه سببیت میدانند و حتی آن را از مصادیق قاعده کلی رابطه سببیت تلقی می کنند، در مقابل عده ای با انتقاد از این نظر بر این عقیده اند که انجام اقدامات لازم برای جلوگیری از ورود یا توسعه خسارت توسط خواهان یا زیان دیده قابل پیش بینی است، و خواننده خسارات را به میزان تقلیل یافته پیش بینی کرده است، بنابراین مبنای قاعده تقلیل خسارت نظریه قابل پیش بینی بودن ضرر است. همچنین یکی دیگر از مبانی اصلی قاعده، کارایی اقتصادی آن در نظر گرفته شده است.

اما مسأله این است که آیا این نهاد که در اسناد بین الملل نیز تبلور یافته است در حقوق ایران نیز قابل اعمال می باشد. تحلیل این نهاد نشان داد که اجرای آن در حقوق ما از یک سو بدیهی و سهل است و از سوی دیگر ملاحظه قلمرو اصلی آن یعنی قراردادها آن را ممتنع می نماید. غیرقابل مطالبه بودن زیان های گریزپذیر، به عدم قابلیت عرفی انتساب و غیر مستقیم بودن این بخش از زیان ارتباط می یابد که این مبانی در حقوق ما کاملاً مورد پذیرش قرار گرفته است. در عین حال برای تکمیل و تصریح بدان می توان در اصلاحات قانونی، ضرر قابل مطالبه را به زیانی که با انجام تلاش معقول از سوی زیان دیده قابل پیشگیری نیست تعریف نمود. (دیکشنری بلک، ۲۰۱۱: ۴۸)

از سوی دیگر هر گاه کاستن از زیان در گرو انجام موضوع تعهد یا تکلیف طرف مقابل باشد موقوف به وجود قاعده ای پیشین در حوزه مسئولیت به ویژه مسئولیت قراردادی است. این قاعده همان اصل پرداخت خسارت به جای ایفای عین موضوع تعهد که در حقوق کامن لا مورد قبول قرار گرفته می باشد. بدیهی است از آنجه که اثر قاعده عدم امکان مطالبه خسارت توسط خواهان است این قاعده در جایی اجرا می شود که ضمانت اجرای تعیین شده برای نقض قرارداد مطالبه خسارت باشد.

در حقوق ایران مبنای اصلی این قاعده را باید رابطه سببیت عنوان کرد، چرا که عدم انجام اقدامات متعارف توسط خواهان در جهت کاستن از خسارت، رابطه سببیت بین فعل عامل ضرر با زیان را قطع می کند. همچنین با توجه به اینکه ورود خسارات قابل پیش گیری، توسط خواننده به طور متعارف قابل پیش بینی نیست، نظریه قابلیت پیش بینی ضرر، می تواند مبنای این قاعده قرار گیرد.

در فقه امامیه نیز با وجود این که قاعده تقلیل خسارت مورد بررسی قرار نگرفته است، اما قابل انطباق با قاعده اقدام و قاعده تسبیب است. در واقع عدم اقدام خواهان در جهت تقلیل خسارت، رابطه سببیت بین فعل خواننده با زیان را قطع می کند، چنان که فقها در موردی که احتراز و فرار از آتش برای زیان دیده امکان پذیر باشد اما وی فرار نکند، روشن کننده آتش را ضامن نمی دانند.

سایر مبانی قاعده مورد بحث از جمله نظریه تقصیر مشترک و اصل حسن نیت نیز بر اعتبار قاعده می افزاید و نمی توان آنها را نادیده گرفت و با کفایت مبانی مطرح شده، قانون گذار می تواند نسبت به وضع حکمی کلی در خصوص قاعده تقلیل اقدام کند و حدود و آثار آن را مشخص سازد.



## فهرست منابع و مآخذ

### فارسی

۱. احمدی، ساناز، **مسئولیت مدنی و جبران خسارت**، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه تفت، ۱۳۹۲
۲. بنی یعقوب، سمیه، **بررسی تطبیقی جبران خسارت در ایران و انگلیس**، نشر دستان، چاپ اول، ۱۳۸۹
۳. خادمی، محمد باقر، **ناممکن شدن اجرای قرارداد در حقوق ایران و انگلیس**، نشر نگاه یینه، چاپ اول، ۱۳۹۰
۴. دهستانی، محمد علی، **بررسی تطبیقی تغییر اوضاع و احوال در ایران و انگلیس**، نشر کاردان، چاپ اول، ۱۳۹۱
۵. سماواتی، حشمت الله، **خسارت ناشی از عدم انجام تعهد**، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۵
۶. شیخ محمدی، مهرناز، **نقش زیان دیده در تقلیل خسارت**، پایان نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران مرکز، ۱۳۸۵
۷. عبداللهی، سمیه، **نظام حقوقی حاکم بر جبران خسارت در ایران و انگلیس**، نشر آوا، چاپ اول، ۱۳۹۲

### عربی

۸. نایینی، میرزا محمد حسن، **منیه الطالب**، نشر موسسه نشر اسلامی، چاپ اول، ۱۴۱۵ ق

### منابع انگلیسی

1. Alan Wertheimer, unconscionability and contract, business ethics quarterly vol2,no4.oct 1992
2. Black's Law Dictionary 4th pocket ed. (West Group, 2011), [Bryan A. Garner](#), editorm
3. Bridge, Michael, G. (1989), Mitigation of Damages in Contract and the Meaning of Avoidable Loss, The Law Quarterly Review.

4. Kontorovich, Eugene (2001), The Mitigation of Emotional Damages, the University of Chicago Law Review, [68:491].
5. Posner, Richard, utilitarianism, economic analysis of law, 5 edition, new York. aspen publishers, 1998