

جبران خسارت نقض قرارداد در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا حقوق ایران، فرانسه، مصر و لبنان

محسن قاسمی *

فهرست مطالب

مقدمه

بخش اول: اوصاف خسارت قابل جبران در مسؤولیت قراردادی

فصل اول: اوصاف عام خسارت قابل جبران

اول: مسلم و قطعی بودن خسارت

دوم: عدم جبران قبلی خسارت

سوم: نامشروع بودن خسارت

چهارم: مستقیم بودن خسارت

پنجم: قابل پیش‌بینی بودن خسارت

فصل دوم: اوصاف خاص خسارت قابل جبران

اول: خسارت باید مالی باشد نه بدنی

دوم: خسارت باید مادی باشد نه معنوی

سوم: خسارت، وارد بر اموال متعهدله قرارداد بیع بین‌المللی باشد نه شخص ثالث

* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران.

فصل سوم: خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد

فصل چهارم: خسارت از خسارت

بخش دوم: تقویم خسارت و روش‌های جبران آن

فصل اول: روشهای تقویم خسارت و زمان و مکان آن

گفتار اول: روشهای تقویم خسارت

مبحث اول: روش عام (قضایی) تقویم خسارت

مبحث دوم: روشهای خاص تقویم خسارت

یکم: روشهای قراردادی

دوم: روشهای قانونی تقویم خسارت

۱: تعیین نرخ خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد

۲: روشهای خاص مقرر در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا

۱-۲: محاسبه خسارت در صورت وقوع معامله جانشین

۲-۲: محاسبه خسارت در صورت عدم وقوع معامله جانشین

سوم: روشهای عرفی تقویم خسارت

گفتار دوم: زمان و مکان تقویم خسارت

مبحث اول: زمان تقویم خسارت

مبحث دوم: مکان تقویم خسارت

فصل دوم: روشهای جبران خسارت

گفتار اول: روشهای پولی جبران خسارت

مبحث اول: پرداخت معادل پولی خسارت

مبحث دوم: تقلیل ثمن

مبحث سوم: بازفروش کالا

گفتار دوم: روشهای غیرپولی جبران خسارت (طرق عینی)

مبحث اول: دادن مثل مال تلف شده

مبحث دوم: تعمیر کالا

مبحث سوم: عذرخواهی و درج حکم در جراید

مبحث چهارم: الزام به انجام عین تعهد

مبحث پنجم: سایر طرق جبران خسارت

نتیجه

چکیده

اصول، شرایط و روشهای جبران خسارت قراردادی در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰ وین) و حقوق ایران و کشورهای مورد بررسی تفاوت قابل ملاحظه‌ای ندارد و در این میان، مانع مهمی بر سر راه ایران برای پیوستن به این کنوانسیون دیده نمی‌شود زیرا:

اولاً، قواعد مربوط به اوصاف عام و خاص خسارت قابل جبران، خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد و خسارت از خسارت در حقوق ایران و کشورهای مورد بررسی با کنوانسیون هماهنگی دارد.

ثانیاً، روشهای تقویم خسارت و ضوابط تعیین زمان و مکان آن در کنوانسیون، در حقوق ایران و کشورهای مورد بررسی نیز قابل اعمال است.

ثالثاً، کنوانسیون و حقوق کشورهای مورد بررسی و از جمله ایران، بر اصل جبران کامل خسارت، اولویت روش پرداخت معادل پولی خسارت، آزادی قاضی در انتخاب روش مناسب جبران خسارت در فقدان تراضی طرفین بر روشی خاص و حصری نبودن روشهای پولی و عینی مقرر در کنوانسیون و قوانین داخلی اتفاق نظر دارند.

و سرانجام این که روشهای بافروش کالا، تقلیل ثمن و تعمیر کالا به عنوان طرق پولی و یا عینی جبران خسارت که در کنوانسیون و برخی کشورهای مورد بررسی، مقرر شده، در حقوق ایران نیز تحت شرایط خاصی قابل اجرا است.

از دیدگاه برخی اندیشمندان نظیر هگل، جهان پس از شدت کثرتی که به خود دیده است، به سوی وحدت سیر می کند.

وی، غایت حرکت مدام، تکاملی و دیالکتیکی تاریخ و ذهن (روح) مطلق را رسیدن به حداکثر معرفت و درک حداکثر آزادی از قیود درونی و برونی و حاکمیت عقل بر سراسر حیات انسان می داند، وضعیتی که ثمره اش زوال از خودیگانگی ها و شهود وحدت و یکپارچگی است. عرصه حقوق نیز از این قاعده مستثنی نیست و شاید پیش و بیش از بسیاری عرصه های دیگر، حرکت خود به سوی وحدت و یکپارچگی را آغاز کرده است.

کنوانسیون بیع بین المللی کالا ۱۹۸۰ وین، یکی از نمونه های بارز این حرکت است و می توان آن را محصول تلاش نظری و عملی عقلا و دانایان ملل مختلف برای رسیدن به حداکثر تفاهم، هماهنگی و وحدت در حقوق تجارت بین المللی دانست.

تجارت، یکی از مهمترین و شایع ترین صور ارتباط دولتها و ملتها با یکدیگر است که در ضمن آن مبادلات فرهنگی، اجتماعی و سیاسی نیز رخ می دهد، لذا بیهوده نیست که جامعه جهانی یکی از اولین تلاشهای خود در جهت یکپارچگی و وحدت حقوقی را از این حیظه شروع کرده است.

تا به حال کشورهای بسیاری به این کنوانسیون پیوسته اند و نظم نوین اقتصادی جهانی با تشکیل سازمان تجارت جهانی (W.T.O) و عضویت کشورهای بسیاری در آن، سامان مستحکمی پیدا کرده است.

ایران نیز راهی جز تن دادن به این نظم نوین اقتصادی ندارد، زیرا به عنوان برآیند تلاش فکری عقلای عالم، عادلانه، مناسب و پیشرفته به شمار می آید و گذشته از این واقعیتی است که بدون شناسایی آن نمی توان در عرصه جهانی نقشی شایسته ایفا کرد. به همین سبب ایران

تلاشهای قابل توجهی برای پیوستن به کنوانسیونهای بین‌المللی و عضویت در سازمان تجارت جهانی انجام داده است. بی‌شک کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰ وین نیز، به عنوان یکی از مهمترین کنوانسیونهای بین‌المللی مربوط به مبادلات تجاری باید مدنظر قرار گیرد و برای الحاق به آن مقدمات لازم فراهم آید.

از سوی دیگر باید توجه داشت که گرچه هر کشوری بنابر ویژگی‌های تاریخی، فرهنگی، اجتماعی، اقتصادی، سیاسی و جغرافیایی خود دارای سیستم حقوقی مستقلی است که با دیگر سیستمهای حقوقی موجود در سایر کشورها کم و بیش تفاوت دارد، اما بخش مهمی از این تفاوتها امروزه با تحول و رشد شناخت و معرفت بشری و تکنولوژی و نزدیکی بیش از پیش انسانها به یکدیگر و گسترش زیاد وسایل ارتباطی، ناموجه، نامطلوب و مضر جلوه می‌کند و می‌توان بسیاری از آنها را بدون آسیب زدن به اصالت فرهنگی و هویت تاریخی یک ملت زدود.

حقوق ایران برای پیوستن به کنوانسیون بیع بین‌المللی ۱۹۸۰ وین نیازمند این است که از پیش نقاط اشتراک و افتراق خود را با آن مورد مطالعه و بررسی قرار داده و برای رفع موانع الحاق چاره‌اندیشی کند.

به همین منظور جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد در کنوانسیون بررسی شده و با مقررات حقوق داخلی ایران و برخی کشورهای دیگر نظیر فرانسه، مصر، لبنان و در مواردی انگلیس و آمریکا مورد مقایسه قرار می‌گیرد.

در این تحقیق ابتدا در بخش اول از اوصاف خسارت قابل جبران در مسؤولیت قراردادی سخن می‌گوییم و در بخش دوم، روشهای تقویم خسارت و زمان و مکان آن (فصل اول) و روشهای جبران خسارت (فصل دوم) را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

بخش اول: اوصاف خسارت قابل جبران در مسؤولیت قراردادی

در طول زندگی، هر شخصی معمولاً با زیانهای متفاوت و متعددی مواجه می‌شود که بسیاری از آنها بنا بر مقتضای طبع زندگی اجتماعی و فردی و سیر طبیعی امور است و نمی‌تواند موجب مسؤولیت کسی گردد و گرنه نظام زندگی انسان به خطر خواهد افتاد.

برای تشخیص خسارات موجب مسؤولیت و قابل جبران از خسارات فوق، اوصاف و خصوصیاتی در سیستمهای حقوقی مختلف مطرح گردیده که بر سر همه آنها توافق وجود ندارد. برای بررسی مفاد کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰ وین در این خصوص و مقایسه آن با چند سیستم حقوقی ملی، در این بخش اوصاف عام خسارت قابل جبران؛ اوصاف خاص آن از نظر کنوانسیون؛ تأسیس خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد و در آخر مسأله خسارت از خسارت (ریج مرکب) مورد بررسی واقع می‌شود.

فصل اول: اوصاف عام خسارت قابل جبران

مقصود از اوصاف عام خسارت قابل جبران، خصوصیاتی است که در هر سیستم حقوقی می‌توان آنها را کم و بیش دید و کنوانسیون نیز آنها را مد نظر قرار داده است.

اول: مسلم و قطعی بودن خسارت

۱- خسارت قابل جبران، خسارتی است که وقوع آن مسلم و قطعی باشد. این وصف عقلی و بدیهی است و تصدیق آن نیاز به استدلال نظری ندارد. روشن است که آنچه وجود و تحققش مسلم نشده و همچنان در دید بشری در کتم عدم است نمی‌تواند متعلق اراده فرد یا مقنن و موجب

مسئولیت شود.

در کنوانسیون با توجه به بداهت عقلی این وصف، تصویب کنندگان نیازی به تصریح آن ندیده‌اند و بدون شک مقررات کنوانسیون حمل بر این امر عقلی بدیهی می‌شود.

در حقوق ایران ماده ۷۲۸ قانون آیین دادرسی مدنی سابق، بر این وصف و لزوم آن دلالت می‌کرد:

«... در صورتی دادگاه حکم به خسارت می‌دهد که مدعی خسارت ثابت کند ضرر به او وارد شده ...».

در قانون جدید آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹ چنین تصریحی دیده نمی‌شود اما جای خرده‌گیری بر مقنن هم وجود ندارد زیرا امر بدیهی نیازی به تصریح ندارد. در حقوق فرانسه نیز به واسطه بداهت امر، این وصف تصریح نشده است.^۱

۲- اجزاء خسارت مسلم و قطعی
در کنوانسیون به موجب صریح ماده ۷۴، خسارت قطعی بر دو نوع است:

- ۱- تلف (زوال و نابودی آنچه موجود بوده است).
- ۲- عدم‌النتفع (محرومیت از حصول مال و ازدیاد آن).

در حقوق فرانسه نیز مقنن در ماده ۱۱۴۹ ق.م. بر این دو نوع تصریح

1. Encyclopédie Juridique (Daloz), (Mise à Jour: 2000-2), T.V, N.31.

کرده است.^۲

در حقوق مصر (مطابق ماده ۲۲۱ ق.م.) و لبنان (ماده ۲۶۰ قانون موجبات و عقود) نیز خسارت (عناصر التعویض) دو نوع است: تلف و عدم‌النفع.^۳

اما در حقوق ایران وضعیت متفاوت است و در این که عدم‌النفع نیز خسارت مسلم و قابل جبران است یا نه اختلاف نظر هست.

در قانون آیین دادرسی مدنی سابق، مطابق ماده ۷۲۸، عدم‌النفع نیز جزء خسارات مسلم به شمار آمده بود و ماده ۶ قانون مسؤولیت مدنی نیز بر آن صحه گذارده بود و بدین ترتیب به اختلاف نظرهای موجود که ریشه در آرای فقهای امامیه دارد پایان داده بود. اما در قانون جدید آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹، مقنن صراحتاً طی مواد ۲۶۷ و تبصره ۲ ماده ۵۱۵، خسارت ناشی از عدم‌النفع را غیرقابل مطالبه دانسته است، در حالی که در بند ۲ ماده ۹ قانون آیین دادرسی کیفری جدید (مصوب ۱۳۷۸)، عدم‌النفع را قابل مطالبه دانسته و ماده ۶ قانون مسؤولیت مدنی نیز همچنان باقی است. با توجه به مواد فوق دو مسأله باید بررسی شود:

۱- چرا مقنن در قانون جدید آیین دادرسی مدنی، خسارت ناشی از عدم‌النفع را قابل مطالبه ندانسته است؟

۲- مسأله تعارض قوانین داخلی در اینجا چگونه قابل حل است؟

در پاسخ به پرسش اول ابتدا باید به سابقه فقهی موضوع پرداخت: در فقه امامیه، مشهور فقها بر این عقیده‌اند که عدم‌النفع، ضرر به شمار نمی‌آید و لذا مطالبه خسارت ناشی از عدم‌النفع موضوعیت ندارد.

2. Pertes, gains Manqués.

۳. نبیل ابراهیم سعد، النظرية العامة للالتزام، ج. ۲، ص. ۶۵، ج. ۲، دار النهضة العربية، بیروت، ۱۹۸۸ م.

بنابراین اگر شخصی، مالک را از فروش کالایش در بازار، بازدارد و آنگاه کالای مزبور نقصان قیمت سوقیه پیدا کند، شخص مانع، مسؤولیتی در قبال این کاهش قیمت نخواهد داشت.^۴

همچنین است منافع انسان و لذا اگر کسی انسانی را حبس کند یا به نحو دیگری مانع از کار کردن وی شود، مسؤول نخواهد بود.^۵ دلایل و مستندات نظر مشهور را می‌توان این چنین خلاصه کرد:

- ۱- عدم تحقق وضع ید غاصبانه و در حکم آن.
- ۲- عدم جریان قواعد تسبیب و اتلاف.
- ۳- عدم شمول قاعده لاضرر نسبت به عدم‌النتفع، زیرا این قاعده اثر سلبی و رافع حکم ضروری دارد نه اثر ایجابی.

در مقابل نظر مشهور، عده‌ای از فقها قائل به ضمان شده و دلایل زیر را اقامه کرده‌اند:

- ۱- آنچه موجودیتش بالقوه است نیز همانند مالی است که بالفعل موجود است زیرا عدم حصول منفعی که شأن و مقتضای آنها این است که عادتاً حاصل می‌شوند ضرر است و سبب آن شدن، اضرار به شمار می‌آید^۶ و عدم‌النتفع در صورت فراهم بودن موجبات آن، ضرر محسوب می‌شود.^۷ برخی نیز گفته‌اند آنچه مقتضی قریب (نزدیک) پدیدار شدن آن وجود

۴. محقق حلی، شرایع الاسلام، ج. ۶، ص. ۱۷۹، ج. ۱، مطبعة الأدب فی النجف الاشرف، ۱۳۸۹ ه. ق؛ شیخ محمدحسن نجفی، جواهر الکلام، ج. ۳۷، ص. ۱۴، ج. ۷، دارالکتب الاسلامیه، تهران، ۱۴۰۰ ه. ق؛ سیداحمد خوانساری، جامع المدارک، ج. ۵، ص. ۱۹۱، ج. ۲، مکتبه الصدوق، ۱۳۵۵ ه. ش.

۵. شیخ محمدحسن نجفی، همان، ص. ۱۵.

۶. میرفتاح مراغی، العناوین، ج. ۴، صص. ۴۲۹-۴۲۷، ج. ۱، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۱۸ ه. ق.

۷. میرزا محمد حسین غروی نائینی و شیخ موسی خوانساری، منیه الطالب، ج. ۴، ص. ۱۹۹، ج. ۱، مؤسسه النشر الاسلامی، قم، ۱۴۲۱ ه. ق.

دارد به طوری که عرف آن را موجود پندارد (اما حاصل نشود) ضرر است.^۸

۲- افرادی نظیر حابس تعدی و تجاوز کرده‌اند و لذا مطابق مدلول

آیات دال بر جزای تعدی می‌توان با آنها رفتار کرد.^۹

۳- قاعده لاضرر شامل این موضوع نیز هست زیرا اثر ایجابی و مثبت هم دارد.^{۱۰}

۴- صدق وقوع ید ضمانی بر منافع انسان حبس شده به تبع بدن او، بعید نیست.^{۱۱}

۵- عنوان عرفی سبب بر فعل مانع صادق است.^{۱۲}

۶- ادله‌ای نظیر «لا یبطل حق المسلم» این موضوع را شامل است.^{۱۳}

به نظر می‌رسد که با توجه به ادله زیر نظر دسته اخیر اقوی باشد:

۱- امکان اثر ایجابی قاعده لاضرر، که برخی فقها و حقوقدانان بر آن نظر داده‌اند.^{۱۴}

۲- صدق عرفی تسبیب و تقصیر در آن.

۳- عدم النفع مسلم الوقوع عرفاً ضرر است.

۴- ملاک تشخیص مالیت یک چیز و موجودیت آن عرف است

زیرا نه در شرع و نه در حقوق موضوعه ایران شارع و مقنن هیچ تعریفی از مال و موجودیت آن نکرده است و لذا مالیت، یک حقیقت عرفی است.

۸. میرزا حسن بجنوردی، القواعد الفقهیه، ج. ۱، ص. ۱۷۸، مطبعة الأدب، نجف، ۱۳۸۹ ه. ق.

۹. شیرازی، کتاب النصب، ص. ۶۰

۱۰. سید علی طباطبائی (صاحب ریاض)، به نقل از شیخ محمدحسن نجفی، همان، ج. ۳۷، ص. ۱۰.

۱۱. سیداحمد خوانساری، همان، ج. ۵، ص. ۱۹۹.

۱۲. شهید اول، شهید ثانی، محقق کرکی به نقل از شیخ محمدحسن نجفی، همان، ص. ۱۵.

۱۳. شیرازی، همان، ص. ۱۵.

۱۴. سید علی طباطبائی، (صاحب ریاض)، ریاض المسائل، ج. ۲، ص. ۳۰۱، چاپ سنگی؛ دکتر سید مصطفی محقق داماد، قواعد فقه (بخش مدنی)، ج. ۱، صص. ۱۶۷-۱۶۶، ج. ۳، اندیشه‌های نو در علوم اسلامی، ۱۳۷۰ ه. ش؛ محمدباقر صدر، لاضرر و لاضرار، صص. ۳۱۰-۲۹۳.

لکن با توجه به آنچه ذکر گردید، معلوم می‌شود مقنن در قانون جدید خواسته است نظر مشهور فقهای امامیه را اعمال نماید اما همانطور که مشاهده شد، دلایل مخالفان نظر مشهور اقوی است.

در پاسخ به پرسش دوم باید گفت که در حقوق موضوعه ایران، تا قبل از تصویب قانون جدید آ.د.م. در سال ۱۳۷۹، اکثر حقوقدانان بر این عقیده بودند که گرچه مواد ۳۲۸ و ۳۳۳ ق.م. شامل عدم‌النفع نمی‌شود^{۱۵} و به طور کلی در این خصوص، قانون مدنی ساکت است و حتی مقرر کردن پرداخت قیمت یوم‌الاداء در ماده ۳۱۲ ق.م. نشان می‌دهد که مقنن عدم‌النفع را ضرر نمی‌داند^{۱۶} اما طبق ماده ۸۲۷ قانون آ.د.م. سابق و ماده ۹ ق.آ.د.ک. سابق، بدون شک عدم‌النفع ضرر محسوب و خسارت ناشی از آن قابل مطالبه است.^{۱۷}

البته بعد از وقوع انقلاب اسلامی و تصویب قانون اساسی ج.ا.ا.، برخی با توجه به مفاد اصل ۴ این قانون که حکومت موازین اسلامی بر اطلاق و عموم همه اصول این قانون و کلیه قوانین عادی و مقررات را در همه زمینه‌ها اعلام کرده است، امکان نسخ عملی یا محتوایی ماده ۷۲۸ قانون آ.د.م. سابق را پیش کشیده بودند.^{۱۸}

اما با تصویب قانون جدید آیین دادرسی مدنی در سال ۱۳۷۹، مقنن طی مواد ۲۶۷ و تبصره ۲ ماده ۵۱۵ این قانون صراحتاً خسارت ناشی از عدم‌النفع را غیرقابل مطالبه به شمار آورد و در عین حال با تصویب قبلی

۱۵. دکتر سیدحسن امامی، حقوق مدنی، ج. ۱، ص. ۴۰۸، ج. ۱۲، کتابفروشی اسلامیة، تهران، ۱۳۷۲ ه. ش.

۱۶. دکتر جعفری لنگرودی، تاریخ حقوق ایران، ص. ۳۰۳، کانون معرفت، تهران.

۱۷. دکتر سیدحسن امامی، همان؛ دکتر جعفری لنگرودی، همان؛ دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج. ۴، ش. ۸۰۲، ج. ۲، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۷۶ ه. ش؛ دکتر سیدحسین صفائی، دوره مقدماتی حقوق مدنی، ج. ۲، ص. ۲۳۴، مؤسسه عالی حسابداری، تهران، ۱۳۵۱ ه. ش.

۱۸. سیدخلیل خلیلیان، جزوه عدم‌النفع، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، ص. ۵۵.

بند ۲ ماده ۹ ق.آ.د.ک. جدید مصوب ۱۳۷۸ که منافع ممکن الحصول اما حاصل نشده در اثر ارتکاب جرم را در عداد ضرر و زیان ناشی از جرم و قابل مطالبه دانسته است، مسأله تعارض مواد فوق را دامن زد.

چنانکه مشاهده می‌شود، مقنن در ماده ۲۶۷ و تبصره ۲ ماده ۵۱۵ ق.آ.د.م. جدید صراحتاً خسارت ناشی از عدم‌التفع را غیرقابل مطالبه دانسته، اما در بند ۲ ماده ۹ ق.آ.د.ک. جدید، حتی منافع ممکن الحصول را هم تحت عنوان ضرر و زیان ناشی از جرم قابل مطالبه به شمار آورده است و لذا تعارض بین این مواد آشکار به نظر می‌رسد. حال باید دید که آیا راهی برای حل این تعارض وجود دارد یا خیر؟

۱- ممکن است گفته شود تعارض، ظاهری است نه واقعی زیرا بند ۲ ماده ۹ ق.آ.د.ک. جدید فقط در جرایم صادق است و عدم‌التفع ناشی از دیگر اسباب را در بر نمی‌گیرد و چنین مواردی مشمول مواد ۲۶۷ و تبصره ۲ ماده ۵۱۵ ق.آ.د.م. جدید بوده و غیرقابل مطالبه‌اند. اما بر این نظر این اشکال وارد است که جرم به عنوان سببی از اسباب وقوع خسارت چه خصوصیتی دارد که ضرر و زیان ناشی از عدم‌التفع مستند به آن قابل مطالبه است حتی اگر ممکن الحصول باشد اما ضرر و زیان ناشی از عدم‌التفع مستند به دیگر اسباب (نقض تعهدات قراردادی و وقایع حقوقی غیرمجرمانه نظیر تسبیب) قابل مطالبه نیست. به نظر نمی‌رسد هیچ خصوصیتی برای جرم در این زمینه وجود داشته باشد.

۲- احتمال دیگر این است که بند ۲ ماده ۹ ق.آ.د.ک. جدید که مقدم‌التصویب است به واسطه تصویب مواد ۲۶۷ و تبصره ۲ ماده ۵۱۵ ق.آ.د.م. جدید که مؤخر‌التصویب است نسخ ضمنی شده باشد.

این احتمال گرچه از احتمال قبلی قوی‌تر است اما وجود فاصله زمانی بسیار کوتاه بین تصویب دو قانون مزبور و دگرگون نشدن بنیادین طرز

فکر حقوقی ارائه کنندگان پیش‌نویس این قوانین آن را نیز مواجه با اشکال می‌سازد. گرچه چنانکه گفته می‌شود بند ۲ ماده ۹ ق.آ.د.ک. جدید عملاً متروک شده و به آن عمل نمی‌شود و دادگاهها به جبران خسارت ناشی از عدم‌النتفع مستند به جرم رأی نمی‌دهند اما این رویه نمی‌تواند براساس عقیده به نسخ ضمنی این بند در ماده مذکور صورت گرفته باشد زیرا چنین نظری از سوی دادگاهها در توجیه رویه‌شان ابراز نگردیده، و با توجه به مراتب فوق نیز بسیار ضعیف است.

۳- و اما سومین احتمال مبتنی بر تفکیک عدم‌النتفع مسلم و قطعی از عدم‌النتفع ممکن‌الحصول و غیرقطعی است. بدین شرح که غیرقابل مطالبه بودن عدم‌النتفع در تبصره ۲ ماده ۵۱۵ ق.آ.د.م. جدید ناظر بر حالتی است که قطعی و مسلم نباشد اما عدم‌النتفع مسلم و قطعی طبق بند ۲ ماده ۹ ق.آ.د.ک. جدید قابل مطالبه است و ملاک مقرر موجود در ماده مزبور درخصوص اسبابی غیر از جرم هم وجود دارد و لذا با نفی خصوصیت از این ماده، می‌توان آن را در عدم‌النتفع ناشی از اعمال غیرمجرمانه نیز اعمال کرد. از میان این احتمالات، سومین آنها قوی‌تر به نظر می‌آید زیرا:

مالیت و وجود یا عدم مال موکول به نظر عرف و در واقع یک حقیقت عرفیه است و عرف، منافع مسلم و قطعی‌الحصول را مال موجود و عدم آن را ضرر و خسارت می‌داند. و بنابراین به موجب قواعدی نظیر تسبیب و لاضرر (در صورت قول به اثر ایجابی آن) می‌توان حکم به جبران آن داد و چنانکه پیشتر گفتیم، برخی از فقها نیز بر این نظر هستند.

دوم: عدم جبران قبلی خسارت

تأسیس مسئولیت مدنی وسیله جبران خسارت و بازگرداندن وضع سابق متضرر است نه ابزار اکتساب و ازدیاد مال و این امر در زمره

بدیهیات حقوق دنیای معاصر است و بر همین اساس نه در کنوانسیون و نه در حقوق ایران و نه در حقوق فرانسه، تصریح نشده که خسارتی که قبلاً به نحوی از انحاء جبران شده است، قابل مطالبه نیست گرچه می‌توان آن را از مواد ۳۱۹ ق.م. و ۳۰ قانون بیمه ایران استنباط کرد.^{۱۹}

سوم: نامشروع بودن خسارت

منظور از نامشروع بودن خسارت این است که ورود خسارت اثر و نتیجه طبیعی و معمول استیفای حق خسارت زننده نباشد، بنابراین اعمالی نظیر دفاع مشروع، اعمال حق حبس، اعمال خیار فسخ و مانند آن که ورود خسارت می‌تواند اثر طبیعی و معمول آنها باشد سبب ضمان و مسؤولیت نمی‌شوند چون زیان حاصل از آنها نامشروع نیست.

در کنوانسیون به این وصف تصریح نشده است اما از مفاد مواد ۴۵، ۶۱ و ۷۴ که تحقق مسؤولیت را منوط به نقض تعهدات قراردادی کرده و این که جواز و حق با ضمان و مسؤولیت جمع نمی‌شود می‌توان لزوم نامشروع بودن خسارت را استنباط نمود.

در حقوق ایران از استقراء در موادی نظیر ماده ۱ قانون مسؤولیت مدنی و مواد ۶۱ و ۳۵۷ قانون مجازات اسلامی، وصف مزبور استخراج می‌شود و عدم امکان جمع بین اعطای حق و جعل ضمان و مسؤولیت ناشی از اعمال متعارف آن نیز مؤید این وصف و لزوم آن است.^{۲۰}

در حقوق فرانسه نیز وجود مفهوم تقصیر، به عنوان یکی از ارکان مسؤولیت مدنی، موجب گردیده که نویسندگان، آن را برای بیان لزوم

۱۹. دکتر ناصر کاتوزیان، الزامهای خارج از قرارداد: ضمان قهری، ج. ۱، ش. ۱۱۹-۱۱۵، ج. ۲، مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۸ ه. ش.

۲۰. همان، ش. ۱۴۳-۱۲۷؛ دکتر عبدالمجید امیری قائم مقامی، حقوق تعهدات، ج. ۱، ص. ۱۷۷ به بعد، ج. ۱، نشر میزان، تهران، ۱۳۷۸ ه. ش.

نامشروع بودن خسارت وارده کافی بدانند و احتیاجی به تصریح مقنن نبینند.^{۲۱} با این حال می‌توان آن را از مجموعه مقررات مربوط به دفاع مشروع، حق حبس و ... استنباط کرد.

چهارم: مستقیم (بلاواسطه) بودن خسارت

مقصود از خسارت مستقیم، خسارتی است که نتیجه بی‌واسطه عمل خسارت‌زا باشد و در مقابل آن، خسارت غیرمستقیم قرار دارد، یعنی خسارتی که بین آن و فعل زیان‌بار یک یا چند واسطه واقع و اثر فعل مزبور با چند واسطه ظاهر شود.

در حقوق فرانسه ماده ۱۱۵۱ ق.م. تصریح بر این دارد که در مسؤولیت قراردادی خسارت باید مستقیم باشد یعنی نتیجه مستقیم و بلاواسطه نقض تعهد قراردادی به شمار آید. حقوقدانان فرانسوی بر این عقیده‌اند که علت اشتراط این امر، لزوم احراز رابطه علیت (سببیت) بین نقض تعهد قراردادی و خسارت وارده به متعهدله است به طوری که وجود واسطه بین نقض تعهد و خسارت وارد شده به متعهدله، رابطه سببیت عرفی بین آن دو را منتفی می‌سازد و موجب فقدان یکی از ارکان عقلی و بدیهی مسؤولیت مدنی قراردادی می‌گردد و در واقع وقوع خسارت منتسب به فعل متعهد نخواهد بود.^{۲۲}

در حقوق ایران نیز ماده ۵۲۰ قانون آ.د.م. جدید مصوب ۱۳۷۹، بلاواسطه بودن خسارت را مقرر داشته است:

۲۱. دکتر ناصر کاتوزیان، همان، ش. ۱۲۷.

22. Carbonnier, Jean, Droit Civil, T. 4 (Obligations), N. 157, p. 283, 20^e éd., Presses Universitaires de France, 1996; Bufflan- Lanore, Droit Civil, Deuxième Annéé, N. 863, 6^e éd., Armand Colin, Paris, 1998; Pothier, Obligations, N. 167.

«درخصوص مطالبه خسارت وارده، خواهان باید این جهت را ثابت نماید که زیان وارده بلاواسطه ناشی از عدم انجام تعهد یا تأخیر آن و یا عدم تسلیم خواسته بوده است در غیر این صورت دادگاه دعوای مطالبه خسارت را رد خواهد کرد».

برخی از حقوقدانان فلسفه وجودی این وصف خسارت را لزوم احراز رابطه سببیت بین عدم انجام تعهد و خسارت وارده به متعهدله دانسته‌اند^{۲۳} و حق نیز همین است زیرا وقتی واسطه‌ای میان نقض تعهد قراردادی و خسارت وارد به متعهدله واقع می‌شود از دید عرف رابطه سببیت بین نقض تعهد و خسارت مزبور قطع می‌گردد.

در حقوق مصر نیز طبق ماده ۱/۲۲۱ قانون مدنی، فقط خسارات مستقیم قابل مطالبه است و مقصود از خسارت مستقیم، خساراتی است که نتیجه و اثر طبیعی عدم انجام تعهد یا تأخیر در آن به شمار می‌رود. در این سیستم حقوقی نیز غیرمستقیم بودن خسارت رابطه سببیت را قطع می‌کند.^{۲۴} اما در کنوانسیون اشاره‌ای به این وصف نشده است و مواد مربوط به مسؤلیت قراردادی و جبران خسارت ناشی از نقض تعهد از جمله مواد (۷۴، ۷۵، ۷۶، ۷۷ و ۷۸) از این حیث مطلق است. همین امر باعث شده تا برخی مفسرین کنوانسیون بر این باور باشند که خسارات غیرمستقیم هم قابل مطالبه است.^{۲۵}

اما در تفسیر کنوانسیون باید یکی از سه فرض زیر را در نظر گرفت:

۲۳. دکتر سیدحسین صفائی، همان، ص. ۲۳۷؛ دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، همان، ش. ۸۱۰، ص. ۲۴۸؛ دکتر سیدحسین امامی، همان، ص. ۲۴۶.
۲۴. نبیل ابراهیم سعد، همان، صص. ۶۸-۶۷.

25. B. Audit, La Vente Internationale des Marchandises, N. 172, p. 163, L.G.D.J., 1990.

۱- می‌توان گفت که کنوانسیون در مقام بیان ضوابط و شرایط جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد بوده و با این حال شرط مستقیم بودن خسارت را ذکر نکرده است. بنابراین از نظر کنوانسیون خسارت غیرمستقیم هم قابل مطالبه است.

۲- احتمال دیگر این است که بگوییم کنوانسیون در این خصوص ساکت است و در مقام بیان تمام اوصاف و شرایط خسارت قابل جبران نبوده است. در این صورت طبق ماده ۷ کنوانسیون باید به اصول کلی که مبنای آن را تشکیل می‌دهند رجوع کرد و یکی از این اصول را می‌توان اصل حمل امور و مفاهیم بر مدلول عقل متعارف و سلیم بشری (بناء عقلای عالم) دانست (مستفاد از مواد ۸، ۹، ۱۶، ۱۸...). از سوی دیگر همانطور که برخی از حقوق‌دانان تصریح کرده‌اند فلسفه اشتراط مستقیم بودن خسارت، منوط بودن احراز رابطه سببیت بین نقض تعهد و خسارت بر آن است^{۲۶} و این امر حاصل دقت و کنکاش عقل متعارف (عقلای عالم) است، لذا کنوانسیون هم باید حمل بر این معنا شود و در نتیجه باید گفت که از نظر کنوانسیون نیز خسارت غیرمستقیم به دلیل عدم استناد آن به نقض تعهد قراردادی غیرقابل جبران است.

۳- ممکن است گفته شود که از یک سو کنوانسیون در این خصوص ساکت است و از سوی دیگر اصول کلی مبنای آن نیز مدلولی از این حیث ندارد، لذا طبق ماده ۷ آن باید به حقوق ملی صالح که طبق قواعد حل تعارض حقوق بین‌الملل خصوصی تعیین می‌گردد مراجعه کرد و حکم قضیه را در آن جستجو نمود.

26. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Les Obligations, N.592, 8^e éd., Dalloz, 2002; G. Marty et P. Raynaud, Les Obligations, T. I, N.422, 2^e éd., Sirey, 1998.

به نظر می‌رسد از میان سه تفسیر فوق، دومی اقوی و ارجح باشد و با مناسط دانستن ببناء عقلای عالم و حمل کنوانسیون بر آن که خود در واقع برآیند اجتماع عقول انسانی است می‌توان گفت که از نظر کنوانسیون نیز خسارت غیرمستقیم قابل مطالبه نیست، مگر این که این نوع خسارت قابل پیش‌بینی در زمان انعقاد قرارداد باشد که در این صورت برخی قائل به قابل مطالبه بودن آن شده‌اند.^{۲۷}

پنجم: قابل پیش‌بینی بودن خسارت

ماده ۷۴ کنوانسیون، ضمان طرف ناقض تعهد قراردادی را محدود به خسارات قابل پیش‌بینی کرده است. خسارت قابل پیش‌بینی، خسارتی است که توقع به وجود آمدن آن معقول است و به عبارت دیگر می‌توان بر حسب اوضاع و احوال موجود، تحقق آن را در آینده از قبل دانست. مسائل زیر را درخصوص قابل پیش‌بینی بودن خسارت ناشی از نقض قرارداد می‌توان طرح کرد:

- ۱- ملاک قابل پیش‌بینی بودن خسارت نوعی است یا شخصی؟
- ۲- زمان قابل پیش‌بینی بودن چه هنگام است؟
- ۳- موضوع قابل پیش‌بینی بودن چه جنبه‌هایی از خسارت است؟
- ۴- فلسفه اشتراط چنین وصفی در قابل مطالبه بودن خسارت ناشی از نقض قرارداد چیست؟
- ۵- آیا استثنایی براین مقررره وارد آمده است؟

۲۷. هجده تن از دانشمندان جهان، تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی، ترجمه دکتر مهربان داراب پور، ج. ۳، ص. ۵۴، ش. ۲-۶، ج. ۱، گنج دانش، تهران، ۱۳۷۴ ه. ش.

۱- ملاک قابل پیش‌بینی بودن خسارت

با توجه به قسمت دوم ماده ۷۴ کنوانسیون، دو ملاک شخصی و نوعی^{۲۸} به صورت جانشین^{۲۹} مطرح گردیده است:

گاهی شخص متعهد قراردادی، بنا بر دلایل شخصی وقوع خسارت در اثر نقض قرارداد را پیش‌بینی می‌کند و گاهی چنین نیست بلکه هر انسان متعارف و معقولی که در همان شرایط و اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد باشد وقوع خسارت را پیش‌بینی خواهد کرد. بنابراین برای قابل مطالبه بودن خسارت ناشی از نقض قرارداد کافی است که خسارت را شخص متعهد پیش‌بینی کرده باشد و یا برای هر انسان متعارفی قابل پیش‌بینی باشد گرچه شخص وی چنین پیش‌بینی‌ای نکرده باشد.

۲- زمان قابل پیش‌بینی بودن خسارت

در این خصوص نیز ماده ۷۴ صراحت دارد و زمان انعقاد قرارداد را زمان قابل پیش‌بینی بودن خسارت دانسته است، لذا متعهد ناقض قرارداد مسؤول خساراتی نیست که از نظر نوعی، و عملی در زمان انعقاد قرارداد قابل پیش‌بینی نبوده است گرچه بعداً وی بتواند آن را پیش‌بینی کند.^{۳۰}

۳- موضوع قابل پیش‌بینی بودن

در این مورد، ماده ۷۴ کنوانسیون صراحتی ندارد و مسأله اختلافی است:

آیا موضوع قابل پیش‌بینی بودن، صرفاً نفس تحقق خسارت است یا علاوه بر آن میزان دقیق خسارت نیز باید قابل پیش‌بینی باشد یا این که

28. Critère Subjectif – Objectif.

28. Alternative.

۳۰. همان، ص. ۸۷، ش. ۱۳-۲.

پیش‌بینی حدود احتمالی میزان خسارت کافی است؟ در این که موضوع قابل پیش‌بینی بودن نفس تحقق خسارت را شامل است شکی نیست اما علاوه بر آن موارد زیر می‌تواند جزء موضوع قابل پیش‌بینی بودن باشد:

– میزان دقیق خسارت (معادل پولی آن).

– حدود احتمالی میزان خسارت.

در ماده مزبور لفظ «مقدار زیان» آمده و از آن تفاسیر متفاوتی شده است: برخی صرفاً به ذکر گستره خسارت (کمیت آن) اکتفا کرده و آن را نیز جزء موضوع قابل پیش‌بینی دانسته‌اند.^{۳۱} اما برخی این احتمال را داده‌اند که مبلغ ضرر و زیان وارده نیز جزء موضوع باشد و ظاهر ماده ۷۴ این احتمال را تقویت می‌کند.^{۳۲}

اما گفته شده است که این نتیجه‌گیری مبهم است زیرا ممکن است مقصود از آن مبلغ پولی معین به عنوان معادل خسارت باشد^{۳۳} که پیش‌بینی آن غالباً غیرممکن است. اما! اگر گفته شود که صرفاً حدود احتمالی میزان خسارت علاوه بر نفس تحقق خسارت موضوع قابل پیش‌بینی را تشکیل می‌دهد، تفسیر قابل قبول‌تری خواهد بود.^{۳۴}

به نظر می‌آید نظر اخیر ارجح باشد زیرا علاوه بر این که موضوع قابل پیش‌بینی بودن را به نحو کاملی معین می‌سازد از تحمیل یا اشتراط اموری که عادتاً ممکن نیست و لحاظ آنها نامعقول به نظر می‌رسد پرهیز می‌کند.

31. Audit, op.cit., N. 172, p. 163.

۳۲. مجله تن از دانشمندان جهان، همان، ص. ۸۵، ش. ۹-۲.

۳۳. همان.

۳۴. همان.

۴- فلسفه اشتراط این وصف

برخی مفسران، مسأله رابطه علیت بین نقض تعهد و خسارت وارد شده را پیش کشیده و قابل پیش‌بینی بودن خسارات را ملاک احراز این رابطه دانسته‌اند.^{۳۵} اما اموری نظیر لزوم رعایت مفاد قصد مشترک طرفین و احترام به آن، لزوم تعدیل حدود خسارت قابل جبران در برخی دعاوی توسط دادگاه نیز به عنوان مبنای اشتراط این وصف مطرح گردیده که در جای خود بحث خواهد شد.

با توجه به نظر اول، خسارت غیرقابل پیش‌بینی در مسئولیت قراردادی به این دلیل قابل مطالبه نیست که مستند به فعل متعهد (نقض تعهد) به شمار نمی‌آید و در این حالت رابطه علیت بین فعل زیان‌بار و خسارت وجود ندارد.

۵- آیا استثنایی بر این مقررہ وارد آمده است؟

از نظر مفسران کنوانسیون، هیچ استثنایی بر این مقررہ وارد نشده و اموری نظیر تدلیس و کلاهبرداری که در برخی سیستمهای حقوقی موجب قابل مطالبه شدن خسارات غیرقابل پیش‌بینی می‌شوند، فاقد چنین اثری در حیطه حاکمیت کنوانسیون هستند.^{۳۶} در حقوق فرانسه به موجب صریح ماده ۱۱۵۰ ق.م. در مسئولیت قراردادی، فقط خسارات قابل پیش‌بینی قابل مطالبه است. در این سیستم حقوقی نیز همان مسائل پنجگانه مطرح در کنوانسیون، قابل طرح است:

۳۵. همان، ش. ۸-۲.

36. Audit, op.cit., N. 172, p. 163.

- همان، ص. ۸۷، ش. ۱۵-۲

۱- موضوع قابل پیش‌بینی بودن

در این مسأله اختلاف است:

در میان نخستین مفسران قانون مدنی فرانسه، کسانی بر این عقیده بودند که صرفاً سبب خسارت است که موضوع قابل پیش‌بینی بودن را تشکیل می‌دهد. برای مثال اگر در اتومبیلی که به گاراژدار سپرده شده است شیئی قیمتی جاسازی شده باشد به طوری که هیچ فرد متعارفی احتمال آن را ندهد و در گاراژ مورد نظر وقوع سرقت (سبب خسارت) قابل پیش‌بینی باشد و با این همه گاراژدار اهمال کرده و اتومبیل به سرقت برود، وی مسؤول جبران تمام خسارات وارد به دارنده اتومبیل و از جمله ارزش شیئی قیمتی مزبور خواهد بود.^{۳۷}

بر این نظر دو اشکال عمده وارد بود:^{۳۸}

- چون سبب خسارت غالباً قابل پیش‌بینی است پس عملاً ماده ۱۱۵۰ ق.م. مجالی برای اجرا پیدا نمی‌کند و وجود آن بیهوده خواهد بود و این برخلاف نظر مقنن است.

- کمیت خسارت نیز عامل مهمی در تعلق اراده طرفین به مفاد عقد است.

امروزه در رویه قضایی فرانسه این نظر استقرار یافته که کمیت خسارت و گستره آن نیز بخش مهمی از موضوع قابل پیش‌بینی بودن را تشکیل می‌دهد و این موضوع محدود به سبب خسارت نمی‌باشد و حتی در برخی آراء، سبب خسارت جزء موضوع قابل پیش‌بینی بودن به شمار نیامده

37. G. Viney, Droit Civil (Les Obligations), Responsabilité: Effets, N. 321, L.G.D.J., 1988.

38. H., L., J. Mazeaud et F. Chabas Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile, T.III, N. 2379, Edition Montchrestien, 1978; I. Souleau, La Prévisibilité du Dommage Contractuel, N. 66-68, cité par viney, op. cit.

است. اکثر نویسندگان فرانسوی نیز بر این عقیده‌اند.^{۳۹}

۲- زمان قابل پیش‌بینی بودن خسارت

این زمان طبق صریح ماده ۱۱۵۰ ق.م. فرانسه، زمان انعقاد قرارداد است و همه نویسندگان آن را پذیرفته‌اند.^{۴۰}

۳- ملاک قابل پیش‌بینی بودن

ظاهراً همه حقوق‌دانان فرانسوی بر این امر اتفاق نظر دارند که ملاک قابل پیش‌بینی بودن خسارت قراردادی باید نوعی باشد *(In Abstracto)* نه شخصی *(In Concreto)*، به عبارت دیگر باید دید که آیا از نظر یک متعهد متعارف و معقول خسارت وارده قابل پیش‌بینی بوده است یا خیر؟ الفاظ به کار رفته در ماده ۱۱۵۰ ق.م. مؤید این نظر است.^{۴۱} البته نباید از نظر دور داشت که هرگاه شخص متعهد خسارت را پیش‌بینی کند مطابق ماده ۱۱۵۰ ق.م. فرانسه، مسؤول است گرچه آن خسارت نوعاً قابل پیش‌بینی نباشد.

۴- مبنا و فلسفه اشتراط این وصف در جبران خسارت قراردادی چیست؟

در این خصوص نظرات متفاوتی ابراز شده است:

39. Weill et Terré, Droit Civil, Les Obligations, N. 393, 2^e éd., Dalloz, 1980; Le Tourneau et Cadiet, Droit de la Responsabilité, N. 356, Dalloz, 1996; Viney, op.cit., N. 321; Starck, Droit Civil, Les Obligations, N. 2055, Librairies Techniques, 1972.

40. Mazeaud et Chabas, op.cit., N. 2381.

41. Ibid., N. 2381- 3; Tourneau et Cadiet, op.cit., N. 363.

۴-۱- اصل علیت

از آنجا که بین خسارات غیرقابل پیش‌بینی و انجام ندادن تعهد قراردادی رابطه علیت عرفی وجود ندارد، مقنن قابل پیش‌بینی بودن خسارت قراردادی را شرط مسؤولیت متعهد ناقض قرارداد دانسته است.^{۴۲}

طرفداران این نظر در واقع با یکسان انگاشتن مفهوم قابل پیش‌بینی بودن با مفهوم مستقیم و بی‌واسطه بودن خسارت به این نتیجه رسیده‌اند و اصولاً بر این باورند که علت با لحاظ نسبت قابل پیش‌بینی بودن مؤثر خسارت با فعل زیان‌بار، تعریف می‌گردد.^{۴۳}

۴-۲- اصل حاکمیت اراده

این که خسارت قراردادی غیرقابل پیش‌بینی، قابل جبران نیست بدین علت است که داخل در قلمرو قراردادی و قصد مشترک طرفین نگردیده است.^{۴۴} این مبنا تحت تأثیر مکتب اصالت فرد و اصالت اراده ارائه شده و در واقع لزوم جبران خسارت را ناشی از تراضی طرفین دانسته‌اند. در تأیید این مبنا گفته شده متعهد باید بتواند خطرات ناشی از قرارداد را بسنجد، چه اگر خطرات مزبور قابل توجه باشد، شاید به تعهد تن ندهد یا خواستار افزایش عوض گردد تا حدی که این خطرات را پوشش دهد.^{۴۵}

برخی دیگر نیز گفته‌اند که اصل عدم قابل جبران بودن خسارت قراردادی غیرقابل پیش‌بینی حاکی از یک شرط ضمنی تحدیدکننده

42. Planiol et Ripert par Esmein, T. VI, N. 541, L.G.D.J., Paris, 1930; Savatier, Traité de La Responsabilité Civile en Droit Français, T. II, N. 470, 2^e éd., Paris, 1951.

43. Viney, La Responsabilité: Conditions, N. 340 et s., L.G.D.J., Paris, 1982.

44. Weill et Terré, Droit Civil, Les Obligations, N. 392, 2^e éd., Dalloz, 1980; I. Souleau, op.cit., N. 423; Le Tourneau et Cadet, op.cit., N. 356.

45. Weill et Terré, op.cit.

مسئولیت قراردادی است.^{۴۶}

اما بر این مبنا اشکالات زیر وارد شده است:

– اصولاً متعاملین در هنگام انعقاد قرارداد توجهی به جبران خسارت ندارند و تعهد به جبران خسارت ناشی از تعهد اصلی و بدل از آن نیست و فرض انتساب آن به اراده متعاملین موهوم است^{۴۷} و وظیفه جبران خسارت اثر قانونی نقض قراردادها است.

– امروزه دیگر اراده فردی تنها مفسر و مبین انحصاری قراردادها نیست و همراه با ملاحظات مربوط به نظم سیاسی، اجتماعی، اقتصادی، عدالت، انصاف و حسن نیت در نظر گرفته می‌شود به طوری که می‌توان گفت عصر حاضر، عصر اجتماعی کردن حقوق قراردادی است.^{۴۸}

۴-۳- اصل لزوم رعایت حسن نیت

در توضیح این مبنا گفته شده، که اصل لزوم حسن نیت در قراردادها که در قانون مدنی برخی کشورها تصریح شده است، ایجاب می‌کند که خسارت قراردادی غیرقابل پیش‌بینی قابل جبران نباشد، در غیراین صورت متعهدله غالباً فاقد حسن نیت به شمار خواهد آمد زیرا اکثراً، به واسطه عمل و یا حتی تقصیر اوست، که متعهد نمی‌تواند خطرات عقد را بسنجد و پیش‌بینی نماید.^{۴۹}

در انتقاد از این مبنا گفته شده، که حسن نیت صرفاً مستلزم این است که متعهدله نتواند خسارتی را مطالبه نماید که به واسطه خطای خود وی

46. Le Tourneau et Cadiet, op.cit.

۴۷. دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، همان، صص. ۲۵۶-۲۵۴ و الزام‌های خارج از قرارداد:

ضمان قهری، همان، ش. ۳۶.

48. Schmidt, Joanna, Négociation et Conclusion de Contrats, N.1, Dalloz, 1982.

49. I. Souleau, op.cit., N. 434 - 447.

غیرقابل پیش‌بینی شده است، اما این امر احتیاج به وجود اصل جبران‌ناپذیر بودن خسارات قراردادی غیرقابل پیش‌بینی ندارد، بلکه خطای (تقصیر) متضرر خود مستقلاً اثر معاف‌کننده از مسؤولیت برای متعهد به دنبال دارد.^{۵۰}

۴-۴- اصل لزوم رعایت عدالت معاوضی

عدالت معاوضی مقتضی تعادل نسبی تعهدات متعاملین است حال آن‌که واقعه‌ای که خطرات پیش‌بینی شده را افزایش می‌دهد، این تعادل را برهم می‌زند. لذا لزوم رعایت عدالت معاوضی اقتضا دارد که خسارات غیرقابل پیش‌بینی لحاظ نشده و متعهد ملزم به جبران آن نباشد.^{۵۱} در رد این مبنا گفته شده است که اگر از دید متعهدله نگاه کنیم تصدیق می‌کنیم که وقتی غیرقابل پیش‌بینی بودن مستند به تقصیر وی نیست، عدالت مقتضی جبران کامل خسارات وارده است.^{۵۲}

۴-۵- ضرورت تعدیل خسارت قراردادی قابل مطالبه به لحاظ مصالح اجتماعی

و عملی

برخی بر این باورند که اصل عدم قابل جبران بودن خسارات قراردادی غیرقابل پیش‌بینی صرفاً بنا بر یکسری ملاحظات عملی مرتبط با مصالح اجتماعی قابل توجیه است:

در مواردی که به تشخیص قاضی، اصل جبران کامل خسارات، متعهد را بیش از حد تحت فشار قرار داده و حیات اجتماعی و اقتصادی وی را در معرض نابودی قرار می‌دهد این اصل به کار می‌آید و به مثابه اهرم

50. G. Viney, La Responsabilité: Effets, N. 331, p. 439, L.G.D.J., Paris, 1988.

51. I. Souleau, op.cit., N. 448 - 456.

52. G. Viney, op.cit., N. 322, pp. 439- 440.

تعدیل، خسارات قابل جبران را تا حد قابل پیش‌بینی بودن کاهش می‌دهد.^{۵۳} با این همه و علی‌رغم مطرح شدن مبانی گوناگون برای توجیه مقرر ماده ۱۱۵۰ ق.م. فرانسه برخی از حقوق‌دانان سرشناس فرانسوی مخالفت خود را با این مقرر اعلام داشته و خواهان حذف آن شده‌اند و در واقع غیرقابل پیش‌بینی بودن خسارات را مانع جبران آن توسط متعهد ناقض تعهد قراردادی ندانسته‌اند زیرا:

– سادگی، منطقی و انصاف اوصافی که برای هر قاعده حقوقی لازم است در مقرر ماده ۱۱۵۰ وجود ندارد، چون ضابطه تشخیص خسارات غیرقابل پیش‌بینی مشخص و مضبوط نیست و تحمیل خسارات مزبور به یک طرف (متعهدله) توجیه ندارد.

– چه تفاوتی میان مسؤولیت قهری و قراردادی است که فقدان این مقرر را در مسؤولیت قهری توجیه و ضرورت آن را در مسؤولیت قراردادی مدلل می‌سازد؟ به نظر می‌رسد چنین تفاوتی وجود ندارد.^{۵۴}

رویه قضایی فرانسه نیز تا حدود سال ۱۹۷۹ میلادی چندان اعتنایی به ماده ۱۱۵۰ قانون مدنی فرانسه نداشت و حکم به جبران کلیه خسارات می‌داد و پس از این با دفاع متین سولو از این ماده در پایان نامه خود بود که تا حد قابل توجهی متمایل به آن گردید.^{۵۵}

۵- استثنائات وارد بر این اصل

۱- به موجب ماده ۱۱۵۰ قانون مدنی فرانسه هرگاه نقض قرارداد ناشی از تدلیس متعهد باشد وی ملزم به جبران تمام خسارات حتی خسارات پیش‌بینی نشده است. مقصود از تدلیس در این ماده انجام ندادن عامدانه تعهد

53. Ibid., N. 333, p. 441.

54. H., L., J. Mazeaud, et F. Chabas, op.cit., N. 2391.

55. G. Viney, op.cit., N. 319.

است.^{۵۶}

۲- رویه قضایی فرانسه با تمسک به قاعده «خطای سنگین در حکم خطای عمدی است»،^{۵۷} خطای سنگین متعهد قراردادی را در حکم عمد وی دانسته و ارتکاب آن توسط متعهد را مانع اعمال ماده ۱۱۵۰ قانون مدنی به شمار آورده است.^{۵۸}

۳- مسؤولیت سازندگان و فروشندگان کالاهای معیوب و خطرناک نیز یکی دیگر از استثنائات است زیرا در این مسؤولیت، فرض تضمین ایمنی مبیع سبب شده تا سازندگان و فروشندگان مزبور به واسطه اماره آگاهی از عیوب پنهانی مبیع در حکم شخص دارای سوءنیت تلقی گردند و حتی در شرایطی که نشان می‌دهد نمی‌توانسته‌اند از عیوب پنهانی آگاه باشند مسؤولیت ایشان نسبت به جبران همه خسارات ناشی از این عیوب باقی است.^{۵۹}

۴- از آنجا که قاعده مربوط به نظم عمومی نیست و تراضی برخلاف آن ممکن است، توافق طرفین قرارداد نیز می‌تواند مانع اجرای مقرر ماده ۱۱۵۰ قانون مدنی فرانسه شود و اصولاً قاضی نیز نمی‌تواند رأساً به ماده مزبور استناد نماید و آن را اعمال کند.^{۶۰}

و اما در حقوق آلمان مستفاد از ماده ۸۵۳ قانون مدنی این کشور، تمام خسارات حتی خسارات غیرقابل پیش‌بینی، قابل مطالبه و جبران است و از این حیث فرقی میان مسؤولیت قهری و قراردادی نیست و اصل جبران

56. G. Comu, *Vocabulaire Juridique*. Presses Universitaires de France, 1992.

57. *Culpa Lata Dolo Aequiparatur*.

58. *Encyclopédie Juridique* (Dalloz). (Mise à Jour: 2000-2), T.V, N. 111.

59. Ghestin et Desché, *La Vente*, N. 855, L.G.D.J., Paris, 1990.

60. G. Viney, *op.cit.*, N. 324, p. 430.

کامل خسارت حکومت مطلق دارد.^{۶۱}

در حقوق ایران در قوانین مربوط به قراردادهای چنین مقرره‌ای وجود ندارد و لذا ممکن است گفته شود که در حقوق ایران خسارات غیرقابل پیش‌بینی قابل مطالبه است و متعهد ناقض قرارداد ملزم به جبران آن است. اما در سابقه تاریخی حقوق ایران و در باب ضمان قهری برخی تصریح کرده‌اند که غیرقابل پیش‌بینی بودن خسارت، موجب عدم تحقق رابطه سببیت عرفی بین فعل شخص و خسارت وارد به دیگری است:

«اگر کسی بچه‌ای را در محلی قرار دهد که در آن معمولاً حیوان درنده‌ای وجود ندارد و اتفاقاً چنین حیوانی پیدا شده و بچه را تلف نماید وی براساس نظر مشهور ضامن نیست زیرا این عمل خسارت را مستند به فعل وی نمی‌سازد».^{۶۲}

نظیر این حکم را در مواد ۳۵۲ و ۳۵۳ قانون مجازات اسلامی می‌توان دید. حال با توجه به مبنای قابل جبران نبودن خسارت غیرقابل پیش‌بینی که همان قطع رابطه علیت است و این‌که از این حیث هیچ تفاوتی بین مسؤولیت قهری و قراردادی وجود ندارد، می‌توان از ملاک مواد مزبور استفاده نمود و بعنوان یک قاعده کلی اعلام کرد که خسارت غیرقابل پیش‌بینی قابل مطالبه نیست. به علاوه ممکن است مبنای ارادی (قراردادی) این قاعده همانند حقوق فرانسه، مقبول برخی در حقوق ایران هم واقع گردد. برخی از حقوقدانان معاصر نیز براساس مبنای علیت وجود این قاعده در باب تعهدات قراردادی حقوق ایران را پذیرفته‌اند.^{۶۳}

61. Mazeaud et Chabas, op.cit., N. 2391.

62. شهید ثانی (زین الدین الجعی العالملی)، مسالک الافهام، ج. ۴۲، ص. ۱۶۸، ج. ۱۰، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۷ ه. ق.

63. دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، همان، ش. ۸۱۲.

در حقوق مصر نیز به موجب بند ۲ ماده ۲۲۱ قانون مدنی، خسارات غیرقابل پیش‌بینی حاصل از نقض تعهد قراردادی قابل مطالبه نیست. مبنای این قاعده، اراده مفروض متعاملین و عدم تعلق قصد مشترک ایشان به جبران خسارت غیرقابل پیش‌بینی دانسته شده است. ملاک تشخیص غیرقابل پیش‌بینی بودن نوعی است و عمد متعهد در انجام ندادن تعهد و یا خطای سنگین وی مانع معافیت وی از جبران خسارات غیرقابل پیش‌بینی می‌شود. موضوع غیرقابل پیش‌بینی، علاوه بر سبب و نفس وقوع خسارت، مقدار آن نیز هست و زمان قابل پیش‌بینی بودن و عدم آن، زمان انعقاد قرارداد است.^{۶۴}

در حقوق انگلستان نیز اصل قابل جبران نبودن خسارت قراردادی غیرقابل پیش‌بینی پذیرفته شده است و قاضی آلدerson در دعوای مشهور (Hadley v. Baxendale) یکی از مبانی آن را فقدان رابطه علیت بر حسب جریان طبیعی امور و مبنای دیگر را فقدان تعلق قصد مشترک طرفین به جبران چنین خساراتی دانسته است.^{۶۵}

فصل دوم: اوصاف خاص خسارت قابل جبران

خصایص تجارت بین‌الملل و اقتضائات آن از قبیل تمرکز بر اموال و تبادل سریع و آسان آن و حل و فصل فوری و بدون پیچیدگی اختلافات و دعوای تجاری موجب گسردیده است در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰ وین)، اوصاف خاصی برای خسارات قابل مطالبه مشمول این کنوانسیون مقرر گردد.^{۶۶} در این فصل این اوصاف را بررسی می‌کنیم.

۶۴. نیل ابراهیم سعد، همان، صص. ۶۹-۶۸.

65. Mckendrick, Ewan, Contract Law, pp. 373, 374, 3e éd., Macmillan, 1997.

66. J. Huet, Les Principaux Contrats Spéciaux, N. 11721. A, p.520, L.G.D.J., 1996.

اول: خسارت باید مالی باشد نه بدنی

طبق صریح ماده ۵ کنوانسیون، خسارات بدنی و جبران آن مشمول مقررات کنوانسیون نیست و صرفاً خسارات مالی را شامل می‌شود.

مقرر این ماده در واقع به نوعی مبین و شرح دهنده منطوق ماده ۴ کنوانسیون است که طبق آن، کنوانسیون فقط حاکم بر انعقاد قرارداد بیع و حقوق و وظایف فروشنده و خریدار است. با توجه به این امر صدمات بدنی و مرگ اشخاص و از جمله خود خریدار که ناشی از کالا باشد خارج از حیطه شمول کنوانسیون است و ماده ۵ بر آن تصریح کرده است.

این مقرر به ویژه خسارات بدنی ناشی از استعمال کالای معیوب یا خطرناک را از شمول کنوانسیون استثنا می‌کند. کلیه دعاوی مربوط به صدمات بدنی ناشی از استعمال این گونه کالاها طبق قانون ملی صالح حل و فصل می‌شود.^{۶۷}

در تبیین فلسفه این استثناء می‌توان گفت که از یک سو، قواعد مربوط به مسؤلیت ناشی از فعل تولیدات عموماً در هر کشوری جزء قواعد آمره و مربوط به نظم عمومی است^{۶۸} و از سوی دیگر خارج از خصایص تجارت بین‌الملل که انحصار و تمرکز بر اموال دارد، می‌باشد (بند ۱ ماده ۷). نکته‌ای که در اینجا شایان بررسی است مسأله خسارات وارد بر اموال یکی از طرفین قرارداد (مشتری) بر اثر عیب و نقص کالای موضوع معامله تجاری بین‌المللی است. مفسرین بر این عقیده‌اند که چون خسارات وارد بر اموال مشتری، ناشی از نقص و عیب کالای مورد معامله از شمول کنوانسیون استثناء نشده، این نوع خسارات مشمول آن بوده و طبق مقررات

۶۷. هجده تن از دانشمندان جهان، همان، ج. ۱، صص. ۹۲-۹۱.

Audit, op.cit., N. 39, pp. 35-36.

68. Ibid.

کنوانسیون قابل مطالبه است.^{۶۹} البته در برخی سیستمهای حقوقی ممکن است این خسارات از نوع قهری به شمار آید و نه قراردادی؛ در این صورت از نظر دادگاهی که چنین نظری را پذیرفته دعاوی مربوطه مشمول کنوانسیون نخواهد بود (ماده ۴).

دوم: خسارت باید مادی باشد نه معنوی

در کنوانسیون به این وصف تصریح نشده است اما می‌توان آن را با توجه به ملاک منطوق ماده (۴) کنوانسیون (فقط حقوق و تعهدات ناشی از قرارداد بیع مشمول کنوانسیون است)، اطلاق ماده ۵ و یا مفهوم موافق آن استنباط نمود.

اصولاً رسیدگی به خسارات معنوی که ناشی از ورود لطمه به تمامیت معنوی و شخصیت و حیثیت فرد است خارج از خصیصه تجاری معاملات بین‌المللی است (بند ۱ ماده ۷). بنابراین رسیدگی به دعاوی مربوط به خسارات معنوی تابع حقوق ملی صالح است که طبق قواعد حل تعارض حقوق بین‌الملل خصوصی تعیین می‌گردد.

سوم: خسارت، وارد بر اموال متعهدله قرارداد بیع بین‌المللی باشد نه شخص ثالث

مستنبط از مواد ۴ و ۷۴ کنوانسیون خسارات وارد بر اموال شخص ثالث در اثر نقض تعهدات قراردادی بیع بین‌المللی خارج از شمول کنوانسیون است و باید طبق قانون ملی صالح رسیدگی شود.^{۷۰} خصیصه تجارت بین‌الملل اقتضا می‌کند که اشخاص ثالث که ارتباطی با قرارداد بیع

69. Ibid., N. 40, p. 36.

— هجده تن از دانشمندان جهان، همان، ص. ۹۲.

۷۰. همان، ج. ۳، ص. ۸۳، ش. ۲-۱.

بین‌المللی مشمول کنوانسیون نداشتند از شمول آن خارج شده و رسیدگی به دعاوی آنها تابع حقوق داخلی صالح باشد (بند ۱ ماده ۷).

فصل سوم: خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد

در کنوانسیون طبق ماده ۷۸، در صورت تأخیر در پرداخت ثمن یا وجوه دیگر از سوی یکی از طرفین، طرف دیگر مستحق دریافت بهره خواهد بود، بدون این که به حق او در ادعای خسارت موضوع ماده ۷۴ خللی وارد آید. این نکات درخصوص مقرر مزبور قابل توجه است:

۱- مقرر ماده فوق منحصر به تأخیر در پرداخت ثمن نیست بلکه خسارت تأخیر تأدیه به هرگونه مبلغ به تعویق افتاده تعلق می‌گیرد.
۲- ضرورتی ندارد نپرداختن به وجوه مزبور منجر به نقض قرارداد گردد.^{۷۱}

۳- برخلاف سیستمهای حقوقی که در آنها بهره (خسارت تأخیر تأدیه) جزئی از خسارات محسوب می‌شود و با مطالبه آن ممکن است دیگر امکانی برای مطالبه خسارات طبق قواعد عمومی نباشد، در کنوانسیون مقرر شده که شخص متعهدله می‌تواند علاوه بر مطالبه بهره وجوه نقد معوقه، طبق قواعد عمومی (ماده ۷۴) مطالبه خسارت نماید.

در واقع خسارت تأخیر تأدیه از نظر کنوانسیون نوعی سود پولی است که اگر در اختیار متعهدله بود از آن بهره می‌برد و این غیر از خساراتی است که ممکن است به وی در اثر نقض تعهد قراردادی وارد شده باشد.

۴- در این ماده نرخ بهره معین نشده و ضوابط کلی برای تعیین آن نیز مشخص نگردیده است. علت این امر اختلاف زیاد کشورها در نرخ

۷۱. همان، ص. ۱۲۰، ش. ۳-۱.

خسارت مزبور است که امکان حصول توافق را ناممکن می‌ساخت، به علاوه اوضاع و احوال اقتصادی متغیر است و تعیین یک نرخ ثابت بهره صحیح نیست. لذا برای تعیین این نرخ باید به قانون ملی صالح مراجعه کرد (ماده ۷ بند ۲) و اگر آن قانون چنین نرخ را معین نکرده باشد به نظر برخی مفسران، دادگاه باید نرخ بهره استقراض در محل تجاری طلبکار را ملاک محاسبه خسارت تأخیر تأدیه قرار دهد.^{۷۲}

۵- در ماده مزبور مشخص نشده که بهره برای چه دوره‌ای از زمان محاسبه و پرداخت می‌شود در این خصوص نیز باید طبق بند ۲ ماده ۷ به قانون ملی صالح رجوع نمود.

۶- اثبات ورود خسارت در مدت زمان تأخیر در پرداخت وجه نقد لازم نیست و این که خسارت وارد شده مفروض است.^{۷۳} درخصوص تعیین نرخ بهره نظر برخی مفسران این است که مراجعه به حقوق داخلی با مشکلات متعددی روبرو است:

ابتدا مسأله انتخاب نرخ بهره براساس قانون حاکم بر قرارداد و قانون مقرر دادگاه مطرح و قاضی در این میان سرگردان می‌شود. به علاوه این احتمال وجود دارد که قانون ملی صالح، پرداخت بهره را نپذیرفته باشد و در نهایت باید توجه داشت که روح کنوانسیون بر این امر نظر دارد که تا جای ممکن با مسأله تعارض قوانین مواجه نشود.

پس ارجح این است که قاضی یا داور نرخ بهره را مستقیماً با رجوع به مکانی معین تعیین نماید و در این صورت باید بین محل تجارت متعهدله و متعهد یا بازاری که در آن معامله صورت گرفته یکی را انتخاب نماید.^{۷۴} در حقوق ایران تا قبل از تصویب قانون جدید آیین دادرسی مدنی،

۷۲. همان، ش. ۱-۲.

73. Audit, op.cit., N.179, p. 171.

74. Ibid., N. 179, p. 171

بنا بر نظر شورای نگهبان، خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد ربا محسوب می‌شد و مطالبه آن غیرشرعی بود.^{۷۵} ظاهراً با این استدلال که با انعقاد عقد بیع، ثمن همچون دینی که مشتری در قبال بایع دارد تلقی می‌شود و انگار که مشتری مقترض و بایع مقرض است. در این صورت مطالبه هر نوع زیادی عینی یا حکمی و از جمله تحت عنوان خسارت تأخیر تأدیه داخل درشمول ربای قرضی و حرام بوده و مال به دست آمده از این طریق غیرقابل تصرف و تصرف در آن مشمول اکل مال به باطل و مستوجب ضمان خواهد بود. اما بانک‌ها مجاز به دریافت خسارت تأخیر تأدیه براساس مقررات موجود و مفاد اسناد بانکی شناخته شده بودند.^{۷۶}

دلیل این استثنا روشن نبود و به عقیده برخی می‌توانست به دلیل وجود توافق بین بانک و گیرنده تسهیلات بانکی مبنی بر اخذ خسارت تأخیر تأدیه باشد.^{۷۷} بدین ترتیب مواد ۲۲۸ ق.م. و ۷۲۳-۷۱۹ قانون آ.د.م. سابق غیرشرعی و غیرقابل اجرا و ماده ۳۴ قانون ثبت و تبصره‌های ۴ و ۵ آن و مواد ۳۶ و ۳۷ آیین‌نامه اجرائی ثبت باطل اعلام گردید.

اما ایرادهای زیر بر نظر شورای نگهبان وارد بود:^{۷۸}

۱- ربا دو رکن اصلی دارد که معین‌کننده ماهیت و جوهر آن

است:

۱-۱- مال به دست آمده یکی از دو عوض معامله یا از توابع آن

باشد و سببی مستقل نتوان برای تملک فرض نمود.

۷۵. نظریه شماره ۳۸۴۵ شورای نگهبان مورخ ۱۳۶۴/۴/۱۲ و پاسخ مجدد آن شورا پیرو نظریه مزبور در تاریخ ۱۳۶۷/۱۰/۱۴.

۷۶. روزنامه رسمی، مورخ ۱۳۶۲/۲/۲۳، ش. ۱۱۳۰۱.

۷۷. دکتر عبدا... کیانی، التزامات بایع و مشتری، س. ۴۴۳، ج. ۱، انتشارات ققنوس، تهران، ۱۳۷۶ ه. ش.

۷۸. دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج. ۴، ش. ۸۲۰ و ۸۲۱، همان؛ دکتر کیانی، همان، صص. ۴۴۴-۴۴۷.

۱-۲- این مال زیادتز از آنچه داده شده است باشد.

اما در خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد هیچ یک از این دو وجود ندارد: اولاً، ضرر مطالبه شده خسارت تأخیر تأدیه ناشی از نقض عهد بدهکار است و سببی مستقل از عقد دارد و وی باید مطابق قواعد مسؤولیت مدنی آن را جبران کند.

ثانیاً، این مبلغ اضافی نیست که بیش از مبلغ اصلی به وام دهنده پرداخت می‌شود، بلکه کمترین خسارتی است که طلبکار در نتیجه محروم ماندن از سرمایه خود متحمل شده و متشکل از دو چیز است: سود از دست رفته سرمایه، کاهش قدرت خرید پول.

۲- ربای معاملی صادق نیست و صدق ربای قرضی هم بنابر ملاحظات فوق محقق نمی‌باشد.

۳- آنچه در ربای قرضی موجب حرمت و صدق اکل مال به باطل است، شرط و توافق بر سر گرفتن و دادن زیادی است اما مقرر کردن قانونی زیادی تحت شمول ربای قرضی نیست.

۴- آنچه تحت عنوان خسارت تأخیر تأدیه گرفته می‌شود در واقع معادل کاهش قدرت خرید پول و عملی در جهت تأدیه کامل دین است و زیادی واقعی نیست.

۵- متعهد (بدهکار) با تأخیر در پرداخت دین نقدی خود در واقع سبب محروم ماندن متعهدله (طلبکار) از سود سرمایه‌اش شده و لذا از باب تسبیب و به واسطه تقصیر مسؤول است.

به هر حال نظر شورای نگهبان تا تصویب قانون جدید آ.د.م. به قوت خود باقی و ملاک عمل دادگاهها بود. اما با تصویب قانون جدید آیین دادرسی مدنی در سال ۱۳۷۹، معلوم شد که این شورا توجیه کاهش قدرت خرید پول را پذیرفته و با حصول شرایط مقرر در ماده ۵۲۲ این قانون

مطالبه خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد را خلاف شرع نمی‌داند. در حال حاضر آنچه می‌تواند مستند دادگاهها در صدور حکم به پرداخت خسارت تأخیر تأدیه قرار گیرد تنها همین ماده است که شرایط خاصی در آن به صورت حصری مشخص گردیده است.

شرایط مطالبه خسارت تأخیر تأدیه در حقوق ایران، مطابق ماده ۵۲۲ قانون آ.د.م. جدید از این قرار است:

- ۱- موضوع دعوا، دین و از نوع وجه رایج باشد.
- ۲- داین، دین را مطالبه کرده باشد.
- ۳- مدیون متمکن و توانا بر پرداخت دین بوده و با این حال امتناع کرده باشد.

- ۴- شاخص قیمت سالانه از زمان سررسید تا هنگام پرداخت به طور فاحشی تغییر کرده باشد و در این صورت اعلام بانک مرکزی ملاک است.
- ۵- طلبکار پرداخت خسارت ناشی از دیرکرد را مطالبه کرده باشد.
- ۶- دادگاه میزان خسارت تأخیر تأدیه را براساس ملاک مزبور محاسبه و حکم به پرداخت آن صادر می‌کند مگر این که طرفین به نحو دیگری مصالحه نمایند.

ملاحظه شرایط فوق نشان می‌دهد که خسارت تأخیر تأدیه به نحوی خاص و به صورتی محدودتر از سابق قابل مطالبه است و تراضی طرفین فقط درخصوص میزان خسارت در قالب مصالحه معتبر است. اما شرایط استحقاق همان است که در قانون به نحو حصری آمده است (تبصره ۲ ماده ۵۱۵ ق.آ.د.م. جدید).

در حقوق فرانسه^{۷۹} مقنن در بند ۱ ماده ۱۱۵۳، مطالبه خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد را به رسمیت شناخته است و این تأسیس چیزی جز تلاش در جهت جبران محرومیت از طلب نیست. خصوصیات خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد در حقوق فرانسه از این قرار است:

۱- وقوع خسارت مفروض است و طلبکار از اثبات ورود خسارت معاف است.

۲- میزان خسارت نیز طبق نرخ‌های قانونی معین شده و متعهدله (طلبکار) از اثبات آن نیز معاف است (اماره مطلق).

۳- برای دادگاه نرخ‌های قانونی لازم‌الرعایه است و قاضی نمی‌تواند طبق ملاک‌ها و ضوابط دیگری (همانند نرخ تورم، هزینه ساخت و ساز و ...) به تعیین میزان خسارت اقدام نماید یا به میزانی بیشتر یا کمتر از نرخ‌های قانونی عمل نماید.

۴- تراضی طرفین برخلاف این نرخ‌ها معتبر است و طرفین می‌توانند میزان خسارت را به طور قراردادی و از پیش یا بعد از تحقق تأخیر در تأدیه وجه نقد معین نموده و کم یا زیاد نمایند.^{۸۰}

۵- در صورت عدم تراضی طرفین برخلاف نرخ‌های قانونی، متعهدله (طلبکار) فقط می‌تواند به میزان محاسبه شده براساس نرخ‌های قانونی، مطالبه خسارت تأخیر تأدیه نماید و حق مطالبه مبلغ بیشتر را ندارد زیرا این نرخ‌ها در واقع یکسری امارات قانونی بر وقوع میزان معینی خسارت در یک فاصله زمانی‌اند مگر این که مطابق بند ۴ ماده ۱۱۵۳ ق.م. متعهدله اولاً، ثابت نماید که متعهد در تأخیر سوءنیت داشته، ثانیاً، خسارت وارده ارتباطی با تأخیر نداشته (از نفس تأخیر حاصل نشده) بلکه عامل دیگری نظیر

79. Encyclopédie Juridique (Dalloz), (Mise à Jour 2000-2), T.V. (Dommages - intérêts), N. 76-80.

80. Ibid., N. 144 et s.

مجبور شدن طلبکار به اقتراض با بهره، دخیل بوده است، ثالثاً، وقوع خسارت ادعا شده را ثابت نماید.

فصل چهارم: خسارت از خسارت (ریح مرکب)^{۸۱}

مقصود از خسارت از خسارت این است که خسارت تأخیر تأدیه از دینی که منشأ آن تأخیر تأدیه است گرفته شود خواه به صورت وجه التزام و خواه به صورت خسارت با نرخ معین.^{۸۲}

تأسیس ریح مرکب از قدیم الایام در حقوق روم مطرح بوده و فرمان ژوستینین، قراردادهای راجع به سود سرمایه‌ای که بتواند منبع سود دوباره‌ای قرار گیرد را منع می‌کرد. فلسفه وجود این ممنوعیت نفی تکاثر بی‌رویه و جلوگیری از اضمحلال و نابودی حیات اقتصادی و اجتماعی بدهکاران بود. اما کنوانسیون در این خصوص صراحتی ندارد و ظاهراً اختلاف کشورهای سبب آن بوده است.^{۸۳} در این مورد این احتمالات قابل تصور است:

- ۱- کنوانسیون در این خصوص ساکت است و طبق بند ۲ ماده ۷ آن باید به حقوق ملی صالح رجوع نمود.
- ۲- اطلاق ماده ۷۸، دلالت دارد که خسارت از خسارت قابل مطالبه است، اما حدود و شرایط آن به حقوق داخلی واگذار شده است (بند ۲ ماده ۷).

۳- چون موضوع خارج از قرارداد و تعهدات ناشی از آن می‌شود،

81. Anaticisme.

۸۲. دکتر سیدحسین صفائی، همان، پاورقی شماره ۱۲، صص. ۲۴۷ و ۲۴۸؛ دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادهای، همان، ش. ۸۲۴، ص. ۲۸۹.

۸۳. هجده تن از دانشمندان جهان، همان، ج. ۳، ص. ۱۲۰.

پس از شمول کنوانسیون بیرون و اصولاً تابع حقوق داخلی است^{۸۴}
(ماده ۴).

۴- برخی نیز به دلیل ابهامات موجود در این خصوص و عدم امکان دست‌یابی به موضع کنوانسیون توصیه کرده‌اند که طرفین قرارداد بیع بین‌المللی، راجع به اخذ ربح مرکب در هنگام انعقاد قرارداد توافق نمایند.^{۸۵}

به نظر می‌رسد پیشنهاد اخیر مناسبترین راه حل است زیرا مفاد قرارداد بر سایر منابع حقوق بیع بین‌الملل مقدم است (ماده ۶).

در حقوق ایران در قانون آ.د.م. سابق طبق صریح ماده ۷۱۳، ربح مرکب ممنوع اعلام شده بود. اما در قانون جدید آ.د.م. ذکر از آن به میان نیامده است. در این خصوص دو احتمال قابل تصور است:

۱- اطلاق لفظ (دین) در ماده ۵۲۲ قانون آ.د.م. جدید، دینی که منشأ آن تأخیر در تأدیه دین اصلی است را نیز در بر می‌گیرد و لذا خسارت از خسارت با حصول شرایط مندرج در این ماده قابل مطالبه است.

۲- ظاهر ماده مزبور و به ویژه عبارت (از زمان سررسید تا هنگام پرداخت) نشان می‌دهد که (دین) فقط ناظر به تعهدات نقدی ناشی از قراردادهای است و دیون ناشی از ضمان قهری و خسارت از خسارت را شامل نمی‌گردد.

این احتمال با توجه به فلسفه ممنوعیت اخذ ربح مرکب و امر شارع به آسانگیری بر بدهکاران اقوی است، به ویژه اگر خسارت تأخیر تأدیه را ربا بدانیم زیرا در قرآن کریم، از ربای مضاعف به صورت شدیدتری منع

84. Audit, op.cit., N. 179.

85. Ibid., N. 179, p. 171.

شده است (اصل ۴ و ۱۶۷ قانون اساسی، آیه ۱۳۰ سوره آل عمران).
در حقوق فرانسه مقنن فرانسوی در ماده ۱۱۵۴ ق.م. تحت شرایط
خاص و محدودی، اخذ ربح مرکب را مجاز دانسته است:
۱- به موجب قرارداد، طرفین بر آن توافق کرده باشند یا طی
دادخواستی از مراجع قضایی تقاضای در نظر گرفتن سود برای خسارت شده
باشد.
۲- ربح کمتر از یک سال تمام را نمی‌توان به سرمایه افزود.

علت این محدودیت، خطرناک بودن این تأسیس برای بدهکاران
است.^{۸۶}

در حقوق لبنان به موجب ماده ۷۶۸ قانون موجبات و عقود، تأسیس
ربح مرکب با این شرایط به رسمیت شناخته شده است:
۱- اقامه دعوا شده و طی آن درخواست در نظر گرفتن سود برای
خسارت شده باشد یا قراردادی خاص آن، بعد از استحقاق ذینفع بین طرفین
منعقد شده باشد.

۲- برای مدت کمتر از ۶ ماه ربح (سود) محاسبه نخواهد شد.^{۸۷}

86. G. Viney, op.cit., N. 353-354; Buffelan- Lanore, Yvaine, Droit Civil, T. 2, N. 888, p. 303, 6^e éd., Armand Colin, Paris, 1998; Encyclopédie Juridique (Daloz), T.V, N.177, d, p.23.

87. نیبیل ابراهیم سعد، همان، ج.۲، ص. ۱۰۳.

بخش دوم : تقویم خسارت و روشهای جبران آن

فصل اول: روشهای تقویم خسارت و زمان و مکان آن

گفتار اول: روشهای تقویم خسارت

روشن است که دادگاه تنها هنگامی می‌تواند حکم به جبران خسارت علیه خواننده دعوا دهد که میزان خسارت وارد شده معلوم و معین و به اصطلاح تقویم شده باشد.

تقویم خسارت شیوه‌های گوناگونی دارد و از آن میان، علاوه بر روشهای عام (قضایی)، روشهای خاص نیز به منظور تسهیل و تسریع در کار دادگاهها (روش‌های قانونی) و یا به منظور پرهیز از مشکلات مربوط به اثبات وقوع خسارت و میزان آن و حتی در جهت ایجاد اهرمی مناسب برای الزام متعهد به انجام تعهد خود (روش‌های قراردادی) قابل ذکر است. از سوی دیگر، عرف رایج در هر یک از انواع معاهدات تجاری داخلی یا بین‌المللی که اصولاً براساس درک و تفاهم عموم عقلا شکل می‌گیرد و مبتنی بر احساس نیاز تجار در زمینه‌های مختلف عملی است نیز می‌تواند روشهای خاصی برای تقویم خسارت مقرر نماید. در این گفتار ابتدا به بررسی روش عام تقویم خسارت پرداخته و سپس در بخش اعظم آن روشهای خاص تقویم خسارات را مورد مطالعه قرار می‌دهیم.

مبحث اول: روش عام (قضایی) تقویم خسارت

مقصود از روش عام یا قضایی تقویم خسارت، عبارت است از توسل قاضی دادگاه مرجوع‌الیه به ادله اثبات دعوا و به ویژه نظر کارشناسان خبره در هر فن و حرفه در ارزیابی کمیت خسارت وارد شده به خواهان. در کنوانسیون همانطور که برخی مفسرین تصریح کرده‌اند، هیچ

مقرره‌ای راجع به روش عام تقویم خسارت یافت نمی‌شود اما از آنجا که موضوع از موارد تحت شمول کنوانسیون است قاضی یا داور باید مناسب‌ترین طریق را در این راستا جستجو نموده و اعمال نماید و نمی‌تواند بدواً به حقوق ملی (داخلی) رجوع کند، بلکه در نهایت کار و پس از ناامیدی از دست‌یابی به روش مناسب از طریق اصول کلی مورد ابتناء کنوانسیون به ناچار باید طبق بند ۲ ماده ۷ به قانون ملی صالح مراجعه کند.^{۸۸}

ناگفته نماند که در برخی منابع، نمونه‌هایی از روشهای مناسب در تقویم خسارت به طریق قضایی ذکر شده است که برای پرهیز از اطاله کلام به آن منابع ارجاع داده می‌شود.^{۸۹}

در حقوق ایران به موجب ماده ۵۱۵ ق.آ.د.م. جدید و ماده ۳ قانون مسؤولیت مدنی، وظیفه تعیین میزان خسارت وارده اصولاً بر عهده دادگاه است به شرط این‌که:

۱- مقدار هزینه و خسارات در قانون یا تعرفه رسمی معین نشده باشد (ماده ۵۱۸).

۲- قرارداد خاصی بین طرفین درخصوص تعیین میزان خسارت منعقد نشده باشد (ذیل ماده ۵۱۵).

۳- دعوا به طریق صلح و سازش خاتمه نیافته باشد و الا حکم به خسارت نسبت به آن دعوا صادر نمی‌شود مگر این‌که ضمن سازش، نسبت به خسارت وارده نیز تصمیم خاصی اتخاذ شده باشد (ماده ۵۱۷).

88. Audit, op.cit., N. 172, p. 164.

— هجده تن از دانشمندان جهان، همان، ج. ۳، ص. ۹۰، ش. ۳-۹.
۸۹. همان، صص. ۹۰-۹۳، ش. ۳-۱۱، ۳-۱۲، ۳-۱۳، ۳-۱۴، ۳-۱۵.

Audit, op.cit.

به طور کلی دادگاهها با صدور قرار ارجاع به کارشناسی، نسبت به تعیین میزان خسارت اقدام می‌کنند (ماده ۲۵۷ ق.آ.د.م. جدید). کارشناس می‌تواند توسط دادگاه (فقط از میان کارشناسان رسمی دادگستری) و یا با تراضی طرفین دعوا (از میان کارشناسان رسمی و غیررسمی) انتخاب گردد (مواد ۲۶۸-۲۵۸). نظر کارشناس قطعی نیست و علاوه بر دادگاه که حق ارزیابی و رد آن را دارد (ماده ۲۶۵)، هریک از طرفین دعوا نیز می‌تواند به آن اعتراض نماید (ماده ۲۶۰). اما پس از رسیدگی به اعتراضات و تأیید مفاد نظر کارشناسی توسط دادگاه، با انعکاس در حکم، الزام‌آور خواهد گردید (ماده ۲۶۰).

در حقوق فرانسه در اغلب موارد، این قاضی است که تقویم میزان خسارت وارده را برعهده دارد و در این راستا باید اصل جبران کامل خسارات را مدنظر قرار دهد (مواد ۱۱۸۲ و ۱۱۴۹ ق.م فرانسه). ایده آل این است که وضع سابق متضرر، اعاده گردد و تعادل مجدداً برقرار شود. در تشخیص میزان خسارت نباید شدت تقصیر خواننده لحاظ گردد و صرفاً گستره خسارت وارده باید بررسی شود.^{۹۰}

خواهان نه تنها باید وقوع خسارت بر خود را اثبات نماید بلکه اثبات میزان خسارت نیز با اوست و تمام طرق اثباتی در این راستا قابل استفاده است و قاضی نمی‌تواند بیش از میزان مورد ادعای خواهان، حکم به جبران خسارت دهد. در صورت عدم اثبات میزان خسارت مورد ادعا توسط خواهان، قاضی می‌تواند دادخواست را رد و یا در صورت مقتضی به کارشناسی ارجاع دهد.^{۹۱}

در حقوق مصر و لبنان نیز اختیار قاضی در تعیین میزان خسارت

90. Encyclopédie Juridique (Dalloz), T.V., N.182.

91. Ibid., N. 236.

وارده به عنوان یک اصل شناخته شده است و وی باید شروط استحقاق جبران خسارت را که در قانون آمده رعایت کند.^{۹۲}

مبحث دوم: روشهای خاص تقویم خسارات

یکم: روشهای قراردادی (شروط جزایی)

مقصود از روش قراردادی تقویم خسارت، توافق فرعی طرفین یک قرارداد اصلی در ضمن همان قرارداد یا طی قراردادی مستقل و ناظر به قرارداد اصلی درخصوص تحقق، کیفیت و کمیت خسارت ناشی از نقض تعهدات قراردادی از سوی متعهد است. در این توافق که شرط جزایی نیز نام دارد:

اولاً وقوع خسارت در اثر نقض قرارداد مسلم فرض می‌شود.

ثانیاً میزان خسارت وارده به صورت معادل پولی از قبل معین می‌گردد.

تحقق مفاد این توافق فرعی معلق بر نقض تعهدات ناشی از قرارداد اصلی از سوی متعهد است، و در اثر آن:

- ۱- طرف متعهدله از اثبات تحقق و وقوع خسارت به خود در نتیجه نقض قرارداد، معاف می‌گردد زیرا وقوع خسارت مسلم فرض شده است.
- ۲- وی از اثبات میزان خسارت وارده نیز معاف است زیرا این امر نیز از قبل و بنا بر تراضی طرفین معین و معلوم شده است.

چنین شروطی در موارد قابل توجهی طرفین را از مراجعه به دادگاه بی‌نیاز می‌کند و در صورت مراجعه به دادگاه نیز در تسریع و تسهیل دادرسی بسیار مؤثر است زیرا قاضی را از جستجو درخصوص ورود و

۹۲. نبیل ابراهیم سعد، همان، ج. ۲، صص. ۶۰-۶۲.

میزان خسارت مورد ادعا بی‌نیاز می‌سازد.

از سوی دیگر این نکته قابل توجهی است که مبلغی که به صورت معادل پولی خسارت از وجه رایج هر کشور در این شروط معین می‌گردد از حیث اثر اجبارکننده‌ای که نسبت به متعهد در انجام تعهد خود دارد وجه التزام نام گرفته و می‌تواند اهرم مناسبی برای تضمین اجرای تعهدات قراردادی تلقی گردد.

در کنوانسیون از این شروط سخنی به میان نیامده است، اما همانطور که برخی مفسرین گفته‌اند، طرفین قراردادهای بیع بین‌المللی مشمول این کنوانسیون می‌توانند چنین شرطی را در آن بگنجانند^{۹۳} و این امر به واسطه اصل آزادی قراردادی و تفسیری بودن مقررات کنوانسیون توجیه می‌شود (ماده ۶). به علاوه روح کنوانسیون و خصیصه بین‌المللی آن که ناظر به تسریع و تسهیل مبادلات بین‌المللی است مؤید این نظر است (ماده ۷ بند ۱ و ۲).

در حقوق ایران این روش خاص تقویم خسارات مستفاد از مواد ۲۳۰ قانون مدنی و ۵۱۵ ق.آ.د.م. جدید پذیرفته شده و حتی در یک مورد اعمال آن اجباری است:

هنگامی که دعوا با صلح خاتمه یافته باشد، طبق صریح ماده ۵۱۷ ق.آ.د.م. جدید، حکم به خسارت نسبت به آن دعوا صادر نخواهد شد مگر این که ضمن سازش، نسبت به خسارات وارده تصمیم خاصی اتخاذ شده باشد. بدون شک این مقررات ناظر به صحت و حتی اجباری بودن این روش در برخی حالات با توجه به آثار مثبت چنین شروطی وضع شده است. شرایط صحت شروط مزبور طبق قواعد عمومی قراردادها معلوم

93. Audit, op.cit., N. 172, p. 163.

— هجده تن از دانشمندان جهان، همان، ص. ۸۹، ش. ۳-۷.

می‌گردد (مواد ۲۲۵ - ۱۸۴ ق.م.م).^{۹۴}

در حقوق فرانسه نیز مقنن طی مواد ۱۱۱۲ و ۱۲۳۳ - ۱۲۲۶ ق.م. این روش را پذیرفته و حدود و شرایط و آثار آن را به کمک رویه قضایی به تفصیل مقرر داشته است که در این مجال اندک فرصت پرداختن به آن نیست.^{۹۵}

در حقوق مصر این روش تحت عنوان (التعويض الاتفاقی او الشرط الجزائی) به رسمیت شناخته شده و مقنن طی مواد ۲۲۰-۲۱۵، ۱/۲۲۱، ۲۲۳ ق.م. حدود، شرایط و آثار آن را بیان داشته است.^{۹۶}

دوم: روشهای قانونی تقویم خسارت

گاه مقنن خود به منظور تسریع و تسهیل در امر تشخیص و تقویم خسارات ناشی از نقض تعهدات قراردادی، مقرراتی وضع می‌کند که حاوی امارات مطلق یا نسبی دال بر وقوع و میزان خسارت است. روشهای قانونی تقویم خسارات را می‌توان به دو دسته کلی تقسیم کرد:

- ۱- تعیین نرخ خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد.
- ۲- برخی روشهای خاص که در کنوانسیون و برخی کشورهای تابع حقوق کامن‌لا وجود دارد.

۱- تعیین نرخ خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد

در خصوص اصل خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد و مشروعیت و آثار

۹۴. برای مطالعه تفصیلی در این خصوص ر.ک.

دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج.۴، ش. ۸۰۸، همان؛ دکتر سیدحسین صفائی، صص. ۲۳۳-۲۳۲، همان.

95. Encyclopédie Juridique (Dalloz), T.V., N. 144-181.

۹۶. نبیل ابراهیم سعد، همان، صص. ۷۱-۹۱.

آن در جای خود به تفصیل بحث شد و اما آنچه در این مجال باید مورد بررسی قرار گیرد، تعیین نرخ (شاخص) تقویم میزان خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد توسط مقنن است. مقنن در سیستم‌های حقوقی مختلف از یک سو با توجه به وجود تورم و کاهش پیوسته قدرت خرید پول و تضرر متعهدله از این بابت و نیز لزوم رعایت عدالت و جلوگیری از اجحاف نسبت به متعهد ناقض تعهد قراردادی که موضوع آن وجه نقد است از سوی دیگر و همچنین با قصد تسریع و تسهیل در امر تشخیص و تقویم خسارات، بر اساس ضوابطی اقدام به تعیین نرخ خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد به صورت درصدی برای دوره‌های زمانی معینی می‌نماید.

ماده ۷۸ کنوانسیون، اصل استحقاق متعهدله نسبت به خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد را با به کارگیری اصطلاح (بهره) پذیرفته است اما نسبت به تعیین نرخ محاسبه آن و دوره زمانی که ظرف محاسبه است ساکت است. علت این سکوت و راه حل مناسب جهت تکمیل مقررات کنوانسیون از این حیث در جای خود مورد بحث واقع گردید.

در حقوق ایران در ماده ۷۱۹ ق.آ.د.م. سابق نرخ خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد ۱۲٪ محکوم به در سال تعیین شده بود که جنبه حداکثری داشت و توافق بر کمتر از آن جایز بود. وقوع خسارت به میزان محاسبه شده براساس نرخ مزبور مفروض بود و احتیاج به اثبات نداشت اما همانطور که در جای خود به تفصیل بحث شد در حقوق کنونی ایران این نرخ وجود ندارد و ملاک محاسبه خسارت، تغییر فاحش شاخص قیمت کالاها است و اصولاً تأسیس خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد تغییرات کلی کرده است.

در حقوق فرانسه نرخ‌های ثابت قانونی به صورت درصدی برای دوره زمانی معینی مقرر شده که در جای خود مورد بحث واقع گردیده است و در این مجال اندک امکان پرداختن به آن نیست.

در حقوق مصر نیز این تأسیس تحت عنوان (التعويض القانوني) شناخته شده و مقنن طی مواد (۲۲۸-۲۲۶ ق.م.ا) به آن پرداخته است. نرخ خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد ۴٪ در امور مدنی و ۵٪ در امور تجاری است و این مبلغ از تاریخ اقامه دعوا و مطالبه توسط دائن (متعهدله) محاسبه می‌شود مگر این که قرارداد یا عرف مخالف آن وجود داشته باشد. توافق بر خلاف این نرخ‌ها حداکثر تا ۷٪ امکان دارد و صرف تأخیر، اماره مطلق بر وقوع خسارت به نرخ تعیین شده است.^{۹۷}

در حقوق لبنان هم مقنن طی ماده ۱/۲۶۵ قانون موجبات و عقود این روش تقویم خسارات را پذیرفته و در ماده ۷۶۵ همان قانون نرخ محاسبه خسارت را ۹٪ و تراضی برخلاف آن را جایز دانسته است.^{۹۸}

۲- روشهای خاص مقرر در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰ وین)

در کنوانسیون دو روش خاص تقویم خسارت در مواد ۷۵ و ۷۶ مقرر شده که هر دو ویژه فرض فسخ قرارداد بیع از سوی یکی از طرفین است. یکی (ماده ۷۵) خاص موردی است که معامله جانشین صورت گرفته و دیگری هنگامی اعمال می‌گردد که چنین معامله‌ای صورت نگرفته است. به طور کلی در این دو روش، خسارت وارد شده با ملاحظه تفاوت بین ارزش تجارتي واقعی کالا در تاریخ اجرای قرارداد و قیمت قراردادی آن تعیین می‌گردد. از سوی دیگر اعمال مواد ۷۵ و ۷۶ مانع از این نمی‌شود که اگر طرف متضرر بیش از این مقدار خسارت دیده باشد بتواند نسبت به مقدار مازاد، طبق ماده ۷۴ مطالبه جبران خسارت نماید.

۹۷. نبیل ابراهیم سعد، همان، ج. ۲، صص. ۹۴-۹۲.

۹۸. همان.

۲-۱- محاسبه خسارت در صورت وقوع معامله جانشین (ماده ۷۵)

۲-۱-۱- براساس ماده ۷۵ کنوانسیون:

۱- اگر بیع توسط متعهدله فسخ شده باشد (به واسطه نقض اساسی قرارداد توسط طرف دیگر: مواد ۴۹ و ۶۴)

۲- فسخ کننده اقدام به معامله جانشین کرده باشد:

اگر مشتری است، کالای مشابه را از دیگری خریده باشد و اگر بایع است، کالا را به دیگری فروخته باشد (بیع جبران کننده واقع شده باشد).

۳- بین فسخ قرارداد اصلی و معامله جانشین، مدت زمان متعارفی فاصله افتاده باشد، زیرا اگر بین این دو بیش از این مقدار فاصله افتد، معامله دوم، جانشین معامله فسخ شده به شمار نمی آید (با دقت عرفی)، به علاوه ممکن است متعهد به واسطه نوسان شدید قیمتتها مورد اجحاف قرار گیرد.

۴- شیوه معامله جانشین به طور متعارف باشد:

بایع نباید کالایش را به حراج دهد و مشتری نباید آن را به قیمت گزاف بخرد. شکل متعارف از حیث مکان معامله جانشین نیز باید رعایت شود، زیرا حمل و نقل کالا هم هزینه دارد و این هزینه طبق ماده ۷۴ (اطلاق آن) به عنوان خسارت وارده قابل مطالبه است و در واقع داخل در قیمت تمام شده کالا است. الزام ذینفع به رعایت زمان و شیوه متعارف به تعبیر برخی مفسرین، نمونه بارزی از تعهد متضرر به تقلیل خسارت است (ماده ۷۷).^{۹۹}

۵- مشتری کالا را به قیمت بیشتری از قیمت آن در قرارداد فسخ شده خریده و بایع به قیمت کمتری فروخته باشد. با اجتماع این شرایط، طرف مدعی خسارت می تواند تفاوت قیمت قراردادی کالا (ثمن المسمی

99. Audit, op.cit., N. 177, p. 168.

— هجده تن از دانشمندان جهان، همان، ج. ۳، ص. ۹۷، ش. ۳-۱.

در قرارداد فسخ شده) با قیمت کالا در معامله جانشین (ثمن المسمی در قرارداد جدید) را به عنوان خسارت حاصل از نقض تعهد قراردادی توسط متعهد، مطالبه نماید.

ملاحظات:

۱- مقصود از ثمن در معامله جانشین، قیمت تمام شده کالا است که با لحاظ قیمت قراردادی و هزینه‌های حمل و نقل، بیمه و غیره به شرط رعایت متعارف از حیث مکان، زمان و شیوه معامله، محاسبه می‌گردد.^{۱۰۰}

۲- اگر ذینفع در اعمال خرید یا فروش جانشین رعایت متعارف از حیث زمان، مکان و شرایط معامله را ننماید، دو راه حل قابل تصور است: - فرض بر این گذاشته شود که گویی هیچ معامله جانشینی صورت نگرفته و به روش مندرج در ماده ۷۶ متوسل و یا به شیوه عام ماده ۷۴ رجوع شود.^{۱۰۱}

- مطابق اصل تقلیل خسارت (ماده ۷۷) آنچه را که باید انجام می‌گرفته و نگرفته است را با آنچه انجام گرفته مقایسه و از میزان خسارت قابل مطالبه مقداری که مستند به فعل خود زیان‌دیده است را کم نمود.^{۱۰۲}

۲-۱-۲- اعمال این روش در حقوق ایران:

در هیچ یک از منابع حقوق موضوعه ایران تصریحی در این خصوص دیده نمی‌شود اما به نظر می‌آید بتوان با استناد به قاعده تسبیب و از باب ضمان قهری، این روش تقویم خسارت را پذیرفت. در تسبیب دو رکن وجود دارد:

۱۰۰. همان، ص. ۹۶، ش. ۲-۳.

101. Audit, op.cit., N. 177, 169.

- هجده تن از دانشمندان جهان، همان، ص. ۹۶، ش. ۲-۶.

102. Audit, op.cit.

۱- وجود واسطه بین فعل زیان بار و خسارت.

۲- تقصیر که شرط احراز رابطه سببیت عرفی غیرمستقیم و معالواسطه است (مواد ۳۳۵-۳۳۱ ق.م.ا).

در فرض مورد بحث، اولاً متعهد با نقض قرارداد مرتکب تقصیر شده به طوری که منجر به نقض اساسی قرارداد و جواز فسخ معامله توسط متعهدله گردیده است. ثانیاً بین فعل زیان بار (نقض تعهد) و خسارت (ما به التفاوت قیمتها) واسطه وجود دارد. بنابراین ارکان تسبیب فراهم است و متعهد ناقض قرارداد اصلی مسؤول خسارات مزبور است و برخی حقوقدانان نیز براساس همین قاعده آن را پذیرفته‌اند.^{۱۳} البته ممکن است اشکال شود که وجود دو واسطه ارادی (منوط به اراده متعهدله قرارداد اصلی) عرفاً رابطه سببیت بین نقض تعهد اصلی و خسارت وارده را قطع می‌کند و بنابراین یک رکن تسبیب (وجود رابطه علیت) مفقود است. جواب قطعی این مسأله به تشخیص درست مفاد قضاوت عقلاً بستگی دارد.

۳-۱-۲- در حقوق فرانسه.

برخی نویسندگان اذعان داشته‌اند که این روش در حقوق داخلی فرانسه نیز پذیرفته شده است.^{۱۴}

۴-۱-۲- در حقوق یوگوسلاوی

گفته شده است که این روش در حقوق این کشور نیز شناخته شده است و منطبق با ماده ۷۵ کنوانسیون است.^{۱۵}

۱۰۳. دکتر سید حسین صفائی، حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، ص. ۴۵۹، ج. ۱، نشر میزان، تهران، ۱۳۷۵ ه. ش.

104. Ripert et Roblot, T. II, N. 2536. cité par Audit, op. cit., N. 176, p. 168; J. Huet, Les Principaux Contrats Spéciaux, N. 11768, p. 568, L.G.D.J., 1996.

105. Audit, op.cit., N. 176, p. 168.

۲-۱-۵- در حقوق آمریکا

در قانون تجارت آمریکا این روش تحت عنوان (Cover) پذیرفته شده است (ماده ۷۱۲-۲).^{۱۰۶}

۲-۲- محاسبه خسارت در صورت عدم وقوع معامله جانشین

روش محاسبه خسارت در این فرض در ماده ۷۶ کنوانسیون آمده است. شرایط اعمال این روش عبارت است از:

۱- معامله جانشین به طور کلی انجام نگرفته یا این که واقع شده، اما به شیوه متعارف و در زمان و مکان متعارف نبوده است یا این که نسبت به کالا چند معامله صورت گرفته اما تعیین این که کدامیک معامله جانشین است امکان ندارد.^{۱۰۷}

۲- برای کالای مورد نظر قیمت رایجی در بازار وجود دارد.

۳- در اثر نوسانات بازار، قیمت کالا نسبت به ثمن المسمی در قرارداد اصلی افزایش یا کاهش داشته است.

۴- اگر قرارداد اصلی به واسطه تقصیر مشتری، توسط بائع فسخ شده و سپس قیمت کالا تسنزل نموده باشد، مشتری باید ما به التفاوت ثمن قراردادی و ثمن رایج را به بائع بدهد.

۵- اگر قرارداد اصلی به واسطه تقصیر بائع، توسط مشتری فسخ شده و سپس قیمت کالا افزایش یافته، بائع باید تفاوت قیمت قراردادی با قیمت رایج را به مشتری بدهد.

۶- زمان محاسبه قیمت رایج کالا در بازار، زمان فسخ عقد اصلی است.

106. J. Huet, op.cit., N. 17753, p. 557.

107. Audit, op.cit., N. 178, p. 169.

- هجده تن از دانشمندان جهان، همان، ج. ۳، صص. ۱۰۱-۱۰۰، ش. ۲-۳ و ۲-۴.

در هنگام تصویب این ماده، برخی به این زمان اعتراض کرده و بر این عقیده بودند که چنین زمانی به طرف متضرر امکان می‌دهد که هر وقت بخواهد با ملاحظه بالاترین افزایش قیمت کالا در بازار، قرارداد را فسخ کند و این امر نوعی سودجویی خواهد بود. اما به این ایراد چنین پاسخ داده شده که این نگرانی بیهوده است و خطر به طور اغراق آمیز بزرگ جلوه داده شده است.^{۱۰۸}

۷- اگر طرف دارای حق فسخ، قرارداد را پس از قبض کالا فسخ کند، زمان محاسبه قیمت رایج کالا، زمان قبض آن است.

فلسفه وضع این استثناء این بوده است که طرف ذینفع نتواند با به تأخیر انداختن فسخ قرارداد تا هنگام افزایش یا کاهش قابل توجه قیمت کالا، سودجویی نماید.^{۱۰۹}

۸- از آنجا که قیمت رایج کالا به مکان هم بستگی دارد، مکانی ملاک است که تسلیم کالا طبق قرارداد اصلی باید در آن صورت می‌گرفت. این مکان از سوی برخی مورد اشکال واقع شده است زیرا مطابق ماده ۳۱ کنوانسیون مکان تسلیم کالا اصولاً مکان تحویل به اولین متصدی حمل و نقل برای حمل به مقصد مشتری است و ممکن است این مکان هیچ خصوصیت و تناسبی با تأمین منافع طرفین و اقتصاد و تعادل قرارداد نداشته باشد.^{۱۱۰}

به هر حال اگر در مکان مزبور (مکان تسلیم کالا) قیمت رایجی وجود نداشته باشد قیمت رایج کالا در محلی ملاک است که به عنوان جایگزین متعارف مکان اصلی تسلیم کالا به شمار می‌آید و در تعیین این

۱۰۸. همان، ص. ۱۰۳، ش. ۲-۳.

109. Audit, op.cit., N. 178, p. 170.

- هجده تن از دانشمندان جهان، همان، ج. ۳، ص. ۱۰۳، ش. ۲-۴.

110. Audit, op.cit., N. 178, p. 170.

قیمت، هزینه‌های حمل و نقل نیز محاسبه خواهد گردید.

معقول و متعارف بودن چنین مکانی به عنوان جایگزین مکان اصلی تسلیم کالا، معیار مشخص، قاطع و ثابتی ندارد و باید رفتار تجار متعارف در شرایط مشابه قرارداد موردنظر را ملاک قرار داد.^{۱۱۱}

۹- اگر نتوان هیچ یک از مکانهای مذکور را تعیین نمود یا این که کالا اصولاً قیمت رایج نداشته باشد، چون در این صورت روشهای خاص مواد ۷۵ و ۷۶ قابل اعمال نیست باید به روش عام ماده ۷۴ (تقویم قضایی) متوسل شد.^{۱۱۲}

۱۰- برخی گفته‌اند که اگر محاسبه خسارت طبق ماده ۷۵ برای جبران خسارت وارده کافی نباشد می‌توان روش مندرج در ماده ۷۶ را اعمال نمود.^{۱۱۳} ولی به نظر می‌رسد این مدعی برخلاف ظاهر مواد ۷۴-۷۶ کنوانسیون است و در فرض مزبور باید به طریق عام ماده ۷۴ متوسل شد.

۱۱- در تعیین قیمت رایج کالا باید لزوم وحدت جنس، نوع، وصف و مقدار کالای موضوع قرارداد اصلی با کالای مشابه در بازار را رعایت کرد.^{۱۱۴}

ملاحظات:

در مورد مبنای روش تقویم خسارت مندرج در ماده ۷۶ کنوانسیون می‌توان گفت:

۱- مقنن بین‌المللی در واقع نوعی تعهد ضمنی برعهده خسارت دیده

۱۱۱. هجده تن از دانشمندان جهان، همان، ص. ۱۰۴، ش. ۳-۴.

112. Audit, op.cit.

- همان، ص. ۱۰۵، ش. ۳-۷.

113. Audit, op.cit., N.178, p. 169.

۱۱۴. همان، ج. ۳، ص. ۱۰۴، ش. ۳-۳.

قرار داده و در عین حال فرض را بر انجام آن گذارده است (تعهد به انجام معامله جایگزین).^{۱۱۵}

۲- فرض معامله مجدد (جایگزین) مبتنی بر روال طبیعی عمل تجار (غلبه) است.^{۱۱۶}

۱-۲-۲- در حقوق ایران

این روش با همان استدلال مذکور در مورد روش ماده ۷۵ قابل پذیرش است.

۲-۲-۲- در حقوق فرانسه

برخی از نویسندگان فرانسوی بر این عقیده‌اند که این روش تقویم خسارت نیز در حقوق فرانسه قابل قبول است اما توضیحی در این خصوص داده نشده است.^{۱۱۷}

سوم: روشهای عرفی تقویم خسارت

چون در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، عرف تجاری بین‌المللی به‌عنوان مبنا و همچنین منبع، مقدم بر مقررات کنوانسیون شناخته شده است (بند ۱ ماده ۹)^{۱۱۸} هرگونه روش تقویم خسارت موجود در عرف تجارت بین‌الملل اعم از عرف عام یا خاص معاملات، در فقدان روش قراردادی (ماده ۶) بنا بر صریح بند ۲ ماده ۹ کنوانسیون در حکم مذکور در عقد است و لازم‌الاتباع و مقدم بر روشهای قضایی و قانونی خواهد بود.

در حقوق ایران نیز مستفاد از مواد ۲۲۰ و ۲۲۵ ق.م. روشهای عرفی تقویم خسارت ناشی از نقض قرارداد که در تجارت داخلی موجود است،

115. J. Huet, op. cit., N. 11768, p. 568.

۱۱۶. هجده تن از دانشمندان جهان، همان، ص. ۱۰۰، ش. ۲-۲.

117. J. Huet, ibid.

118. Audit, op.cit., N. 48, p. 44.

می‌تواند در فقدان توافق برخلاف آن، به عنوان یک روش قراردادی ضمنی تقویم خسارت تلقی شده و طبق ذیل ماده ۵۱۵ ق.آ.د.م. جدید، بر روش عام قضایی مقدم دانسته شود.

و اما در حقوق فرانسه عرف منبع درجه دوم از منابع فرعی غیررسمی است و می‌تواند به عنوان مفسر اراده مشترک طرفین قرارداد تلقی گردد.^{۱۱۹} لذا همانند حقوق ایران می‌توان بر اعتبار روشهای عرفی تقویم خسارت و بازگشت آن به روشهای قراردادی در این کشور نظر داد.

گفتار دوم: زمان و مکان تقویم خسارت

مبحث اول: زمان تقویم خسارت

چون اولاً، هدف مسؤولیت مدنی، تا حد امکان بازگرداندن وضعیت زیان‌دیده به حالت اول خود است و اصل جبران کامل خسارت حاکمیت دارد،

ثانیاً، ممکن است خسارت وارده به لحاظ خصوصیت و ویژگی منشأ آن، رو به افزایش باشد،

ثالثاً، تورم و کاهش قدرت خرید پول، محاسبه خسارت با شاخص‌های قبلی را برای جبران خسارت ناکافی می‌سازد، مسأله زمان تقویم معادل پولی خسارت اهمیت قابل توجهی می‌یابد.

در کنوانسیون جز در مورد روش خاص تقویم خسارات مندرج در ماده ۷۶، ذکری از زمان تقویم خسارت ناشی از نقض تعهدات قراردادی به میان نیامده است. برخی از مفسران گفته‌اند که برعهده قاضی یا داور است که بهترین و مناسب‌ترین روش تقویم را تعیین نماید و در این راستا رجوع به حقوق داخلی محتملی ندارد زیرا موضوع، مشمول کنوانسیون است مگر

119. Buffelan – Lanore (Yvaine), op. cit., T.2, N. 27-28, pp. 24- 25.

این که در نهایت هیچ راهی جز رجوع به حقوق داخلی نمانده باشد (ماده ۷ بند ۲).^{۱۲۰}

در تأیید این نظر می‌توان گفت که اصل جبران کامل خسارت مستفاد از مواد (۴۵ بند ۲، ۶۱ بند ۲، ۷۴، ۷۵، ۷۶، ۷۸) کنوانسیون، مطابق بند ۲ ماده ۷ آن، قاضی یا داور را ملزم می‌کند تا در هر دعوا زمانی را برای تقویم خسارات انتخاب کند که به کاملترین وجه ممکن خسارات را جبران نماید، بنابراین با وجود این راه حل در کنوانسیون، دیگر مجالی برای رجوع به حقوق داخلی باقی نمی‌ماند.

در حقوق ایران برخی بر این عقیده‌اند که زمان تقویم خسارت همان زمان انجام تعهد قراردادی است. مثلاً اگر تخلف از تعهد پرداخت ارز صورت گرفته باشد، خسارت بر مبنای نرخ ارز در روز انجام تعهد (سررسید) محاسبه می‌شود، یا اگر طبق قراردادی، فروشنده موظف بوده در موعد معینی کالایی را تحویل مشتری دهد و نداده است، نرخ آن کالا در همان موعد، مبنای محاسبه خسارت است. مستند این نظر، ماده ۲۲۶ ق.م.ا.^{۱۲۱}

اما نظر مشهور در فقه امامیه در باب ضمان قهری که در مسؤولیت قراردادی هم قابل اعمال است این است که زمان ورود ضرر، زمان تقویم خسارت است.^{۱۲۲}

از سوی دیگر دسته سومی، تاریخ مطالبه خسارت (اقامه دعوا) را ملاک دانسته‌اند.^{۱۲۳}

و سرانجام عده‌ای گفته‌اند که در مسؤولیت قراردادی، تاریخ تقویم

120. Audit, op.cit., N. 172, p. 164.

۱۲۱. دکتر عبدالمجید امیری قائم مقامی، صص. ۱۷۴-۱۷۵، همان.

۱۲۲. دکتر ناصر کاتوزیان، الزام‌های خارج از قرارداد: ضمان قهری، ج. ۱، ش. ۳۷۴-۳۶۵، همان.

۱۲۳. همان.

خسارت، زمان صدور حکم قطعی است زیرا:

اولاً، پیش از صدور حکم، مدیون ملزم به جبران خسارت است. حکم دادگاه به این الزام قانونی صورت خارجی می‌بخشد و آن را تبدیل به دین مبلغی پول می‌کند، پس منطقی است که در زمان صدور حکم هزینه انجام تکلیف متعهد معین شود.

ثانیاً، تنها در این صورت است که ضرر ناشی از عدم انجام تعهد به طور کامل جبران می‌شود زیرا دادرسی‌ها گاه چندین سال به طول می‌کشد، قدرت خرید پول کاهش می‌یابد و هزینه‌ها بالا می‌رود.^{۱۲۴}

به نظر می‌رسد نظر اخیر قوی‌تر باشد، زیرا هدف مسؤلیت مدنی که جبران کامل خسارت و اعاده وضع سابق زیان‌دیده است، با این راه حل بهتر تأمین می‌شود و روح ماده ۵۲۲ ق.آ.د.م. جدید نیز مؤید آن است.

در حقوق فرانسه نیز زمان تقویم خسارت ناشی از عدم انجام تعهد، زمان صدور حکم است. مبنای این ملاک، اصل جبران کامل خسارت است و رویه قضایی بر آن استقرار یافته است.^{۱۲۵}

لکن رویه قضایی سه استثناء بر این قاعده وارد کرده است:

۱- اگر مشتری کالای جایگزین خریده باشد، روز خرید آن کالا مبنای محاسبه خسارت است.

۲- اگر ثالثی خسارت زیان دیده را جبران کرده، روز جبران خسارت ملاک است (برای پرداخت آنچه ثالث به جای متعهد ناقض قرارداد ادا کرده است).

۳- اگر کالای معیوب توسط خود زیان‌دیده یا شخص ثالثی تعمیر شده است، روز تعمیر، مبنای محاسبه خسارت خواهد بود.

۱۲۴. دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج. ۴، ش. ۸۰۷، همان.

125. A. Weill et F. Terré, Droit Civil, Les Obligations, N. 435, pp. 501-502, 2^e éd., Dalloz, 1980; Le Tourneau et Cadiet, Droit de la Responsabilité, N. 1426, p. 383, Dalloz, 1996.

همگی این استثنائات را دو اصل جبران کامل خسارت و فرارفتن میزان خسارت از مقدار واقعی آن توجیه می‌کند.^{۱۲۶}

در حقوق مصر نیز بنا به دلایل مشابه، روز صدور حکم، روز تقویم خسارت دانسته شده است.^{۱۲۷}

مبحث دوم: مکان تقویم خسارت

چون حیطة اعمال مقررات کنوانسیون می‌تواند تمام نقاط دنیا را دربرگیرد و روشن است که عوامل اقتصادی مؤثر در میزان خسارت از قبیل قیمت رایج کالا، نرخ تورم، هزینه حمل و نقل و غیره در نقاط مختلف متفاوت است، مکان تقویم نیز اهمیت زیادی در کنوانسیون دارد و همان راه حل زمان تقویم خسارت در اینجا نیز قابل اعمال است.

برعکس، به طور کلی در حقوق داخلی، مکان تقویم اهمیت زیادی ندارد مگر در خصوص تعیین قیمت یا اجرت المثل منافع برخی اموال که برحسب تفاوت مکان وقوع آن تغییر می‌یابد. به هر حال در اینجا نیز قاضی باید با توجه به اصل جبران کامل خسارت و لحاظ اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد و نوع استفاده‌ای که متعهدله از مورد معامله در نظر داشته و در قرارداد آمده یا صورت نوعی داشته است، مکان تقویم خسارت را تعیین نماید.

مکان‌هایی که دادگاه می‌تواند در نظر بگیرد از این قرارند؛

- ۱- مکان انعقاد قرارداد
- ۲- مکان انجام تعهد
- ۳- مکان اقامه دعوا (اقامتگاه خوانده - محل انعقاد عقد - محل

126. Ibid., N. 1435-1436, pp. 386-387.

۱۲۷. نبیل ابراهیم سعد، همان، ج. ۲، ص. ۶۵.

اجرای آن - محل وقوع مال غیرمنقول).
اطلاق ماده ۵۱۵ ق.آ.د.م. جدید مؤید اختیار وسیع قاضی در این خصوص است.

فصل دوم: روشهای جبران خسارت

در کنوانسیون و برخی شرح‌های مفسرین بر آن، تحت عنوان خسارت، اموری ذکر گردیده که در واقع نه طریق جبران خسارت، بلکه به معنای عام کلمه، یکی از ضمانت اجراهای تعهدات قراردادی و آثار التزام است. به عبارت دیگر، این طرق در عرض طرق واقعی جبران خسارت مطرح می‌شوند. به عنوان مثال، در بند الف ماده ۴۵، اموری نظیر الزام به تسلیم بدل کالای غیرمنطبق (بند ۱ ماده ۴۶) و فسخ قرارداد (ماده ۴۹)، از طرق جبران خسارت به شمار آمده‌اند حال آن که در این موارد صحبت از جبران خسارت بوجود آمده نیست بلکه بحث بر سر جلوگیری از تضرر بیشتر و یا التزام به انجام مفاد تعهد قراردادی است. در نتیجه در این فصل، به آنچه به معنای واقعی کلمه، روش جبران خسارت است پرداخته می‌شود.

گفتار اول: روشهای پولی جبران خسارت

مقصود از روشهای پولی جبران خسارت، طرقی است که در آنها معادل پولی خسارت وارد شده محاسبه و زیان زننده محکوم به پرداخت آن به زیان‌دیده شده یا از دریافت بخشی از مبلغ مورد استحقاق محروم می‌گردد. این طرق شایع‌ترین روشهای جبران خسارت در مسؤولیت مدنی قهری و قراردادی است زیرا:

۱- اجرای آن از طرق دیگر جبران خسارت برای دادگاه و طرفین دعوا آسانتر است.

۲- سریع تر از طرق دیگر صورت می گیرد.

۳- الزام محکوم علیه به آن آسانتر است.

۴- تعیین معادل پولی خسارت آسانتر است.^{۱۲۸}

۵- طرفین دعوا مایلند بدانند که به صورت قطعی و روشن، حقوق و تکالیف آنها در مقابل یکدیگر چیست و این امر با تعیین معادل پولی خسارت وارده بهتر صورت می گیرد.^{۱۲۹}

مبحث اول: پرداخت معادل پولی خسارت

در کنوانسیون اولویت این روش را می توان از ماده ۷۴ آن استنباط نمود، زیرا در تعریف خسارت ناشی از نقض قرارداد، عبارت «... مبلغی برابر زیان تحمل شده توسط طرف دیگر...» آمده و کلمه «مبلغ» نص در معادل پولی است. روح کنوانسیون و اصول کلی مورد ابتدای آن مبنی بر تسریع و تسهیل تجارت بین المللی نیز به این روش اولویت می دهد (ماده ۷).

حتی برخی از مفسران بر این عقیده اند که ماده ۷۴ تردیدی باقی نمی گذارد که تنها طریق جبران خسارات، پرداخت معادل پولی آن است.^{۱۳۰} اما این نظر با توجه به تفسیری بودن مقررات کنوانسیون (ماده ۶) و اصول مورد ابتدای آن (ماده ۷) و اصل جبران کامل خسارت، دقیق نیست و نباید روش جبران خسارت را منحصر به این یکی کرد؛ بلکه طرفین و یا قاضی باید بتوانند در صورت اقتضا، مناسب ترین روش را بر حسب اوضاع و احوال قضیه برگزینند، گرچه غالباً طریق انطباق همان روش پرداخت معادل پولی است اما بعید نیست که در مواردی طرق دیگر

۱۲۸. دکتر ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج. ۴، ش. ۸۰۶، همان.

۱۲۹. همان.

۱۳۰. هجده تن از دانشمندان جهان، همان، ج. ۳، صص. ۸۴-۸۳.

کارسازتر باشد.

در حقوق ایران نیز شایع‌ترین روش جبران خسارت در مسؤولیت قراردادی، پرداخت معادل پولی آن است، اما این روش اجباری نیست و علاوه بر امکان تراضی طرفین برخلاف آن، قاضی را نیز باید در انتخاب روش جبران خسارت مختار دانست زیرا:

در قوانین موجود الزامی بر روش پرداخت معادل پولی خسارت دیده نمی‌شود بلکه با توجه به مواد مختلف مربوط به ضمان قهری در قانون مدنی از جمله مواد (۳۳۱-۳۱۱) و استفاده از ملاک آن برمی‌آید که هدف جبران کامل خسارت است و در این راستا حتی پرداخت مثل مال تلف شده بر پرداخت قیمت آن ترجیح دارد.

از سوی دیگر طبق ماده ۳ قانون مسؤولیت مدنی، اختیارات وسیعی به قاضی در انتخاب شیوه جبران خسارت داده شده است و با الغاء خصوصیت از آن با توجه به وحدت بنیادین مسؤولیت قهری و قراردادی می‌توان آن را در مسؤولیت قراردادی نیز جاری دانست. البته ضرورت رجوع به دیگر طرق جبران خسارت در قلمرو مسؤولیت قراردادی خیلی کمتر محقق می‌شود و لذا در اغلب قریب به اتفاق موارد، روش جبران خسارت همان روش پرداخت معادل پولی خسارت است و روش‌های دیگر در آراء دادگاهها به چشم نمی‌خورد.^{۱۳۱}

و اما در حقوق فرانسه، در این که آیا قاضی در انتخاب میان روش پرداخت معادل پولی خسارت^{۱۳۲} و روش‌های غیرپولی اختیار تام دارد اختلاف نظر است و در دکتترین سه راه حل ارائه شده است:

۱- در صورت عدم توافق طرفین در خصوص نحوه جبران خسارت،

۱۳۱. دکتر ناصر کاتوزیان، همان، صص. ۲۴۰-۲۳۸، ش ۸۰۶.

132. Réparation par équivalent pécuniaire.

برعهده قاضی ماهوی (دادگاه تالی) است که در این باره تصمیم بگیرد، بنابراین وی می‌تواند بین دو دسته روش جبران خسارت با آزادی، دست به انتخاب بزند و این انتخاب خارج از حیطه کنترل و نظارت دیوان کشور است (چرا که مسأله ماهوی است).^{۱۳۳}

طرفداران این نظر بر این باورند که اولاً، طرق غیرپولی هم می‌تواند خسارت را به صورت کامل جبران کند. ثانیاً، آزادی قاضی امری مطلوب است زیرا وی می‌تواند مصالح و مفاسد اعمال هریک از روش‌ها را بسنجد و براساس ملاحظات اقتصادی و اجتماعی (مهندسی اجتماعی)، روش مناسب را برگزیند. مثلاً وقتی ساختمانی به صورت غیرقانونی ساخته شده است، قاضی می‌تواند بین دستور تخریب آن با لحاظ تمام پیامدهای اقتصادی‌اش و ابقاء آن و صدور حکم مبنی بر پرداخت مبلغی پول به عنوان معادل خسارت وارد شده به خواهان یکی را برگزیند.

۲- بخش قابل توجهی از حقوقدانان براین باورند که فقط روش اجرای عین تعهد و محکومیت به اعاده وضع سابق به صورت عینی^{۱۳۴} است که می‌تواند خسارت را با خشکاندن منبع آن به طور کامل از بین ببرد، لذا این روش مادام که امکان دارد باید بر روش‌های دیگر ترجیح داده شود و متضرر می‌تواند آن را از دادگاه بخواهد و حتی با درخواست محکوم علیه الزامی می‌شود و قاضی در این خصوص جز در صورت تراضی طرفین از آزادی انتخاب برخوردار نیست.^{۱۳۵}

133. Marty et Reynaud, Droit Civil. Les Obligations, N. 511, Sirey, 1988; B. Starck, Droit Civil, Obligations, N. 941 et s., Librairie Techniques, 1972; Weill et Terré, op. cit., N. 782.

134. Condamnation en nature.

135. H., L., J. Mazeaud, et F. Chabas, Traité Théorique et Partique de la Responsabilité Civile, T.III, V. 1, N. 2303 et s., Edition Montchrestien, 1978; Colin et Capitan, Traité de Droit Civil, T. II, N.156. Paris, 1959; Aubry et Rau. T. 6, N. 404, (70^e Édition), par N. Dejean de la Batie - Planiol et Ripert par Esmein, T. VI, N. 680, L.G.D.J., 1930.

۳- دسته سومی بر این عقیده‌اند که میان طرق جبران خسارت غیرپولی، باید طرقی که به تضمین صرف جبران خسارت منجر می‌شوند و طرقی که با از بین بردن منبع خسارت سبب اعاده وضع سابق به صورت واقعی می‌گردند تفکیک قائل شد:

طرق دسته اول هیچ مزیت و برتری بر طریق پولی ندارند و این قاضی است که باید با توجه به اوضاع و احوال قضیه، روشی را که مناسب‌تر است انتخاب نماید و این انتخاب از حیثه نظارت دیوان کشور خارج است.

اما طرق دسته دوم نظیر اجرای نفس تعهد قراردادی یا دستور قلع و قمع و تخریب وضعیتی که منشأ خسارت است، از آنجا که اعاده وضع سابق می‌کنند بر طرق دیگر و حتی بر طرق پولی مقدم‌اند و قاضی دیگر آزادی در انتخاب ندارد زیرا وی باید در درجه اول و تا آنجا که امکان دارد اعاده وضع سابق^{۱۳۶} نماید نه این که اکتفا به جبران^{۱۳۷} کند و البته این وظیفه مادام که یکی از طرفین به آن تمایل داشته باشد باقی است. زیرا اعاده وضع سابق و نابودی منبع ضرر می‌تواند از سوی هر یک از متضرر و مسؤول درخواست شود.^{۱۳۸}

اما در حقوق موضوعه فرانسه، دیوان کشور آزادی قاضی ماهوی در انتخاب میان روشهای پولی و غیرپولی جبران خسارت را به عنوان یک اصل پذیرفته است مادام که با مقوله جبران خسارت (هدف آن) در تنافی نباشد.^{۱۳۹}

136. Rétablir.

137. Réparer.

138. R. Savatier. Traité de la Responsabilité Civile en Droit Français, T. II, N. 597. 2e éd., Paris, 1951; Le Tourneau, op. cit., N. 1255 - 1260, et N. 1269 - 1274.

139. G. Viney, Responsabilité: Effets, N. 44, pp. 61-62.

اما شورای دولتی فرانسه^{۱۴۰} بر این باور است که قاضی اصولاً موظف به اعمال روش پولی جبران خسارت است و اعمال روش‌های دیگر به صورت استثنایی امکان دارد.^{۱۴۱}

برخی از نویسندگان در تأیید این نظر گفته‌اند که متضرر با دریافت معادل پولی خسارت می‌تواند آزادانه هرطور که بخواهد از آن در جهت جبران آنچه از دست داده است استفاده کند.^{۱۴۲} با این همه نمی‌توان از تمایل رویه قضایی به تحمیل یکسری تدابیر بر قاضی که امکان نابود کردن منبع خسارت را فراهم کند چشم‌پوشی کرد.^{۱۴۳}

در حقوق مصر نیز مستفاد از ماده ۲۱۵ ق.م. مقنن، قاضی را در تعیین روش جبران خسارت مختار دانسته است و وی ملزم به اعمال روش پولی نشده است و از ملاک ماده ۲/۱۷۱ ق.م. نیز اختیار قاضی در مسؤولیت قراردادی استفاده می‌شود.

با این همه، اعمال روش پولی جبران خسارت یک اصل است زیرا معادل پولی خسارت به راحتی قابل تعیین است و متعهدله، نیز آسانتر می‌تواند آن را به دست آورد اما در صورت درخواست او طرق دیگر اعمال خواهد شد، بنابراین:

۱- قاضی نمی‌تواند رأساً روش غیرپولی خسارت را اعمال کند.

۲- درخواست متعهدله مبنی بر اعمال روش غیرپولی، قاضی را ملزم به آن نمی‌کند.

۳- درخواست وی مبنی بر اعمال روش پولی، قاضی را ملزم به آن می‌کند گرچه متعهد حاضر باشد روش غیرپولی جبران خسارت را انجام

140. Conseil d'État.

141. Ibid., N. 45, p. 62.

142. Weill et Terré, Droit Civil, Les Obligations, N. 429, 2e éd., Dalloz, 198.

143. G. Viney, op.cit., N. 46, p. 65; Le Tourneau, op.cit., N. 1271.

اما در حقوق لبنان مقنن در ماه ۱۳۶ قانون موجبات و عقود تصریح کرده که اصل بر جبران خسارت به روش پولی است اما قاضی می‌تواند بر حسب مصلحت متضرر طرق غیر پولی را برگزیند.^{۱۴۵}

مبحث دوم: تقلیل ثمن

یکی از طرقی که به عنوان شیوه جبران پولی خسارت در کنوانسیون مطرح شده، تأسیس تقلیل ثمن مندرج در مواد ۴۵ و ۵۰ است.^{۱۴۶} مطابق ماده ۵۰ کنوانسیون، در صورت تسلیم کالای غیرمنطبق توسط بائع، مشتری می‌تواند به نسبت تفاوت ارزش کالای تسلیم شده در روز تسلیم و ارزشی که کالای منطبق با قرارداد در روز تسلیم داشته است، ثمن المسمی را تقلیل دهد. این روش در کشورهای با سیستم حقوق نوشته برخلاف حقوق کامن‌لا مورد دفاع بوده است و ریشه آن به حقوق رم برمی‌گردد.^{۱۴۷}

این روش در اغلب کشورهای سوسیالیستی سابق و جهان سوم در مجموعه قوانین به عنوان روش جبران خسارت تکمیلی گنجانده شده است و اعمال آن محدود به مواردی است که بائع مقصر بوده و حق ترمیم و رفع نقص (عدم انطباق کالا) را نیز دارد. این روش، روش جبران خسارت مشهور و عمومی مهمی است که در عرف روزانه تجارت داخلی و بین‌المللی وجود دارد.^{۱۴۸}

۱۴۴. نیل ابراهیم سعد، همان، ج. ۲، صص. ۶۲-۶۳.

۱۴۵. همان، ص. ۶۲.

146. Réduction du prix.

147. Actio Quanti Minoris.

۱۴۸. هجده تن از دانشمندان جهان، همان، ج. ۲، صص. ۲۱۳-۲۱۲.

اعمال این روش محدودیت زمانی ندارد مشروط بر این که اخطار عدم مطابقت کالا در کمتر از دو سال موضوع ماده ۳۹ کنوانسیون رعایت شده باشد. این طریق را می‌توان همراه با طرق جبران پولی خسارت اعمال کرد و در این صورت، تقلیل ثمن تلاشی جهت جلوگیری از دارا شدن ناعادلانه است نه جبران خسارت وارده.^{۱۴۹}

برخی دیگر گفته‌اند که این طریق، در وهله اول برای هنگامی پیش‌بینی شده که بایع تقصیری ندارد و خسارت وارده مستند به فعل او نیست (بند ۵ ماده ۷۹)، با این همه طبق بند ۱ ماده ۴۵ می‌تواند در حالت تقصیر بایع و عدم امکان استناد به ماده ۷۹ نیز اعمال گردد.^{۱۵۰}

همچنین گفته شده است که این روش حتی در صورت اعمال حق بایع در استفاده از مهلت اضافی (Porte de remède) هم قابل استفاده است.^{۱۵۱}

به علاوه میزان عدم انطباق کالای تسلیم شده با مفاد قرارداد نیز تأثیری در اعمال این روش ندارد.^{۱۵۲}

به عنوان نتیجه بحث می‌توان گفت که این طریق یک روش جبران خسارت به مفهوم اخص کلمه نیست بلکه روشی برای جلوگیری از خسارت و منع از دارا شدن ناعادلانه بایع است و در واقع قاعده منع دارا شدن بدون سبب^{۱۵۳} این تأسیس را توجیه می‌کند نه قواعدی نظیر اتلاف و تسبیب.

در حقوق ایران از تقلیل ثمن در خیار عیب تحت عنوان «اخذ ارش»

۱۴۹. همان، ص. ۲۱۸.

150. Audit, op.cit., N. 140, p. 135.

151. J. Huet, Les Principaux Contrats Spéciaux, N. 11752-3, p. 555, L.G.D.J., 1996.

152. Ibid.

153. Enrichissement sans cause.

در ماده (۴۲۲) ق.م. سخن به میان آمده و به عنوان یک قاعده عمومی در معاملات اعمال می‌گردد و فقط در عقد اجاره جریان ندارد (ماده ۴۷۷ ق.م.).

صرف نظر از این که آیا واقعاً این امر روش جبران خسارت است یا روش جلوگیری از وقوع خسارت و دارا شدن بدون سبب، این بحث پیش می‌آید که تقلیل ثمن به مثابه یک روش عام در همه موارد عدم انطباق همانند کنوانسیون در حقوق ایران هم قابل اعمال است؟
برای پاسخ به این سؤال باید به این تفصیلات توجه نمود:

۱- اگر عدم انطباق کالا مربوط به اوصاف اساسی مورد معامله که عرفاً خود موضوع معامله را تغییر می‌دهد، باشد، در صورتی که موضوع معامله عین معین باشد، معامله باطل است (ماده ۳۵۳ ق.م.) و این بطلان به دلیل فقدان قصد است و اگر کلی فی‌الذمه باشد، مشتری حق الزام بایع به تسلیم فرد منطبق با قرارداد (ملاک مواد ۲۳۷ و ۴۸۲ ق.م.) و یا درخواست انجام عین تعهد توسط خود یا ثالث به هزینه بایع را دارد (ملاک ماده ۲۳۸ ق.م.) و در صورت عدم امکان تحقق هیچ یک از راه‌حلهای فوق، حق فسخ بیع را خواهد داشت (ملاک مواد ۲۳۹ و ۴۸۲ ق.م.)، بنابراین برخلاف کنوانسیون، مشتری در این فرض حق تقلیل ثمن را ندارد.

۲- اگر عدم انطباق نه عیب بلکه نوعی تخلف از وصف یا شرط باشد، در صورتی که مبیع کلی فی‌الذمه باشد، همانند فوق ابتدا باید در جهت اجرای عین تعهد و تسلیم فرد منطبق تلاش کرد و در نهایت حق فسخ ایجاد می‌شود (ملاک مواد ۲۳۷، ۴۱۴ و ۴۸۲ ق.م.) و اگر عین معین بوده، صرفاً حق فسخ برای مشتری ایجاد می‌شود (مواد ۴۱۰ به بعد و ۴۴۴ ق.م.) نه حق تقلیل ثمن.

۳- اگر عدم انطباق، عیب به شمار آید، در این صورت مشتری

مطابق ماده ۴۲۲ ق.م. و به شرط این که مبیع عین معین باشد حق فسخ یا تقلیل ثمن (اخذ ارش) دارد.

۴- اگر عدم انطباق از مصادیق تبعض در صفت باشد نیز مشتری طبق مواد ۳۸۴ و ۴۴۱ ق.م. حق فسخ یا تقلیل ثمن را خواهد داشت.

با توجه به آنچه در فوق آمد، نمی توان تقلیل ثمن را در موردی غیر از خیار عیب و تبعض صفت اعمال کرد و لزوم احترام به آزادی اراده افراد و رعایت اصل آزادی قراردادی در مورد متعاملین و از جمله بایع نیز دلیل دیگری بر صحت این نظر است، زیرا تقلیل ثمن در واقع ایجابی جدید از جانب مشتری است که بایع هیچ التزامی به قبول آن ندارد. در حقوق فرانسه نیز نظیر حقوق ایران، از تقلیل ثمن در خیار عیب (ماده ۱۶۴۴ ق.م.) سخن به میان آمده و مشتری بین فسخ و تقلیل ثمن مختار دانسته شده است. دعوی تقلیل ثمن (*Action estimatoire*) نام دارد. اما با جستجو در منابع موجود این امر به عنوان یک روش عام برای جبران خسارت مشاهده نشد.

ناگفته نماند که در بعضی از کشورها نظیر اردن و امارات حتی در خیار عیب هم تقلیل ثمن (اخذ ارش) پذیرفته نشده است (ماده ۵۴۴ ق.م. امارات و ماده ۵۱۳ ق.م. اردن).^{۱۵۴}

مبحث سوم: بازفروش کالا

در کنوانسیون مطابق بند ۱ ماده ۸۸، چنانچه طرف دیگر در تصرف کالا یا پس گرفتن آن یا در پرداخت ثمن یا هزینه های حفظ کالا به نحو غیرمتعارفی تأخیر ورزد، طرفی که طبق مواد ۸۵ یا ۸۶ موظف به حفظ کالا

۱۵۴. وهبة الزحیلی، العقود المسماة فی القانون المدنی الاردنی و قانون المعاملات المدنیة الاماراتی، ص. ۱۷۸، ج. ۱، دارالفکر، دمشق، ۱۴۰۷ ه. ق.

است می‌تواند آن را به طریق مقتضی به شرط اخطار متعارف مبنی بر قصد فروش، به شخص ثالثی بفروشد و طبق بند ۳ این ماده، وی می‌تواند از محل فروش، مبلغی معادل مخارج فروش و هزینه‌های متعارف نگهداری کالا را برداشت نماید. این روش می‌تواند روشی برای جبران خسارت تلقی گردد. طرف نگهدارنده برای این امر به نفع دیگری هزینه کرده اما وی از پرداخت آن خودداری کرده است و این محروم ماندن طرف نگهدارنده از مال خود نوعی ضرر است که می‌تواند حتی ناشی از نقض تعهد ضمنی قراردادی از سوی مالک کالا تلقی گردد (مواد ۸۵ و ۸۶).

برخی از مفسران این باز فروش را مبتنی بر نظریه نمایندگی دانسته و بر این عقیده‌اند که طرف ذی‌حق در واقع به نمایندگی از طرف مالک کالا که تخلف کرده است، کالا را مجدداً می‌فروشد، این نمایندگی به طور ضمنی از ماده ۸۸ کنوانسیون استنباط شده است.^{۱۵۵} این ماده، هر دو حالت انتقال و عدم انتقال مالکیت کالا به مشتری را در بر می‌گیرد، زیرا حق بازفروش برای فروشنده بدون شرطیت انحلال قرارداد، پیش‌بینی شده است.^{۱۵۶}

در حقوق انگلیس نیز براساس بند ۳ ماده ۴۸ قانون فروش کالا مصوب ۱۹۷۹، در دو مورد به فروشنده طلبکار ثمن، حق بازفروش کالا داده شده است:

- ۱- وقتی کالا ضایع شدنی و سریع‌الفساد است بدون نیاز به اخطار.
- ۲- وقتی کالاها سریع‌الفساد نیست اما خریدار ظرف مدت زمان متعارف ثمن را نپردازد یا پیشنهادی برای پرداخت آن ارائه نکند پس از اخطار به وی.

155. J. Huet, op.cit., N. 11773, p. 572.

۱۵۶. دکتر سید حسین صفائی، حقوق مدنی و حقوق تطبیقی (مجموعه مقالات)، ص. ۴۶۱، ج. ۱، نشر میزان، تهران، ۱۳۷۵ ه. ش.

اما این حق باز فروش مبتنی بر فسخ قبلی قرارداد و بازگشت کالا به ملک بائع است بدین صورت که فروش مجدد کالا به ثالث توسط بائع قرارداد اصلی کاشف از انحلال آن قرارداد است و طبیعی است که فروشنده حق دارد عایدات حاصل از فروش مجدد را تملک کند و اگر خسارتی دیده، می‌تواند آن را مطابق بند ۱ ماده ۴۸ از مشتری قرارداد اصلی مطالبه نماید. البته اگر در نتیجه بیع اصلی مالکیت کالا به مشتری منتقل نشده باشد، بائع کالا را رأساً به عنوان مال خود خواهد فروخت.^{۱۵۷}

در حقوق آمریکا هم نظیر مقررہ کنوانسیون، در ماده ۲-۷۰۳ قانون یکنواخت بازرگانی ایالات متحده (UCC) آمده و همانند کنوانسیون بین دو حالت عدم انتقال مالکیت کالا به مشتری و انتقال آن به وی تفکیک قائل نشده و حق بازفروش را مطلقاً به بائع داده است.

در حالت اول بائع کالا را به عنوان مال خود می‌فروشد و در حالت دوم به نمایندگی از مشتری اقدام به بازفروش می‌نماید (۲-۷۰۳ و ۲-۷۰۶ بند F).^{۱۵۸}

در حقوق فرانسه از این تأسیس در قوانین سخنی به میان نیامده، اما برخی گفته‌اند که اگر دادگاه طبق ماده ۱۱۸۴ ق.م. حکم به فسخ قرارداد دهد، به موجب این حکم قرارداد منحل و مبیع به ملک بائع برمی‌گردد و بائع می‌تواند آن را بازفروش نماید و تفاوت بین ثمن دو قرارداد را به عنوان خسارت مطالبه کند.^{۱۵۹} در واقع تأسیس بازفروش چنانکه در

۱۵۷. همان، صص. ۴۵۷-۴۵۶؛ کلایوم، اشمیتوف، حقوق تجارت بین‌الملل (ترجمه گروه مترجمان زیر نظر دکتر اخلاقی)، ج. ۱، ص. ۲۴۰، ج. ۱، سمت، تهران، ۱۳۷۸ ه. ش؛ باتریک ادوارد عطیه، شرح قانون بیع البضائع الانجلیزی لسنة، ۱۹۷۹، ص. ۴۰۴، ترجمه به عربی از هنری ریاض و کرم شفیق، ج. ۱، دارالجهیل، بیروت، ۱۹۹۳.

۱۵۸. دکتر سید حسین صفائی، همان، صص. ۴۵۱-۴۵۰.

۱۵۹. همان، ص. ۴۵۸.

کنوناسیون و حقوق آمریکا و انگلیس وجود دارد در حقوق فرانسه پذیرفته نشده است.

در حقوق ایران نیز حق بازفروش در قوانین پیش‌بینی نشده و طبق اصول کلی حاکم بر معاملات صرف تخلف مشتری از مفاد قرارداد نمی‌تواند مادام که بیع فسخ نشده و مبیع در ملک وی است برای بایع حق بازفروش ایجاد کند، زیرا این عمل تصرف فضولی در مال غیر و غیرنافذ است (ماده ۳۵۲ ق.م.).^{۱۶۰}

اما شاید بتوان با الغاء خصوصیت از مواد ۳۷۱ و ۳۷۲ قانون تجارت و استخراج یک قاعده عام از آن دو، حکم به جواز فروش مال متعهد قراردادی توسط متعهدله به عنوان وثیقه مطالبات و ابزار جبران خسارت در صورت عدم امکان الزام وی به جبران خسارت و پرداخت سایر دیون خود داد. از سوی دیگر می‌توان با صدور قرار تأمین خواسته نسبت به مال متعهد (مبیع در بیع) و توقیف و سپس فروش آن (مواد ۱۲۹-۱۰۸ ق.آ.د.م. جدید)، هدف از بازفروش کالا را تأمین کرد.

استناد به ماده ۳ قانون مسؤلیت مدنی هم در صورت قول به وحدت بنیادین مسؤلیت مدنی قراردادی و قهری در راستای پذیرش بازفروش کالا به عنوان طریق جبران خسارت مقرر توسط قاضی خالی از قوت نیست.

گفتار دوم: روشهای غیر پولی جبران خسارت (طرق عینی)

گرچه جبران پولی خسارت به صورت یک اصل الزام آور یا ارشادی در بسیاری از سیستم‌های حقوقی و از جمله ایران پذیرفته شده است، اما طرق غیر پولی (عینی) جبران خسارت نیز می‌تواند در مواردی کارگشا بوده

۱۶۰. همان، ص. ۴۵۹.

و حتی بر طرق پولی ترجیح یابد، از این رو حتی در عرصه تجارت بین‌الملل نیز این طرق پیش‌بینی شده است.

مبحث اول: دادن مثل مال تلف شده

صحبت از دادن مثل مال تلف شده اصولاً در مسؤولیت قهری و در خصوص اموال مثلی صورت می‌گیرد و در مسؤولیت قراردادی، سخن از پرداخت مثل موضوع تعهد به جای انجام عین آن نامأنوس است. به طور کلی موضوع تعهد قراردادی یکی از امور زیر است:

– دادن مال معین.

– پرداخت مال کلی فی‌الذمه.

– انجام کار معین قائم به شخص متعهد.

– انجام کار معین غیرقائم به شخص متعهد.

– عدم انجام کاری معین.

در شق اول، و در صورت عدم انجام تعهد از سوی متعهد، عدم امکان الزام وی به آن، مستند بودن این عدم امکان به او و مثلی بودن موضوع تعهد، می‌توان وی را ملزم به پرداخت مثل کرد و این امر شاید در اعاده وضع سابق متضرر بهتر به کار آید.

در شق دوم، پرداخت مثل مفهومی ندارد چون موضوع تعهد عین معین نیست تا مثلش موضوعیت پیدا کند، بلکه پرداخت فردی از افراد کلی همیشه به عنوان انجام عین تعهد محسوب می‌گردد نه جبران خسارت و فقط در صورتی که خود متعهدله یا شخص ثالث به هزینه متعهد ناقض تعهد، اقدام به انجام تعهد نمایند، ملزم به پرداخت هزینه آن اعم از قیمت کالا و سایر هزینه‌ها خواهد بود که نوعی جبران خسارت است. در شقوق

دیگر هم روشن است که پرداخت مثل موضوع تعهد موضوعیت ندارد. در کنوانسیون طبق بند ۲ ماده ۴۶، پرداخت مثل کالا به عنوان جبران خسارت ناشی از عدم انجام تعهد به تسلیم کالای عین معین (بند ب ماده ۳۱) تلقی می‌گردد، زیرا عدم انطباق کالا می‌تواند علاوه بر وصف، نسبت به نوع و جنس نیز واقع شود و عدم تسلیم کالای معین هم شامل عدم تسلیم هیچ کالایی و هم تسلیم کالایی غیر از آن است.

بر فرض که این مستند قابل قبول به نظر نیاید، طبق آنچه در ابتدای فصل دوم از این بخش (دوم) آمد، قاضی مرجوع‌الیه مختار در انتخاب این روش است. اما به کاربرد اصطلاح جبران خسارت در مورد پرداخت مثل کالای کلی فی‌الذمه دقیق نیست زیرا این امر انجام عین تعهد است و ظاهر کنوانسیون در این خصوص قابل استناد نیست.

در حقوق ایران همانطور که گفته شد، قاضی ملزم به اعمال روش پولی جبران خسارت نیست و بلکه طبق ماده ۳ قانون مسؤولیت مدنی کاملاً مختار است تا روش انطباق را انتخاب کند. بنابر مستفاد از مواد ۳۱۲، ۳۱۱، ۳۱۷، ۳۲۸، ۳۲۹ و ۳۳۳ ق.م. پرداخت مثل مال تلف شده بر دیگر طرق ترجیح دارد و در مسؤولیت قراردادی هم می‌توان از ملاک آن مواد استفاده کرد، گرچه کمتر مصداق پیدا می‌کند.

البته باید توجه داشت که اگر مبیع عین معین بوده و عدم انطباق، اساسی و منجر به تفاوت صورت نوعیه کالای تسلیم شده با مفاد قرارداد شود، معامله باطل است (ماده ۳۵۳ ق.م.) و پرداخت مثل آن به متعهدله (مشتری) منجر به دارا شدن ناعادلانه وی می‌گردد مگر این که معادل آن خسارت دیده باشد.

و اما در حقوق فرانسه مطابق آنچه در مبحث دوم از فصل اول این بخش آمد نظرات متفاوت است و موضع رویه قضایی آن کشور در این

خصوص در جای خود ذکر گردید.

مبحث دوم: تعمیر کالا

طبق بند ۳ ماده ۴۶ کنوانسیون مشتری می‌تواند از بایع بخواهد که عدم انطباق کالای تسلیم شده را با تعمیر آن جبران نماید (چرا که کالای معیوب تسلیم شده است)، مگر این که چنین تقاضایی با توجه به اوضاع و احوال، غیرمعقول بوده یا بند ۳ ماده ۳۵ مصداق داشته باشد.

درخواست تعمیر کالا حتی وقتی مورد معامله کلی فی‌الذمه است را می‌توان نوعی جبران خسارت تلقی کرد زیرا با این درخواست، مشتری به طور ضمنی کالا را قبول و تملک کرده و حال تعمیر مال خود را می‌خواهد.

در حقوق ایران اگر کالای تسلیم شده عین معین باشد و معیوب در آید طبق ماده ۴۲۲ ق.م. مشتری مخیر بین فسخ و اخذ ارش است. از آنجا که حقوق مشتری در این فرض به صورت حصری معین شده نمی‌توان با استناد به ماده ۳ قانون مسؤولیت مدنی و ملاک ماده ۴۷۸ و ۴۸۱ ق.م. به مشتری اجازه درخواست تعمیر کالا از بایع را داد زیرا دو ماده اخیر خاص اجاره‌اند. مگر آن که گفته شود، تعمیر کالا در واقع تلاشی در راستای انجام عین تعهد است که در این صورت مشتری، حق درخواست آن را طبق ملاک ماده ۲۳۷ ق.م. خواهد داشت. اما به هر حال در صورت تراضی طرفین، حکم به تعمیر بی اشکال به نظر می‌رسد (ماده ۱۰ ق.م. و اصل تفسیری بودن مواد مربوط به معاملات).

اگر کالای موضوع معامله کلی فی‌الذمه باشد در بدو امر به نظر می‌آید با همان استدلالی که در حکم قضیه در کنوانسیون گفتیم بتوان قائل به امکان درخواست تعمیر کالا شد اما با دقت بیشتر معلوم می‌شود که چون

مشتری در این حالت با علم به عیب، اقدام به قبول کرده، حق وی ساقط است (ماده ۴۲۳ و ۴۲۴ ق.م.ا).

و اما در حقوق فرانسه گرچه در ماده ۱۶۴۴ ق.م.ا همانند حقوق ایران مشتری مختار بین فسخ و اخذ ارش گردیده است، اما رویه قضایی و برخی از حقوقدانان بر این عقیده‌اند که قاضی می‌تواند الزام بایع به اجرای عین تعهد از طریق تعمیر را بخواهد.^{۱۶۱}

اما پیشنهاد بایع مبنی بر تعمیر کالا مانع فسخ قرارداد توسط مشتری نیست.^{۱۶۲}

مبحث سوم: عذر خواهی و درج حکم در جراید

چون این شیوه جبران خسارات خاص خسارات معنوی است و کنوانسیون این‌گونه خسارات را نپذیرفته است بحث از آن موضوعیت ندارد. اما در حقوق ایران اگر خسارت معنوی وارد آمده باشد با استفاده از ملاک مواد ۳ و ۱۰ قانون مسؤولیت مدنی قاضی می‌تواند برای جبران آن حکم به عذرخواهی و درج حکم در جراید دهد گرچه در مسؤولیت قراردادی، خسارت معنوی ناشی از نقص تعهد کمتر پیش می‌آید.

در حقوق فرانسه اولاً، طبق تفسیر رویه قضایی مواد ۱۱۴۶-۱۱۵۵ قانون مدنی که خاص مسؤولیت قراردادی و جبران خسارت ناشی از نقص قرارداد است، خسارات معنوی نیز قابل مطالبه است.

ثانیاً، براساس آنچه در مبحث اول از فصل دوم این بخش آمد رویه قضایی قاضی را در انتخاب شیوه جبران خسارت آزاد می‌داند مادام که شیوه مزبور با هدف مسؤولیت مدنی منافات نداشته باشد، لذا در خسارات معنوی

161. Malaurie et Aynés, Cours de Droit Civil, Les Contrats Spéciaux, N. 402, p. 214, Editions Cujas, 2^e éd., Paris, 1988.

162. Code Civil (Dalloz), Article 1644, p. 1303.

قاضی می‌تواند حکم به عذرخواهی و درج حکم در جراید را نیز صادر کند.^{۱۶۳}

مبحث چهارم: الزام به انجام عین تعهد

در نگاه اول، این که انجام عین تعهد شیوه جبران خسارت ناشی از عدم انجام تعهد باشد متناقض به نظر می‌آید زیرا در سیستم‌های حقوقی نظیر ایران و فرانسه اساساً پرداخت خسارت ناشی از عدم انجام تعهد وقتی مطرح می‌شود که امکان انجام عین تعهد به هیچ وجه امکان نداشته باشد حال چگونه یک امر غیرممکن می‌تواند شیوه جبران خسارت تلقی شود و اگر انجام عین تعهد ممکن باشد دیگر جبران خسارت ناشی از عدم انجام آن موضوعیت ندارد.

با این همه تحت شرایطی این تناقض مرتفع می‌شود و الزام به انجام عین تعهد می‌تواند به عنوان شیوه جبران خسارت ناشی از نقض تعهدات قراردادی مطرح گردد:

اگر در اثر یکی از موجبات قانونی، متعهدله قرارداد را فسخ کرده و سبب فسخ مستند به تقصیر متعهد باشد یا این که به سبب تقصیر وی قرارداد باطل بوده یا منفسخ شده باشد و در عین حال وی توانایی مادی و حقوقی برای انجام تعهد مزبور را داشته باشد، قاضی می‌تواند وی را محکوم به انجام عین تعهد سابق نماید و چه بسا این روش بهتر از طرق دیگر و حتی بهتر از روش پولی بتواند وضع سابق را اعاده کند و جبران خسارت نماید.

در کنوانسیون همانطور که گفته شد برخلاف ظاهر ماده ۷۴ و نظر برخی مفسرین، روش جبران خسارت از نظر این کنوانسیون منحصر در روش پولی نیست و قاضی می‌تواند از باب انتخاب انطباق براساس اصول

163. Le Tourneau et Cadiet, op. cit., N. 1277, pp. 342-343.

کلی و روح کنوانسیون (ماده ۷) و یا با رجوع به یک حقوق داخلی صالح، این روش را در فرض فوق برگزیند.^{۱۶۴}

در حقوق ایران نیز با توجه به آنچه در جای خود گفته شد منعی در این خصوص وجود ندارد.

در حقوق فرانسه هم با توجه به آنچه در محل خود آمد منعی در این مورد وجود ندارد.

مبحث پنجم: سایر طرق جبران خسارت

ممکن است در حال حاضر یا در آینده شیوه‌های دیگری برای جبران خسارت وجود داشته باشد که بتواند به نحو مطلوبی خسارات وارد شده را به طور کامل جبران کند.

براساس آنچه گفته شد اعمال این طرق از نظر کنوانسیون، حقوق ایران و حقوق فرانسه اصولاً منعی ندارد مگر این که با برخی قواعد آمره حقوق داخلی مغایرت داشته باشد. روند تکاملی جامعه انسانی مستلزم این است که در صورت مقتضی شیوه‌های جدید جبران خسارت متناسب با تحولات پیش آمده اتخاذ گردد و حقوق که بسترسازی برای تکامل و پیشرفت جامعه بشری را به عنوان یکی از اهداف خود پیوسته مدنظر دارد اصولاً نه تنها با این شیوه‌ها مخالفتی نخواهد کرد بلکه مؤید آنها نیز خواهد بود.

الف) از آنچه به تفصیل آمد برمی آید که مقررات کنوانسیون در خصوص اوصاف عام خسارت قابل جبران، خسارت تأخیر تأدیه و وجه نقد و خسارت از خسارت در اکثر موارد با مقررات موجود در حقوق ملی کشورهای مورد بررسی یکسان است و هماهنگی قابل توجهی در این زمینه وجود دارد و در مواردی برای تکمیل مقررات کنوانسیون باید طبق بند ۲ ماده ۷ آن، به حقوق ملی صالح رجوع نمود و در این میان قواعد حل تعارض حقوق بین الملل خصوصی است که کارساز است و قاضی رسیدگی کننده باید اصل انتخاب انسب را با توجه به خصائص تجارت بین الملل و روح حاکم بر مقررات کنوانسیون در اعمال قواعد حل تعارض مدنظر قرار دهد.

ب) مشاهده شد که در مقوله روشهای تقویم خسارت و زمان و مکان آن، هماهنگی بین کنوانسیون و سیستمهای حقوقی موضوع بررسی بسیار زیاد است به طوری که از یک سو راه حل های موجود در کنوانسیون، اصولاً در این کشورها نیز قابل اعمال اند و از سوی دیگر، در مواردی که کنوانسیون نسبت به این موضوع مقرره ای ندارد راه حل های حقوق داخلی کشورها به راحتی می تواند بنا بر اصل انتخاب انسب یا از باب رجوع الزامی به حقوق داخلی صالح، مورد اقتباس و اعمال قرار گیرد.

دو روش خاص تقویم خسارت که در مواد ۷۵ و ۷۶ کنوانسیون مقرر شده است در تسریع و تسهیل امر تقویم خسارت و در نهایت دادرسی تأثیر چشمگیری دارد. به طور کلی جهت گیری کنوانسیون در انتخاب روشهای تقویم مبتنی بر اصل جبران کامل خسارت، تسریع در تشخیص وقوع و میزان خسارت و تسهیل آن و حل و فصل آسان و سریع دعاوی تجاری بین المللی است که در حقوق داخلی هم می تواند راهگشا باشد.

ج) از بررسی روش‌های جبران خسارت چنین برمی‌آید که کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مصوب ۱۹۸۰ وین و سیستم‌های حقوقی موضوع بررسی بر این موارد اتفاق نظر دارند:

۱- اصل بر جبران کامل خسارت و اعاده وضع سابق تا حد ممکن است.

۲- روش پرداخت معادل پولی خسارت در جبران خسارت اصل است.

۳- قاضی رأساً و یا با تراضی طرفین در انتخاب روش جبران خسارت آزاد است لکن اصل انتخاب مناسب‌ترین روش، همیشه حاکم است.

۴- طرفین قرارداد می‌توانند با تراضی هر نوع روش جبران خسارت را که مغایر با مفاد قواعد آمره نباشد انتخاب نمایند و این انتخاب برای قاضی لازم‌الاتباع است.

۵- روش پولی جبران خسارت از طریق بافروش کالا که در کنوانسیون و ایالات متحده آمریکا براساس نظریه نمایندگی پذیرفته شده است، در حقوق ایران هم می‌تواند با مبنای مربوط به تأمین خواسته و توقیف و فروش اموال خوانده (محکوم علیه) یعنی وثیقه عام بودن اموال مدیون (متعهد) و اختیارات گسترده قاضی براساس ماده ۳ قانون مسؤولیت مدنی پذیرفته شود.

۶- روش تقلیل ثمن مقرر در کنوانسیون که در حقوق فرانسه هم پذیرفته شده، در حقوق ایران نیز در صورت تحقق خیار عیب یا خیار تبعض صفقه قابل اعمال است.

۷- روش تعمیر کالا که در کنوانسیون آمده و در فرانسه نیز توسط رویه قضایی مورد پذیرش قرار گرفته، در حقوق ایران هم در صورت

تراضی طرفین و یا حتی به عنوان ادامه انجام عین تعهد قابل قبول به نظر می‌آید.

۸- روش های پولی و عینی جبران خسارت حصری نیستند و پیدایش و پذیرش روش‌های جدید در آینده استبعادی ندارد.

در نهایت می‌توان گفت که در زمینه جبران خسارات ناشی از نقض قرارداد هماهنگی بسیاری بین مقررات کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مصوب ۱۹۸۰ وین و سیستم‌های حقوقی مورد بررسی وجود دارد و این امر برآیند تلاش‌های نظری و عملی در جهت ایجاد یکنواختی و وحدت حقوقی در میان کشورهای جهان در عرصه تجارت بین‌الملل و گام مؤثری در راستای مرتفع ساختن مرزهای تصنعی حاصل از خودبیبگانگی بشر و غلبه وحدت بر کثرت به شمار می‌رود.

شایان ذکر است که سیستم حقوقی ایران در پیوستن به این کنوانسیون از حیث موضوع مورد مطالعه با مانع عمده‌ای روبرو نیست مگر در خصوص خسارت تأخیر تأدیه وجه نقد که، شرایط استحقاق مطالبه آن در حقوق ایران متفاوت از ضوابط کنوانسیون در این خصوص به نظر می‌آید مگر این که گفته شود در کنوانسیون فقط اصل استحقاق آمده است اما شرایط آن همانند موارد دیگری نظیر نرخ محاسبه خسارت و دوره زمانی محاسبه به انتخاب انطباقی یا حقوق داخلی صالح طبق قواعد حل تعارض حقوق بین‌الملل خصوصی واگذار گردیده است که در این صورت این مانع هم مرتفع خواهد شد.