

نظریه تقلیل خسارت

در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰ وین) و حقوق ایران

حمید ابهری*

حسین کاویار**

تاریخ وصول: ۹۱/۸/۷؛ تاریخ پذیرش: ۹۲/۳/۲

چکیده

طرفی که در قرارداد دارای حسن نیت است، نمی‌تواند بنشیند و منتظر بماند تا طرف دیگر قرارداد را نقض کند، بلکه باید برای جلوگیری از ایجاد خسارت، تلاش کند؛ در غیر این صورت، یکی از دفاعاتی که ممکن است، خوانده دعوی مسئولیت مدنی (عامل زیان) بیان کند، تعهد زیان‌دیده به مهار و تقلیل خسارت است. مفهوم نظریه تقلیل خسارت، این است که هرگاه شخصی، به سبب تقصیر دیگری در معرض ورود ضرر قرار گیرد، مکلف است در حد متعارف اقدامات لازم را برای جلوگیری یا کاستن از خسارت انجام دهد. این قاعده در مواد ۷۷ و ۸۰ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا تجلی یافته است. در حقوق ایران نیز با استناد به قاعده اقدام، تسبیب و لاضرر می‌توان وجود این قاعده را ثابت کرد.

ضرورت این تحقیق از آنجا نشأت می‌گیرد که در پی پدیده جهانی شدن، جنبش یکسان‌سازی حقوق قراردادهای، حقوق ملی کشورها را تحت تأثیر قرار داده است. بنابراین، لازم است تا ضرورت‌ها و موانع یکسان‌سازی حقوق قراردادهای با بررسی‌های تطبیقی، روشن شود. در این راستا، پژوهش حاضر به بررسی قاعده تقلیل خسارت در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰ وین) و حقوق ایران می‌پردازد.

کلیدواژه‌ها: خسارت، نقض قرارداد، تقلیل خسارت، کنوانسیون وین، حقوق ایران.

۱. مقدمه

در یک دعوی مسئولیت مدنی، اعم از قهری یا قراردادی، هدف اصلی این است که هیچ زیانی، جبران نشده باقی نماند و تا حد الامکان وضعیت زیان دیده به حال سابق برگردد. با این حال، در پاره‌ای موارد، این امکان وجود ندارد: خواهان، زیان وارده به خود را ارزیابی می‌کند، ولی دادگاه همه آن را مورد حکم قرار نمی‌دهد؛ به عنوان مثال، هنگامی که مستقیم بودن زیان، اثبات نمی‌شود یا رابطه سببیت برقرار نیست، یا حتی فعل یا ترک فعل خواهان یا ثالث در ورود زیان دخیل است. در مورد اخیر، برخلاف دو مورد پیش از آن، تمام ارکان مسئولیت جمع است، ولی از آنجا که خواهان امکان متعارف پرهیز از زیان را داشته است، استحقاق دریافت خسارت بابت آن مقدار از زیان را ندارد. در یک قرارداد، متعهدله نمی‌تواند منتظر بماند تا طرف دیگر، قرارداد را نقض کند. وی باید در کاستن ضرر یا پیشگیری از آن، فعالانه تلاش کند. به عبارت دیگر، اگر متضرر، در کاستن یا پیشگیری از ضرر قصور کند، نمی‌تواند برای مطالبه خسارت مدعی شود.^۱ این قاعده در سیستم کامن‌لا به «قاعده تقلیل خسارت»^۲ یا «نظریه الزام متضرر به کاستن از میزان ضرر»^۳ معروف است. امروزه این قاعده، به عنوان یک اصل معتبر در تجارت بین‌الملل شناخته می‌شود (See Mustill, 1988, p. 113).

تکلیف خواهان به تقلیل و جلوگیری از خسارت دو جنبه دارد: یک جنبه آن، منطوق قاعده است که به موجب آن، وی باید از حدوث خسارت و گسترش آن جلوگیری کند، ولی جنبه

۱. قاعده تقلیل خسارت در مسئولیت مدنی، اعم از قهری یا قراردادی قابل اعمال است. اگر در این مقاله بیشتر از قراردادها بحث می‌شود، از این حیث خصوصیتی ندارد. مبنای قاعده تقلیل خسارت، در مسئولیت قهری و قراردادی یکسان است. بنابراین، اگر مال موجود در یک آپارتمان به جهت رطوبتی که به موجب بی‌مبالاتی و حتی تقصیر دیگری ایجاد شده در معرض تلف قرار گیرد و مالک که مطلع از این حادثه شده مال خود را به مکان امن منتقل نکند، نمی‌تواند این خسارت را از خواننده مطالبه کند. ۲. در امثال و حکم وارد است که می‌گویند: «خودکرده را از تدبیر نیست». برای تطبیق این مثل در رویه قضایی، به دعوی زیر توجه کنید: در دعوی بریس علیه کالدر (۱۸۹۵)، خوانندگان که یک شرکت چهارنفره تشکیل داده بودند، شخصی را به عنوان مدیر برای مدت دو سال استخدام می‌کنند. پنج ماه بعد، شرکت منحل می‌شود و مدیر مزبور را اخراج می‌کنند. اما دو نفر از شرکای شرکت منحل شده، به مدیر اخراج شده (خواهان) پیشنهاد استخدام در جای دیگر با شرایط مشابه شرکت قبلی می‌دهند. خواهان پیشنهاد را نمی‌پذیرد و برای حقوق دو سالی که بر اساس تحلیل خود، فوت شده بود، اقامه دعوی می‌کند. اما دادگاه مقرر می‌دارد: «چون خواهان می‌توانسته است با قبول پیشنهاد دوم، از خسارت وارده جلوگیری کند» لذا تنها او را برای دریافت خسارت جزئی مستحق می‌داند و نه کل خسارت. <http://www.law-uk.info/2012/04/brace-v-calder-1895-2-qb-253>

3. Mitigation of Damages.

4. Doctrine of Avoidable Consequences.

دیگر آن به قیاس اولویت از مفهوم آن برداشت می‌شود به این معنا که خواهان نباید موجب افزایش ضرر خود گردد (Treitel, 1999, p. 910).

تأثیر متعهدله زیان دیده در ورود خسارت به دو صورت قابل فرض است:

فعل مثبت^۴: مانند اینکه مورد تعهد، ساختن ساختمانی در زمین متعلق به متعهدله باشد. در مدت اجرای تعهد، زمین خود را پارکینگ خودروهای اشخاص قرار دهد به طوری که متعهد نتواند در آن مکان تعهد خود را اجرا کند.

ترک فعل^۵: مانند اینکه مورد تعهد، حفر قناتی برای آبیاری باغ بوده است که متعهد از انجام مورد تعهد خودداری کرده و متعهدله که می‌توانسته است با خریدن آب از طریق دیگر، باغ را آبیاری کند، اقدام به این کار نکرده و در نتیجه درختان باغ خشک شده است (شهیدی، ۱۳۸۳، ۷۶/۳^۶ خاستگاه قاعده تقلیل خسارت، کامن‌لا بوده است (Ogus, 1973, p. 85) و از آنجا به اسناد بین‌المللی راه پیدا کرد. این قاعده در کامن‌لا، مفهومی است که در قرن هجدهم ظهور پیدا کرد، یعنی زمانی که خسارات نقض قراردادی، به شدت، توسط دادگاه‌ها کنترل می‌شد (See Washington, 1932, p. 106).

در ماده ۷۷ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰ وین)^۷ قاعده تقلیل خسارت بیان شده است. این قاعده هر چند در حقوق ایران، به صراحت و به طور مستقل بیان نشده است، ولی با تکیه به اصول و مبانی همچون قاعده تذریر و اقدام آثار آن پذیرفته شده است. بنابراین، در وجود این قاعده در نظام حقوقی ایران تردیدی نیست.

آنچه در این مقاله بدان پرداخته می‌شود مقایسه مبانی، شرایط و آثار قاعده تقلیل خسارت در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و حقوق ایران است. ضرورت بحث از آنجا نشأت می‌گیرد که حقوق ایران برای پیوستن به کنوانسیون، نیازمند این است که از پیش، نقاط اشتراک و افتراق خود را با آن مورد مطالعه و بررسی قرار دهد و برای رفع موانع الحاق، چاره‌اندیشی کند.

سؤالات این پژوهش عبارتند از این‌که:

- آیا زیان دیده مکلف است از بسط حدود ضرر جلوگیری کند؟

5. Act.

6. Omission.

۷. برای دیدن مثال‌های بیشتر رک: مؤسسه بین‌المللی وحدت حقوق خصوصی، ۱۳۷۸، ص ۲۳۹

8. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) [CISG].

از این به بعد، جهت رعایت اختصار به ذکر "کنوانسیون" اکتفا می‌شود.

بود. خواهان برای دریافت مبلغ باقی‌مانده پرداخت‌نشده قیمت قراردادی اقامه دعوا نمود. خواننده به طور متقابل، اقامه دعوا نمود و مازاد هزینه مربوط به راه‌اندازی ماشین‌آلات را دریافت نمود. اما در عین حال، هزینه تعویض آنها را نیز خواستار شد. مجلس لردها رأی داد که خواننده نمی‌تواند هزینه توربین‌های جدید را مطالبه کند؛ زیرا تکلیف وی برای کاهش خسارات ناشی از نقض قرارداد، شامل خرید توربین‌های جدید نمی‌شود. هزینه راه‌اندازی آنها کمتر از هزینه راه‌اندازی توربین‌های خواننده بوده است. مبلغ صرف‌شده برای خرید توربین جدید، می‌بایست برای تعمیر توربین‌های موجود صرف می‌شد و در این صورت، مبلغی هم به عنوان پس‌انداز برای خواننده باقی می‌ماند (Ruff, 2011, p. 265). ملاحظه می‌شود که تکلیف زیان‌دیده به کاهش خسارت، از اتلاف منابع اقتصادی جلوگیری می‌کند و باعث صرفه‌جویی در منابع و فرصت‌های اقتصادی می‌شود.^{۱۱}

طریق دوم برای توجیه قاعده تقلیل خسارت، «تئوری حسن‌نیت»^{۱۲} است. منصفانه نیست که ناقص تعهد مسئولیت کلیه ضررهای منتج از نقض، حتی آنهایی که زیان‌دیده می‌توانست با اقدام متعارف و معقول بکاهد یا مانع‌شان شود، را به تنهایی بر دوش بکشد (Cassels, 2000, pp. 339). وقتی یک نفر، با وجود امکان کاهش خسارت، به مقابله با آن نمی‌پردازد، مرتکب یک بدبختی و عمل خلاف اخلاق شده است. بنابراین الزام متضرر به کاستن از میزان ضرر، نمود بارز رفتار منصفانه و براساس حسن‌نیت است. دادگاه استیناف پاریس در سال ۲۰۰۱ دعوی مطالبه خسارت خواهان را به دلیل اینکه با «سوءنیت» خود، باعث تشدید خسارت شده بود، رد کرد (<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/010612f1.html>). مؤسسه بین‌المللی وحدت حقوق خصوصی^{۱۳}، جبران کامل خسارت، به نفع طرفی که خود بطور جزئی مسئول ورود خسارت است، را خلاف عدالت و انصاف می‌داند (مؤسسه بین‌المللی وحدت حقوق خصوصی، ۱۳۷۸، ص ۲۳۷).

۱۱. برای مطالعه بیشتر در مورد نگرش اقتصادی به حقوق ر.ک: بادینی، ۱۳۸۴: ۴۹۸-۳۹۱؛ برای مطالعه بیشتر در مورد تحلیل اقتصادی مسئولیت قراردادی ر.ک: انصاری، ۱۳۹۰: ۶۵۵-۵۷۹؛ همچنین بنگرید (Roberts, 2008, pp. 159-168)

12. Theory of Good Faith (bona fides).

در فرهنگ حقوقی بلک در تعریف حسن‌نیت چنین آمده است: «یک حالت ذهنی مبتنی بر: (۱) صداقت در عقیده یا هدف، (۲) پایبندی به تعهد و التزام در مقابل دیگری، (۳) رعایت استانداردهای تجاری متعارف رفتار منصفانه در یک تجارت یا کسب و پیشه معین، (۴) فقدان قصد تقلب و تدلیس یا تحصیل امتیاز برخلاف وجدان» (Garner, 1999: 701).

13. International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT).

- ماهیت این تکلیف، آیا تعهد قراردادی است یا ماهیت مستقلی دارد؟
- اگر وی مکلف به اقدام در جهت کاهش ضرر است، نتیجه عدم اقدامش چه خواهد بود؟
- در دعوای تقلیل خسارت، بار اثبات دعوی به عهده کیست؟
- آیا این تأسیس در حقوق ایران مبنایی دارد؟
- بر این اساس، مطالب این نوشتار در سه مبحث اصلی ارائه می‌شود:
- قاعده تقلیل خسارت: قاعده‌ای اقتصادی، اخلاقی و حقوقی؛
- بررسی قاعده در کنوانسیون؛
- بررسی قاعده در حقوق ایران.

۲- قاعده تقلیل خسارت: قاعده‌ای اقتصادی، اخلاقی و حقوقی

تکلیف زیان‌دیده به تقلیل و مقابله با خسارت از سه طریق، قابل توجیه است:

- نخست اینکه، قاعده تقلیل خسارت، «بازدهی و کارایی اقتصادی»^۹ را ترقی می‌دهد (See, Linzer, 1981, pp. 113-300-301; Michaud, 1984, pp. 114). و مانع اتلاف منابع اقتصادی می‌شود (See, Cooter, 1989, p. 817; Wonnell, 2001, p. 643). از دید اقتصادی معقول نیست، اجازه داده شود ضرری که با اقدام معقول قابل دفع است، افزایش یابد (مؤسسه بین‌المللی وحدت حقوق خصوصی، ۱۳۷۸، ص ۲۴۱). تعدادی از حقوقدانان، تصریح دارند بر اینکه هدف قاعده تقلیل خسارت، جلوگیری از اتلاف منابع اقتصادی جامعه است؛ زیرا منابع اقتصادی هر جامعه، محدود هستند (Von Mehren, 1977, p. 1115; Letterman, 2001, p. 211; Farnsworth, 2004, p. 779). در دعوای بریتیش وستینگ هاوس الکتریک اند منیوفاکچرینگ کو علیه آندرگراند الکتریک ریل ویز کو (۱۹۱۲)، خواهان توافق کرد که توربین‌هایی را برای خواننده تهیه کند. توربین‌های تأمین‌شده با اوصاف تعیین‌شده در قرارداد منطبق نبود. خواننده چند سال از توربین‌ها استفاده کرد، ولی بعد از مدتی آنها را تعویض کرد. تعویض توربین‌ها مؤثرتر
9. Economic Efficiency.
10. British Westinghouse Electric and Manufacturing Co Ltd v Underground Electric Railways Co of London Ltd [1912].

۳- نظریه تقلیل خسارت در کنوانسیون ۱۹۸۰ وین

در این بخش، نظریه تقلیل خسارت، در کنوانسیون وین مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۳-۱- تاریخچه، هدف و قلمرو

نظریه تقلیل خسارت در نظام کامن‌لا مقبولیت بیشتری نسبت به نظام رومی ژرمن مقبولیت بیشتری دارد (Safa, 1994, P. 35). هر چند امروزه، محاکم، به آن به عنوان اصل کلی حقوق تجارت بین‌الملل می‌نگرند و در آرای خود بدان استناد می‌کنند^{۱۶} (Liu, 2003).

ماده ۷۷ کنوانسیون نیز با پذیرش این قاعده، بیان می‌کند که زیان‌دیده، حتی اگر نقض قرارداد، اساسی باشد، نمی‌تواند بدون هیچ اقدام مفیدی منتظر وقوع خسارت شود و سپس طرح دعوی کند بلکه باید اقدامات کافی و مقتضی را در جهت کاهش و پیشگیری از خسارت انجام دهد. این ماده مقرر می‌دارد: «طرفی که به نقض قرارداد استناد می‌کند، مکلف است حسب اوضاع و احوال در جهت کاهش زیان، از جمله عدم‌النفع، ناشی از نقض، اقدامات متعارف را معمول دارد. در صورتی‌که وی در انجام اقدامات فوق‌قصور نماید، نقض‌کننده می‌تواند به میزانی که خسارت می‌باید تقلیل می‌یافته است، مدعی کاهش خسارت گردد». ماده ۷۷ کنوانسیون مقتبس از ماده ۸۸ قانون متحدالشکل بیع بین‌المللی کالا (ULIS)^{۱۷} است که چنین مقرر می‌دارد: «طرفی که به نقض قرارداد استناد می‌کند، باید همه اقدامات متعارف را برای کاستن خسارت ناشی از نقض به عمل آورد. اگر وی در انجام این اقدامات قصور کند، طرف ناقض قرارداد می‌تواند مدعی کاهش خسارت شود». این دو ماده بسیار به هم شبیه‌اند با این تفاوت که ماده ۷۷، دو تغییر نسبت به ماده ۸۸ دارد:

اول- کنوانسیون، تقلیل خسارت را به عدم‌النفع نیز تعمیم داده است؛

دوم- طبق کنوانسیون، ناقض می‌تواند به میزانی که خسارت می‌توانست کاهش یابد، مدعی کاهش در خسارت شود.

ماده ۷۷ کنوانسیون، مصداق بارز اصل حسن‌نیت مندرج در بند ۱ ماده ۷ است (Schlechtriem and Schwenzer, 2005, Art. 77, para. 1). به عنوان یک قاعده و اصل، طرفی که مسئول جبران خسارت است (طرف خاطی)، باید قصور طرف دیگر (طرف

سؤالی که اینجا مطرح می‌شود، این است که آیا می‌توان طرفین قرارداد را موظف به رعایت رفتار براساس حسن‌نیت دانست یا خیر؟ شاید پذیرش تعهد بر اساس حسن‌نیت، در همه نظام‌های حقوقی به طور کافی فراگیر و تثبیت نشده باشد، اما اگر قبول کنیم که انسان بالذات موجودی اخلاقی است، قرارداد هم به عنوان یک رفتار اجتماعی از این مسأله مستثنی نیست. در مقام عمل به قرارداد، انسان باید به اخلاق پای‌بند باشد.

اجرای با حسن‌نیت قرارداد، لازمه مفاد تراضی است و رفتار مغایر با حسن‌نیت، با اصل الزام‌آور بودن قرارداد ناسازگار است. بر همین اساس، اصل احترام به قراردادهای را باید همواره در ارتباط با قاعده حسن‌نیت مورد توجه قرار داد. لذا هر یک از متعاهدین باید به سهم خود سعی کند تا تعهدات به بهترین نحو اجرا شود. در واقع، قاعده لزوم حسن‌نیت در اجرای قرارداد، نتیجه پیوند حقوق و اخلاق است. بنا بر رعایت همین پیوند، دو طرف باید در برابر هم با حسن‌نیت رفتار کنند و بر همین اساس، اجرای قرارداد را بخواهند (شفایبی، ۱۳۷۶، ص ۸۶).

تعهد به تقلیل خسارت، به عنوان مصداقی از مصادیق حسن‌نیت، اقتضای اراده ضمنی طرفین است؛ زیرا هر قراردادی بر وجود حسن‌نیت در طرفین، دلالت ضمنی دارد. بنابراین، حسن‌نیت به عنوان اصلی الزام‌آور و موجد تکلیف، متضمن تعهد متضرر به کاستن از میزان ضرر است^{۱۴} (Saidov, 2008, P. 129). سومین طریق برای توجیه قاعده تقلیل خسارت، رابطه سببیت^{۱۵} است. برای تحقق مسئولیت مدنی، تنها وجود خسارت و تقصیر یا فعل زیان‌بار کافی نیست، بلکه باید رابطه سببیت (علیت) بین خسارت وارده و تقصیر یا فعل زیان‌بار وجود داشته باشد. عدالت و منطقی حکم می‌کند که هیچ‌کس مسئول زبانی که ناشی از تقصیر یا فعل زیان‌بار او نیست، نباشد (صفایبی و رحیمی، ۱۳۹۰، ص ۱۹۳). رابطه سببیت، از مهم‌ترین مبانی قاعده تقلیل خسارت می‌باشد. برخی از حقوقدانان، معتقدند که قاعده تقلیل خسارت، قاعده‌ای مستقل نیست بلکه از مصادیق «رابطه سببیت» است (Cheshire & Fifoot, 1972, P. 607). چنانچه متعهدله (یا زیان‌دیده) اقدامات متعارف و معقول برای جلوگیری از ورود خسارت یا بسط آن انجام ندهد، خود او یکی از اسباب خسارت است و حق مطالبه خسارت مزبور را به اندازه میزان دخالت یا عدم دخالتش نخواهد داشت.

۱۴. برای مطالعه بیشتر در مورد ارتباط قاعده تقلیل خسارت و اصل حسن‌نیت و مطالعه تطبیقی در سه نظام حقوقی فرانسه، انگلیس و آمریکا به منبع روبرو مراجعه کنید: (Litvinoff, 1999, PP. 1161-1195).

۱۵. Causation.

16. See e.g. ICC Award, Case No. 2103/72, 101 Clunet (Journal du Droit International) 902 (1974); 2748/74, 102 Clunet 905 (1975); 2291/75, 103 Clunet 989 (1976); 2520/75, 103 Clunet 992 (1976).

17. Uniform Law on the International Sale of Goods.

تعهد، عبارت است از رابطه حقوقی که به وسیله آن، یک طرف، حق دارد از طرف دیگر اجرای اعمال خاصی را تقاضا نماید (Hogg, 2011, P. 6). این رابطه، دو چهره متفاوت دارد: از سوی مثبت، شخصی بر دیگری حق پیدا می‌کند که آن را حق دینی یا طلب می‌گویند. از سوی منفی، که شخصی را ملتزم می‌سازد، دین یا تعهد می‌نامند (کاتوزیان، ۱۳۸۶، صص ۷۲-۷۱). بر اساس ماده ۷۷ کنوانسیون، طرف نقض‌کننده قرارداد، نمی‌تواند طرف زیان‌دیده را به اجرای تکلیف و تعهد ملزم کند. بنابراین، وی نمی‌تواند زیان‌دیده را به علت عدم مهار خسارت، مورد بازخواست و تعقیب قرار دهد (See, Flynn, 2000, P. 723).

ثانیاً، ما نمی‌توانیم به قاعده تقلیل خسارت، همانند تعهد (به معنای مرسوم) بنگریم. تکلیف زیان‌دیده به تقلیل خسارت، با مفهوم تعهد در تعارض است (McGregor, 2011, P. 172). بنابراین، در کنوانسیون، تکلیف در تئوری تقلیل خسارت، تعهد الزام‌آور به معنای مرسوم^{۲۲}، نیست (Bianca & Bonell, 1987, P. 562). به عبارت دیگر، کنوانسیون در صدد بیان تعهد قراردادی به تقلیل خسارت نیست (Bernstein & Lookofsky, 2002, P. 102). دو دلیل برای چنین استنتاجی می‌توان ذکر کرد:

دلیل اول، در قبل متذکر شدیم که «تکلیف» مذکور در ماده ۷۷ کنوانسیون در صدد بیان یک رابطه حقوقی قراردادی بین طرفین نیست. بدین معنا که بتوان به موجب آن رابطه، طرف دیگر را ملزم کرد. حتی عده‌ای معتقدند که ترکیب «تعهد به تقلیل خسارت»، ترکیبی گمراه‌کننده است؛ زیرا تقلیل خسارت، صرفاً دفاعیه خوانده است در مقابل ادعای خواهانی که به وظیفه خود در پیشگیری از خسارت عمل نکرده است و اثر این دفاعیه عدم استحقاق خواهان به کل مبلغ خسارت است (Farnsworth, 1970: 1184; Goetz & Scott, 1983, P. 967).

دلیل دوم، در کنوانسیون، نقض تعهد، پایه و اساس مسئولیت است. این در حالی است که به موجب مقررات کنوانسیون، قصور در تکلیف تقلیل خسارت، منتج به هیچ نوع مسئولیتی نخواهد شد و هیچ ماده‌ای در این باره در کنوانسیون وجود ندارد^{۲۳} (Bianca & Bonell, 1987, P. 562; Treitel, 1999, P. 615; Schneider, 1996, P. 179).

منظور از تکلیف مذکور در ماده ۷۷ کنوانسیون، تعیین حدود خسارت قابل مطالبه و محدودیت میزان آن است. خواهان می‌تواند خسارت را مهار کند یا از این کار امتناع ورزد. اگر در

زیان‌دیده) را در کاهش ضرر ثابت کند.^{۱۸} ماده ۷۷ تنها بر دعوای جبران خسارت اعمال می‌شود. قصور در تقلیل خسارت، بر اقامه دعوای زیان‌دیده مطابق سایر شیوه‌های جبران خسارت اثر نمی‌گذارد (Bianca & Bonell, 1987: 561; Schlechtriem & Butler, 2009, P. 220). پیشنهاد آمریکایی‌ها مبنی بر تعمیم تعهد تقلیل خسارت به سایر شیوه‌های جبران خسارت در کنفرانس وین پذیرفته نشد. در واقع، قاعده تقلیل خسارت بر دعوای «اجرای تعهد»^{۱۹} اعمال نمی‌شود (Schlechtriem and Butler, 2009: 220). بنابراین، به دلیل عدم مهار خسارت، طرف مقابل (ناقص تعهد) نمی‌تواند عقد را فسخ کند و یا مطالبه خسارت کند و یا الزام به انجام چیزی را بخواهد که لازمه تقلیل خسارت است (<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/secomm/>) است (secomm-77.html)

۲-۳- ماهیت تکلیف زیان‌دیده به مهار خسارت

ماده ۷۷ کنوانسیون، زیان‌دیده از نقض قرارداد را «مکلف»^{۲۰} کرده است تا در برای کاهش زیان گام بردارد. حال سؤال این است که آیا این وجوب و تکلیف، تعهد^{۲۱} به معنای مرسوم است یا خیر؟ دلیل طرح این سؤال این است که چگونه می‌توان از وجود تعهد برای خواهان (زیان‌دیده) صحبت کرد، در حالی که در مقابل، هیچ حقی برای خوانده (وارد کننده زیان) به الزام، وجود ندارد؟ الزام‌آور بودن تعهد در دیون ناشی از مسئولیت مدنی و قراردادی، امری بدیهی و مسلم است. ایجاد تکلیف در ذات و جوهر هر تعهد نهفته است. به همین جهت، کسی را که در انجام دادن کاری، آزاد و مخیر است نمی‌توان متعهد بدان پنداشت (کاتوزیان، ۱۳۸۶، ص ۶۶؛ همچنین رک: جعفری لنگرودی، ۱۳۸۹، صص ۸-۹).

برخی معتقدند، مطابق ماده ۷۷ همراه مواد ۸۵ تا ۸۸ طرف زیان‌دیده متعهد و ملزم است تا از گسترش خسارت بکاهد (Bernstein & Lookofsky, 2002, P. 103). به نظر می‌رسد، دیدگاه مذکور به طور کامل نمی‌تواند درست باشد زیرا اولاً،

۱۸. برای مطالعه رویه قضایی در این زمینه، آرای زیر را بنگرید:

Tribunal of International Commercial Arbitration of the Russian Chamber of Commerce and Industry 23 December 2004 [Case No. 97/2004] <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/041223r1.html>; Court of Appeals (Oberlandesgericht) Hamburg 28 February 1997 [1 U 167/95] <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970228g1.html>; Supreme Court of Austria (Oberster Gerichtshof) 6 February 1996 [10 Ob 518/95] <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960206a3.html>

19. Claims for Performance.

20. "...must take such measures..."

21. Obligation.

۲۲. مفهوم‌شناسی تعهد به تفصیل در منابع ذیل مورد بررسی قرار گرفته است (See, Treitel, 1999, P. 179; McGregor, 2011, P. 172).

۲۳. رک به قسمت ۵-۳ این مقاله.

انجام می‌دهد، تلقی می‌شود. در ارزیابی متعارف‌بودن، به ویژه باید به ماهیت و هدف قرارداد، اوضاع و احوال پرونده و عرف‌ها و رویه‌های تجاری یا حرفه‌ای مرتبط توجه نمود».

ملاک و ضابطه اقدام متعارف، رفتار شخص متعارف در موقعیتی مشابه موقعیت متعهدله (با زیان‌دیده) است (Schlechtriem & Schwenger, 2005, Art. 77, Para. 7); (Schlechtriem & Butler, 2009, P. 221). به عبارت دیگر، باید ضابطه «نوعی - شخصی» در تمیز اقدام متعارف لحاظ شود. برای تمیز اقدام متعارف، مطابق معیار نوعی - شخصی، علاوه بر ملاحظه رفتار انسان واجد حسن‌نیت، باید خصوصیت، مهارت و موقعیت خواهان (برای مثال: قوه خلاقیت و نبوغ، تجربه شغلی و میزان درآمد) مد نظر قرار گیرد (Bernstein & Lookofsky, 2002, P. 103).

این ضابطه، در دعوای بانکو علیه شرکت با مسئولیت محدود واترلو و پسران^{۲۹} در سال ۱۹۳۲ به شرح زیر آمده است: «هنگامی که زیان‌دیده، خود را در موقعیت مشکلی در نتیجه نقض قرارداد می‌بیند، نباید اقدامی را که وی مجبور می‌شود، برای رهایی از این مشکل انجام دهد، با معیارهای دقیق و طاقت‌فرسا سنجید. چنانچه طرفی که در نتیجه نقض قرارداد در موقعیت فوق قرار گرفته به گونه‌ای متعارف عمل کند، وظیفه خود را در انجام اقدامات تقلیل و مهار خسارت انجام داده است» (به نقل از: داراب‌پور، ۱۳۷۷، ص ۶۳؛ see, Koffman & Macdonald, 2007, P. 583).

تعهد به تقلیل خسارت، مستلزم انجام اقدامات شاق و طاقت‌فرسا نیست^{۳۰} (Knapp in: Bianca & Bonell, 1987, P. 99; Duxbury, 2009, P. 560). لازم نیست اقدامات صورت گیرد که متضمن صرف هزینه زیاد، طرح دعوای پیچیده و یا لطمه به اعتبار متعهدله باشد. خواهان نباید در مقام کاستن از خسارت، به اعمال نامعقول اقدام کند. در این حالت، مستحق هزینه این اقدامات نخواهد بود. فقط کافی است طرفی که به نقض قرارداد استناد می‌کند، اقدامات متعارفی در جهت مهار خسارت انجام دهد.

29. Banco de Portugal v. Waterlow & Sons Ltd [1932] Appeal Cases 452, at 506.

۳۰. این استنتاج از رأی یک دادگاه استرالیایی (صادر در سال ۲۰۰۰)، می‌تواند پشتیبانی شود. در آن رأی، قاضی استرالیایی گفت: «...تکلیف تقلیل ضرر، مستلزم اینکه، بایع، شهرت و اعتبار تجاری‌اش را به مخاطره اندازد، نیست...».

See, (Downs Investments Pty Ltd v Perwaja Steel) Supreme Court of Queensland, Civ. J. No. 10680, 17 Nov. 2000 (Austl.). <http://www.cisg.law.pace.edu/cisglwais/db/cases2/001117a2.html>

مهار و تقلیل خسارت قصور کرد، به ضرر خود اقدام کرده است و نمی‌تواند خساراتی را که قابل تقلیل، یا رفع بوده از خواننده مطالبه کند.^{۲۴}

رأی دعوای داربیشیر علیه وارن^{۲۵} این گونه است: «ضروری است تا ماهیت واقعی آنچه که در اصطلاح تکلیف به تقلیل زیان نامیده می‌شود، مورد ارزیابی قرار گیرد. خواهان، هیچ تعهد قراردادی به اتخاذ روش‌های ارزان‌تر ندارد. اگر او می‌خواهد که راه پرهزینه‌تری را برگزیند، بطور کامل آزاد و مختار است که چنین کند و با انجام این کار، او مرتکب هیچ خطا و تقصیری علیه خواننده یا هر شخص دیگری نشده است».

با لحاظ رأی صادره در دعوای باربیشیر، مفهوم واقعی قاعده این است که «خواهان نمی‌تواند مبالغه بیش از آنچه که او به طور معقول لازم داشته تا خسارت را تعدیل کند، از راه درخواست خسارت به خواننده تحمیل کند، به عبارت دیگر، او بطور کامل استحقاق دارد تا به هر میزان که می‌خواهد افراط کند و ولخرج باشد، اما نمی‌تواند این کار را به هزینه خواننده انجام دهد» (سادات‌اخوی و کاشانی، ۱۳۸۰، ص ۵۸).

۳-۳- اقدامات متعارف

طبق قسمت نخست ماده ۷۷ کنوانسیون، شخصی که به نقض قرارداد استناد می‌کند، مکلف است برای کاهش خسارت (از جمله عدم‌النفع)^{۲۶} ناشی از نقض، اقدامات متعارفی^{۲۷} را انجام دهد.

«متعارف»، در کنوانسیون تعریف نشده است. یکی از شارحین کنوانسیون معتقد است، هر اقدام، در صورتی متعارف است که «تحت شرایط خاصی، بتوان انتظار داشت توسط شخصی واجد حسن نیت انجام شود» (Saidov, 2002, PP. 353-354). ماده ۳۰۲-۱ اصول حقوق قراردادهای اروپا^{۲۸}، «متعارف» را این گونه تعریف می‌کند: «بر طبق این اصول، متعارف‌بودن به عنوان آنچه که یک فرد با حسن‌نیت در اوضاع و احوال مشابه طرفین قرارداد

24. See, Internationale Jute Maatschappij v. Marín Palomares, Spain 28 January 2000 Supreme Court, Cite as: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000128s4.html>

25. Darbshire v. Warren: [1963] 3 All E.R. 310.

۲۶. ماده ۷۷ با استناد به ماده ۷۴ کنوانسیون، کلیه خسارت‌ها را در بر می‌گیرد. مطابق ماده ۷۴ کنوانسیون: «خسارت ناشی از نقض قرارداد به وسیله یکی از طرفین، عبارت است از مبلغی برابر زیان، از جمله عدم‌النفعی، که طرف دیگر بر اثر نقض، متحمل شده است» (اینکه عدم‌النفع در کنوانسیون تحت چه شرایطی قابل مطالبه است رک: اصغری آقمشهدی، ۱۳۸۱، صص ۹۴-۷۷).

27. Reasonable Measures.

28. The Principles of European Contract Law (PECL) 2002.

که به سبب بروز اختلاف، کالای موضوع معامله در معرض خسارت یا فساد قرار می‌گیرد، از این قبیل اقدامات متعارف است، تا مانع از بروز ضرر اضافی بر طرفین گردد.

۴-۳- خسارت تبعی

گاهی، تقلیل خسارت ممکن است سبب خسارات دیگری شود.^{۳۷} به بیان دیگر، تقلیل خسارت می‌تواند خود موجبی برای تولید خسارت جدید شود. برای مثال، اقدام زیان‌دیده به تقلیل خسارت ممکن است مستلزم، تحمل هزینه‌هایی مثل هزینه انبار، هزینه تعمیر، هزینه دلال و هزینه انعقاد معامله جایگزین باشد. سؤالی که مطرح می‌شود این است که آیا ضرورت دارد این نوع ضررهای جنبی نیز تقلیل داده شود؟

اگر چنین هزینه‌هایی متعارف باشند، به موجب اسناد بین‌المللی، قابل وصول‌اند. در کنوانسیون وین، این هزینه‌ها به عنوان «ضرر متحمل‌شده در نتیجه نقض» قابل وصول است (Bianca & Bonell, 1987, P. 561). در بند ۲ ماده ۵۰۵-۹ اصول حقوق قراردادهای اروپا و بند ۲ ماده ۷-۴-۸ اصول قراردادهای بازرگانی بین‌المللی نیز آمده که زیان‌دیده استحقاق وصول هر هزینه‌ای را که به صورت متعارف در تلاش برای کاهش زیان متحمل شده، دارد.

اگرچه وصول هزینه متحمل‌شده در راستای تقلیل خسارت، امری بدیهی است،^{۳۸} با این حال، بیان قاعده‌ای منطقی به عنوان مبنای این وصول، مفید است:

استدلال شده است که عبارات ماده ۷۷ کنوانسیون، به اندازه کافی موسع هستند که این قبیل خسارت‌های جنبی را پوشش دهد. لذا تقلیل و مهار این نوع خسارت‌ها، محال نیست (See,

خریدار موفق به تأدیه ثمن نشود و کالا در ید فروشنده باقی بماند یا مشاراًلیه به صورت دیگری استیلاء بر نقل و انتقال مبیع داشته باشد، فروشنده موظف است بر حسب اوضاع و احوال اقدامات متعارفی که برای حفاظت از کالا لازم می‌باشد را معمول دارد. فروشنده حق دارد تا زمانی که خریدار از هزینه‌های متعارف انجام شده را تأدیه نماید کالا را حبس نماید».

ماده ۸۶: «۱- اگر خریدار کالا را دریافت کرده و قصد اعمال احدی از حقوق خود در چهارچوب قرارداد و این کنوانسیون دایر بر رد کالا نماید، مکلف است چنان اقداماتی که بر حسب اوضاع و احوال برای حفاظت از کالا، متعارف است را معمول دارد. خریدار حق دارد تا زمانی که فروشنده هزینه‌های متعارف انجام شده را تأدیه ننموده کالا را حبس نماید».

۳۷. این نوع خسارات را «خسارت تبعی یا جنبی Incidental Loss» گویند. خسارت تبعی یا جنبی، خسارتی است که یا همراه یا مرتبط با خسارت اصلی می‌باشد (See, Garner, 1999, P. 395).

38. See, Switzerland 3 December 2002 Commercial Court St. Gallen (Sizing machine case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021203s1.html>

البته نباید از خاطر برد که آنچه «اقدام متعارف» نامیده می‌شود، بسته به دعاوی، متفاوت خواهد بود. برای مثال، در آرای صادره در رویه قضایی ماده ۷۷ کنوانسیون، محاکم، اقدامات زیر را توسط شخص زیان‌دیده، متعارف قلمداد کردند:

پرداخت وجه به متصدی دیگر برای تسریع در تحویل کمپرسورهایی که در قبل سفارش داده شده و امکان جایگزینی آن با مورد مشابه، به دلیل معیوب بودن، وجود دارد؛^{۳۱} انعقاد قرارداد با شخص دیگر برای تهیه قالب‌ها، به دلیل عجز طرف ناقض قرارداد در تحویل به موقع قالب‌ها؛^{۳۲} ادامه چاپ پارچه خریداری‌شده، با وجود بروز مشکلات در پارچه؛^{۳۳}

درخواست صدور مجوز از دولت و پیشنهاد برای آزمایش شیر خشک در منطقه تجارت آزاد قبل از واردات به کشور؛^{۳۴} فروش کالای فاسدشدنی، حتی اگر ضرورتی نداشته باشد، مطابق مواد ۸۵ تا ۸۸ کنوانسیون.^{۳۵}

خواهان صرفاً مکلف به تلاش متعارف است و لازم نیست تلاشش به نتیجه برسد. ماهیت تکلیف خواهان، «تعهد به وسیله» است. بنابراین، هرگاه اقدام وی موجب افزایش ضرر شود، این امر، تأثیری بر میزان خسارتی که استحقاق مطالبه آن را دارد، نداشته و او حق مطالبه جبران تمام زیان‌های وارد بر خود را دارد، حتی زیان‌هایی که در اثر اقدام خود وی ایجاد شده است (کاظمی، ۱۳۸۴، ص ۲۰۴).

به عنوان قاعده، می‌توان گفت: ضرورتی ندارد که خریدار، اقدامات خاصی را قبل از اینکه نقض قرارداد توسط بایع صورت گیرد، انجام دهد. بنابراین، به طور معمول، اگر خریدار برای خسارت ناشی از تولید، کالا را بیمه نکند، تخطی از تکلیف تقلیل خسارت مرتکب نشده است (Schlechtriem & Schwenger, 2005: Art. 77, Para. 8). تکلیف طرفین قرارداد، در حفظ و نگهداری کالا (مذکور در مواد ۸۵ و ۸۶ کنوانسیون)^{۳۶} در مواقعی

31. CLOUT case No. 85 [Federal District Court, Northern District of New York, United States, 9 September 1994], affirmed, CLOUT case No. 138 [Federal Court of Appeals for the Second Circuit, United States, 6 December 1993, 3 March 1995].

32. Nova Tool & Mold Inc. v. London Industries Inc., Ontario Court of Appeal, Canada, 26 January 2000. Available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000126c4.html>

33. Schmitz-Werke v. Rockland, [Federal] Fourth Circuit Court of Appeals, United States, 21 June 2002, 2002 US App. LEXIS 12336, 2002 WL 1357095.

34. Malaysia Dairy Industries v. Dairex Holland, Rb 's-Hertogenbosch, the Netherlands, 2 October 1998, Unilex.

35. CLOUT case No. 104 [Arbitration International Chamber of Commerce No. 7197 1993].

۳۶. ماده ۸۵: «اگر خریدار نسبت به قبض کالا تأخیر نماید یا در موردی که تأدیه ثمن یا تحویل کالا باید به طور همزمان صورت پذیرد، چنانچه

۵-۳- اثر عدم مهار خسارت

اگر خریدار^{۴۳} اقدامات متعارفی را برای کاهش خسارت به کار گیرد، وی می‌تواند به موجب قسمت (ب) بند ۱ ماده ۴۵ و همچنین ماده ۷۴ کنوانسیون، مدعی هزینه‌های ناشی از خسارتش شود^{۴۴} (Schlechtriem & Schwenger, 2005, P. Art. 77 para. 11).

این فرض، در جایی مصداق دارد که اقدامات متعارف زیان‌دیده برای کاستن خسارت، بی‌فایده باشد؛ زیرا همانطور که گفتیم^{۴۵} خواهان فقط مکلف به تلاش متعارف است و لازم نیست تلاشش به نتیجه برسد.

در صورتی که اقدامات متعارف لازم مذکور در ماده ۷۷ کنوانسیون انجام نشود، ناقض تعهد می‌تواند مدعی کاستن خسارت به مقداری شود که ضرر باید از جانب خواهان زیان‌دیده کاسته می‌شود. قسمت دوم ماده ۷۷ کنوانسیون در این باره صراحت دارد: «... در صورتی که وی [مدعی نقض] در انجام اقدامات فوق‌قصور نماید، نقض‌کننده می‌تواند به میزانی که خسارت می‌باید تقلیل یابد، مدعی کاهش خسارت گردد». این تقلیل، ممکن است به سمت صفر نیز کشیده شود. چنانکه در دعوی در سال ۱۹۹۹، دیوان عالی فدرال آلمان رأی داد که «قصور خواهان زیان‌دیده در کاستن خسارت می‌تواند حتی به معافیت کامل طرف دیگر از مسئولیت^{۴۶}، منجر شود».

با توجه به قسمت دوم ماده ۷۷ کنوانسیون، تنها اثر عمل نکردن به تعهد مهار خسارت، کاهش خسارت و مسئولیت متعهد است. جمله دوم ماده ۷۷ قصد ندارد تا به خاطر قصور زیان‌دیده، مسئولیتی را متوجه وی کند^{۴۷} (Farnsworth, 1979, P. 251). به عبارت دیگر، نقض این تعهد نمی‌تواند منجر شود که واکنشی دیگر غیر از آن، علیه زیان‌دیده اعمال شود. برای مثال، به دلیل

(Saidov, 2002, P. 356). برای مثال، فرض کنید، خریدار به بایع اطلاع می‌دهد که او به پذیرش مبیع و پرداخت ثمن قراردادی قادر نیست. قرارداد فسخ می‌شود و بایع، ضرر وارده را با بازفروش کالا، مهار می‌کند. بایع با بازفروش کالا، متحمل هزینه‌های دلالتی می‌شود. اگر بتوان ثابت کرد که اجتناب از هزینه دلالتی، اقدام متعارفی بوده، این هزینه نمی‌تواند در دعوی خسارت مطالبه شود. به همین صورت، اگر تحمل مقدار کمتری هزینه دلالتی، اقدام متعارفی بوده، چنین هزینه‌ای باید تقلیل پیدا کند.

همچنین استدلال شده است که اصول «جبران کامل خسارت» و «حمایت از منفعت متوقع» حکم می‌کند که چنین هزینه‌های تبعی قابل وصول باشد؛ زیرا اگر نقضی به وقوع نمی‌پیوست چنین هزینه‌هایی نیز بر زیان‌دیده تحمیل نمی‌شد (Saidov, 2008, P. 147). به عبارت دیگر، قابل وصول بودن این هزینه‌ها، بدین دلیل ضروری است که موقعیت متضرر را به موقعیت اولیه قراردادی‌اش نزدیک کند. بر اساس این عقیده که به نظریه «موقعیت مشابه» یا «همان موقعیت»^{۴۸} معروف است، جبران خسارت، زیان‌دیده را باید در همان موقعیتی قرار دهد که اگر قرارداد اجرا می‌شد، در آن وضع قرار می‌گرفت.

معمولاً، تقلیل خسارت نتیجه معمولی نقض قرارداد است و صرف هزینه در این راه، بخشی از فرایند تقلیل خسارت است، لذا این هزینه‌ها نتایج قابل پیش‌بینی نقض قرارداد هستند (Michaud, 1984, P. 304).

به نظر می‌رسد، قابل وصول بودن خسارات تبعی، با اصول عدالت و انصاف نیز سازگار باشد. قابل وصول بودن چنین هزینه‌هایی، انگیزه مثبتی به زیان‌دیده می‌دهد تا برای تقلیل خسارت گام بردارد. وی این اطمینان را نیز کسب می‌کند که وضعیتش در نتیجه تقلیل خسارت، وخیم‌تر نمی‌شود.^{۴۹}

۳۹. بازفروش کالا از ضمانت اجراهای غیرقضایی که در جهت حفظ حقوق فروشنده در مقابل نقض تعهدات از سوی خریدار پیش‌بینی گردیده است. این ضمانت اجرا در ماده ۸۰ کنوانسیون بیان شده است (برای مطالعه تفصیلی در مورد بازفروش رک: اصغری‌آقمشهدی و زارعی، ۱۳۸۹: ۲۰۷-۱۸۳).

40. The Same Position (damages are supposed to place the innocent party in the same position that he or she would have been had the contract been properly performed).

نظریه «موقعیت مشابه» یا «همان موقعیت» در بحث نقض قرارداد در حقوق انگلیس مطرح می‌شود. در حقوق انگلیس، سه نوع جبران خسارت برای نقض قرارداد پیش‌بینی می‌شود: الف) اعاده مال؛ ب) خسارت اتکابی ناشی از اتکاء به رفتار مقابل؛

۳) خسارت مورد انتظار (Adams, 2007, P. 146) این نظریه در رویه قضایی در دعوی (Jackson v Royal Bank of Scotland (2005)) نیز بیان شده است. 41. See, ECDC Environmental, LC v New York Marine and General Insurance Co, 1999 US Dist LEXIS 15268, 6-7 (S D NY).

در این پرونده، دادگاه مقرر داشت: «لازم نیست که خواهان اقدامات شاق

و طاقت‌فرسایی برای کاستن خسارت انجام دهد یا حتی اقدامات انجام شده‌اش موفقیت‌آمیز باشد... مشروط بر اینکه تلاش‌هایش متعارف باشد. همچنین هزینه‌های مرتبط با تلاش‌های متعارف خواهان قابل وصول از خواننده است».

۴۲. خریدار در اینجا خصوصیتی ندارد. لذا متقابلاً در مورد بایع نیز اجرا می‌شود.

43. Germany 25 June 1997 Supreme Court (Stainless steel wire case), VIII ZR 300/96, Cite as: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970625g2.html>

۴۴. رک قسمت ۳-۳ این مقاله.

44. Total Exclusion of Liability.

46. Germany 24 March 1999 Supreme Court (Vine wax case), VIII ZR 121/98, Cite as: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990324g1.html>

۴۷. در عمل، محاکم، هنگام ارزیابی خسارت نهایی، برای اعمال قاعده تقلیل خسارت، اجازه تهاوت به نفع ناقص به خاطر قصور زیان‌دیده می‌دهند (Schneider, 1997, P. 236).

پیدا کند. خریدار در پاسخ با بایع می‌نویسد که وی بر تسلیم مبیع در مقابل ثمن اولیه، یعنی ۵۰۰۰۰ دلار، اصرار دارد.

در تاریخ ۱ جولای و بعد از یک مدت زمان متعارف پس از این تاریخ، قیمتی که خریدار می‌توانست مبیع را از بایع دیگر خریداری کند به نحوی که کالا را در ۱ دسامبر تحویل بگیرد، ۵۶۰۰۰ دلار بود.

به هر حال، قرارداد نقض می‌شود. در تاریخ ۱۵ دسامبر، خریدار معامله دیگری با ثمن ۶۱۰۰۰ دلار منعقد می‌کند تا کالای مورد نیاز خود را فراهم کند. ولی کالا در ۱ مارس به خریدار تسلیم شد. به دلیل این تأخیر، خریدار متحمل ۳۰۰۰ دلار ضرر اضافی شد.

۱۱۰۰۰	در این مثال، خسارت خریدار ناشی از تفاوت دو ثمن، عبارت است از:
۳۰۰۰	و ضرر اضافی متحمل شده در نتیجه تأخیر در تسلیم، عبارت است از:
۱۴۰۰۰	بنابراین کل خسارت خریدار مساوی است با:
۵۰۰۰	خسارت کاهش یافته (تفاوت بین مبلغ ۱ جولای و قیمت ۱۵ دسامبر):
۳۰۰۰	میزان ضرر اضافی که نباید وارد می‌شود، اگر خریدار، کالا را در تاریخ ۱ جولای خریده بود:
۸۰۰۰	بنابراین کل خسارت تقلیل یافته برابر است با:
۶۰۰۰	مبلغی که خسارت خریدار را پوشش می‌دهد برابر است با:

۳-۷- بار اثبات دعوی

اهمیت بار اثبات چنین دعوایی، نباید نادیده گرفته شود. کنوانسیون در این باره ساکت است. همین سکوت کنوانسیون منجر به اختلاف دیدگاه بین شارحین شده است. برخی از شارحین کنوانسیون، معتقدند که موضوع اثبات دعوی نباید توسط کنوانسیون حل شود، بلکه باید به وسیله قانون ملی حاکم تعیین شود (Ferrari, 2000, P. 2). این دیدگاه، در چندین رأی بازتاب داشته است. در یک پرونده، دادگاه سوئیسی مقرر داشت

عدم تقلیل خسارت، طرف مقابل نمی‌تواند عقد را فسخ کند و یا مطالبه خسارت کند و یا الزام به انجام چیزی را بخواهد (Knapp in: Bianca & Bonell, 1987, P. 560).

متعهدله زیان دیده که باید اقدام به تقلیل خسارت کند، برای فعل یا ترک فعل ثالث، مطابق با اصل مقرر در ماده ۷۹ کنوانسیون نیز مسئولیت خواهد داشت (Schlechtriem & Schwenger, 2005, Art. 77 para. 2). بند ۲ ماده ۷۹ کنوانسیون مقرر می‌دارد: «اگر قصور طرف، ناشی از قصور شخص ثالثی باشد که برای اجرای تمام یا قسمتی از قرارداد او را به کار گرفته است، طرف مزبور، تنها در صورتی از مسئولیت معاف می‌باشد که:

- (الف) به موجب بند پیشین^{۴۸} از مسئولیت معاف باشد؛
 - (ب) متصدی انجام تعهد از جانب او نیز، در صورت اعمال مقررات بند پیشین بر او، از مسئولیت مبری باشد».
- علیرغم عبارت «نقض کننده می‌تواند مدعی کاهش خسارت گردد» در ماده ۷۷ کنوانسیون، دادگاه باید این موضوع را «به اعتبار سمت و مقام طرف دعوی»^{۴۹} بررسی کند، یعنی بررسی کند که آیا دفاع کاستن خسارت از سوی خواننده دعوی مطرح شده است یا خیر؟ (Schlechtriem & Schwenger, 2005, Art. 77 para. 12).

۳-۶- فرمول محاسبه

برای محاسبه میزان تقلیل خسارت باید فرمول زیر اعمال شود:

- مقدار کل خسارت باید محاسبه شود. این مقدار باید مطابق ماده ۷۴ یا حسب مورد مطابق مواد ۷۵ یا ۷۶ محاسبه شود؛
- مقدار خسارت و ضرری که باید اجتناب می‌شد، نیز باید محاسبه شود؛
- مبلغ دوم را باید از مبلغ اول کسر کرد (Bianca & Bonell, 1987, P. 562).

شارحین کنوانسیون، مثال زیر را برای محاسبه خسارت تقلیل یافته، ذکر می‌کنند (Knapp in: Bianca & Bonell, 1987, P. 563).

قراردادی مقرر می‌کند که بایع باید صد دستگاه ماشین را تا ۱ دسامبر در مقابل ثمن ۵۰۰۰۰ دلار تسلیم کند. در ۱ جولای، بایع طی نامه‌ای به خریدار اعلام می‌کند که به دلیل بالا رفتن قیمت، که قطعاً در طول سال ادامه نیز خواهد داشت، قادر به تسلیم ماشین‌ها نیست، مگر اینکه ثمن قرارداد به ۶۰۰۰۰ دلار افزایش

۴۸. بند ۱ ماده ۷۹، اثر قوه قاهره را در رفع مسئولیت بیان می‌کند. 49. ex officio.

از اینکه چهار بسته از مبیع تسلیم شده، خریدار از قبول سایر بسته‌ها امتناع کرد. بایع طی یک اعلامیه به خریدار اعلام کرد که قرارداد فسخ شد و شش بسته باقیمانده را به قیمت خیلی کمتر نسبت به قیمت بازار و قیمت مورد توافقی، فروخته است. بدین ترتیب، بایع مدعی خسارت (به میزان ثمن پرداخت نشده و منافع) شد. دادگاه آلمانی مقرر داشت که پاسخ بایع به ایجاب خریدار، خود یک ایجاب متقابل است (بند ۱ ماده ۱۹ کنوانسیون) و نه یک قبولی. از آنجا که پاسخ خریدار به ایجاب متقابل، متضمن هیچ‌گونه اعتراضی به شروط و قیود قراردادی نبوده است و مطابق بند ۲ ماده ۸، باید به عنوان یک قبولی بدون قید و شرط تلقی شود. در نتیجه، بایع می‌تواند اعلام فسخ قرارداد کند؛ زیرا قصور خریدار از تحویل گرفتن بیش از نیمی از کالا، نقض اساسی قرارداد محسوب می‌شود (قسمت الف بند ۱ ماده ۶۴ کنوانسیون). دادگاه همچنین مقرر داشت که بایع می‌تواند دعوی خسارت را به موجب قسمت ب بند ۱ ماده ۶۴ و ماده ۷۴، اقامه کند. اگرچه در تقلیل خسارت، بایع مکلف بوده تا کالاها را به طور سودآور بافروش کند و این کار را نکرده است. طبق ماده ۷۷، بایع باید یک اقدام متعارف در جهت کاستن خسارت انجام دهد. یعنی در فرض مسأله، کالا را به قیمت متعارف بازار، بافروش کند. در اینجا، خریدار (به عنوان مدعی تقلیل خسارت) باید نامتعارف بودن اقدام بایع را اثبات کند.^{۵۴}

اصل بر این است که اقدامات خواهان در کاستن خسارت، متعارف بوده است، مگر اینکه خلاف این امر ثابت شود. کسی که مدعی خلاف اصل است، خوانده می‌باشد و لذا باید برای اثبات ادعایش دلیل ارائه کند.

در دعوی Pollux Marine Agencies علیه Louis Dreyfus Corp دادگاه چنین مقرر داشت: «در رابطه با مقابله با خسارات، مالک کشتی باید خسارات مربوط را که در نتیجه فسخ قرارداد اجاره حادث شده، تقلیل می‌داد. به هر حال، به محض اینکه یک اقدام مثبت در جهت انعقاد قرارداد دیگر برای تقلیل خسارت صورت می‌گیرد، از این به بعد، اجاره‌کننده کشتی (ناقص قرارداد) وظیفه دارد تا ادعاهای خود را در رابطه با تناسب تلاش‌های مربوط به مقابله با خسارت ثابت نماید. ناقص قرارداد

که کنوانسیون مقررهای در مورد اثبات دعوی ندارد و برای این امر باید به مقررات حقوق بین‌الملل خصوصی مقرر دادگاه استناد کرد.^{۵۵} همچنین در رأی داوری شماره ۶۶۵۳ اتاق بازرگانی بین‌المللی، دیوان داوری، مقرر داشت که موضوع اثبات دعوی نباید به وسیله کنوانسیون تعیین شود.^{۵۶}

در مقابل، دیدگاه دیگری وجود دارد، با این بیان که، کنوانسیون بر موضوع اثبات دعوی حکومت دارد. این دیدگاه، نظر غالب شارحین کنوانسیون است (Knapp in: Bianca & Bonell, (1987, P. 541; Schlechtriem, 2005 P. 47; Magnus, 1995). همچنانکه بسیاری از شارحین کنوانسیون متذکر شده‌اند، بند ۱ ماده ۷۹ یکی از مواد کنوانسیون است که اختصاصاً قاعده‌ای در مورد اثبات دعوی وضع می‌کند (See, Magnus, 1995). لذا از دیدگاه نخست، نمی‌توان پیروی کرد. آرای بسیاری بازتاب دیدگاه دوم هستند. برای مثال، چندین دادگاه رأی دادند که اگرچه کنوانسیون، مقررهای در مورد اثبات دعوی ندارد، اما بر این موضوع حکومت می‌کند.^{۵۷} حال، از آنجا که کنوانسیون بر موضوع اثبات دعوی حاکم است، چنین امری باید بر اساس اصولی، کلی که کنوانسیون مبتنی بر آن است، تعیین شود (بند ۲ ماده ۷). اصولاً در هر دعوی اثبات بر عهده طرفی است که مدعی امری است.^{۵۸} در این مورد، طرفی که به ادعای تقلیل خسارت استناد می‌کند باید موضوع را اثبات کند. «زیرا فرض این است که خودداری متعهد از انجام تعهد و در حقیقت فراهم‌ساختن منشاء ورود خسارت از سوی متعهد تحقق یافته است و متعهدله موظف به انجام عملی در این مورد نبوده است. در این وضعیت، اصل، عدم دخالت عامل دیگر من جمله عمل متعهدله در افزایش خسارت است که یک عامل مضاعف است، مگر اینکه تحقق این عامل اثبات شود» (شهبیدی، ۱۳۸۳، ص ۷۷).

در دعوی موسوم به Frozen Bacon که در سال ۱۹۹۲ اقامه شد، یک خریدار آلمانی (خواننده) ایجاب خرید چندین بسته پتو به یک فروشنده ایتالیایی (خواهان) داد. پاسخ فروشنده به ایجاب خریدار، به گوشت خوک اشاره داشت. خریدار در پاسخش به بایع، اعتراضی به تغییر شرایط ایجاب نخستینش نکرد. بعد

50. Switzerland 20 February 1997 District Court Saane (Spirits case). <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970220s1.html>

51. France 6 April 1995 Appellate Court Paris (Thyssen v. Maaden). <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950406f1.html>

52. Switzerland 9 September 1993 Commercial Court Zürich (Furniture case). <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930909s1.html>;

Switzerland 15 January 1998 Appellate Court Lugano, Cantone del Ticino (Cocoa beans case). <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980115s1.html>

۵۳. آنچه در حقوق اسلام بدان قاعده «البینه علی المدعی» گویند.

54. Germany 22 September 1992 Appellate Court Hamm, 19 U 97/91. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/920922g1.html>

برای ملاحظه آرای مشابه بنگرید:

Austria 6 February 1996 Supreme Court (Propane case), 10 Ob 518/95, Cite as: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960206a3.html>; Germany 28 February 1997 Appellate Court Hamburg (Iron molybdenum case), 1 U 167/95, Cite as: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970228g1.html>

اقدام به هرگونه عملیات خطرناک، به سایرین، هشدار و آگاهی لازم و متعارف بدهد، در صورت بی‌توجهی مخاطب به هشدار مزبور و وقوع حادثه یا خسارت، معاف از مسئولیت خواهد بود. شهیدثانی در مسالک شرایط لازم برای اعمال قاعدهٔ تحذیر را این‌گونه بیان می‌کند: «ضمان وقتی بر عهدهٔ رامی قرار نمی‌گیرد که هشدار بدهد، به گونه‌ای که مرمی آن را بشنود و قدرت بر حذر داشته باشد. پس اگر مرمی صدای رامی را نشنید و یا امکان حذر برایش مقدور نبود، دیه بر عهدهٔ عاقلهٔ رامی است؛ زیرا خطای محض است» (شهیدثانی، ۱۴۱۶، ص ۳۴۲). بنابراین، با توجه به عبارت صاحب مسالک، برای معافیت از مسئولیت، سه شرط لازم است: مؤثر بودن هشدار، وصول هشدار به مخاطب و امکان اجتناب از خطر.

قاعدهٔ تحذیر بر اساس اصل عقلانی سبب و مباشر قابل توجیه است، بدین ترتیب که شخص هشدار داده‌شده، به علت توجه‌نکردن به اعلام خطر و اقدامش در ورود به قلمرو خطر، نسبت به مباشر تلف، اقوی محسوب می‌شود (محقق داماد، ۱۳۹۰، ص ۲۴۲).

نظریهٔ تقلیل خسارت می‌تواند از مصادیق قاعدهٔ تحذیر باشد. بدین بیان که، عدم اقدام مناسب و متعارف زیان‌دیده در مقابل خطر ناشی از یک عمل قراردادی یا غیرقراردادی گوشزد داده شده، وی را از مطالبهٔ خسارتی که در غیر این صورت مستحقش بود، منع می‌کند.

در قوانین موضوعه، می‌توان مصادیق فراوانی برای قاعدهٔ تحذیر یافت.^{۶۰} برای نمونه، به موجب ماده ۲۶ قانون رسیدگی به تخلفات رانندگی مصوب ۱۳۸۹ «در راه‌هایی که برای عبور عابران پیاده، علائم، تجهیزات و مسیرهای ویژه اختصاص داده شده است عابران مکلف‌اند هنگام عبور از عرض یا طول سواره‌رو با توجه به علائم راهنمایی و رانندگی منصوبه در محل از نقاط خط‌کشی‌شده، گذرگاه‌های غیرهمسطح و مسیرهای ویژه استفاده نمایند. هرگاه عابران به تکلیف مذکور عمل ننمایند، در صورت تصادف با وسیلهٔ نقلیه، راننده مشروط به این‌که کلیهٔ مقررات را رعایت نموده باشد و قادر به کنترل وسیلهٔ نقلیه و جلوگیری از تصادف یا ایجاد خسارت مادی و بدنی نباشد، مسئولیتی نخواهد داشت».

۲-۱-۴- قاعدهٔ اقدام

از قاعدهٔ اقدام نیز می‌توان برای توجیه نظریهٔ تقلیل خسارت استفاده کرد. مستند قاعدهٔ اقدام، روایت «لایحل مال امرء مسلم الا»^{۶۱} بنگرید به تبصره ۱ و ۲ ماده ۵۰۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۰ همچنین مواد ۵۰۳، ۵۰۵ و ۵۰۶ قانون مزبور.

وظیفه دارد تا ثابت کند اقدامات انجام گرفته برای مقابله با خسارات، پایین‌تر از استانداردهای معمول و متعارف برای مقابله با خسارات، می‌باشد.^{۶۰}

علاوه بر این، زیان‌دیده هم باید موضوع پیش‌بینی‌پذیر بودن خسارت از جانب طرف دیگر^{۶۱} و همچنین رابطهٔ سببیت بین نقض و ضرر^{۶۲} را ثابت کند.

۴- نظریهٔ تقلیل خسارت در حقوق ایران

یکی از خصایص سیستم‌های حقوق نوشته^{۶۳}، این است که همهٔ مسائل حقوقی باید با توجه به مبانی موجود در قانون، پاسخ داده شود. منتها حقوق ایران که جزء حقوق نوشته محسوب می‌شود، این مزیت را دارد که خود متکی بر نظام دیرینهٔ فقه است. لذا برای بررسی نظریهٔ تقلیل خسارت در حقوق ایران، ابتدا به بررسی این نظریه در فقه و سپس در قوانین موضوعه می‌پردازیم.

۱-۴- مبانی و فروع نظریه در فقه

در نظام حقوقی اسلام، قواعد ریشه‌داری وجود دارد که از آن‌ها می‌توان قاعدهٔ تقلیل خسارت را آن‌گونه که در کنوانسیون ذکر شده، استنباط کرد. در زیر به شرح این قواعد می‌پردازیم:

۱-۱-۴- قاعدهٔ تحذیر

قاعدهٔ تحذیر برگرفته از حدیث «قد عذر من حذر»^{۶۴} است (شیخ صدوق، ۱۴۰۴، ص ۱۰۳). به موجب این قاعده، هر کس قبل از

55. <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/804/338/435254/>

56. Germany 13 January 1999 Appellate Court Bamberg (Fabric case). <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990113g1.html>

در این رأی به این نکته تصریح شد که خریدار باید ثابت کند که بایع ضرر وارده بر خریدار را پیش‌بینی می‌کرد یا باید پیش‌بینی می‌کرد.

57. Italy 12 July 2000 District Court Vigevano (Rheinland Versicherungen v. Atlarex). <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000712i3.html>; Switzerland 26 April 1995 Commercial Court Zürich (Saltwater isolation tank case). <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950426s1.html>

58. Written Law.

۵۹. محمد بن فضیل از آسی صباح کنانی از امام صادق (ع) نقل می‌کند که در زمان امام علی (ع) کودکانی با قلاب‌سنگ بازی می‌کردند. پرتاب قلاب‌سنگ باعث اصابت به دندان یکی از کودکان شد و دندان او را شکست. آنان برای مرافعه به نزد حضرت علی (ع) می‌روند. رامی، شاهد می‌آورد که قبیل از پرتاب، اظهار داده است. بدین ترتیب، حضرت، قصاص را از او نفی می‌کند و می‌فرماید: کسی که هشدار داده است، معذور است (شیخ صدوق، ۱۴۰۴، ص ۱۰۳). صاحب جواهرالکلام گوید: «سند این حدیث، از آنجا که توسط محمدون ثلاثه (کلینی، شیخ طوسی و شیخ صدوق) نقل شده است، صحیح و یا حسن نزدیک به صحیح است» (نجفی، ۱۴۰۴، صص ۶۹-۶۸).

می تواند از فضول دریافت کند، در فرض علم او به فضولی بودن عقد، قابل مطالبه نیست.

همچنین به موجب ماده ۲۴۰ ق.م. «اگر بعد از عقد، انجام شرط ممتنع شود یا معلوم شود که حین العقد ممتنع بوده است، کسی که شرط به نفع او شده است، اختیار فسخ معامله را خواهد داشت مگر این که امتناع، مستند به فعل مشروطه باشد». یکی از حقوقدانان معتقد است این ماده گرچه در خصوص شرط فعل وارد شده است، لیکن این شرط خصوصیتی نداشته و می توان از آن برای عدم مسئولیت متعهد در کلیه مواردی که عدم انجام تعهد مستند به فعل یا ترک فعل متعهدله باشد استفاده کرد (اصغری آقمشهدی، ۱۳۹۰، ص ۲۰۶).

۲-۲-۴- قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹

ماده ۴ ق.م.م.^{۶۳} مقرر می دارد: «دادگاه می تواند میزان خسارت را در مورد زیر تخفیف دهد ۳- وقتی که زیان دیده به نحوی از انحاء، موجبات تسهیل ایجاد زیان را فراهم نموده یا به اضافه شدن آن کمک و یا وضعیت واردکننده زیان را تشدید کرده باشد».

۲-۲-۳- قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶

ماده ۱۵ قانون بیمه مقرر می دارد: «بیمه گذار باید برای جلوگیری از خسارت، مراقبتی را که عادتاً هر کس از مال خود می نماید نسبت به موضوع بیمه نیز بنماید و در صورت نزدیک شدن حادثه یا وقوع آن، اقداماتی را که برای جلوگیری از سرایت و توسعه خسارت لازم است به عمل آورد. اولین زمان امکان و منتهی در ظرف پنج روز از تاریخ اطلاع خود از وقوع حادثه، بیمه گر را مطلع سازد و الاً بیمه گر مسئول نخواهد بود».

قانون بیمه در ادامه، هزینه هایی را که زیان دیده، برای تقلیل خسارت متحمل می شود، بر عهده بیمه گر می گذارد: «مخارجی که بیمه گذار برای جلوگیری از توسعه خسارت می نماید بر فرض که منتج به نتیجه نشود به عهده بیمه گر خواهد بود». قبلاً توضیح دادیم که قابل وصول بودن این هزینه ها، بدین دلیل ضروری است که موقعیت متضرر را به موقعیت اولیه قراردادی اش نزدیک کند.^{۶۴} نکته دیگری که می توان از ماده ۱۵ قانون بیمه استنتاج کرد، این است که این قانون ماهیت اقدامات بیمه گذار زیان دیده را «اقدام به وسیله» می داند و نه «اقدام به نتیجه». قبلاً نیز در شرح ماده ۷۷ کنوانسیون توضیح دادیم، که صرف متعارف بودن اقدام خواهان کفایت می کند و ضرورتی ندارد که اقداماتش منتج به نتیجه شود.^{۶۵}

بطیب نفسه» است. این خبر، از سماعه، از امام جعفر صادق (ع) نقل شده است که از پیامبر (ص) بدین مضمون نقل کرده اند که کسی که نزد او امانتی باشد، باید آن را به صاحبش بازگرداند؛ زیرا جان و مال مسلمان حلال نمی باشد و تصرف در آن جایز نیست، مگر اینکه رضایت داشته باشد (حسینی مراغی، ۱۴۱۷، ص ۴۸۸).

هیچ شخصی نمی تواند ضرری را که از اقدام خود او ناشی شده است از دیگری بخواهد. بنابراین، اگر در قرارداد آمده باشد که کارخانه ای چوب های تهیه شده به وسیله طرف قرارداد را به کاغذ تبدیل کند و چوبی در اختیار کارخانه گذاشته نشود، متعهد مسئولیتی از جهت عدم اجرای تعهد ندارد، هر چند بتواند چوب را از محل دیگر تهیه کند (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۱۹۱).

۲-۲-۴- مبانی نظریه در قوانین

در حقوق موضوعه ایران، مواد پراکنده ای وجود دارد که به کنار هم گذاشتن آن ها، می توان استنباط کرد که زیان دیده، باید اقدامات متعارفی را در جهت پیشگیری یا کاهش ضرر به عمل آورد و گرنه، خود ضامن است و عامل ورود ضرر نسبت به چنین زیانی مسئولیتی ندارد. در ذیل این مواد ذکر می شود:

۱-۲-۴- قانون مدنی

به موجب ماده ۲۶۳ ق.م.^{۶۱} هر گاه شخصی از فضولی بودن طرف معامله خود آگاه باشد و علیرغم آن، مبادرت به معامله با چنین شخصی بنماید و مالک نیز عمل حقوقی انجام یافته را تنفیذ ننماید، این شخص حق مطالبه ضرر و زیان ناشی از چنین معامله ای را نخواهد داشت؛ زیرا وی به زیان خویش اقدام کرده است.

به موجب ماده ۳۹۱ ق.م. خریداری که عالمانه به انعقاد قرارداد با فضول مبادرت می کند، حق مطالبه خسارت ناشی از رجوع مالک را ندارد. وی فقط می تواند آنچه را به عنوان ثمن به فضول داده است، مطالبه کند و نمی تواند خسارتی را که از این معامله متحمل شده است طلب کند؛ زیرا خود کرده را تدبیر نیست.

خسارتی که ممکن است خریدار متحمل شود، اعم است از دستمزد دلال، هزینه حمل و نقل و رفت و آمد، اجرت کیل و وزن، تبدیل ارز و عدم النفع مسلم^{۶۲}. هر خسارتی را که خریدار جاهل

۶۱. قانون مدنی

۶۲. باید توجه داشت هر عدم النفعی قابل مطالبه نیست. در مورد شرایط مطالبه عدم النفع به منابع روبرو مراجعه کنید (اصغری آقمشهدی، ۱۳۸۱، صص ۹۴-۷۷؛ شکاری، ۱۳۸۰، صص ۱۱۰-۹۳؛ گوتاندا، ۱۳۸۹، صص ۲۶۰-۲۰۳).

۶۳. قانون مسئولیت مدنی.

۶۴. رک قسمت ۳-۴ این مقاله.

۶۵. رک قسمت های ۳-۲ و ۳-۳ این مقاله.

۴-۲-۴- قانون تجارت

ماده ۳۸۶ قانون تجارت مقرر می‌کند: «اگر مال‌التجاره تلف یا گم شود، متصدی حمل و نقل مسئول قیمت آن خواهد بود، مگر این‌که ثابت نماید تلف یا گم شدن ... مستند به تقصیر ارسال‌کننده یا مرسل‌آیه و یا ناشی از تعلیماتی بوده که یکی از آن‌ها داده‌اند». ماده ۷۵ لایحه قانون تجارت نیز مقرر می‌دارد: «اگر کالا تلف یا گم شود، متصدی حمل و نقل مسئول بدل آن است مگر آن‌که ثابت کند تلف یا گم شدن کالا به جنس آن و یا تقصیر فرستنده و یا گیرنده منسوب است و یا ناشی از تعلیمات یکی از آن‌ها می‌باشد».

ماده ۸۳ این لایحه نیز مقرر می‌دارد: «متصدی حمل و نقل مسئول جبران کلیه خسارات جانی مسافران است مگر این‌که ثابت کند خسارت به خود مسافر ... مستند است». قانونگذار، مشابه این مقرر را قبلاً در ماده ۱۱۴ قانون دریایی ایران مصوب ۱۳۴۳ وضع کرده بود: «در صورتی که متصدی حمل، ثابت نماید فوت یا صدمات بدنی بر اثر تقصیر و یا غفلت خود مسافر بوده و یا عمل مسافر در وقوع آن تأثیر داشته دادگاه بر حسب مورد متصدی حمل را به طور کلی و یا جزئی از مسئولیت بری خواهد کرد».

۴-۲-۵- قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲

ماده ۴۹۰ ق.م.ا. ۶۶ مصوب ۱۳۹۲ مقرر می‌دارد: «پزشک در معالجاتی که دستور انجام آن را به مریض یا پرستار و مانند آن صادر می‌نماید، در صورت تلف یا صدمه بدنی ضامن است. تبصره ۱- در موارد مزبور، هرگاه مریض یا پرستار بداند که دستور، اشتباه است و موجب صدمه و تلف می‌شود و با وجود این، به دستور عمل کند، پزشک ضامن نیست بلکه صدمه و خسارت مستند به خود مریض یا پرستار است».

تبصره ۲ ماده ۵۰۸ قانون مذکور: «هرگاه کسی در ملک دیگری و بدون إذن او، مرتکب یکی از کارهای مذکور در ماده ۵۰۷ این قانون گردد و شخص ثالثی که بدون إذن، وارد آن ملک شده است، آسیب ببیند، مرتکب عهده‌دار دیه است، مگر اینکه بروز حادثه و صدمه، مستند به خود مصدوم باشد که در این صورت، مرتکب، ضامن نیست. مانند اینکه مرتکب علامتی هشداردهنده بگذارد یا درب محل را قفل کند لکن مصدوم بدون توجه به علائم یا با شکستن درب وارد شود».

تبصره ماده ۵۲۳ ق.م.ا.: «در مواردی که آسیب، مستند به مصدوم باشد مانند آن‌که واردشونده بداند حیوان مزبور خطرناک

است و إذن‌دهنده از آن آگاه نیست و یا قادر به رفع خطر نمی‌باشد، ضامن منتفی است».

ماده ۵۳۷ ق.م.ا. نیز یک قاعده کلی وضع می‌کند: «در کلیه موارد مذکور در این فصل، هرگاه جنایت منحصرأ مستند به عمد و یا تقصیر مجنی‌علیه باشد، ضامن ثابت نیست. در مواردی که، اصل جنایت مستند به عمد یا تقصیر مرتکب باشد لکن سرایت آن مستند به عمد یا تقصیر مجنی‌علیه باشد، مرتکب نسبت به مورد سرایت ضامن نیست».

۵- نتیجه‌گیری

نظریه تقلیل خسارت، یک نظریه حقوقی جهان‌شمول^{۶۷} در حوزه مسئولیت مدنی، اعم از قراردادی و قهری، است. به موجب این نظریه، زیان‌دیده نمی‌تواند خسارت‌هایی را که می‌توانست با مراقبت و دقت متعارف بعد از تحمل ضرر، بکاهد یا جلوگیری کند، از عامل زیان مطالبه نماید. لذا هرگونه ضرری را که زیان‌دیده، بتواند با اقدامات معقول، دفع کند، قابل جبران نخواهد بود.

ماده ۷۷ کنوانسیون با پذیرش این قاعده، مقرر می‌دارد که زیان‌دیده، حتی اگر نقض قرارداد اساسی باشد، نمی‌تواند هیچ اقدام پیشگیرانه متعارفی انجام ندهد و منتظر وقوع خسارت باشد، بلکه باید اقدامات متعارف و معقولی را در کاهش خسارت انجام دهد، مثلاً 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 نمی‌کند. تقلیل خسارت صرفاً دفاعیه خوانده است در مقابل ادعای خواهان به جبران خسارت. لذا اگر خواهان، به تکلیف خود عمل نکند، نمی‌تواند خساراتی را که قابل تقلیل یا رفع بوده، از خوانده مطالبه کند. در مورد اثبات دعوی تقلیل خسارت باید از این قاعده پیروی کرد: طرفی که مدعی است زیان‌دیده، اقدامات پیشگیرانه متناسبی را انجام نداده است، باید این ادعای خود را به کرسی بنشاند.

۶۷. مبانی این نظریه چه در حقوق رومی ژرمن، چه در کامن‌لا و چه در حقوق اسلام مورد پذیرش است. اگرچه عده‌ای معتقدند که دامنه این نظریه در حقوق نانوشته وسیع‌تر از حقوق نوشته است. نویسنده فرانسوی به نام آنه میچاد در مقاله‌ای جامع به این موضوع پرداخته و دامنه شمول این قاعده را در دو نظام حقوقی نوشته و نانوشته مقایسه می‌کند (See, Michaud, 1984).

- احوال در قراردادها، تهران: انتشارات ققنوس، چاپ اول.
- شکاری، روشن‌علی، (۱۳۸۰)، «نقد و بررسی تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آئین دادرسی مدنی (عدم النفع)»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۵۲، تابستان ۱۳۸۰، صص ۹۳-۱۱۰.
 - شهیدی، مهدی، (۱۳۸۳)، آثار قراردادها و تعهدات، ج ۳، تهران: انتشارات مجد، چاپ دوم.
 - صفایی، حسین، رحیمی، حبیب‌الله، (۱۳۹۰)، مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)، تهران: انتشارات سمت، چاپ دوم.
 - کاتوزیان، امیرناصر، (۱۳۸۶)، حقوق مدنی: نظریه عمومی تعهدات، تهران: بنیاد حقوقی میزان، چاپ چهارم.
 - کاتوزیان، امیرناصر، (۱۳۸۷)، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ پنجم (ویرایش جدید).
 - کاظمی، محمود، (۱۳۸۴)، «قاعده جلوگیری از خسارت»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۶۸، تابستان ۱۳۸۴، صص ۲۳۱-۱۹۹.

- گوتاند، جان یوکیو، (۱۳۸۹)، «مطالبه خسارات محرومیت از منافع (عدم النفع) در دعاوی بین‌المللی»، ترجمه ماشاءالله بنانیاسری، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۴۳، زمستان ۱۳۸۹، صص ۲۶۰-۲۰۳.
- مؤسسه بین‌المللی وحدت حقوق خصوصی، (۱۳۷۸)، اصول قراردادهای بازرگانی بین‌المللی، ترجمه محمدعلی نوری، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ اول.
- محقق داماد، مصطفی، (۱۳۹۰)، قواعد فقه: بخش مدنی (۲)، تهران: نشر سمت، چاپ یازدهم.

ب) منابع عربی

- حسینی مراغی، میرعبدالفتاح، (۱۴۱۷)، العناوین الفقیهیه، ج ۲ (دوره ۲ جلدی)، قم: مؤسسه النشر الاسلامی، چاپ اول.
- شهیدثانی، زین‌الدین بن علی‌العمالی، (۱۴۱۶)، مسالک الافهام الی تنقیح شرایع الاسلام، ج ۱۵ (دوره ۱۵ جلدی)، قم: مؤسسه المعارف الاسلامیه، چاپ اول.
- شیخ صدوق، ابی جعفر محمد بن علی بن الحسین بن بابویه القمی، (۱۴۰۴)، من لایحضره الفقیه، ج ۴ (دوره ۴ جلدی)، قم: جامعه المدرسین، چاپ دوم.
- نجفی، محمدحسن، (۱۴۰۴)، جواهرالکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۴۳ (دوره ۴۳ جلدی)، تهران: المکتبه الاسلامیه، چاپ ششم.

د) منابع انگلیسی

- Adams. John., (2007), *Understanding Contract Law*, Sweet & Maxwell, 5th Ed.
- Bernstein. Herbert., Lookofsky. Joseph., (2002), *Understanding the CISG: A Compact Guide to the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Kluwer Law International,

نظریه تقلیل خسارت، هر چند به طور مستقل در حقوق ایران هر چند به طور مستقل بیان نشده است، ولی با تکیه به اصول و مبانی همچون قاعده تحذیر و اقدام آثار آن پذیرفته شده است. مضاف بر این، مواد قانونی فراوانی وجود دارد که آثار این قاعده را پذیرفته‌اند. بنابراین، در وجود این قاعده در نظام حقوقی ایران تردیدی نیست.

با مطالعه تطبیقی بین حقوق ایران و کنوانسیون، در می‌یابیم که حقوق ایران در مورد نظریه تقلیل خسارت، مغایرت عمده‌ای با کنوانسیون ندارد و حتی با هم منطبق هستند. لذا در راه پیوستن ایران به کنوانسیون، در این زمینه مانعی ملاحظه نمی‌شود. لازم است که در قانون مدنی یا قانون مسئولیت مدنی، نظریه تقلیل خسارت مورد تصریح قرار گیرد، تا نیازی به استنباط این نظریه از منابع قانونی مختلف نباشد.

منابع

الف) منابع فارسی

- اصغری آقمشهدی، فخرالدین، (۱۳۸۱)، «خسارت عدم النفع در حقوق ایران و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مصوب ۱۹۸۰»، نامه مفید، شماره ۲۹، بهار ۱۳۸۱، صص ۷۷-۹۴.
- اصغری آقمشهدی، فخرالدین، جلیل‌پور، پری‌نواز، (۱۳۹۰)، «عدم اجرای تعهد مستند به عمل متعهدله و اثر آن بر مسئولیت قراردادی متعهد»، پژوهشنامه بازرگانی، شماره ۶۱، زمستان ۱۳۹۰، صص ۲۰۹-۱۸۹.
- اصغری آقمشهدی، فخرالدین، زارعی، رضا، (۱۳۸۹)، «حق بافروش کالا: مطالعه تطبیقی»، پژوهشنامه بازرگانی، شماره ۵۷، زمستان ۱۳۸۹، صص ۲۰۷-۱۸۳.
- انصاری، مهدی، (۱۳۹۰)، تحلیل اقتصادی حقوق قراردادها، تهران: انتشارات جاودانه (جنگل)، چاپ اول.
- بادینی، حسن، (۱۳۸۴)، فلسفه مسئولیت مدنی، تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ اول.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۹)، دوره حقوق مدنی: حقوق تعهدات، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ چهارم (چاپ دوم گنج دانش).
- داراب‌پور، مهربان، (۱۳۷۷)، قاعده مقابله با خسارت، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ اول.
- سادات‌اخوی، محسن، کاشانی، محمود، (۱۳۸۰)، «تکلیف زیان دیده به کاستن از خسارت»، مجله علوم انسانی و اجتماعی دانشگاه شیراز، دوره ۱۷، شماره ۱، پیاپی ۳۳، پاییز ۱۳۸۰، صص ۶۸-۵۶.
- شفایی، محمدرضا، (۱۳۷۶)، بررسی تطبیقی نظریه تغییر اوضاع و

- 1th Ed.
- Bianca. C. M., Bonell. M. J., (1987), *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention*, Milan: Giuffrè, 1st Edition.
 - Cassels. J., (2000), *Remedies: The Law of Damages*, Toronto: Irwin Law, 4th Ed.
 - Cheshire G.H., Fifoot C.H.S., (1972), *Law of Contract*, London: Butterworth, 8th Ed.
 - <http://www.cisgw3.law.pace.edu>
 - Cooter. R. D., (1989), “*The Best Right Laws: Value Foundations of the Economic Analysis of Law*”, *Notre Dame L Rev*, Vol. 64, No. 5, pp. 817-837.
 - Duxbury. Robert., (2009), *Nutshells Contract Law*, Sweet & Maxwell, 8th Ed.
 - Farnsworth. E. Allan., (1970), “*Legal Remedies for Breach of Contract*”, *Columbia Law Review*, Vol. 70, No. 7, pp. 1145-1216.
 - Farnsworth. E. Allan., (1979), “*Damages and Specific Relief*”, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 27, pp. 247-253.
 - Farnsworth. E. A., (2004), *Contracts*, New York: Aspen Publishers, 4th Ed.
 - Ferrari. Franco., (2000), “*Burden of Proof under the CISG*”, *Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, Kluwer Law International, pp.1-8.
 - Flynn. Stephanie G., (2000), “*Duty to Mitigate Damages upon a Tenant’s Abandonment*”, *Real Property, Probate and Trust Journal*, Vol. 34, pp.721-784.
 - Garner. Bryan. A. (1999), *Black’s Law Dictionary*, USA: West Group Pub, Seventh Ed.
 - Goetz. Charles. J., Scott. Robert. E., (1983), “*The Mitigation Principle: Toward A General Theory of Contractual Obligation*”, *Virginia Law Review*, Vol.69, No. 6, pp. 967-1023.
 - Hogg. Martin., (2011), *Promises and Contract Law: Comparative Perspective*, UK: Cambridge University Press, 1th Ed.
 - Koffman. L., Macdonald. E., (2007), *The Law of Contract*, New York: Oxford University Press, 1th Ed.
 - Letterman. G. G., (2001), *UNIDROIT’s Rules in Practice: Standard International Contracts and Applicable Rules*, The Hague: Kluwer Law International.
 - Linzer. P., (1981), “*On the Amorality of Contract Remedies—Efficiency, Equity, and the Second Restatement*”, *Columbia L Rev*, Vol. 81, No. 1, pp. 111-139.
 - Litvinoff. Safil., (1999), “*Damages, Mitigation, and Good Faith*”, *Tulane Law Review*, Vol. 73, pp. 1161-1195.
 - Liu. Chengwei., (2003), *Remedies for Non-performance: Perspectives from CISG, UNIDROIT Principles & PECL*, available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei-77.html#14-5>
 - Magnus. Ulrich., (1995), *General Principles of UN-Sales Law*, *Rabels Zeitschrift*, Vol. 59, Issue. 3-4, (Lisa Haberfellner trans). <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/magnus.html>
 - McGregor. Harvey., (2011), *McGregor on Damages*, Sweet & Maxwell, 18th Ed.
 - Michaud. A., (1984), “*Mitigation of Damage in the Context of Remedies for Breach of Contract*”, *Revue Générale de Droit*, Vol. 15, pp. 293-340.
 - Mustill. M., (1988), “*The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years*”, *Arb.Int’l*, Vol. 4, pp. 86-119.
 - Ogus. A. I., (1973), *The Law of Damages*, London: Butterworths, 1th Ed.
 - Roberts. Caprice. L., (2008), “*Restitutory Disgorgement for Opportunistic Breach of Contract and Mitigation of Damages*”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, Vol. 42, pp. 137-176.
 - Ruff. A., (2011), *Nutcases Contract Law*, Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 6th Ed.
 - Safa. R., (1994), “*Obligation under French Law of a Claimant for Damages to Mitigate Loss in International Contracts*”, *International Business Lawyer*, Vol. 22, pp. 34-36.
 - Saidov. Djakhongir., (2002), “*Methods of Limiting Damages under the Vienna Convention on Contracts for*

- the International Sale of Goods”, *Pace International Law Review*, Vol. 14, No. 2, Fall, pp. 307-377.
- Saidov. Djakhongir., (2008), *The Law of Damages in International Sales The CISG and other International Instruments*, Oregon: Hart Pub, 1th Ed.
 - Schlechtriem. P., Butler. P., (2009), *UN Law on International Sales*, Berlin: Springer Pub, 1nd Edition.
 - Schlechtriem. P., Schwenger. I., (2005), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, New York: Oxford, 2nd edition.
 - Schneider. Eric. C., (1996), “Consequential Damages in the International Sale of Goods: Analysis of Two Decisions”, *16 J. INT’L Bus. Law*, pp. 615-668.
 - Treitel. G. H., (1999), *Law of Contract*, London: Sweet & Maxwell, 9th Ed.
 - Schneider. Eric. C., (1997), “Measuring Damages under the CISG - Article 74 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, *Pace Int’l L. Rev*, Vol. 9, Issue. 1, pp. 223-237.
 - <http://www.unilex.info>
 - Von Mehren. A. T., Gordley. J. R., (1977), *The Civil Law System: An Introduction to the Comparative Study of Law*, Boston: Little, Brown & Co, 2th Ed.
 - Washington, G. T., (1932), “Damages in Contract at Common Law”, *L.Q.R.*, Vol. 48, pp. 90-108.
 - Wonnell. C. T., (2001), “Efficiency and Conservatism”, *Nebraska L Rev*, Vol. 80, 643.