

استانداردهای اثبات خسارت و تعیین میزان آن: مطالعه‌ای تطبیقی در اسناد فراملی و آرای داوری بین‌المللی

ابراهیم شعاریان^۱ - سارا صاحب‌جمع^۲

دریافت: ۱۳۹۷/۱۰/۱۱ - پذیرش: ۱۳۹۸/۷/۳

چکیده

یکی از موضوعات قابل توجه در حوزه حقوق خسارت، تعیین استانداردهای قابل اعمال برای اثبات خسارات و میزان آن‌ها است. علی‌القاعده، زیان دیده‌ای که به استناد مسئولیت قراردادی برای مطالبه خسارت اقامه دعوی می‌کند، بایستی اصل و میزان خسارتی را که متحمل شده یا خواهد شد، به اثبات برساند. نظر به اهمیت موضوع، اسناد فراملی مربوط به حقوق قراردادها از جمله اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، اصول حقوق قراردادهای اروپا و پیش‌نویس طرح مشترک مرجع، به صورت صریح یا ضمنی، استانداردهای مشخصی مانند قطعیت متعارف، وقوع محتمل متعارف و غیره را برای اثبات خسارت پیش‌بینی کرده‌اند. در مقابل، مقررات موضوعه ایران از جمله قانون مدنی؛ چنین استانداردهایی را تنظیم ننموده و موضوع نیز مورد بررسی حقوقدانان و رویه قضایی قرار نگرفته است. بنابراین، مطالعه تطبیقی موضوع با نگاهی ویژه بر اسناد بین‌المللی و آرای داوری می‌تواند منبع قابل اتکایی برای طرح بحث باشد. این مقاله، استانداردهای عام و خاص اثبات اصل خسارت و میزان آن و نیز مواردی مثل خسارت تأخیر تأدیه را که خارج از قلمرو شمول این استانداردها هستند، مورد تحلیل قرار می‌دهد و در نهایت تلاش دارد تا باب بحث را در حقوق ایران بگشاید.

واژگان کلیدی: استاندارد اثبات خسارت، قطعیت متعارف، وقوع محتمل متعارف، اسناد فراملی، آرای داوری

مقدمه

اثبات اصل خسارت^۱ و تعیین میزان آن^۲ یکی از چالش‌های قراردادهای داخلی و بین‌المللی است. برای آن که زیان دیده بتواند به مسئولیت قراردادی استناد کرده و استحقاق دریافت خسارات قابل جبران^۳ را پیدا کند، باید وقوع اصل خسارت و میزان آن را به اثبات برساند. برای نیل به این هدف استانداردهایی تعریف و ارائه شده است که زیان دیده را قادر می‌سازد بر مبنای آنها اصل خسارت و میزان آن را اثبات کند. کاربرد این استانداردها نه تنها در قراردادهای بین‌المللی، بلکه در قراردادهای داخلی نیز از اهمیت کافی برخوردار است.

استانداردهای مورد بحث، ذیل دو عنوان کلی استانداردهای عام و خاص می‌تواند مورد ارزیابی قرار گیرد. منظور از استانداردهای عام اثبات خسارت؛ استانداردهایی است که در آن روش مشخص و معینی برای اثبات خسارت در نظر گرفته نشده است. استاندارد درجه متعارفی از قطعیت^۴، استاندارد وقوع محتمل متعارف^۵ و استاندارد مبتنی بر اصل عدل و انصاف^۶ از جمله این موارد محسوب می‌گردد. در مقابل برخی استانداردهای خاص اثبات خسارت وجود دارند که روش مشخصی را برای اثبات خسارت به کار می‌گیرند. روش واقعی^۷ و روش فرضی تعیین خسارت^۸ و قاعده خسارت بر مبنای منافع مثبت^۹ و خسارت بر مبنای منافع منفی^{۱۰} از جمله معیارها و استانداردهای خاص اثبات خسارت در نظر گرفته می‌شود.

استانداردهای مورد بحث اگرچه در تعدادی از آرای قضایی محاکم مورد اشاره و استناد قرار گرفته است، اما به صورت مدون در قوانین خارجی ملاحظه نمی‌شود و در اسناد بین‌المللی راجع به قراردادها مانند اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی^{۱۱}، اصول حقوق قراردادهای اروپا^{۱۲}، چارچوب طرح مشترک مرجع^{۱۳} و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا^{۱۴} به نحو

1. Fact of Loss or Existence of Damage.
2. Amount of Loss.
3. Compensatory Damages.
4. Reasonable Degree of Certainty Standard.
5. Reasonably Likely to Occur Standard.
6. Ex Aequo et Bono Standard.
7. Concrete Method of Calculation.
8. Abstract Method of Calculation.
9. Positive Interest.
10. Negative Interest.
11. UPICC (Unidroit Principles of International Commercial Contracts).
12. PECL (Principles of European Contract Law).
13. DCFR (Draft Common Frame of Reference).
14. CISG (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of

صریح یا ضمنی مورد بررسی قرار گرفته است که محور اصلی مقاله نیز به تحلیل آنها اختصاص یافته است. ادبیات حقوقی ایران نسبت به موضوع بحث ساکت است و دادگاه‌های ما نیز با تبعیت محض از نظریات کارشناسان رسمی در خصوص وقوع اصل خسارت و میزان آن (که اصولاً با مفاهیم تخصصی راجع به قواعد اثبات اصل خسارت و تعیین میزان آن ناآشنا هستند) رویه‌ای در این خصوص ایجاد ننموده‌اند. البته در اکثر آثار حقوقی ما مباحثی مانند شرط مسلم و قطعی بودن ضرر به عنوان یکی از شرایط خسارت قابل مطالبه مطرح شده است که می‌تواند تا حدودی با بحث حاضر مرتبط باشد.

در این نوشتار، ابتدا انواع استانداردهای عام اثبات خسارت قابل جبران و سپس استانداردهای خاص اثبات خسارت و در نهایت وضعیت خاص عدم امکان اعمال استانداردهای اثبات مورد بررسی قرار گرفته است.

گفتنی است در کنار استانداردهای مورد بحث، عواملی در راستای تحدید یا تشدید میزان خسارت وجود دارد که در صورت تحقق شرایط مربوطه، میزان خسارت قابل جبران را تحت تأثیر قرار خواهد داد. قاعده قابل پیش‌بینی بودن خسارت، قاعده تقلیل خسارت، مشارکت زیان‌دیده در ورود خسارت از موارد تحدید میزان خسارت هستند. در مقابل، نقض عمدی و توأم با سوءنیت از جمله عوامل تشدید میزان خسارت محسوب می‌شود. با این حال چنین مواردی به عنوان استاندارد اثبات اصل خسارت یا میزان آن در نظر گرفته نمی‌شود و بنابراین مناسبتی برای طرح آنها در این مقاله وجود ندارد.

باید توجه داشت که استانداردهای اثبات خسارت قابل جبران در موارد خاصی کاربرد ندارد، مانند موردی که طرفین با توافق یکدیگر میزان خسارت قابل پرداخت را به صورت مقطوع مشخص نموده باشند (شرط وجه التزام) که در صورت نقض قرارداد، زیان‌دیده در مطالبه وجه التزام نیازی به اثبات اصل خسارت یا میزان آن نخواهد داشت. همچنین در مواردی که قانون میزان مقطوع خسارت را تعیین نموده باشد، موجبی برای اعمال استانداردهای مورد بحث نیست، مانند وضعیتی که در مطالبه خسارت تأخیر تأدیه ملاحظه می‌شود و نرخ خسارت قانونی بدون نیاز به اثبات اصل خسارت یا میزان آن از سوی زیان‌دیده قابل مطالبه است.

۱. استانداردهای عام اثبات خسارت

همانگونه که بیان شد در استانداردهای عام اثبات خسارت، روش معینی برای اثبات خسارت پیش‌بینی نشده است و زیان دیده می‌تواند به هر طریق ممکن خسارت مورد ادعا را اثبات نماید. اعمال استانداردهای عام اثبات خسارت منجر به اثبات اصل خسارت و میزان آن یا یکی از آن دو می‌گردد. این استانداردهای عام عبارت است از: استاندارد درجه متعارفی از قطعیت، استاندارد وقوع محتمل متعارف و استاندارد مبتنی بر اصل عدل و انصاف که در ذیل مورد بررسی قرار می‌گیرند.

۱-۱. استاندارد درجه متعارفی از قطعیت

این استاندارد در ماده ۳-۴-۷ اصول UPICC مورد تصریح قرار گرفته و مقرر شده است که: «جبران خسارت فقط برای ضرری در نظر گرفته می‌شود، از جمله ضرر آینده، که با درجه متعارفی از قطعیت احراز شود». همچنین در پاره‌ای از آرای قضایی به این استاندارد اشاره شده است. بررسی مفهوم، قلمرو و آثار اعمال استاندارد یاد شده عناوین مباحث این بخش را تشکیل می‌دهد.

۱-۱-۱. مفهوم استاندارد درجه متعارفی از قطعیت

تعریف دقیقی از این استاندارد در ماده ۳-۴-۷ UPICC ارائه نشده است، اما تعابیر متفاوتی در توضیح آن بیان شده است. مثلاً در حقوق انگلیس بیان شده است که خواهان بایستی خسارت مورد ادعای خود را بر مبنای احتمالات به اثبات برساند. زیان دیده‌ای که بتواند تحمل نوع مشخصی از خسارت در نتیجه نقض قرارداد از سوی خواننده و میزان آن را با احتمال پنجاه درصد یا بیشتر اثبات کند، موفق به اثبات خسارت با درجه متعارفی از قطعیت خواهد شد، اما مشکل هنگامی است که زیان دیده با احتمال کمتر از پنجاه درصد بتواند خسارت مورد ادعا را اثبات نماید (Vogenauer & Kleinheisterkamp (eds), 2009: 881). در این رابطه چنین به ذهن می‌رسد که در عالم حقوق که عالمی انتزاعی است، چگونه به صورت دقیق می‌توان صحبت از درصد مشخصی نمود و چه ابزاری برای احراز چنین درصدهایی در اختیار است؟ شاید به

همین علت است که اکثر نویسندگان چنین برداشتی از این مفهوم نداشته و چگونگی اعمال استاندارد را به نوعی دیگر شرح می‌دهند.

به طور کلی این امر پذیرفته شده است که قطعیت مطلق^۱ نمی‌تواند در اثبات خسارت به کار گرفته شود؛ زیرا ماهیت برخی از خسارات به گونه‌ای است که سبب می‌شود زیان دیده نتواند با ادله ابرازی خود خسارت مورد ادعا را با قطعیت مطلق به اثبات برساند. به همین دلیل استاندارد بر مبنای چنین تفکری بنا شده است که زیان دیده می‌بایست خسارت را با چنان درجه‌ای از قطعیت به اثبات برساند که به طور متعارف با توجه به ماهیت خسارت و سایر اوضاع و احوال مرتبط، می‌توان از وی انتظار داشت (Saidov, 2008: 154). همچنان که در دعوی هدریک (۱۹۳۹) دادگاه استیناف حوزه دهم امریکا چنین مقرر کرد: «لازم نیست که میزان خسارت با قطعیت مطلق به اثبات برسد. اگر ادله ارائه شده دادگاه یا هیأت منصفه را به ارزیابی و تخمین متعارف و منصفانه‌ای برساند، کافی است».^۲ همینطور در دعوی ناتیلوس (۲۰۱۴)؛ دیوان عالی امریکا در خصوص قطعیت لازم در دعاوی مربوط به خسارت چنین مقرر کرد: «قطعیتی که حقوق در دعاوی مربوط به ثبت اختراع لازم می‌داند، با در نظر داشتن ماهیت آن، بیشتر از قطعیت متعارف نیست».^۳ یکی از نویسندگان در ارتباط با شرط قطعیت خسارت چنین بیان می‌دارد: «شرط محدودکننده «قطعیت» که اثبات خسارت قراردادی را به صورت قطعی لازم می‌داند، در اصل قاعده‌ای بود که نیاز به قطعیت مطلق داشت. اما اگر قرار بر این باشد که خسارت با قطعیت کاملی به اثبات برسد، زیان دیده نمی‌تواند هیچگونه خسارتی دریافت کند. این قاعده‌سازی از شرط قطعیت برای اجتناب از بروز چنین نتیجه‌ای تحت عنوان «قطعیت متعارف» تعدیل شده است؛ زیرا اگر قطعیت مطلق در تعیین میزان خسارات متحمله خواهان ملاک قرار گیرد، در اکثر موارد منتج به عدم جبران خسارت خواهد شد. حتی با تعدیل شرط قطعیت، باز هم خساراتی هستند که نمی‌توانند اثبات شوند و بدون جبران باقی می‌مانند» (Bollas, 1987: 859).

1. Absolute Certainty.

2. Case No. 1785/1939 Hedrick v. Perry [US Court of Appeals for the Tenth Circuit, March 3, 1939], available at: <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/102/802/1474683/>.

3. Case No. 13-369 Nautilus, INC. v. Biosig Instruments, INC. [Supreme Court of the United States, June 2, 2014], available at: https://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-369_1idf.pdf.

واژه متعارف بودن^۱، مفهوم مشخص و غیرقابل تغییری ندارد و معنی آن در زمینه‌های مختلف حقوق متفاوت است (Scott Miller, 2017: 39). در ماده ۱:۱۰۴ کتاب اول DCFR متعارف بودن، به صورت عینی با توجه به ماهیت و هدف آنچه که انجام می‌گیرد، با در نظر داشتن اوضاع و احوال هر مورد و هرگونه عرف و عادات مرتبط تعریف شده است. این مفهوم همچنین در ماده ۱:۳۰۲ PECL نیز مورد تصریح قرار گرفته است. پس در تبیین متعارف بودن امری می‌بایست شرایط و اوضاع و احوال خاص هر قضیه را هم در نظر داشت. بنابراین برای مثال آنچه که در اثبات خسارت موجود می‌تواند مورد انتظار و متعارف باشد، متفاوت از موردی است که در آن، زیان دیده قصد اثبات خسارت آینده را دارد.

یکی از موارد اختلافی که در اعمال این استاندارد وجود دارد، این است که آیا چنین استاندارد فقط در خصوص اثبات اصل خسارت به کار می‌رود یا در خصوص تعیین میزان آن و یا هر دو؟ قبل از پاسخ، نخست باید به این سؤال پاسخ داد که چه تفاوتی میان اثبات اصل خسارت و تعیین میزان آن وجود دارد. به عقیده برخی، اصل خسارت و میزان آن در واقع مقادیر مختلف یک چیز هستند. زیرا تعیین میزان خسارت با درجه متعارفی از قطعیت، قطعاً وجود اصل خسارت را هم اثبات می‌کند و بالعکس، به نظر می‌رسد تنها راه اثبات اصل خسارت، تعیین حداقل میزان خسارت با قطعیت متعارف است. بنابراین تفاوت قابل ملاحظه‌ای میان این دو مفهوم وجود ندارد.^۲ باید در نظر داشت که در اکثر پرونده‌ها اثبات اصل خسارت در بردارنده تعیین میزان آن هم هست و تعیین میزان خسارت قطعاً اصل خسارت را هم در بر می‌گیرد. برای نمونه در دعوی فروشنده لباس علیه تولیدکننده آن (۱۹۹۷)، دیوان داوری مطالبه عدم‌النفع غیرمستقیم از سوی زیان دیده را متعارف دانست؛ زیرا وی توانسته بود با قطعیت متعارفی میزان منفعتی را که از آن محروم مانده است، اثبات کند.^۳ با این حال، اثبات

۱. واژه Reasonable در فارسی به دو معنی متعارف و معقول ترجمه شده است. برخی این دو معنی را یکی پنداشته و آنها را به جای یکدیگر استفاده می‌کنند. اما باید در نظر داشت که عرف (متعارف) خود به دو نوع معقول و غیرمعقول قابل تقسیم است و امکان دارد بسیاری از اعمالی که به شکل متعارف درآمده‌اند غیرمعقول باشند (بادینی، ۱۳۸۹: ۷۹). اصطلاح یادشده در اسناد بین‌المللی شامل اوضاع و احوال مرتبط و هرگونه عرف و عادت می‌باشد که در این نوشتار از عبارت متعارف برای بیان مقصود استفاده شده است.

2. Note, 'Damages—Loss of Profits Caused by Breach of Contract—Proof of Certainty' (1932–1933) 17 Minnesota L Rev 194, p.196. Cited in: Saidov, 2008: 154.

3. Case No. 8786, ICC Court of Arbitration- Zurich, 1997, available at: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=463>.

اصل خسارت از جانب طرف زیان دیده همیشه منوط به تعیین میزان آن نیست؛ برای نمونه در پرونده‌ای تحت حاکمیت CISG علی‌رغم عدم موفقیت خواهان در تعیین میزان هزینه‌های ناشی از نقض قرارداد، دادگاه بیان داشت که خواهان متحمل برخی خسارات شده است.^۱ بدین ترتیب، تفاوت میان اصل خسارت و میزان آن می‌بایست در نظر گرفته شود (Saidov, 2008: 154-155). در پاسخ به سؤال جریان استاندارد، درجه متعارفی از قطعیت در اثبات اصل خسارت و تعیین میزان آن نظریات متفاوتی بیان شده است. به نظر برخی، قاعده متعارف بودن صرفاً در خصوص اثبات اصل خسارت به کار می‌رود و در تعیین میزان آن کاربردی ندارد (Gotanda, 2006: 11). اما اکثر نویسندگان معتقدند که استاندارد یادشده هم در خصوص اثبات اصل خسارت و هم در خصوص میزان خسارت اعمال خواهد شد (Dupont, 2014: 40; Schwenzler and Hachem, 2008: 99; Saidov, 2008: 154).

کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (CISG) به نحو صریح اشاره‌ای به استاندارد اثبات خسارت ننموده است. به نظر برخی، CISG دربردارنده اصل کلی متعارف بودن است و این اصل توانایی لازم را دارد تا قلمرو خود را به استاندارد اثباتی مناسبی توسعه دهد. استدلال شده است که در اغلب موارد، امکان اثبات خسارت با قطعیت مطلق برای طرف زیان دیده وجود ندارد، فلذا اثبات خسارت با چنان درجه‌ای از قطعیت خواهد بود که به طور متعارف و با توجه به اوضاع و احوال مرتبط، مورد انتظار زیان دیده باشد. به عبارت دیگر، طرف زیان دیده می‌بایست خسارت وارده را با «درجه متعارفی از قطعیت» اثبات کند. به علت امکان توسعه این استاندارد در CISG، دیگری نیازی به استاندارد مذکور در اصول UPICC برای تکمیل استاندارد اثبات در کنوانسیون نخواهد بود. اما ماده ۳-۴-۷ UPICC که صریحاً استاندارد «درجه متعارفی از قطعیت» را شناسایی نموده است، می‌تواند به درک بهتر استاندارد CISG منجر شود (Saidov, 2008: 168-169).

۲-۱-۱. قلمرو اعمال استاندارد درجه متعارفی از قطعیت

قلمرو اعمال استاندارد یاد شده را از چند منظر می‌توان مورد بررسی قرار داد. اولین مورد بررسی قلمرو اعمال مربوط به خسارات موجود و آینده است و این که آیا استاندارد یادشده

1. Case No.T 171/95, Switzerland District Court Saane, 1997, Available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970220s1.html>.

در هر دو این خسارات جریان خواهد یافت یا خیر. دومین مورد اختصاص به انواع خسارت قابل جبران یعنی خسارات مالی و غیرمالی دارد. موارد یاد شده به تفکیک بررسی شده است.

الف- خسارات موجود^۱ و آینده^۲

خسارت آینده خسارتی است که انتظار می‌رود بعد از روز ارزیابی خسارت حادث شود. بنابراین، تا روزی که دادگاه اقدام به تعیین خسارت وارده نسبت به شخص زیان دیده می‌کند، هنوز چنین خسارتی واقع نشده است (Chengwei, 2003: 179). این نوع از خسارت در مقابل خسارت وارده و موجود قرار دارد که منظور خسارتی است که تا روز ارزیابی از سوی دادگاه، زیان دیده متحمل شده است و می‌توان آن را مورد ارزیابی قرار داد که البته این مفهوم می‌بایست به طور وسیع تفسیر شود، یعنی ممکن است کاهش دارایی زیان دیده یا افزایش مسئولیت او در این دسته قرار گیرد (Gotanda, 2008: 119).

در خصوص اعمال استاندارد درجه متعارفی از قطعیت راجع به خسارات موجود هیچ شک و وجود ندارد و مشخص است که زیان دیده برای این که بتواند خسارات وارده را دریافت کند، باید آن را با درجه متعارفی از قطعیت به اثبات برساند و گرنه چنین خسارتی قابل جبران نخواهد بود. محل نزاع و شک در خصوص جریان این استاندارد نسبت به خسارات آینده است، زیرا چنین خساراتی در زمانی که خواهان درصدد اثبات آن می‌باشد، هنوز رخ نداده است. با در نظر گرفتن این که متن ماده (۱) ۳-۴-۷ صریحاً به خسارات آینده اشاره کرده است، فلذا باید گفت که چنین خساراتی نیز می‌بایست با درجه متعارفی از قطعیت به اثبات برسند. اما هم‌چنان که قبلاً بیان شد، باید در نظر داشت در هر قضیه، اوضاع و احوال خاصی حاکم است و برای مثال قطعیت مورد نیاز در اثبات خسارات آینده متفاوت از قطعیتی خواهد بود که در خسارات موجود احراز می‌شود.^۳

1. Suffered Loss or Existing Loss.

2. Future Loss.

۳. سؤال مطروحه این است که آیا عدم‌النفع از جمله خسارات آینده است یا در زمره خسارات وارده و موجود قرار دارد؟ برخی از نویسندگان که به این موضوع پرداخته و عدم‌النفع را به دو دسته تقسیم کرده‌اند: عدم‌النفع گذشته که قبل از زمان ارزیابی خسارت رخ داده است و عدم‌النفع آینده که انتظار می‌رود بعد از ارزیابی خسارت اتفاق بیفتد (Schweih, 2010: 11). محل نزاع در خصوص عدم‌النفع آینده، موضوع اثبات قطعیت آن است. یک راه مؤثر در تعیین میزان عدم‌النفع به طور کلی، رجوع به معاملات گذشته زیان دیده است. اگر شرایطی که در گذشته زیان دیده در آن تحصیل منفعت می‌کرده است، مشابه شرایط کنونی وی باشد و به طور معقولی انتظار داشته باشد تا همان منافع را به دست آورد، می‌توان

ب- خسارات مالی و خسارات غیر مالی^۱

زیان‌های قابل جبران به دو دسته خسارات مالی و خسارات غیر مالی تقسیم می‌شود. منظور از خسارت مالی خسارتی است که در آن یا مالی از بین می‌رود و یا منفعتی از دست داده می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۳۸). کاهش دارایی مالی یا عدم‌المنفع و افزایش هزینه‌های زیان دیده به علت نقض قرارداد از جمله اقسام خسارات مالی است. مراد از خسارت غیرمالی خسارتی است که مربوط به منافع غیرمالی زیان دیده بوده که از جمله آنها می‌توان به از دست دادن شهرت و اعتبار تجاری^۲ یا خسارت معنوی اشاره نمود.

در ماده (۲) ۲-۴-۷ UPICC قابلیت جبران خسارت غیرمالی ناشی از نقض قرارداد مورد تصریح واقع شده که خسارت بدنی و معنوی از جمله موارد آن است. البته باید در نظر داشت که خسارت معنوی ناشی از نقض قراردادهای تجاری بین‌المللی بیشتر ناظر بر از دست دادن شهرت و اعتبار تجاری است. در خصوص توانایی اعمال استاندارد درجه متعارفی از قطعیت در اثبات این دو دسته خسارت می‌توان گفت که UPICC در ماده ۳-۴-۷ به کاربرد این استاندارد در رابطه به عنوان کلی خسارت اشاره دارد و چون نوع خاصی از آن مشخص نشده است، از این رو تمام انواع خسارات قابل جبران می‌بایست با درجه متعارفی از قطعیت اثبات شوند (Saidov, 2008: 155; McCormick, 1934: 1115). باید در نظر داشت که اعمال این استاندارد در خسارات غیرمالی به طریق اولی قابل توجیه خواهد بود، زیرا اثبات این دسته از خسارات و میزان آن به مراتب دشوارتر بوده و نیاز به استاندارد سهل‌گیرانه‌تری خواهد داشت؛ مثلاً اثبات وقوع خسارت در زمانی که خسارت معنوی مورد ادعا است، بسیار دشوار خواهد

پذیرفت که چنین خسارتی قابل پرداخت است. توجه به تجارت مشابه عامل دیگری است که می‌تواند برای تعیین عدم‌المنفع با قطعیت متعارف کمک کند. ادله مربوط به تحصیل منافع چنین تجارتی می‌تواند بیانگر میزان منافع آینده طرف قرارداد در صورت اجرای آن باشد (Saidov, 2008: 160; McCormick, 1934: 1117). در حقوق ایران اشاره‌ای به تفاوت میان عدم‌المنفع گذشته و آینده نشده است؛ ولی از آن جایی که حقوقدانان ایران، در بررسی عدم‌المنفع، منافع ممکن‌الحصول یا محقق‌الحصول را مد نظر قرار داده‌اند، می‌توان گفت که از منظر آنان عدم‌المنفع معطوف به خسارات آینده است؛ زیرا واژه ممکن‌الحصول اشاره به امری دارد که در حال حاضر حاصل نشده و در آینده امکان حصول آن وجود دارد و محقق‌الحصول یعنی امری که وقوع آن در آینده حتمی است. در حالی که در عدم‌المنفع گذشته، خسارت به زیان دیده وارد شده است و بحث از امکان و احتمال وقوع آن در آینده نیست. برای مطالعه در خصوص امکان مطالبه عدم‌المنفع در حقوق ایران به بخش رویکرد حقوق ایران در استانداردهای خاص اثبات خسارت در همین مقاله رجوع شود.

1. Pecuniary Loss & Non-Pecuniary Loss.

۲. کسر و از دست دادن شهرت یا اعتبار تجاری در هر دو دسته خسارت مالی و غیرمالی قرار می‌گیرد و کسر شهرت و اعتبار در عین حال که نوعی از خسارت معنوی است، می‌تواند به خسارت مالی نیز منجر شود.

بود (Cohen & O'Byrne, 2005: 141). بنابراین میزان و نوع ادله مورد انتظار از طرف زیان دیده با توجه به ماهیت خسارت مورد ادعا و سایر اوضاع و احوال مرتبط در پرونده خواهد بود.

۳-۱-۱. آثار اعمال استاندارد درجه متعارفی از قطعیت

سؤال مطروحه این است که اعمال استاندارد، هم در اصل خسارت و هم در خصوص میزان آن، چه آثاری به دنبال خواهد داشت. در این خصوص باید میان موردی که خسارت با استاندارد مورد بحث اثبات می‌شود و موردی که اثبات محقق نمی‌شود، قائل به تفکیک شد: الف- زمانی که اصل خسارت مورد ادعا و میزان آن با درجه متعارفی از قطعیت به اثبات می‌رسد، در چنین شرایطی دادگاه حکم به پرداخت خسارت تا میزان اثبات شده می‌دهد (Chengwei, 2003: 192).

ب- زمانی که اصل خسارت مورد ادعا و میزان آن یا یکی از آن دو با درجه متعارفی از قطعیت اثبات نمی‌شود؛ در این صورت دو فرض متصور است:

* اصل خسارت با قطعیت متعارفی اثبات می‌شود ولی میزان آن با استاندارد یاد شده اثبات نمی‌شود که در چنین وضعی شق سوم ماده ۳-۴-۷ UPICC باید مورد استناد قرار گیرد (Chengwei, 2003: 192) که بر اساس آن «جایی که میزان خسارت نتواند با درجه مناسبی از قطعیت اثبات شود، ارزیابی آن در صلاحیت مرجع رسیدگی خواهد بود». شرط اعمال این بند عبارت است از این که در خصوص وقوع اصل خسارت شکی وجود نداشته باشد و این امر با استاندارد مربوطه به اثبات برسد. هنگامی که اصل خسارت یا احتمال وقوع آن محرز است، اما میزان آن نمی‌تواند با قطعیت مناسبی اثبات شود، مرجع رسیدگی دارای اختیار در تعیین میزان خسارت خواهد بود (Chengwei, 2003: 192). در یکی از دعاوی مطروحه از سوی توزیع-کننده امریکایی علیه تولیدکننده مکزیکی (۲۰۰۶) در خصوص خسارات مالی قابل مطالبه، خواهان توانسته بود به طور مناسبی وقوع اصل خسارت را اثبات کند، ولیکن نتوانسته بود میزان آن را با درجه متعارفی از قطعیت به اثبات برساند. در این شرایط، دیوان داوری با اعمال بند سوم ماده ۳-۴-۷ UPICC با اختیار خود میزان خسارت را تعیین نمود.^۱ همینطور در دعوی

1. Arbitration Center of Mexico, 30.11.2006, Available at:

اقامه شده از طرف توزیع کننده امریکای لاتین علیه تولید کننده اروپایی (۲۰۰۱)، دیوان داوری پس از احراز غیرموجه بودن فسخ خواننده و ورود خسارت به خواهان، در تعیین میزان عدم‌النفع قابل جبران، سود خالص حجم فروش قابل پیش‌بینی را ملاک ارزیابی قرار داد. خواهان نتوانست ادله مناسبی را برای ارزیابی سود خالص ارائه کند، اما دیوان به استناد بند سوم ماده ۳-۴-۷ UPICC با صلاحدید خود، میزان منصفانه‌ای از عدم‌النفع قابل جبران را تعیین نمود.^۱ در این دعوی دیوان داوری در ابتدا معیاری تحت عنوان سود خالص حجم فروش قابل پیش‌بینی را برای اثبات خسارات وارده به زیان دیده در نظر گرفته بود که در واقع معیاری عینی برای اثبات خسارت بر مبنای استاندارد درجه متعارفی از قطعیت به حساب می‌آمد، اما خواهان علیرغم اثبات اصل ورود خسارت، نتوانست ادله کافی در جهت اثبات میزان سود خالص از دست‌رفته ارائه کند و نهایتاً دیوان به استناد بند سوم ماده ۳-۴-۷ با اختیار خود و در نظر داشتن ادله ارائه شده، میزان خسارت قابل مطالبه را تعیین نمود.

بند سوم ماده ۳-۴-۷ در خصوص نحوه محاسبه، بیانی ندارد. به عقیده برخی (Saidov, 161: 2008) مرجع رسیدگی باید متقاعد شود که طرف زیان دیده واقعاً متحمل خسارت مورد ادعا شده و تمام ادله مرتبط قابل دسترسی ارائه شده است و اعمال صلاحیت آنان در محدوده چنین ادله‌ای قرار دارد. البته این مرجع می‌تواند طیف وسیعی از فاکتورهای دیگر از جمله ماهیت خسارت وارده و رفتار طرفین را در نظر بگیرد. باید در نظر داشت که اعمال چنین اختیاری از سوی مرجع رسیدگی می‌بایست در چارچوب UPICC باقی بماند و از اقدام مبتنی بر اصل عدل و انصاف یا حل و فصل کدخدامنشانه^۲ اجتناب شود.

* نه تنها میزان، بلکه حتی اصل خسارت هم نمی‌تواند با درجه متعارفی از قطعیت اثبات شود که به نظر می‌رسد با توجه به ماده ۳-۴-۷ UPICC دادگاه در چنین شرایطی حکم به بی‌حقی خواهان می‌دهد و وی در این ارتباط نمی‌تواند خسارتی دریافت کند (Chengwei, 192: 2003). برای نمونه در دعوی توزیع کننده امریکایی علیه تولید کننده مکزیکی (۲۰۰۶)، دیوان داوری، استحقاق خواهان برای جبران خسارات غیر مالی ناشی از کسر شهرت تجارته

<http://www.unilex.info/case.cfm?id=1149>.

1. Case No. 10422, ICC International Court of Arbitration, 2001, Available at: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=957>.

2. Amiable compositeur .

را رد کرد؛ زیرا وی نتوانسته بود وقوع اصل خسارت و همین طور میزان آن را با درجه متعارفی از قطعیت اثبات کند.^۱ در این دعوی خواهان نتوانسته بود که حتی اصل ورود خسارت به شهرت تجارتي - که هم جنبه مالی و هم جنبه غیر مالی دارد - را به اثبات برساند. بدیهی است چنانچه خواهان قادر بر اثبات اصل خسارت بود، دیوان داوری می توانست طبق بند سوم از ماده ۳-۴-۷ نسبت به تعیین میزان خسارت قابل جبران اقدام نماید که با توجه به عدم اثبات اصل خسارت، دعوی خواهان مردود اعلام گردید.

۲-۱. استاندارد وقوع محتمل متعارف

استاندارد مشترک دوم که در این قسمت به آن پرداخته می شود، عبارت از استاندارد وقوع محتمل متعارف است که در ماده (b)(۲) ۹:۵۰۱ PECL و ماده ۳:۷۰۱ کتاب سوم DCFR شناسایی شده است. در مواد موصوف در خصوص خسارت آینده^۲ مقرر شده است که اگر وقوع آن به طور متعارفی محتمل باشد، قابل مطالبه است.

۱-۲-۱. مفهوم استاندارد وقوع محتمل متعارف

آنچه که به عنوان استاندارد اثبات خسارت و تعیین میزان آن در مواد یاد شده مورد اشاره قرار می گیرد، عبارت از این است که وقوع محتمل خسارت باید به طریق متعارفی به اثبات برسد. منظور از واژه متعارف در ماده ۱:۳۰۲ PECL بیان شده است: «براساس این اصول، متعارف بودن بر مبنای آنچه که اشخاص با حسن نیت رفتار می کنند و در شرایط مشابهی که طرفین متعارف در نظر گرفته می شوند، مورد قضاوت قرار می گیرد. خصوصاً در ارزیابی این که چه چیزی متعارف است، ماهیت و هدف قرارداد، اوضاع و احوال حاکم بر قضیه و عرف و رویه های تجاری یا مشاغل مربوط می بایست لحاظ شود». با توجه به این تعریف و همچنین تعریف مشابهی که در ماده ۱:۱۰۴ کتاب اول DCFR از واژه متعارف بودن صورت گرفته است، باید گفت در خصوص قضیه مورد بحث، وقوع محتمل خسارتی متعارف به حساب

1. Arbitration Center of Mexico, 30.11.2006, available at: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1149>.

۲. این استاندارد در صورتی قابل بررسی است که نظام حقوقی ذیربط مطالبه خسارت آینده را تجویز نماید و تمام سیستم های حقوقی مطالبه خسارت آینده را مشروط بر اینکه خیلی دور و بعید نباشد، به رسمیت شناخته اند (Von Bar & Clive, et al. (eds), 2009: 940).

می آید که با توجه به اوضاع و احوال و در شرایط همسان در قراردادهای مشابه واقع شده باشد.^۱

با در نظر گرفتن اینکه استاندارد مورد بحث، ناظر بر خسارت آینده است و بعد از روز ارزیابی خسارت از سوی دادگاه، رخ می دهد؛ یعنی زمانی که قاضی در حال رسیدگی به قضیه است و چنین خسارتی در نتیجه نقض قرارداد، وارد نشده است، دادگاه ملزم است تا دو امر غیرقطعی (احتمالی) یعنی احتمال وقوع خسارت در آینده و همینطور میزان آن را مورد ارزیابی قرار دهد. بنابراین خسارتی که مورد حکم قرار می گیرد، فقط برای منافی است که زیان دیده به طور متعارفی می تواند انتظار وقوع آن را داشته باشد (Chengwei, 2003: 179). خسارت آینده همانند خسارات وارده، هم هزینه هایی را در برمی گیرد که در نتیجه نقض قرارداد به وی وارد شده است و هم منافی که اگر قرارداد نقض نمی شد، ذینفع به آنها دست پیدا می کرد (Lando, & Beale (eds), 2000: 436).

۲-۲-۱. قلمرو استاندارد وقوع محتمل متعارف

چنانکه از عنوان استاندارد، یعنی وقوع محتمل متعارف، استنباط می شود، این ضابطه فقط در خصوص خساراتی که در آینده واقع می شوند، قابلیت اعمال دارد. واژه «وقوع محتمل» یعنی هنوز خسارتی واقع نشده و احتمالاً در آینده به وقوع خواهد پیوست. همینطور در متن اسناد بین المللی که استاندارد یادشده در آنها مورد اشاره قرار گرفته است، یعنی PECL و DCFR، صریحاً در بند مربوطه، عنوان «خسارت آینده» ذکر شده است: «... خسارت آینده که به طور متعارفی وقوع آن محتمل باشد». بنابراین، قلمرو استاندارد وقوع محتمل متعارف منحصر به خسارات آینده است و خسارات وارده (خسارت موجود) از شمول این استاندارد خارج هستند و در خصوص آنها استانداردهای دیگری اعمال خواهد شد.^۲ همانگونه که مذکور افتاد این استاندارد هم در خصوص اثبات وقوع اصل خسارت و هم در خصوص میزان احتمالی آن اعمال می شود (Lando, & Beale (eds), 2000: 436).

۱. در خصوص اثبات خسارت آینده، همانگونه که قبلاً بیان شد، ماده ۳-۴-۷ UPICC استاندارد درجه متعارفی از قطعیت را پیش بینی نموده است.

2. PECL art. 9: 501 (2) (b) & DCFR third book art. 3: 701.

۳-۱. استاندارد مبتنی بر اصل عدل و انصاف^۱

یکی دیگر از استانداردهای عام تعیین میزان خسارت، استاندارد مبتنی بر اصل عدل و انصاف است. در هیچ یک از آثار حقوقی به این موضوع که استاندارد مورد نظر ناظر بر اثبات اصل خسارت است یا تعیین میزان آن یا هر دو، نظری ابراز نشده است، اما مرور مفاد آرای داوری بین‌المللی که در بخش‌های بعدی مورد تحلیل قرار گرفته است، نشان می‌دهد که این اصل فقط در مرحله تعیین میزان خسارت مورد استناد قرار می‌گیرد، زیرا برای اثبات وقوع اصل خسارت نمی‌توان از معیارهایی نظیر انصاف کمک گرفت، بلکه اصل خسارت بایستی در مرحله اول اثبات شده باشد ولیکن مرجع رسیدگی اختیار داشته باشد در موارد خاصی از جمله ناممکن بودن محاسبه میزان خسارت، از اصل مزبور یاری گرفته و بر مبنای آن میزان خسارت را تعیین کند.

۱-۳-۱. مفهوم اصل عدل و انصاف

از جمله قواعد اساسی حقوق داوری، «اختیار طرفین» است که به آنان امکان می‌دهد هر راه حلی را برای حل اختلاف خود برگزینند. یکی از موارد اعمال این قاعده، حق انتخاب طرفین در رسیدگی به اختلاف بر مبنای اصل عدل و انصاف از جانب دیوان داوری است. اصل عدل و انصاف فرآیندی است که به موجب آن داور مجاز شناخته می‌شود تا با تکیه بر مفاهیم کلی عدالت و انصاف تصمیم‌گیری کند (Strong, 2012: 97; Born, 2012: 317).^۲ داور فقط به هنگام توافق طرفین بر اعطای چنین اختیاری حق تصمیم‌گیری بر اساس اصل عدل و انصاف خواهد داشت (Begic, 2005: 219). گفته شده است که فرد مختار برای تصمیم‌گیری بر مبنای اصل عدل و انصاف، محدود به قواعد حقوقی نیست و می‌تواند قواعد حقوقی اعم از تکمیلی و امری را کنار نهد و از اصول انصاف تبعیت نماید، با این حال نظم

۱. قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران در ماده ۲۷ از اصطلاح «عدل و انصاف» برای بیان مقصود استفاده نموده است. ماده مزبور از ماده ۳۳ قانون نمونه UNCITRAL اقتباس شده است که در آن از عبارت «ex aequo et bono» استفاده شده است. بررسی دقیق اصطلاح لاتینی مزبور نشان می‌دهد که منظور رعایت انصاف و وجدان در اتخاذ تصمیم مدنظر است. به‌رغم تفاوت‌هایی که میان عدالت و انصاف وجود دارد، در تبعیت از واژه‌پردازی قانون داوری تجاری بین‌المللی، از اصطلاح «اصل عدل و انصاف» در این مقاله استفاده شده است. برخی از نویسندگان نیز همان واژگان را برای بیان مقصود به کار برده‌اند، (ر.ک: حمیدیان، شهبازی نیا و جعفری، ۱۳۹۶: ۳).

۲. باید در نظر داشت که داوری مبتنی بر اصل عدل و انصاف یک مفهوم کلی است و تمام مراحل و جریان داوری را شامل می‌شود و مختص به قلمرو اثبات خسارت و تعیین میزان آن نیست.

عمومی را باید محترم شمارد (Jacquet, 2005: 15).

مطابق یکی از نظریات؛ عموماً قدرت تصمیم‌گیری بر اساس اصل عدل و انصاف به عنوان اختیار عمل برخلاف قانون فرض می‌شود و با عدول از قانون، پذیرش ادعاهای شناسایی نشده از جانب قانون یا دعوای محکوم به رد بر مبنای قانون، ممکن می‌گردد. به نظر می‌رسد تصمیم‌گیری بر اساس اصل عدل و انصاف راه‌حلی منصفانه است که خسارت به هر دو طرف را به حداقل می‌رساند و رقبای بالقوه را قادر می‌سازد تا رابطه ارزشمند تجاری را حفظ کنند (Saidov, 2008: 167).

اکثر مقررات حاکم بر داوری بین‌المللی و داخلی این مفهوم را شناسایی کرده‌اند. ماده ۴-۲۲ قواعد LCIA^۱ (۲۰۱۴)، ماده ۳-۲۱ قواعد داوری ICC^۲ (۲۰۱۷) و ماده ۲-۳۳ قانون نمونه UNCITRAL^۳ (با اصلاحات ۲۰۰۶) این مفهوم را شناسایی کرده‌اند. اکثر قوانین ملی نیز به توافق طرفین مبنی بر اختیار داور برای تصمیم‌گیری بر مبنای اصل عدل و انصاف ترتیب اثر می‌دهند. هم‌چنان که در دعوی سفیر علیه شرکت ملی نفت ایران (۱۹۶۳) که هیأت داوران مختار در تصمیم‌گیری بر مبنای استاندارد مبتنی بر اصل عدل و انصاف بودند، میزان عدم‌النفع مورد ادعا از سوی خواهان نتوانسته بود به صورت دقیق اثبات شود، علی‌رغم این امر، دیوان داوری با اعمال استاندارد یادشده مبلغی را به عنوان خسارت عدم‌النفع تعیین کرد. دیوان مقرر داشت که: «میزان خسارت به صورت دقیقی قابل احراز نیست، چرا که اصل خسارت و میزان آن قطعی نیستند. بنابراین وظیفه داوران تعیین میزان خسارت به استناد استاندارد مبتنی بر اصل عدل و انصاف با لحاظ اوضاع و احوال قضیه بوده است»^۴.

۲-۳-۱. قلمرو اعمال استاندارد مبتنی بر اصل عدل و انصاف

در داوری‌های بین‌المللی قاعده‌ای به نام اصل عدل و انصاف وجود دارد که به موجب آن داور می‌تواند اختلاف طرفین دعوی را بر مبنای عدالت و انصاف حل و فصل نماید. این نحوه رسیدگی در داوری، مبتنی بر اراده طرفین قرارداد می‌باشد و صلاحیت داور در چنین وضعیتی

1. London Court of International Arbitration.

2. International Chamber of Commerce.

3. United Nations Commission on International Trade Law.

4. Case No. 35 I.L.R. 136, Sapphire International Petroleum Ltd. v. National Iranian Oil Company [Ad hoc Tribunal, 15 March 1963], available at: https://www.biicl.org/files/3940_1963_sapphire_v_nioc.pdf.

بر گرفته از اراده اصحاب دعوی است. بدیهی است اعمال چنین اصلی در دادگاه‌های ملی تنها در صورتی امکان‌پذیر است که قانون متبوع، اتخاذ تصمیم بر مبنای اصل عدالت و انصاف را اجازه داده باشد. در برخی از آرای صادره از سوی دادگاه‌های بلژیک در خصوص قراردادهای تجاری بین‌المللی که تحت شمول کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا قرار داشت، میزان خسارت با توسل به اصل عدل و انصاف تعیین شده است.^۱

۳-۳-۱. آثار اعمال استاندارد مبتنی بر اصل عدل و انصاف

طرفین قرارداد با توافق هم می‌توانند به داور اجازه دهند تا در خصوص اثبات خسارت، علاوه بر سایر استانداردهای اثباتی (در صورت امکان استناد به آنها)، بر اساس اصل عدل و انصاف اتخاذ تصمیم نماید و حتی در این وضعیت داور می‌تواند با لحاظ اوضاع و احوال قضیه، موضوع را از شمول سایر استانداردها خارج نموده و بر مبنای استاندارد عدل و انصاف تصمیم‌گیری نماید. چه بسا میزان خسارت با توجه به سایر استانداردها نتواند تعیین گردد، ولی با لحاظ این اصل بتوان حقوق زیان‌دیده را احیا نمود. همینطور، گاهی میزان خسارت با سایر استانداردها تعیین می‌گردد، ولیکن با اعمال اصل عدل و انصاف با لحاظ وضعیت زیان‌دیده یا طرف دیگر و یا سایر اوضاع و احوال از میزان خسارت مورد ادعا کاسته می‌شود.

بنابراین، برخلاف استانداردهای پیش‌گفته در صورتی که خسارت بر اساس استاندارد مبتنی بر اصل عدل و انصاف مورد اتخاذ تصمیم قرار می‌گیرد، میزان آن بر اساس هر پارامتری که داور را به رعایت عدالت و انصاف رهنمون کند، تعیین می‌شود؛ مانند توجه داور به وضعیت مالی طرفین، اوضاع و احوال حاکم بر قضیه و حتی نتایج بعد از جبران خسارت. در یکی از دعاوی مطروحه از سوی شرکت پانامایی علیه شرکتی از پرتوریکو (۲۰۰۱)، دیوان داوری به این علت که برای ارزیابی میزان خسارت، بایستی طول دوره محرومیت از منافع و همینطور تعداد و قابلیت سوددهی معاملاتی که زیان‌دیده می‌توانست در طی این دوره آن‌ها را

1. See: District Court Hasselt (Belgium) 18 October 1995 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951018b1.html>>; Vital Berry Marketing NV v Dira-Frost NV District Court Hasselt (Belgium) 2 May 1995 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950502b1.html>>; Steinbock- Bjonustan EHF v NV Duma District Court Kortrijk (Belgium) 4 June 2004 <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/040604b1.html>>; JM Smithuis Pre Pain v Bakkershuis Commercial Court Hasselt (Belgium) 20 September 2005 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050920b1.html>>.

منعقد کند، مشخص گردد و ارزیابی کارشناس در این خصوص نمی‌تواند عناصر دقیق محاسبه را برای دیوان داوری ارائه نماید، مقرر نمود که به جای انتخاب کارشناس، میزان خسارت را بر مبنای اصل عدل و انصاف تعیین خواهد نمود.^۱ در این دعوی به‌رغم اینکه دیوان قادر بر تعیین معیار برای ارزیابی خسارت توسط کارشناس بوده است (یعنی طول دوره محرومیت از منافع و تعداد معاملات و میزان سوددهی آنها) اما بر این عقیده بوده است که کارشناس نخواهد توانست با استفاده از معیارهای یادشده میزان خسارت را محاسبه و تعیین نماید، فلذا بدون اخذ نظر کارشناس رأساً از طریق اعمال اصل عدل و انصاف میزان خسارت را تعیین نمود. بنابراین در تحلیل رأی یادشده می‌توان نتیجه گرفت که هرگاه وقوع خسارت محرز و مسلم باشد اما محاسبه میزان آن ناممکن یا بسیار مشکل باشد، مرجع رسیدگی می‌تواند بر اساس اصل عدل و انصاف میزان خسارت را تعیین کند.

۴-۱. رویکرد حقوق ایران

همانگونه که در مقدمه اشاره شد در حقوق ما قواعد مشخص و مدونی راجع به استانداردهای اثبات ملاحظه نمی‌شود؛ اما با استقراء در برخی از احکام شاید بتوان به نتایج تقریباً مشابهی دست یافت. در خصوص رویکرد حقوق ایران نسبت به استاندارد درجه متعارفی از قطعیت؛ گفتنی است با آن که مسلم بودن خسارت در حقوق ایران از جمله شرایط خسارت قابل جبران تلقی شده است، اما طریق و استاندارد اثبات این شرط، چندان مورد توجه نبوده است. مسلم بودن خسارت در مقابل احتمالی بودن آن قرار گرفته است؛ بدین نحو که به صرف احتمال ورود زیان، نمی‌توان کسی را به جبران خسارت محکوم کرد. در این خصوص بیان شده است که ضرر مسلم ممکن است ضرر آینده باشد و مقصود از مسلم، مسلم عرفی است نه مسلم واقعی و یقینی (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۷: ۸۹). برخی در بررسی این شرط میان خسارات موجود و آینده، قائل به تفکیک شده و بیان داشته‌اند: «درباره زیان‌های گذشته تاحدی ممکن است به یقین عرفی رسید ولی درباره زیان‌های آینده این قناعت وجدانی وجود ندارد و همه چیز احتمالی است» (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۴۷). با توجه به عبارات استدلال یادشده،

1. Arbitral Tribunal of the City of Panama, 24.02.2001, available at: [http:// www.unilex.info/case.cfm?id=677](http://www.unilex.info/case.cfm?id=677).

می‌توان به طور ضمنی ارجاع به قطعیت عرفی در احراز شرط مسلم بودن خسارت را در نظریه مذکور کشف نمود. در همین راستا، استدلال شده است که مسلم بودن خسارت به معنای صددرصد ریاضی نیست (بابایی، ۱۳۹۴: ۷۷)^۱ که به طور ضمنی این عقیده نیز قطعیت مطلق را رد می‌کند و بنابراین برای اثبات مسلم بودن خسارت، در حقوق ایران می‌توان قطعیت متعارف را ملاک عمل قرار داد.

در خصوص استاندارد دوم یعنی وقوع محتمل متعارف، نظر به اینکه این استاندارد ناظر بر خسارت آینده است، لذا بدو ضرورت دارد تا موضع حقوق ایران نسبت به امکان مطالبه خسارت آینده مورد بررسی قرار گیرد. در این ارتباط ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ چنین مقرر می‌دارد: «خواهان می‌تواند ... جبران خسارت ناشی از دادرسی یا تأخیر انجام تعهد یا عدم انجام آن را که به علت تقصیر خوانده نسبت به ادای حق یا امتناع از آن به وی وارد شده یا خواهد شد، ... مطالبه نماید...». در این ماده، قانونگذار امکان مطالبه خسارت قراردادی را که در آینده وارد خواهد شد، شناسایی کرده است. همینطور، به موجب ماده ۵ قانون مسئولیت مدنی در فرضی که صدمه جسمانی موجب شود تا قوه کار زیان دیده کم شود یا به طور کلی از بین برود و مخارج زندگی وی افزایش یابد، دادگاه می‌تواند برای خسارت‌های زمان آینده حکم مقتضی صادر کند و از آنجایی که امکان تخمین خسارت آینده دشوار است، به دادگاه اجازه داده شده است که تا دو سال بتواند در حکم خود یعنی میزان خسارت قابل پرداخت به زیان دیده تجدید نظر نماید. اگرچه حکم مقرر در ماده مزبور برای مسئولیت غیرقراردادی پیش‌بینی شده است، اما قابل تسری به مسئولیت قراردادی نیز می‌باشد که بدین ترتیب می‌توان جبران خسارت آینده در حقوق ایران را تأیید نمود. در ارتباط با نحوه اثبات خسارات آینده برخی بیان داشته‌اند که: «در صورتی حکم به جبران خسارت داده می‌شود که بر طبق سیر طبیعی و متعارف امور، احتمال ورود آن به مراتب بیشتر باشد» (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۴۸). در نظریات ابرازی به نحو ضمنی احتمال وقوع متعارف برای امکان مطالبه خسارت آینده تأیید شده است.

۱. قابل ذکر است که بر اساس دیدگاه حقوقدان یادشده، شرط مسلم بودن خسارت تنها ناظر بر خسارات گذشته است و در خصوص خسارت آینده موضوعیت ندارد. اما استاندارد «درجه متعارفی از قطعیت»، مطابق ماده ۳-۴-۷ اصول UPICC در خصوص خسارات آینده هم جریان دارد. برای مطالعه در این مورد ر.ک: به قلمرو استاندارد درجه متعارفی از قطعیت در این مقاله.

در بررسی امکان اعمال استاندارد سوم در حقوق ایران می‌توان به قانون داوری تجاری بین‌المللی که اقتباسی از قانون نمونه آنستیرال است، اشاره نمود. به موجب بند ۳ ماده ۲۷ این قانون: «... داور در صورتی که طرفین صریحاً اجازه داده باشند می‌تواند بر اساس عدل و انصاف یا به صورت کدخدامنشانه تصمیم بگیرد...». اگرچه این مقرر تحول مثبتی در حقوق ما تلقی می‌شود، اما اعمال آن در محاکم دادگستری به علت فقدان مقرر صریحی در این خصوص مشکل به نظر می‌رسد. هرچند که با استقرار در قوانین، نمونه‌هایی از گرایش به انصاف و ضرورت دخالت آن در تصمیم‌گیری‌های محاکم آشکار می‌گردد. به عنوان نمونه در بند ۲ ماده ۴ قانون مسئولیت مدنی به دادگاه اجازه داده شده است که میزان خسارت را در شرایطی که جبران آن موجب عسرت و تنگدستی واردکننده زیان باشد، تخفیف دهد. این حکم مبنایی جز رجوع به انصاف ندارد (صفایی و رحیمی، ۱۳۹۴: ۲۵۸؛ کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۸-۶۹۷) و مشابه چنین وضعیتی در ماده ۷۰۰ قانون آیین دادرسی مدنی فرانسه^۱ ملاحظه می‌شود.

۲. استانداردهای خاص اثبات خسارت

برخی دیگر از الگوهای اثبات خسارت وجود دارد که بر اساس آن داور باید از شیوه خاصی به صورت مشخص مانند رجوع به قیمت رایج بازار یا استناد به قیمت معامله جایگزین استفاده کند. در حقیقت بر خلاف استانداردهای پیشین، روش احراز خسارت به صورت عام مدنظر نبوده و معیار مشخصی برای اثبات در نظر گرفته شده است. در این بخش از نوشتار، استانداردهای خاص اثباتی از جمله روش واقعی و فرضی محاسبه خسارت و نیز معیار خسارت بر مبنای منافع مثبت و منافع منفی مورد مطالعه قرار گرفته است.

۲-۱. روش واقعی و روش فرضی اثبات خسارت

دو استاندارد خاص اثبات خسارت، روش واقعی و روش فرضی محاسبه خسارت است که در اسناد بین‌المللی مورد شناسایی قرار گرفته‌اند. منظور از روش واقعی محاسبه خسارت رجوع به معامله جایگزین برای تعیین میزان خسارت است و مراد از روش فرضی این است که برای

۱. به موجب ماده مزبور، قاضی در ارتباط با صدور حکم بر خسارات دادرسی براساس انصاف به وضعیت اقتصادی محکوم علیه بایستی توجه نماید.

تعیین میزان خسارت به قیمت رایج بازار مراجعه می‌شود.

۱-۲. روش واقعی محاسبه خسارت

یکی از معیارهای تعیین میزان خسارت، استفاده از روش واقعی است که به هنگام انعقاد معامله جایگزین با لحاظ شرایطی به کار گرفته می‌شود. در ماده ۵-۴-۷ UPICC، ماده ۷۵ CISG، ماده ۹:۵۰۶ PECL و ماده ۳:۷۰۶ کتاب سوم DCFR این ضابطه شناسایی شده است. به موجب قواعد مقرر در اسناد مذکور، چنانچه قرارداد میان طرفین به علت نقض قرارداد، فسخ شود و اگر به طریق معقول و ظرف مدت زمان معقولی پس از فسخ، زیان دیده معامله جایگزینی منعقد کند، می‌تواند تفاوت بین قیمت قراردادی و معامله جایگزین را به عنوان خسارت مطالبه نماید. این شیوه تعیین خسارت به عنوان روش واقعی شناخته می‌شود، زیرا به وضعیت و رفتار واقعی زیان دیده توجه دارد (Saidov, 2008: 173).

استفاده از روش واقعی محاسبه خسارت منوط به تحقق شرایطی است. نخستین شرط فسخ قرارداد اصلی از سوی طرف زیان دیده قرارداد به علت نقض تعهد از سوی طرف مقابل است (Saidov, 2008: 174).

دومین شرط برای استناد به روش واقعی محاسبه خسارت، انعقاد معامله جایگزین است. چنین معامله‌ای برای اینکه بتواند معامله جایگزین تلقی شود، می‌بایست پس از فسخ قرارداد با شخص دیگری غیر از طرف ناقض قرارداد اصلی منعقد گردد (Vogenauer & Kleinheisterkamp (eds), 2009: 890) و این معامله می‌بایست «واقعاً» منعقد شده باشد یعنی صوری نباشد (Saidov, 2008: 178).

سومین شرط این است که معامله جایگزین به طریق معقول و متعارفی منعقد شده باشد، به این معنی که میان قرارداد اصلی و معامله جایگزین باید چنان ارتباط و مشابهت عرفی وجود داشته باشد، تا بتواند به عنوان قرارداد جایگزین برای قرارداد اصلی در نظر گرفته شود (شعاریان و رحیمی، ۱۳۹۵، ۸۷۵). چنین معامله‌ای باید واقعاً به منظور جایگزینی با قرارداد اصلی منعقد شده باشد و چنین امری مستلزم این است که به طور کلی با قرارداد اصلی مرتبط بوده و بتواند منافع زیان دیده را در اجرای قرارداد اصلی تضمین نماید (Gotanda, 2005: 11-12).

نهایتاً، چهارمین شرط برای مطالبه خسارت ناشی از معامله جایگزین این است که معامله مذکور ظرف مدت زمان معقول پس از فسخ قرارداد منعقد شود. معقول بودن زمان انعقاد معامله جایگزین بر حسب اوضاع و احوال هر قضیه می‌تواند متفاوت باشد (Saidov, 2008: 287; Huber & Mullis, 2007: 184). با احراز شرایط مذکور و وجود اختلاف مبلغ میان قرارداد اصلی و قرارداد جایگزین، زیان دیده مستحق تفاوت قیمت دو قرارداد یاد شده خواهد بود.

۲-۱-۲. روش فرضی محاسبه خسارت

معیار دیگری که برای محاسبه خسارت در مقابل روش واقعی مطرح شده است، روش فرضی محاسبه خسارت است که به هنگام عدم انعقاد معامله جایگزین و لحاظ برخی شرایط دیگر امکان استناد به این روش وجود خواهد داشت.

ماده ۷۶ CISG در خصوص محاسبه خسارت به روش فرضی است. به موجب بند اول این ماده چنانچه قرارداد فسخ شود و قیمت رایجی برای کالا وجود داشته باشد، زیان دیده مستحق تفاوت بین قیمت تعیین شده در قرارداد و قیمت رایج در زمان فسخ خواهد بود. این روش محاسبه در ماده ۶-۴-۷ UPICC، ماده ۹:۵۰۷ PECL و ماده ۳:۷۰۷ کتاب سوم DCFR نیز مورد شناسایی قرار گرفته است.

گاهی برای زیان دیده امکان انعقاد قرارداد جایگزین وجود ندارد یا اینکه به‌رغم چنین امکانی، وی تمایلی به انعقاد قرارداد جایگزین ندارد. در چنین حالتی وی می‌تواند تفاوت بین قیمت تعیین شده در قرارداد و قیمت رایج در زمان فسخ را وصول کند. این روش که برای محاسبه خسارات قابل مطالبه پیش‌بینی شده است، به روش فرضی محاسبه خسارت معروف است؛ زیرا برخلاف روش واقعی محاسبه خسارت که مبتنی بر انعقاد واقعی معامله جایگزین است، در روش فرضی زیان دیده عملاً معامله جایگزینی منعقد نکرده است، بلکه فرض روش مزبور بر این است که وی می‌توانسته معامله جایگزین را به قیمت رایج منعقد کند (Knapp, 1987: 558).

امکان محاسبه خسارت بر اساس روش فرضی منوط به تحقق برخی شرایط است. اولاً همانند روش واقعی، استناد به روش فرضی منوط به فسخ قرارداد از جانب زیان دیده است. ثانیاً

زیان دیده می‌بایست نسبت به انعقاد معامله جایگزین اقدام نکرده باشد و یا این که در قرارداد جایگزین منعقد، شرایط استناد به روش واقعی مطالبه خسارت تحقق نیافته باشد. ثالثاً وجود قیمت رایج بازار برای موضوع قرارداد فسخ شده، ضروری است (Saidov, 2008: 197-199). بدیهی است در صورت فقدان هر یک از شرایط مذکور، امکان مطالبه خسارت بر مبنای روش فرضی وجود نخواهد داشت و میزان خسارت قابل جبران بر اساس قواعد کلی تعیین خواهد شد (Saidov, 2008: 215).

۳-۱-۲. کارکرد روش‌های واقعی و فرضی در اثبات خسارت

سؤالی که به ذهن می‌رسد این است که آیا روش‌های مزبور طریقه‌ای برای تعیین میزان خسارت است یا در اثبات اصل وقوع خسارت نیز کارکرد دارد؟ به نحوی که قبلاً بیان شد (Saidov, 2008: 154-155) اثبات میزان خسارت همیشه ملازمه با اثبات اصل خسارت دارد و هنگامی که زیان دیده با رجوع به روش واقعی یا روش فرضی (از طریق دادگاه یا ارجاع به کارشناسی) میزان خسارت را بر مبنای تفاوت قیمت میان قرارداد اصلی از یک سو و قرارداد جایگزین یا قیمت رایج بازار از سوی دیگر اثبات می‌کند، در حقیقت با این شیوه، اصل وقوع خسارت نیز اثبات می‌شود. البته باید توجه داشت که عکس این قاعده همیشه صادق نیست و به عبارت دیگر ممکن است زیان دیده بتواند اصل وقوع خسارت را اثبات نماید و در عین حال در اثبات میزان خسارت وارده با مشکل مواجه شود که در این وضعیت داور قادر خواهد بود بر مبنای سایر استانداردهای اثباتی حتی به نحو تخمینی و غیردقیق میزان خسارت را تعیین نماید.

۲-۲. خسارت بر مبنای منافع مثبت و منافع منفی

از جمله استانداردهای خاصی که برای اثبات خسارت به کار گرفته می‌شود عبارت از معیار خسارت بر مبنای منافع مثبت و خسارت بر مبنای منافع منفی است که در سیستم‌های حقوقی مختلف رویکردهای متفاوتی نسبت به آنها اتخاذ شده است. اگرچه این مفاهیم در سیستم‌های مختلف با عناوین مختلفی به کار رفته است؛ اما بیانگر مفهوم واحدی هستند.^۱ مراد

۱. در سیستم کامن‌لا عنوان «منافع مورد انتظار» (Expectation Interest) برای خسارت بر مبنای منافع مثبت و «منافع مورد اتکا» (Reliance Interest) برای خسارت بر مبنای منافع منفی بکار می‌رود.

از جبران خسارت بر مبنای منافع مثبت، قرار دادن زیان دیده در موقعیت اجرای قرارداد است و منظور از جبران خسارت بر مبنای منافع منفی قرار دادن زیان دیده در وضعیت مالی موجود در زمان انعقاد قرارداد است.

۱-۲-۲. خسارت بر مبنای منافع مثبت

اکثر سیستم‌های حقوقی و قوانین مدنی جبران خسارات ناشی از نقض قرارداد را در دسته خسارت بر مبنای منافع مثبت مورد شناسایی قرار داده‌اند. همچنانکه اشاره شد، هدف از خسارت بر مبنای منافع مثبت، قرار دادن زیان دیده در چنان وضعیت مالی است که اگر قرارداد به درستی اجرا می‌شد، وی در آن وضعیت قرار می‌گرفت. این وضعیت ممکن است شامل هر نوع منفعتی باشد که اگر نقض رخ نمی‌داد، زیان دیده در نتیجه اجرای قرارداد به این منافع دست می‌یافت (Gotanda, 2006: 14). بنابراین به استناد خسارت بر مبنای منافع مثبت، هر دو دسته خسارات

وارد و عدم‌النتفع، قابل مطالبه خواهند بود (Fauvarque-Cosson & Mazeaud, 2008: 293).

در میان اسناد بین‌المللی، مواد ۹:۵۰۲ PECL و ۳:۷۰۲ کتاب سوم DCFR استاندارد خسارت بر مبنای منافع مثبت را برای تعیین میزان اصلی خسارات قابل جبران شناسایی و حکم مشابهی ارائه کرده‌اند. ماده ۹:۵۰۲ PECL چنین مقرر می‌دارد: «میزان اصلی خسارت، مبلغی است که زیان دیده را تا حد امکان در چنان موقعیتی قرار دهد که اگر قرارداد به درستی انجام می‌شد، وی در آن وضعیت قرار می‌گرفت. چنین خسارتی، ضررهای وارده و همین‌طور منفعت‌هایی که زیان دیده از آنها محروم مانده است را، در بر می‌گیرد». ماده ۲-۴-۷ UPICC اصل جبران کامل خسارات را مورد شناسایی قرار داده است و نهایتاً ماده ۷۴ CISG بر مبنای دو اصل جبران کامل خسارات و استاندارد خسارت بر مبنای منافع مثبت تفسیر می‌شود (Saidov, 2008: 27).

باید در نظر داشت که در کنار معیار خسارت بر مبنای منافع مثبت، قاعده‌ای تحت عنوان اصل جبران کامل خسارات وجود دارد که در نظام حقوقی رومی-ژرمنی پایه‌گذاری شده است. مطابق این اصل تمام خسارات وارده و عدم‌النتفع قابل جبران هستند. علیرغم فرمول‌های متفاوت این دو در تعیین میزان خسارت، به اعتقاد برخی (Saidov, 2008: 26) هر دو اصل

جبران کامل خسارات و خسارت بر مبنای منافع مثبت با ایده مشترکی بنیانگذاری شده‌اند، زیرا فقط با جبران کامل خسارات می‌توان زیان‌دیده را در وضعیتی قرار داد که اگر تعهد به درستی انجام می‌شد، وی در آن وضعیت قرار می‌گرفت.

۲-۲-۲. خسارت بر مبنای منافع منفی

در مقابل خسارت بر مبنای منافع مثبت، برخی از سیستم‌های حقوقی میزان خسارت زیان‌دیده را به استناد خسارت بر مبنای منافع منفی تعیین می‌نمایند. هدف این نوع از جبران خسارت، قرار دادن زیان‌دیده در آن وضعیت مالی است که اگر قرارداد منعقد نمی‌شد، وی در آن جایگاه قرار داشت (Gotanda, 2006: 14). این امر با جبران هزینه‌های ناشی از اتکای زیان‌دیده به قرارداد صورت می‌پذیرد. چنین هزینه‌هایی عمدتاً شامل مواردی هستند که برای انعقاد، تدارک و اجرای قرارداد ضروری می‌باشند. نوع دیگری از خسارت که با لحاظ این معیار قابل مطالبه می‌باشد، خسارتی است که زیان‌دیده در نتیجه از دست دادن فرصت‌های مشابه دیگر برای انعقاد قرارداد متحمل شده است، زیرا انعقاد قرارداد با طرف ناقص موجب محرومیت زیان‌دیده از انعقاد معاملات دیگر می‌شود و با لحاظ معیار حمایت از منافع مورد اتکا (خسارت بر مبنای منافع منفی) چنین خسارتی می‌بایست جبران گردد. باید در نظر داشت که این منفعت مورد حمایت، نوع خاصی از عدم‌النفع بوده و در حقیقت خسارت از دست دادن شانس منفعت^۱ به حساب می‌آید، نه از دست دادن خود منفعت (عدم‌النفع). تفاوت این دو در میزان خسارت قابل جبران است که میزان خسارت از دست دادن شانس منفعت به مراتب پایین‌تر از خود عدم‌النفع می‌باشد (Saidov, 2008: 30-31). لازم به ذکر است که خسارت بر مبنای منافع منفی کمتر مورد توجه نظام‌های حقوقی بوده و غالباً زمانی مورد استناد قرار می‌گیرد که قرارداد باطل اعلام شده باشد (Gotanda, 2006: 91).^۲

در خصوص ارتباط میان خسارت بر مبنای منافع مثبت و منفی، باید اظهار داشت که میان

1. Loss of a Chance to Profit.

۲. در حقوق سوئیس در مفهوم خسارت بر مبنای منافع منفی، نوع خاصی از عدم‌النفع قابل مطالبه تلقی شده است، به این شرح که هرچند عدم حصول منافع ناشی از قرارداد نقض شده قابل مطالبه نیست، اما زیان‌دیده می‌تواند منافع از دست داده ناشی از عدم انعقاد معاملات مشابه دیگر را که در نتیجه اعتماد به قرارداد منعقد متحمل شده است، مطالبه نماید (Fauvarque-Cosson & Mazeaud, 2008: 298).

این دو معیار از برخی جهات هم‌پوشانی وجود دارد. قابلیت جبران خسارات وارده و خسارت در نتیجه از دست دادن فرصت‌های مشابه دیگر در هر دو معیار شناسایی شده است و از این حیث با یکدیگر تفاوتی ندارند. اما فارغ از نقاط اشتراک این دو استاندارد، باید اظهار داشت که این مفاهیم از یکدیگر متفاوت بوده و جنبه‌های متفاوتی از میزان خسارت را پوشش می‌دهند؛ خسارت بر مبنای منافع مثبت رویکردی آینده‌محور و خسارت بر مبنای منافع منفی رویکردی گذشته‌محور است (Saidov, 2008: 31-32).

۳-۲. رویکرد حقوق ایران

در ارتباط با روش واقعی محاسبه خسارت، قانون مدنی ایران در بردارنده مقرره صریحی در خصوص مطالبه خسارت ناشی از قرارداد جایگزین نیست، اما می‌توان از برخی مقررات و قواعد حقوقی مطالبه چنین خسارتی را تأیید نمود. مثلاً از مواد ۲۲۲ و ۲۳۸ قانون مدنی راجع به اجرای قرارداد از سوی متعهدله یا شخص ثالث با هزینه متعهد و همینطور مواد ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی و ۳۴ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا که به هنگام نقض قرارداد، امکان اجرای تعهد از سوی متعهدله یا از جانب اشخاص ثالث را شناسایی نموده است، استنباط می‌شود که در صورت عدم اجرای قرارداد از ناحیه متعهد، حاکم می‌تواند به خرج متعهد موجبات انجام تعهد را توسط خود متعهدله یا شخص ثالث فراهم کند و اگر انجام آنان منجر به ورود هزینه‌های اضافی گردد، پرداخت آنها بر عهده متعهد خواهد بود. اگرچه در مصادیق یادشده، قرارداد اصلی پابرجا است، ولی هدف قانونگذار این بوده است که هرگونه هزینه اضافی اجرای تعهد را بر دوش متعهد قرار دهد و همین قاعده را باید در قرارداد جایگزین که متعاقب فسخ عقد اصلی منعقد می‌شود، جاری ساخت. البته باید در نظر داشت که شرایط استناد به این روش در حقوق ایران نیز لحاظ می‌گردد؛ برای مثال انعقاد قرارداد دوم باید به طریق معقول و متعارفی انجام پذیرد (شعاریان و رحیمی، ۱۳۹۵: ۸۸۳-۸۸۵).

در قانون مدنی ایران مقرره‌ای در خصوص روش فرضی و ارجاع به قیمت رایج در محاسبه خسارت ملاحظه نمی‌شود. اما نتیجه مشابه از ماده ۲۹ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی مصوب ۱۳۸۷ به دست می‌آید. به موجب ماده مذکور: «هرگاه موضوع اجرائیه عین معین منقول بوده و به آن دسترسی نباشد یا مال کلی در ذمه بوده و متعهد از انجام تعهد امتناع ورزد

یا مثل آن در خارج یافت نشود، متعهدله می‌تواند بهای روز اجرای تعهد را بخواهد...». این حکم مشابه وضعیتی است که در خصوص محاسبه خسارت به روش فرضی مورد بررسی بوده است و می‌توان آن را به عنوان قاعده کلی در تعهدات پذیرفت (شعاریان و رحیمی، ۱۳۹۵: ۸۹۷).

در خصوص رویکرد حقوق ایران نسبت به خسارت بر مبنای منافع مثبت و خسارت بر مبنای منافع منفی باید در نظر داشت که قانون مدنی در رابطه با میزان خسارت قابل مطالبه ناشی از نقض قرارداد حاوی مقرره‌ای صریح در تأیید یا رد هر یک از دو ضابطه مذکور نمی‌باشد، با این حال برخلاف نظر برخی (قاسمی، ۱۳۸۹: ۱۵۶؛ خادم سربخش و سلطانی‌نژاد، ۱۳۹۲: ۴۶) که معتقدند با توسل به برخی از مبانی حقوقی و فقهی مانند قاعده لاضرر، خسارت زیان‌دیده باید به نحوی ادا شود که وی را در موقعیتی قرار دهد که اگر قرارداد به نحو درست اجرا می‌شد، وی در آن موقعیت قرار می‌گرفت، باید گفت که با لحاظ عدم امکان مطالبه عدم‌النفع در وضعیت فعلی حقوق ایران، رجوع به ضابطه تشخیص میزان خسارت بر مبنای منافع مثبت متصور نیست. اگرچه در انتخاب میان دو ضابطه خسارت بر مبنای منافع مثبت و خسارت بر مبنای منافع منفی، ضابطه اول از منطق و پشتوانه کافی برخوردار است، اما بایستی در تحلیل نهایی قضیه و ارائه پاسخ دقیق، بدو رویکرد حقوق ایران را نسبت به موضوع عدم‌النفع شناسایی نمود و سپس در مقام انتساب یکی از دو ضابطه مذکور به حقوق ایران گام برداشت.

واقعیت این است که حقوق ایران سه مرحله متفاوت را در این خصوص پشت سر گذاشته است. مرحله اول به سال‌های ۱۳۰۷ (زمان تصویب قانون مدنی) تا ۱۳۱۸ (زمان تصویب قانون آیین دادرسی مدنی) بازمی‌گردد. در خلال این مدت که قانون مدنی مقرره‌ای صریح در خصوص عدم‌النفع نداشت، قضات محاکم با استناد به مبانی فقهی از صدور حکم به عدم‌النفع امتناع می‌نمودند. در مرحله دوم یعنی بعد از تصویب قانون آیین دادرسی مدنی در سال ۱۳۱۸ همانگونه که احمد متین‌دفتری بیان نموده است به منظور پر کردن این خلأ، امکان مطالبه عدم‌النفع که امری ماهوی بود در ماده ۷۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی گنجانده شد تا دست محاکم در صدور حکم به عدم‌النفع گشوده شود (متین‌دفتری، ۱۳۹۱: ۲۷). مرحله سوم که با

تغییر موضع قانونگذار همراه بوده و عدم النفع به عنوان خسارت قابل مطالبه شناسایی نشده است مربوط به دوره بعد از تصویب قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ می باشد که به موجب تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون مذکور خسارت عدم النفع غیر قابل مطالبه اعلام شده است. به رغم همه توجیهاتی که نسبت به موضع اخیر قانونگذار از سوی نویسندگان به عمل آمده که عمدتاً ناشی از دیدگاه مثبت آنان نسبت به امکان مطالبه عدم النفع است و این دیدگاه بیش از آنکه مبتنی بر ادله معتبر باشد، نشانگر خواست و تمایل آنان به امکان مطالبه چنین خسارتی است؛ باید اشاره نمود که اولاً صراحت حکم تبصره ۲ ماده ۵۱۵ و ثانیاً مکاتبات صورت گرفته میان مجلس و شورای نگهبان در ارتباط با تصویب قانون آیین دادرسی مدنی جدید مؤید این امر است که عدم النفع در هیچ یک از اقسام آن یعنی عدم النفع مسلم یا محتمل در حقوق ایران قابل مطالبه نمی باشد و عقیده طرفداران این نظریه (کاتوزیان، ۱۳۷۹: ۱۱؛ شهیدی، ۱۳۸۳: ۲۵۹؛ بابایی، ۱۳۹۴: ۵۴-۵۵؛ محقق داماد، تفرشی و وحدتی شیرازی، ۱۳۸۱: ۱۷)^۱ از پشتوانه کافی حقوقی برخوردار است. بنابراین می توان نتیجه گرفت که حقوق ایران در سه مرحله متفاوت پیش گفته رویکردهای یکسانی نسبت به موضوع اتخاذ نموده است. در مرحله اول که با وصف خلأ قانونی همراه بوده قضات بر مبنای مبانی فقهی به عدم النفع رأی نمی دادند و در این دوره (۱۳۰۷-۱۳۱۸)، خسارت بر مبنای منافع منفی ملاک صدور احکام قرار می گرفت. در مرحله دوم (۱۳۱۸-۱۳۷۹) که مطالبه عدم النفع مورد تجویز قانونگذار بود، خسارت بر مبنای منافع مثبت مورد تأیید قرار گرفت. در مرحله سوم (۱۳۷۹ به بعد) به جای پیشرفت در حوزه تنوع بخشی به جبران خسارت، قانونگذار با تنزل بخشیدن جایگاه حقوق ایران و رد امکان مطالبه عدم النفع، مجدداً به ضابطه خسارت بر مبنای منافع منفی بازگشت.^۲

برخی (بادینی و سایرین، ۱۳۹۵: ۳) اصل جبران کامل خسارت در حقوق ایران را با استناد به نظریه خسارت بر مبنای منافع منفی یعنی اعاده وضعیت زیان دیده به حالت سابق مورد پذیرش قرار داده اند، در حالی که باید توجه داشت که شناسایی اصل جبران کامل خسارت منوط به پذیرش امکان مطالبه خسارت بر مبنای منافع مثبت است که به موجب آن عدم النفع نیز

۱. دیدگاه ناصر کاتوزیان راجع به تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ در روزنامه اطلاعات مورخ ۳ شهریور سال ۱۳۷۹ (ص ۱۱) بیان شده است و در سایر آثار ایشان فقط ماده ۷۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی سابق مورد تحلیل قرار گرفته است.

۲. در تأیید این نظر ر.ک به: وطنی و سایرین، ۱۳۹۴: ۱۵۷-۱۵۸.

از اقسام خسارت قابل مطالبه تلقی می‌شود. بنابراین اصل مذکور باید در پرتو وضعیت حقوقی عدم‌النفع مورد تحلیل قرار گیرد که با در نظر گرفتن عدم امکان مطالبه چنین خسارتی، پذیرش اصل جبران کامل خسارت در حقوق ایران ممکن نیست.^۱

۳. عدم امکان اعمال استاندارد برای اثبات خسارت

در مواردی که طرفین قرارداد، پیشاپیش خسارت ناشی از نقض عهد را پیش‌بینی نموده و با درج شرط وجه‌التزام میزان مقطوع خسارت را تعیین می‌کنند یا آنکه قانون در موارد خاصی میزان خسارت قابل مطالبه را تعیین می‌نماید، دیگر امکان رجوع به استانداردهای مورد بحث منتفی است.

۱-۳. شرط وجه‌التزام

یکی از موارد عدم جریان استانداردهای اثبات خسارت، تعیین وجه‌التزام در قرارداد است. به موجب شرط وجه‌التزام، طرفین توافق می‌کنند تا در صورت وقوع نقض قرارداد، متعهد؛ مبلغ معینی را به عنوان خسارت به طرف دیگر بپردازد. تمام سیستم‌های حقوقی اعتبار و فایده درج چنین شروطی را که در حقیقت پیش‌بینی میزان احتمالی خسارت می‌باشد، به خصوص هنگامی که اثبات خسارت واقعی دشوار است، مورد شناسایی قرار داده‌اند (Chengwei, 2003: 213).

در اکثر اسناد بین‌المللی راجع به قراردادها از جمله UPICC، PECL و DCFR شرط وجه‌التزام مورد شناسایی قرار گرفته است. ماده ۱۳-۴-۷ UPICC مقرر می‌دارد: «۱- هنگامی که در قرارداد مقرر شده باشد که طرفی که تعهدش را اجرا نکرده است، می‌بایست به دلیل این عدم اجرا، مبلغ مشخصی را به طرف زیان‌دیده بپردازد، طرف زیان‌دیده بدون توجه به خسارت واقعی وارده مستحق دریافت آن مبلغ خواهد بود...». مواد ۵۰۹:۹ PECL و ۳:۷۱۲ از کتاب سوم DCFR نیز متضمن حکم مشابهی هستند. اما CISG صریحاً به موضوع شرط وجه‌التزام نپرداخته و به همین دلیل امکان درج چنین شرطی در قراردادهای مشمول کنوانسیون محل اختلاف است. اما به نظر اکثر نویسندگان با توجه به اصل حاکمیت اراده (ماده ۶ کنوانسیون) و اصل جبران خسارت در ماده ۷۴ می‌توان شرط وجه‌التزام را در قراردادهای

۱. در تأیید این نظر ر.ک. به: بابایی، ۱۳۹۴: ۴۰-۴۱.

تحت شمول کنوانسیون شناسایی نمود (Zeller, 2011: 1,13).

گنجاندن چنین شرطی در قراردادها مشروط بر احراز وقوع نقض قرارداد، معمولاً نشانگر عدم تمایل طرفین به درگیر شدن با یک دادرسی طولانی جهت اثبات خسارت و میزان آن به ویژه در روابط حقوقی پیچیده (که اثبات خسارت مشکل است)، می‌باشد (Mulcahy & College, 2008: 217) و همچنین زمان رسیدگی و هزینه‌های ناشی از آن را کاهش می‌دهد (Ferah & Mair, 2017: 3).

بنابراین عمده اثر تعیین وجه التزام در قراردادها این است که الزام زیان دیده به اثبات خسارت را منتفی می‌سازد. به صرف وقوع نقض از جانب متعهد و اثبات این امر، استحقاق زیان دیده برای مطالبه مبلغ مقرر احراز می‌گردد و نیازی به اثبات اصل خسارت یا میزان آن با توسل به استانداردهای اثباتی نیست؛ بنابراین زمانی که شرط وجه التزام در قرارداد وجود دارد، دادگاه می‌بایست نسبت به وقوع اصل خسارت یا میزان آن بی‌توجه باشد (Lando & Beale, 2000: 454).

در حقوق ایران نیز به موجب ماده ۲۳۰ قانون مدنی، شرط وجه التزام به رسمیت شناخته شده است و از آنجایی که این ماده اقتباسی از ماده ۱۱۵۲ قانون مدنی سابق فرانسه است، حقوقدانان ایرانی تحلیل به عمل آمده از طرف همتایان فرانسوی خود را تأیید نموده‌اند و به موجب نظر مورد اتفاق (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۲۰۲؛ امامی، ۱۳۹۱: ۲۹۸)، نیازی به اثبات اصل خسارت یا میزان آن نیست.

گفتنی است در نظام‌های حقوقی (به استثنای حقوق ایران) تعدیل وجه التزام در شرایط خاصی از جمله گراف یا ناچیز بودن مبلغ مورد توافق تجویز شده است. در چنین وضعیتی مرجع رسیدگی بدون توجه به مبلغ مورد توافق و با رجوع به استانداردهای اثباتی، میزان خسارت معقول قابل پرداخت را تعیین نماید. بنابراین در تعدیل وجه التزام رجوع به استانداردهای اثبات ضروری خواهد بود، چرا که محاسبه مبلغ خسارت واقعی یا معقول بدون استفاده از استانداردهای اثباتی هیچ توجیه منطقی نخواهد داشت.

۲-۳. خسارت تأخیر تأدیه

از دیگر موارد عدم جریان استانداردهای اثبات خسارت، خسارت تأخیر تأدیه است.

خسارت تأخیر تأدیه زمانی مطرح می‌شود که موضوع تعهد وجه نقد است. ضمانت اجرای نقض تعهدات پولی مطالبه اجرای تعهد اصلی همراه با خسارت تأخیر تأدیه است و موجبی برای مطالبه خسارت عدم انجام تعهد نیست، زیرا خسارت عدم اجرای تعهد، بدل اصل تعهد است و زمانی مورد حکم قرار می‌گیرد که اصل تعهد قابل اجرا نباشد (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۲۳۱).

در میان اسناد بین‌المللی مورد مطالعه، مواد ۹:۵۰۸، PECL، ۷-۴-۹، UPICC، ۳:۷۰۸ کتاب سوم DCFR حکم مشابهی در خصوص خسارت تأخیر تأدیه پیش‌بینی نموده‌اند. در مواد مذکور به طور کلی متعهدله استحقاق دارد تا در صورت تأخیر متعهد در پرداخت تعهد پولی در موعد مقرر، نسبت به مطالبه بهره مبلغ مذکور بر مبنای میانگین نرخ وام کوتاه‌مدت بانکی اقدام نماید. در ماده ۷۸ CISG استحقاق متعهدله به مطالبه خسارت تأخیر تأدیه ثمن معامله یا هر وجه دیگری که ایفای آن به تأخیر افتاده باشد، مورد شناسایی قرار گرفته است، اما به علت اختلاف نظرهای سیاسی، اقتصادی و مذهبی کشورهای شرکت‌کننده در کنفرانس وین تعیین نرخ بهره مورد توافق قرار نگرفت (Schlechtriem & Butler, 2009: 222).

در حقوق ایران بحث خسارت تأخیر تأدیه با فراز و فرودهایی همراه بوده است که بررسی تفصیلی آن از مجال این نوشتار خارج است. در ماده ۷۱۹ قانون آیین دادرسی مدنی پیشین، نرخ خسارت تأخیر تأدیه معادل صدی دوازده محکوم‌به در سال اعلام شده بود که شورای نگهبان در نظریه شماره ۹۳۳۹ مورخ ۱۳۶۲/۸/۲۵ آن را غیر شرعی تصور نمود و دادگاه‌ها نیز تحت تأثیر این نظریه از صدور حکم به خسارت تأخیر تأدیه خودداری می‌کردند. پس از گذشت سال‌ها با تصویب قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹، ماده ۵۲۲ قانون مذکور حکم مشابهی وضع و بیان داشت که: «در دعاوی که موضوع آن دین و از نوع وجه رایج بوده و با مطالبه دائن و تمکن مدیون، مدیون امتناع از پرداخت نموده، در صورت تغییر فاحش شاخص قیمت سالانه از زمان سررسید تا هنگام پرداخت و پس از مطالبه طلبکار، دادگاه با رعایت تناسب تغییر شاخص سالانه که توسط بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران تعیین می‌گردد محاسبه و مورد حکم قرار خواهد داد مگر اینکه طرفین به نحو دیگری مصالحه نمایند».

به رغم تفاوت دیدگاه‌های موجود در خصوص ماهیت حقوقی حکم مقرر در ماده ۵۲۲ موصوف،^۱ خسارت ناشی از عدم پرداخت به موقع دین (خواه خسارت تأخیر تأدیه تلقی شود یا خسارت ناشی از کاهش ارزش پول لقب گیرد)، مستلزم پرداخت خسارت به مأخذ مشخص مقرر در قانون یعنی شاخص قیمت سالانه اعلامی بانک مرکزی خواهد بود. در اسناد مورد بررسی، ضمن شناسایی لزوم جبران خسارت تأخیر تأدیه، نوع دیگری از ضرر، یعنی خسارت ناشی از کاهش ارزش پول در نتیجه تورم^۲ داخل در دسته خسارات قابل جبران فرض شده است که بایستی با رجوع به استانداردهای اثباتی، احراز و میزان آن تعیین شود، در حالی که میزان خسارت تأخیر تأدیه مشخص شده است و نیازی به مراجعه به استانداردهای مورد بحث نیست (Von Bar & Clive, *et al.* (eds), 2009: 936; Lando & Beale (eds), 2000: 451). در حقوق ایران مطالبه خسارت موضوع ماده ۵۲۲ قانون مذکور منوط به تمکن مدیون است، در حالی که در اسناد بین‌المللی مورد اشاره نه تنها چنین شرط غیرقابل توجیهی ملاحظه نمی‌گردد، بلکه در فرضی هم که عدم پرداخت منتسب به فورس‌ماژور باشد، خسارت تأخیر تأدیه قابل مطالبه دانسته شده است (Vogener & Kleinheisterkamp, 2009: 908).

مبنای پیش‌بینی شده در ماده ۵۲۲ قانون مذکور برای محاسبه خسارت، تغییر شاخص قیمت سالانه کالاها است که توسط بانک مرکزی اعلام می‌گردد. شرط مطالبه این نوع از خسارت، فاحش بودن تغییر شاخص است که به نظر برخی (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۲۳۹) این شرط بر ابهام میزان خسارت و دشواری رسیدگی به آن می‌افزاید و موضوع را تابع عرف و رویه قضایی می‌کند. به نظر می‌رسد در تعیین فاحش بودن تغییر شاخص، می‌توان از ملاک ماده ۴۱۷ قانون مدنی^۳ در خصوص مبنای تحقق خیار غبن استفاده نمود، یعنی تغییر شاخص زمانی فاحش تلقی گردد که عرفاً قابل مسامحه نباشد. بنابراین خواهان در مقام مطالبه خسارت تأخیر می‌بایست اثبات کند که تغییر شاخص عرفاً قابل مسامحه نیست. البته در این راستا نیازی به اثبات ورود خسارت و میزان آن در نتیجه تغییر شاخص بر مبنای استانداردهای اثباتی پیش‌گفته نیست و خواهان به صرف اثبات فاحش بودن تغییر، استحقاق دریافت خسارت

۱. برخی حکم مزبور را خسارت تأخیر تأدیه با مبنای جدید از حیث محاسبه می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۲۳۸؛ صفایی، ۱۳۹۴: ۲۴۲) و برخی دیگر آن را خسارت ناشی از کاهش ارزش پول دانسته‌اند (شهدی، ۱۳۸۳: ۸۴).

2. Fall in the Internal Value of the Money Through Inflation.

۳ ماده ۴۱۷ ق.م. مقرر می‌دارد: «غبن در صورتی فاحش است که عرفاً قابل مسامحه نباشد.»

تأخیر را بر مبنای شاخص اعلامی بانک مرکزی خواهد داشت. همچنین، خواننده به رغم اثبات عدم ورود خسارت در فرض تغییر فاحش شاخص سالانه، از پرداخت خسارت معاف نخواهد شد.

نتیجه‌گیری

برای اینکه زیان دیده استحقاق جبران خسارت پیدا کند، لازم است تا با توسل به استانداردهای اثباتی، وقوع اصل خسارت و همینطور میزان آن را به اثبات برساند. این استانداردها را می‌توان در دو دسته استانداردهای عام و خاص مطالعه و بررسی نمود. نخستین استاندارد عام اثبات خسارت، استاندارد درجه متعارفی از قطعیت مذکور در UPICC است که به موجب آن کلیه خسارات وارده به زیان‌دیده اعم از خسارات موجود و آینده و همینطور خسارات مالی و غیرمالی می‌بایست با درجه متعارفی از قطعیت به اثبات برسند. همچنانکه از عنوان این استاندارد برمی‌آید به اثبات خسارت با قطعیت مطلق نیازی نیست و قطعیت متعارف ملاک اثبات خواهد بود. البته اعمال استاندارد یادشده در هر مورد با لحاظ اوضاع و احوال حاکم بر قضیه صورت می‌گیرد و امکان دارد نحوه اعمال آن از موردی به مورد دیگر متفاوت باشد.

دومین استاندارد عام اثبات خسارت مورد بحث که منحصراً در خصوص خسارات آینده به کار گرفته می‌شود و در PECL مورد تصریح واقع شده است، استاندارد وقوع محتمل متعارف است. با در نظر داشتن اینکه وقوع خسارات آینده امری احتمالی است و اثبات آن به مراتب دشوارتر از خسارات موجود است؛ بنابراین در صورتی که وقوع احتمالی آن به طور متعارفی اثبات شود، چنین خسارتی قابل مطالبه خواهد بود. البته همانند استاندارد پیشین، متعارف بودن می‌تواند در موارد مختلف به نحو متفاوتی تفسیر و اعمال شود.

سومین استاندارد عام اثبات که در رسیدگی‌های مبتنی بر داوری قابلیت اعمال دارد، استاندارد مبتنی بر اصل عدل و انصاف است. اکثر مقررات حاکم بر داوری بین‌المللی و داخلی رسیدگی بر این مبنا را شناسایی کرده‌اند. با توافق طرفین بر تفویض اختیار به داور برای رسیدگی بر مبنای این اصل، داور مختار خواهد بود تا با کنار نهادن قوانین و مقررات، به

استناد اصل عدل و انصاف و با تکیه بر اصول منصفانه حکم قضیه را در ارتباط با میزان خسارت صادر کند.

در مقابل، استانداردهای خاص اثبات خسارت، با روش مشخصی امکان اثبات اصل خسارت و میزان آن را فراهم می‌سازد. نخستین استاندارد خاص اثباتی، استناد به روش واقعی و فرضی در محاسبه خسارت است. اگر قرارداد به علت نقض آن، فسخ شود و زیان دیده به طریق معقول و ظرف مدت زمان معقولی پس از فسخ، معامله جایگزینی منعقد کند، می‌تواند تفاوت بین قیمت قراردادی و معامله جایگزین را به عنوان خسارت بر مبنای روش واقعی مطالبه نماید. اما گاهی علی‌رغم فسخ قرارداد، برای زیان دیده امکان انعقاد قرارداد جایگزین وجود ندارد یا وی تمایلی به انعقاد این قرارداد ندارد. در چنین شرایطی در صورتی که قیمت رایج در بازار وجود داشته باشد، زیان دیده می‌تواند تفاوت بین قیمت تعیین شده در قرارداد و قیمت رایج در زمان فسخ را به استناد روش فرضی وصول کند.

استاندارد خاص اثباتی دیگر، خسارت بر مبنای منافع مثبت و منافع منفی است. هدف از خسارت بر مبنای منافع مثبت، قرار دادن زیان دیده در چنان وضعیت مالی است که اگر قرارداد به درستی اجرا می‌شد، وی در آن وضعیت قرار می‌گرفت. در این راستا تمام خسارات وارده و منفعی که در نتیجه اجرای قرارداد به زیان دیده تعلق می‌گرفت، قابل جبران خواهد بود. برعکس، هدف از خسارت بر مبنای منافع منفی، قرار دادن زیان دیده در آن وضعیت مالی است که اگر قرارداد منعقد نمی‌شد، وی در آن جایگاه قرار داشت. بنابراین، در چنین فرضی، عدم‌النفع ناشی از نقض قرارداد قابلیت جبران نخواهد داشت.

همانند هر قاعده کلی که ممکن است استثنائاتی را در بر داشته باشد، اثبات خسارت از سوی زیان دیده و رجوع به استانداردهای اثباتی در موارد خاصی لازم نیست. گاهی طرفین قرارداد، پیشاپیش خسارت ناشی از نقض عهد را در قرارداد خود پیش‌بینی نموده و با درج شرط وجه التزام میزان مقطوع خسارت را تعیین می‌کنند. با درج چنین شرطی، صرفاً با اثبات وقوع نقض قرارداد، زیان دیده استحقاق مطالبه خسارت مقطوع را خواهد داشت. همچنین در مواردی که قانون میزان خسارت قابل مطالبه را تعیین می‌کند، اعمال استانداردهای اثباتی در قضیه منتفی خواهد بود. مانند وضعیتی که در خسارت تأخیر تأدیه ملاحظه می‌شود و زیان دیده

با اثبات نقض تعهد پولی (عدم پرداخت) استحقاق مطالبه نرخ قانونی خسارت را خواهد داشت.

در قوانین ایران مقرر صریحی در خصوص استانداردهای اثبات خسارت وجود ندارد. با ارجاع به شرط مسلم بودن ضرر، می‌توان اعمال استاندارد درجه متعارفی از قطعیت و وقوع محتمل متعارف را در حقوق ایران تأیید نمود. استاندارد مبتنی بر اصل عدل و انصاف، در ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران شناسایی شده است. در خصوص محاسبه و تعیین میزان خسارت بر مبنای روش واقعی و فرضی، با استقرار در قوانین و اتخاذ ملاک واحد می‌توان از همین ضوابط استفاده نمود. در خصوص استاندارد دیگر یعنی خسارت بر مبنای منافع مثبت و منافع منفی به ناچار باید یکی از ضوابط را مورد پذیرش قرارداد. با توجه به تحولات قانونگذاری در خصوص عدم النفع و نهایتاً رد امکان مطالبه آن، در حال حاضر خسارت بر مبنای منافع مثبت در حقوق ایران قابل شناسایی نبوده که نتیجه حاصله رجوع به ضابطه خسارت بر مبنای منافع منفی خواهد بود. شرط وجه التزام و خسارت تأخیر تأدیه که مانع جریان استانداردهای اثباتی در قضیه می‌باشد، در حقوق ایران نیز همان اثر را دارا است.

منابع

الف- فارسی

کتابها

- امامی، میرسید حسن، (۱۳۹۱)، حقوق مدنی، جلد اول، چاپ سی و سوم، تهران: انتشارات اسلامیة.
- بابایی، ایرج، (۱۳۹۴)، حقوق مسئولیت مدنی و الزامات خارج از قرارداد، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- شعاریان، ابراهیم و رحیمی، فرشاد، (۱۳۹۵)، حقوق بیع بین المللی: شرح کنوانسیون بیع بین المللی کالا در پرتو دکترین و رویه قضایی مطالعه تطبیقی با اسناد بین المللی و حقوق ایران، چاپ دوم، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی شهر دانش.
- شهیدی، مهدی، (۱۳۸۳)، حقوق مدنی- آثار قراردادها و تعهدات، جلد سوم، چاپ دوم، تهران: نشر مجد.
- صفایی، سید حسین، (۱۳۹۴)، قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، چاپ بیست و دوم، تهران: نشر میزان.
- صفایی، سید حسین و رحیمی، حبیب اله، (۱۳۹۷)، مسئولیت مدنی تطبیقی، چاپ اول، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی شهر دانش.
- صفایی، سید حسین و رحیمی، حبیب اله، (۱۳۹۴)، مسئولیت مدنی (الزامات خارج از قرارداد)، چاپ هشتم، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها (سمت).
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۶)، الزام های خارج از قرارداد: ضمان قهری، چاپ هفتم، تهران: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران.
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۳)، قواعد عمومی قراردادها - اجرای قرارداد، جلد چهارم، چاپ هشتم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۹۲)، وقایع حقوقی - مسئولیت مدنی، چاپ نهم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- متین دفتری، احمد، (۱۳۹۱)، آیین دادرسی مدنی و بازرگانی، جلد دوم، چاپ چهارم، تهران: نشر مجد.

مقاله‌ها

- بادینی، حسن، (۱۳۸۹)، «نگرشی انتقادی به معیار «انسان معقول و متعارف» برای تشخیص تفصیر در مسئولیت مدنی»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۰، شماره ۱.

- بادینی، حسن و سایرین، (۱۳۹۵)، «تأثیر اصل جبران کامل خسارات در شیوه‌های عینی و انتزاعی ارزیابی خسارت در بیع بین‌المللی کالا»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۲۰، شماره ۱.

- حمیدیان، فاطمه و سایرین، (۱۳۹۶)، «مطالعه تطبیقی ارتباط مفهومی و کاربردی الفاظ متعدد در داوری‌های دوستانه و کدخدان‌نشانه»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۲۱، شماره ۱.

- خادم سربخش، مهدی و سلطانی‌نژاد، هدایت‌الله، (۱۳۹۲)، «اصل قابلیت جبران کلیه خسارات»، مبانی فقهی حقوق اسلامی، سال ششم، دوره دوازدهم.

- قاسمی، محسن، (۱۳۸۹)، «نقش قابل پیش‌بینی بودن خسارت در مسئولیت مدنی قراردادی و قهری»، فصلنامه تحقیقات حقوقی آزاد، شماره‌های ۵-۶ و ۷.

- محقق داماد، سید مصطفی، عیسائی تفرشی، محمد و وحدتی شبیری، سید حسن، (۱۳۸۱)، «قلمرو مسئولیت مدنی ناشی از تخلف از اجرای تعهد»، نامه مفید، شماره ۳۳.

- وطنی، امیر و سایرین، (۱۳۹۴)، «امکان جبران کامل خسارات در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، کنوانسیون قراردادهای بیع بین‌المللی کالا و حقوق ایران»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال ۴، شماره ۱۲.

ب- انگلیسی

Books

- Begic, Taida, (2005), *Applicable Law in International Investment Disputes*, Netherlands, Eleven International Publishing.

- Born, Gary. B, (2012), *International Arbitration: Law and Practice*, Netherlands, Kluwer Law International.

- Chengwei, Liu, (2003), *Remedies for Non-performance - Perspectives*

from CISG, UNIDROIT Principles and PECL, SiSU on behalf of CISG Database, Pace Institute of International Commercial Law.

- Fauvarque-Cosson, Bénédicte & Mazeaud, Denis, (2008), *European Contract Law- Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Germany, Sellier- European Law Publisher.

- Huber, Peter & Mullis, Alastair, (2007), *The CISG a New Textbook for Students and Practitioners*, Germany, Sellier- European Law Publishers.

- Knapp, Victor, (1987), *In Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law*, Italy, Giuffre Milan.

- Lando, Ole & Beale, Hugh (eds), (2000), *Principles of European Contract Law (Combined and Revised)*, Netherlands, Kluwer Law International.

- Mulcahy, Linda & College, Birkbeck, (2008), *Contract Law in Perspective, Routledge-Cavendish*, Fifth Edition, USA, Routledge-Cavendish.

- Saidov, Djakhongir, (2008), *The Law of Damages in International Sales-The CISG and other International Instruments*, USA, Hart Publishing.

- Saidov, Djakhongir & Cunnington, Ralph (eds), (2008), *Contract Damages Domestic and International Perspectives*, USA, Hart Publishing.

- Schlechtriem, peter & Butler, Petra, (2009), *UN Law on International Sales*, Germany, Springer.

- Strong, S.I., (2012), *International Commercial Arbitration: A Guide for U.S. Judges*, USA, Federal Judicial Center.

- Stefan Vogenauer & Jan Kleinheisterkamp (eds), (2009), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, England, Oxford University Press.

- Von Bar, Christian and Clive, Eric, *et al.* (eds), (2009), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law, Germany, Sellier- European Law Publishers.

Articles

- Bollas, Bernadette J., (1987), "The New Business Rule and the Denial of Lost Profits", *Ohio State Law Journal*, Vol. 48, No. 3.

- Cohen, Ronnie and O'Byrne, Shannon, (2005), "Cry Me a River: Recovery of Mental Distress Damages in a Breach of Contract Action North American Perspective", *American Business Law Journal*, Vol. 42.

- Ferak, Paul J. & Mair, Christopher A., (2017), "Liquidated Damages Provisions: Best Practices & Key Considerations", International Franchise Association 50th Annual Legal Symposium.

- Gotanda, John. Y., (2005), "CISG Advisory Council: Opinion No. 8 Calculation of Damages under CISG Articles 75 and 76", *Nordic Journal of Commercial Law*, No.1.

- Gotanda, John Y., (2006), "Damages in Lieu of Performance because of Breach of Contract", Villanova University Charles Widger School of Law.

- Gotanda, John. Y., "Using the UNIDROIT Principles to Fill Gaps in the CISG", in: Saidov, Djakhongir & Cunnington, Ralph (eds) (2008), *Contract Damages Domestic and International Perspectives*, USA, Hart Publishing.

- Jacquet, Jean – Michel, (2005), "Law Governing the Merits of the Dispute", *UNACTED Dispute Settlement Course*, Module 5.

- McCormick, Charles. T., (1934), "The Standard of Certainty in the Measurement of Damages", *Yale Law Journal*, Issue 7, Vol. 43.

- Schweihs, Robert P., (2010) "Measuring Lost Profits Economic Damages on a Pretax Basis", *Dispute Resolution Insights*.

- Schwenger, Ingeborg and Hachem, Pascal, "The Scope of the CISG Provisions on Damages", in: Saidov, Djakhongir & Cunnington, Ralph (eds), (2008), *Contract Damages Domestic and International Perspectives*, USA, Hart Publishing.

- Scott Miller, Joseph, (2017), "Reasonable Certainty & Corpus Linguistics: Judging Definiteness after Nautilus & Teva", *Kansas Law Review*, Vol. 66.

- Zeller, Bruno, (2011), "Penalty Clauses: Are They Governed by the CISG?" *23 Pace International Law Review*, No.1.

Thesis

- Dupont, Alain, (2014), "Non-Pecuniary Loss in Commercial Contracts with Special Emphasis on the United Nation Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)", Thesis, Cape Town Univ.

Documents

- Arbitration Rules of International Chamber of Commerce (ICC) (2017).
- Arbitration Rules of the London Court of International Arbitration (LCIA) (2014).
- Arbitration Rules of United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) (2006 revision).
- Draft Common Frame of Reference (DCFR).
- United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG).
- Principles of European Contract Law (PECL).
- Unidroit Principles of International Commercial Contracts (UPICC).

Cases

- Case No. 1785/1939 *Hedrick v. Perry* [US Court of Appeals for the Tenth Circuit, March 3, 1939], available at: [https:// law. justia. com/ cases/ federal/ appellate-courts/F2/102/802/1474683](https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/102/802/1474683).
- Case No. 13-369 *Nautilus, INC. v. Biosig Instruments, INC.* [Supreme Court of the United States, June 2, 2014], available at: [https:// www. supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-369_1idf.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-369_1idf.pdf).
- Case No. 8786, ICC Court of Arbitration- Zurich, 1997, available at: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=463>.
- Case No. 10422, ICC International Court of Arbitration, 2001, available at: [http:// www. unilex. info/ case. cfm? id=957](http://www.unilex.info/case.cfm?id=957).
- Case No. 35 I.L.R. 136, *Sapphire International Petroleums Ltd. v. National Iranian Oil Company* [Ad hoc Tribunal, 15 March 1963], available at: https://www.biicl.org/files/3940_1963_sapphire_v_nioc.pdf.
- Case No.T 171/95, Switzerland District Court Saane, 1997, available at: [http:// cisgw3. law. pace. edu/ cases/ 970220s1.html](http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970220s1.html).
- Arbitral Tribunal of the City of Panama, 24.02.2001, available at: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=677>.

