

مطالبه خسارات محرومیت از منافع (عدم‌النفع) در دعاوی بین‌المللی^۱

جان یوکیو گوتاندا^۲

ترجمه: دکتر ماشاءاله بناء نیاسری^۳

یکم) مقدمه

در حقوق بسیاری از کشورها، هدف جبران خسارات تخلف از عقد، قرار دادن زیان دیده در موقعیتی است که اگر قرارداد اجرا شده بود، زیان دیده از آن موقعیت بهره‌مند بود.^۴ به دیگر سخن، زیان دیده بایست به «منفعت معامله» دست می‌یافت. از حیث نظری، زیان دیده بایست بتواند برای زیان‌های واقعی‌ای که در نتیجه تخلف از عقد متحمل گردیده، و هر سود خالصی که از آن محروم شده، یعنی عدم‌النفع ناشی از اعمال خوانده، مبلغی پول به‌عنوان خسارت دریافت دارد.^۵ اما نگاهی به آرای راجع به خسارات عدم‌النفع که در اختلافات ناشی از قراردادهای بین‌المللی صادر شده، نشان می‌دهد این آرا همواره هدف اصل جبران کلیه زیان‌ها را برآورده نمی‌سازد. چنان‌که یکی از نویسندگان اشاره می‌کند، خواهان‌ها در این دعاوی غالباً تنها بخشی از آنچه را به‌عنوان خسارات عدم‌النفع مطالبه می‌کنند، دریافت می‌دارند.^۶

1. مشخصات مأخذ اصلی مقاله به شرح زیر است:

John Y. Gotanda, «Recovering Lost Profits in International Disputes», (2004) 36 *Georgetown Journal of International Law* 61, 61-112.

2. معاون پژوهشی، استاد حقوق، و مدیر دوره مشترک دکتری حقوق و کارشناسی ارشد مدیریت بازرگانی (ام بی ای) در دانشکده حقوق دانشگاه ویلانووا. نویسنده از جیل مولین، مردیت پیرون، و متیو پیلچر جهت همکاری ارزنده‌ای که در انجام این تحقیق ارائه داده‌اند، سپاسگزار است.

3. استادیار مدعو گروه حقوق تجارت بین‌المللی دانشگاه شهید بهشتی email: M_Niasari@sbu.ac.ir

4. See Ugo Draetta *et al.*, *Transnational Contract Law in The Law of Transnational Business Transactions* § 4:50, at 4-103 (Ved P. Nanda & Ralph B. Lake eds., 2003).

5. See Harvey McGregor, McGregor on Damages 9, at 7 (14th ed. 1980).

6. See C.F. Amerasinghe, «Some Aspects of the Quantum of Compensation Payable upon Expropriation», 87 *Am. Soc'y Int'l L. Proc.* 477, 479 (1993).

به‌عنوان نمونه رجوع کنید به رأی صادر در دعوی زیر:

S. Pac. Prop. (Middle East) Ltd. v. Egypt, 22 *I.L.M.* 752, 782-83 (1983).

آرای راجع به خسارت عدم‌النفع غالباً متشکلت یا بی ضابطه و سلیقه ای به نظر می‌رسد. به‌عنوان نمونه، پاره‌ای از مراجع داوری در فرضی که بنگاه زیان‌دیده در زمان تخلف از قرارداد، بنگاهی دای و مشغول به کار نبوده است، به این استدلال که محاسبه خسارت عدم‌النفع در این فرض نمی‌تواند مبتنی بر سابقه سوددهی و داده‌های تاریخی باشد و لذا چنین محاسبه‌ای کاملاً حدسی و تخمینی خواهد بود، از دادن رأی به عدم‌النفع امتناع کرده‌اند.^۷ اما در مقابل، بعضی دیگر از مراجع داوری در این فرض، رأی به عدم‌النفع داده و استدلال کرده‌اند که برای جبران کلی زیان‌های خواهان لازم است این نوع خسارت نیز مورد رأی قرار گیرد^۸ و گاه دیده می‌شود که مراجع داوری در مقام تعیین میزان خسارت محرومیت از منافع (عدم‌النفع) به‌سادگی «طفل مورد نزاع را به دو نیم کرده‌اند»؛ به این معنا که به مبلغی میانگین و حد وسط میان ارزیابی‌ای که هریک از خواهان و خوانده از این خسارت دارند، رأی داده‌اند.^۹

امروزه دعوی راجع به مطالبه خسارات محرومیت از منافع (عدم‌النفع) بی‌تردید دشوارترین و پیچیده‌ترین مسائل را برای مرجع داوری‌ای که به اختلاف ناشی از قراردادی بین‌المللی رسیدگی می‌کند، مطرح می‌سازد. مرجع داوری در وهله نخست باید براساس قانون ماهوی گاه مبهم، در باب این که آیا خواهان اساساً استحقاق مطالبه خسارت محرومیت از منافع (عدم‌النفع) را مطابق آن قانون دارا است یا خیر، اتخاذ تصمیم کند. چنانچه پاسخ این سؤال مثبت باشد، آنگاه مرجع داوری، میزان خسارت عدم‌النفعی را که باید مورد رأی قرار بگیرد، تعیین می‌کند. مرحله تعیین میزان خسارات عدم‌النفع برای مراجع داوری مشکل‌آفرین بوده است. تعیین میزان خسارات عدم‌النفع، پیش از همه، نیازمند آن است که مرجع داوری از میان روش‌هایی چند، روشی را برای محاسبه میزان خسارت عدم‌النفع برگزیند.^{۱۰} آنگاه مرجع داوری باید اطلاعات لازم برای محاسبه عدم‌النفع، همچون سابقه سوددهی گذشته زیان‌دیده و همچنین ادله و قرائنی را که نشان می‌دهد

(در دعوی فوق، مرجع داوری مطالبه مبلغ 42/5 میلیون دلار به‌عنوان خسارت عدم‌النفع را که بر مبنای تحلیل جریان نقدی تنزیل شده، محاسبه شده بود نپذیرفت و رأی داد «مبلغ عادلانه که باید مورد رأی قرار گیرد، 12/5 میلیون دلار است»).

7. به‌عنوان نمونه رجوع کنید به:

Levitt v. Iran, 14 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 191, 209-10 (1987).

مقایسه کنید با:

Asian Agric. Prod. v. Sri Lanka, 30 I.L.M. 577, 624-25 (1991).

8. ر.ک:

Sapphire Int'l Petroleum Ltd. v. Nat'l Iranian Oil Co., Arbitral Award, Mar. 15, 1963, reprinted in 35 I.L.R. 136, 183 (1967); Delagoa Bay & E. Afr. Ry. Co. (U.S. & Gr. Brit. v. Port.) (1900), summarized in pertinent part in 3 Majorie M. Whiteman, Damages in International Law 1694, 1697 (1943).

10. See Markham Ball, Assessing Damages in Claims by Investors against States, 16 ICSID Rev. 408, 426 (2001).

10. See 3 E. Allan Farnsworth, Farnsworth on Contracts § 12.9 (2d ed. 1998).

همچنین رجوع کنید به زیرنویس‌های شماره 163 و 164 و متن همراه آن دو. در آن‌جا روش‌های مختلف ارزیابی میزان خسارات عدم‌النفع، شامل روش جریان نقدی تنزیل شده، روش ارزش دفتری، و روش ارزش جایگزین را مطالعه کرده‌ایم.

اگر تخلف از قرارداد رخ نمی‌داد، درآمد آینده محقق می‌شد، تحت بررسی قرار دهد.^{۱۱} مرجع داورى همچنین باید عدم قطعیت‌های متعددی را در محاسبات خویش لحاظ کند و محاسبات پیچیده‌ای را به انجام رساند؛ محاسباتی که تغییرات جزئی در هر یک از متغیرهای متعدد آن می‌تواند تفاوت‌های عمده‌ای را در مبلغ خسارت موضوع رأی به همراه داشته باشد.^{۱۲} دشواری این فرایند یکی از مراجع داورى را بر آن داشته که اظهار دارد: «تا آن‌جا که به میزان خسارات عدم‌النفع... مربوط می‌شود، باید گفت میزان این خسارات به نحو دقیق قابل اثبات نیست.»^{۱۳} یکی دیگر از مراجع داورى می‌افزاید: «خسارات تقویت منافع [عدم النفع] همواره دانشی غیر دقیق بوده است... نمی‌توان انتظار داشت چنین برآوردی که پیشاپیش بر پ ایه داده‌های صرفاً نظری به انجام می‌رسد، صددرصد صحیح و درست باشد، بلکه احتمالاً تنها به طور نسبی می‌توان قائل به صحت این محاسبه بود.»^{۱۴}

مقاله حاضر بررسی می‌کند که روش معمول تعیین و صدور حکم به خسارات محرومیت از منافع آینده در دعاوی تجاری بین‌المللی چگونه است. در بخش دوم مقاله، به انواع خسارات قابل مطالبه در دعاوی تخلف از قرارداد نگاهی اجمالی می‌اندازیم و شرحی مختصر از هر یک از این خسارات به دست می‌دهیم. بخش سوم مقاله، مواردی را بررسی می‌کند که خسارات محرومیت از منافع در هر یک از نظام‌های زیر مورد رأی قرار می‌گیرد: یک) در کشورهای پیرو نظام حقوقی کامن‌لا؛ دو) در کشورهای پیرو نظام حقوق نوشته؛ سه) در کنوانسیون سازمان ملل راجع به بیع بین‌المللی کالا؛ و چهار) در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی تدوین مؤسسه وحدت حقوق خصوصی رُم. بررسی ما در این بخش بدین نتیجه می‌انجامد که حقوق تمامی کشورهای مورد مطالعه و همچنین کنوانسیون سازمان ملل راجع به بیع بین‌المللی کالا و اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی مؤسسه وحدت حقوق خصوصی، جملگی مطالبه خسارات محرومیت از منافع آینده را در دعاوی تخلف از عقد روا می‌شمارند، لکن شرایطی که خواهان باید حائز باشد تا چنین منافعی را دریافت دارد، از کشوری به کشور دیگر متفاوت است. در بخش چهارم، آرای را که مراجع داورى در زمینه عدم‌النفع داده‌اند، مورد بازبینی قرار می‌دهیم. از مطالعه این آرا م ی‌توان

11. یکی از مراجع داورى اظهار عقیده می‌کند: «در دعاوی مطالبه خسارات تقویت منافع آینده، تعیین مقدار خسارت دشواری‌های خاصی را ممکن است مطرح سازد. از یک سوی، خواهان که در دعاوی مسئولیت حاکم شده، باید مقدار خسارت مورد ادعای خویش را مطابق معیار اثباتی مناسب ثابت کند و به منظور آن که مبلغ مورد نظر موضوع رأی قرار گیرد، آن مبلغ نباید حدسی یا بسیار بعید و دور از ذهن باشد. از سوی دیگر، اجرای عدالت نسبت به خواهان ایجاب می‌کند که دادگاه یا مرجع داورى، هم به شکل واقع‌بینانه و هم به نحوی معقول به این وظیفه پردازد.» در این باره رجوع کنید به:

Second Partial Award of 21 October 2002, S.D. Myers, Inc. v. Canada, ¶ 173, at <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/documents/myersPA.pdf>.

12. Ball, supra note 6, at 424.

13. Sapphire Int'l Petroleum Ltd., 35 I.L.R. at 189.

14. Himpurna Cal. Energy Ltd. v. PT. (Persero) Perusahaan Listrik Negara, Final Award of 4 May 1999, 25 Y.B. Com. Arb. 13, 102-03 (2000).

دریافت اجماع و اتفاق نظری کلی میان مراجع رسیدگی وجود دارد دایر به این که چنانچه تخلف از عقد مقرون به خطای متعهد قراردادی باشد، زیان دیده از حیث نظری حق دارد هر سود خالصی را که به علت خودداری خواننده از اجرای تعهدات خویش محقق نشده، به عنوان خسارت دریافت دارد. با این همه، همچنان در این حوزه مسائلی مطرح است که نگرانی هایی را دامن می زند و پاسخ روشن و متقنی درباره آن ها دیده نمی شود: اولاً قواعد عام الشمولی وجود ندارد که مراجع رسیدگی را در محاسبه میزان خسارات عدم النفعی که بر ذمه متعهد متخلف است، راهبری کند و این امر خود منجر به صدور آرای به ظاهر متشقت گردیده است. ثانیاً چنان که در بالا اشاره شد، در فرضی که بنگاه زیان دیده از حیث مدت، آن قدر مشغول به فعالیت نبوده که سابقه عملکرد و سوددهی ایجاد کند، مراجع رسیدگی اختلاف دارند که آیا می توان در چنین فرضی به خسارت عدم النفع (خسارات محرومیت از منافع آینده) رأی داد یا خیر. ثالثاً به تازگی پاره ای از مراجع داوری به هنگامی که دادن رأی به عدم النفع ممکن است سبب ورود عسر و حرج مالی شدید به خواننده شود، کوشیده اند با استناد به نظریه سوءاستفاده از حق، مانع اعمال حق مشروع مطالبه عدم النفع شوند یا این حق را ساقط شده انگارند. بخش پنجم مقاله استدلال می کند که نه نظریه بنگاه تازه تاسیس و نه نظریه سوءاستفاده از حق، هیچ یک نباید جهت رد دعوی مشروع مطالبه عدم النفع مورد استناد قرار گیرد. در این بخش، همچنین تدابیری را که متعاملین خود می توانند به منظور جلوگیری از صدور آرای خودسرانه و بی ضابطه عدم النفع بپندیشند، برمی شماریم و سرانجام در بخش ششم، خلاصه ای موجز از مقاله ارائه می گردد.

دوم) مروری اجمالی بر انواع خسارات قابل مطالبه برای تخلف از قرارداد

ضمانت اجراهای نخستین و اولی تخلف از عقد، میان کشورهای پیرو نظام کامن لا و کشورهای پیرو نظام حقوق نوشته متفاوت است. در کشورهای عضو نظام حقوقی کامن لا، رأی به جبران خسارت، ضمانت اجرای معمول برای تخلف از عقد است.¹⁵ در مقابل، در بسیاری از کشورهای پیرو نظام حقوق نوشته، هنگامی که تخلف از قرارداد رخ می دهد، ضمانت اجرای نخستین خواهان، الزام به انجام عین تعهد است، هر چند بسیاری از این کشورها نیز به نحو روز افزونی بدان سوی می روند که مطالبه خسارات را به عنوان ضمانت اجرای مرجح بپذیرند.¹⁶ بنابراین،

15. See Michael H. Whincup, *Contract Law and Practice: The English System and Continental Comparisons* 249 (2d ed. 1992); Farnsworth, *supra* note 7, § 12.8 at 187.

16. ر.ک: ماده 918 قانون مدنی اتریش، ماده 241 قانون مدنی آلمان و بند 1 از ماده 389 قانون مدنی کره جنوبی. برای دیدن مواد مورد اشاره قانون مدنی اتریش، قانون مدنی آلمان و قانون مدنی کره جنوبی به ترتیب رجوع کنید به: Art. 918 ABGB (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch) (Aus.); § 241 BGB (Bürgerliches Gesetzbuch) (Ger.), available at <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/BGB.htm#b2s1t1st3>; Civil Act art. 389(1) (S. Korea), translated in 3 Statutes of the Republic of Korea 68 (1997).

همچنین در این باره رجوع کنید به:

مطالبه خسارت در کشورهای پیرو نظام حقوق نوشته چونان یک ضمانت اجرای ثانوی نگریده می‌شود.^{۱۷} با این حال، در شماری از کشورهای خانواده حقوق نوشته، به خواهان یا دادگاه امکان داده شده است از میان دو ضمانت اجرای الزام به انجام عین تعهد یا مطالبه خسارت، یکی را به اختیار خود برگزیند.^{۱۸} در هر دو نظام حقوق کامن‌لا و نظام حقوقی نوشته، قواعد ناظر به خسارات قابل مطالبه برای تخلف از قرارداد، قواعدی پیچیده و از کشوری به کشور دیگر بسیار متفاوت است. در بعضی از کشورها، از قبیل ایالات متحده آمریکا و کانادا، قواعد قابل اعمال در این زمینه حتی میان ایالت‌ها و استان‌های مختلف فرق می‌کند.

در کشورهای خانواده حقوقی کامن‌لا، هدف از دادن رأی به خسارت، مجازات خوانده نیست، بلکه هدف آن است طرفی که متحمل زیان شده، تا آن‌جا که پول می‌تواند این مهم را به انجام رساند، در همان موقعیتی قرار داده شود که اگر قرارداد اجرا شده بود، وی در آن موقعیت قرار داشت.^{۱۹} بنابراین، در این کشورها رأی به دادن خسارت معمولاً این هدف را دنبال می‌کند که نفع مورد انتظار خواهان از قرارداد تأمین گردد.^{۲۰}

Eugene Bucher, Law of Contracts, in Introduction to Swiss Law 105, 113 (F. Dessemontet & T. Ansary eds., 1983); Peter Schlechtriem, The German Act to Modernize the Law of Obligations in the Context of Common Principles and Structures of the Law of Obligations in Europe, Oxford U. Comp. L. Forum 2 (2002), available at <http://ouclf.iuscomp.org/articles/schlechtriem2.shtml>; Joseph M. Lookofsky, Consequential Damages in Comparative Context § 4.2 (1989).

در نظام حقوقی نوشته، چنانچه تخلف از عقد، زیان مادی خاصی را نیز وارد ساخته باشد، خواهان علاوه بر حق درخواست الزام به انجام عین تعهد می‌تواند خسارت نیز مطالبه کند. در این باره به‌عنوان نمونه رجوع کنید به: ماده 918 قانون مدنی اتریش، و مواد 280 تا 283 قانون مدنی آلمان.

17. ر.ک: ماده 395 قانون مدنی کره جنوبی، ماده 213 قانون مدنی تایوان، و ماده 241 قانون مدنی آلمان. همچنین رجوع کنید به:

Reinhard Zimmermann, Breach of Contract and Remedies under the New German Law of Obligations 10, 17 (2002).

18. See Arthur Taylor Von Mehren, The Civil Law System 502 (1957).

(وُن مِهْرِن در کتاب فوق‌خاطر نشان می‌کند که دادگاه‌های فرانسه در خصوص انتخاب ضمانت‌اجرای مناسب دارای قدرت صلاحیت‌دیدی (اختیار) هستند). ماده 1124 قانون مدنی اسپانیا نیز مقرر می‌دارد: «زیان‌دیده می‌تواند از میان دو ضمانت‌اجرای درخواست‌الزام به انجام عین تعهد یا انحلال قرارداد، به همراه دریافت خسارت و بهره در هر دو مورد، یکی را برگزیند». برای دیدن ماده 1124 قانون مدنی اسپانیا رجوع کنید به:

C.C. art. 1124 (Spain) (Julio Romanach, Jr. trans., 1994).

19. See Robinson v. Harman, 154 Eng. Rep. 363 (1848); The Unique Mariner [1979] 1 Lloyd's Rep. 37, 54; S.M. Waddams, The Law of Damages 536, at 310 (1983); Asamera Oil Corp. v. Sea Oil & Gen. Corp. [1979] 1 S.C.R. 663.

در هندوستان، ماده 73 از قانون قراردادهای هند (مصوب 1872) مقرر می‌دارد: طرف زیان‌دیده مستحق دریافت غرامت برای هر ضرر و زبانی است که در جریان عادی امور از نقض قرارداد ناشی می‌شود، یا طرفین در زمان انشای عقد احتمال می‌داده‌اند که در اثر تخلف از عقد حادث شود. همچنین رجوع کنید به:

McElroy Milne v. Commercial Elecs. Ltd. [1993] 1 N.Z.L.R. 39 (C.A.).

20. See Robinson, 154 Eng. Rep. at 365.

207 ❖ مطالبه خسارات محرومیت از ...

کشورهای پیرو نظام حقوقی کامن‌لا، خسارات قابل مطالبه برای تخلف از عقد را به سه دسته تقسیم می‌کنند: خسارت اسمی، خسارت عام، و خسارت خاص. خسارت اسمی وقتی مورد رأی قرار می‌گیرد که خواننده به جهت تخلف از عقد، مسئول شناخته می‌شود، لکن خواهان از اثبات این که در اثر نقض قرارداد واقعاً خسارتی را متحمل شده ناتوان است.^{۲۱} خسارات عام، خساراتی است که «مفروض است در اثر تخطی از یک حق یا تکلیف حقوقی وارد می‌گردد».^{۲۲} این نوع خسارت، «نتیجه طبیعی و قرین به یقین» یک تخلف قلمداد است و شامل هر دو نوع زیان مادی و غیر مادی (معنوی) می‌گردد.^{۲۳} خسارات خاص، خساراتی است که از «شرایط و اوضاع و احوال خاص یا فوق‌العاده‌ای منشأ می‌گیرد که بیرون از محدوده پیش بینی معمول و معقول متعاملین بوده» و نمی‌توان این گونه خسارات را مطالبه کرد، مگر این که «متعاملین خود وجود این شرایط و اوضاع و احوال خاص را به اطلاع یکدیگر رسانیده باشند».^{۲۴}

دادگاه‌های انگلستان چندین تفاوت دیگر نیز بین خسارات عام و خسارات خاص قائلند. خسارات خاص باید صریحاً در دادخواست ذکر و مطالبه شوند و به منظور آن که مورد رأی قرار گیرد، ورود این خسارات باید به اثبات رسد.^{۲۵} در مقابل، خسارات عام، بدون نیاز به ارائه دلیلی بر ورود زیان قابل مطالبه است^{۲۶} و تنها خواهان باید ادعا کند «چنین خسارتی را متحمل شده است».^{۲۷}

چنان که اشاره شد، در کشورهای پیرو نظام حقوقی کامن‌لا، خواهان نوعاً مستحق مطالبه نفعی است که حصول آن را از اجرای قرارداد انتظار داشته است. خواهان محق است از نظر پولی در همان موقعیتی قرار گیرد که اگر قرارداد اجرا شده بود، از آن موقعیت بهره‌مند می‌شد. روش تعیین مبلغ پولی که به‌عنوان خسارت داده می‌شود، برحسب اوضاع و احوال، از جمله این که آیا خواهان قرارداد را فسخ کرده و این که آیا تخلف از عقد کلی یا جزئی بوده، متفاوت است.^{۲۸}

کشورهای پیرو نظام حقوقی نوشته، آرای راجع به خسارات را بر دو مفهوم به جای مانده از

-
21. See *White Arrow Express Ltd. v. Lamey's Distribution Ltd.* [1995] 15 T.L.R. 69, 72 (C.A. 1995).
 22. 1 Chitty on Contracts 1672 (A.G. Guest ed., 25th ed. 1983); see also 12(1) Halsbury's Laws of England 802, 812 (4th ed. Reissue 1998).
 23. See Whincup, supra note 12, § 13.3, at 249.
 24. *Monarch S.S. Co. v. Karlshamns Oljebriker* [1949] A.C. 196, 221 (Lord Wright).
 25. *Ratcliff v. Evans* [1892] 2 Q.B. 524, 528; *Bodley v. Reynolds*, 115 Eng. Rep. 1066 (Q.B. 1846); see also *Hayward v. Pullinger & Partners, Ltd.*, 1 All E.R. 581 (K.B. 1950); *Int'l Mineral & Chem. Corp. v. Karl O. Helm A.G.*, 1 Lloyd's Rep. 81, 103 (Q.B. 1986).
 دعوی دوم راجع به محرومیت از اجرت و کارمزد (حق کمیسیون) بود.
 26. *Int'l Mineral & Chemical Corp.*, 1 Lloyd's Rep. at 103.
 27. See *HOK Engineering Ltd. v. Ives & Another, Ct. App.*, Civ. Div. (Transcript: John Larking), Feb. 16, 1996.
 28. See *Dan B. Dobbs, Law of Remedies* § 12.1(1), at 6 (2d ed. 1993); Chitty, supra note 19, ¶¶ 1591-1632.

حقوق رُم در زمینه جبران زیان مبتنی می‌سازند.^{۲۹} نخستین مفهوم ر می، «*Damnum Emergens*» است که به معنای غرامتی است که برای زیان‌های واقعی وارده داده می‌شود. به‌عنوان مثال، هنگامی که قرارداد ساخت یک کشتی نقض می‌گردد، خواهان می‌تواند جبران خسارات مربوط به قیمت وسایل و مواد اولیه ای را که برای ساخت کشتی خریداری کرده، بخواهد. دومین مفهوم رومی، «*Lucrum Cessans*» یا همان سود خالصی است که عمل خوانده، مانع تحقق آن شده است.^{۳۰} این مفهوم به انتظار و امید شخص به عملی شدن برنامه‌ریزی‌ای که جهت عاید کردن سودی صورت داده، ارتباط می‌یابد. به‌عنوان نمونه، در مثال فوق، خواهان می‌تواند علاوه بر خسارات واقعی، سودی را نیز که اگر قرارداد اجرا شده بود تحصیل می‌کرد، مطالبه کند. همانند با کشورهای کامن‌لا، هدف «*Emergens Damnum*» و «*Lucrum Cessans*» قراردادن طرف غیرمتخلف از عقد در موقعیتی است که اگر قرارداد اجرا شده بود، وی در آن موقعیت قرار می‌داشت.^{۳۱}

پاره‌ای از کشورهای پیرو نظام حقوق نوشته، خسارات قابل مطالبه برای تخلف از عقد را به دو دسته موسوم به «منفعت مثبت» و «منفعت منفی» تقسیم می‌کنند.^{۳۲} نفع مثبت، خواهان را در موقعیت مالی‌ای قرار می‌دهد که اگر قرارداد اجرا شده بود، وی در آن موقعیت قرار داشت. مبلغ

29. ر.ک: ماده 1106 قانون مدنی اسپانیا، ماده 1149 قانون مدنی فرانسه، ماده 1149 قانون مدنی بلژیک، ماده 1223 قانون مدنی ایتالیا، ماده 298 قانون مدنی یونان، ماده 1293 قانون مدنی اتریش، ماده 195 و 208 قانون تعهدات سوئیس، ماده 216 قانون مدنی تایوان، و ماده 96 به بعد قانون تعهدات ترکیه. ماده 6:96 قانون مدنی هلند مقرر می‌دارد: «خسارات مالی هم شامل زبانی است که متعهدله متحمل شده، و هم سودی که وی از آن محروم گردیده است.» برای دیدن ترجمه انگلیسی مواد اشاره قانون مدنی فرانسه، قانون مدنی بلژیک، قانون مدنی هلند، قانون مدنی ایتالیا، و قانون مدنی یونان، به ترتیب رجوع کنید به:

C. Civ. art. 1149 (Fr.) (John H. Crabb trans., 1995); Civil Code art. 1149 (Belg.) (John H. Crabb trans., 1982); Burgerlijk Wetboek [BW] 6:96 (Neth.) (P.P.C. Haanappel & Ejan Mackaay trans., 1990); Codice Civile [C.C.] art. 1223 (Italy) (Mario Beltramo et al., trans., 1991); Greek Civil Code art. 298 (Constantine Taliadoros trans., 1982).

30. ر.ک: ماده 1149 قانون مدنی فرانسه، و ماده 2104 و 2108 و 2109 قانون مدنی فدرال مکزیک. همچنین رجوع کنید به:

Denis Tallon, French Report, in *Contract Law Today: Anglo-French Comparisons* 263, 274 (Donald Harris & Denis Tallon eds., 1989).

31. See Tallon, *supra* note 27, at 274; Draetta et al., *supra* note 1, § 4:50, at 4-103.

32. ر.ک: ماده 67 قانون بیع فنلاند. این ماده منفعت مثبت را به‌عنوان «مخارج، تفاوت قیمت، عدم‌النفع، و سایر زیان‌های مستقیم یا غیرمستقیمی که از نقض قرارداد ناشی شود» تعریف می‌کند. برای دیدن متن ماده 67 از قانون بیع فنلاند رجوع کنید به:

Sale of Goods Act § 67 (Fin.), available at <http://www.finlex.fi/english/laws/index.php>.

همچنین برای مطالعه بیش‌تر درباره تقسیم خسارات قابل مطالبه در دعاوی نقض قرارداد به «منفعت مثبت» و «منفعت منفی» رجوع کنید به:

Antti Heikinheimo & Pekka Inkeroinen, Finland, in *Transnational Litigation: A Practitioner's Guide*, at FIN-69 (Richard H. Kreindler ed., 1997); Byung Suk Chung & Kwang Hyung Suk, Korea, in *Transnational Litigation: A Practitioner's Guide*, at KOR-59 (Richard H. Kreindler ed., 2000).

خسارتی که به‌عنوان نفع مثبت داده می‌شود شامل هر سودی است که اگر نقض قرارداد رخ نداده بود، آن سود می‌توانست به دست آید. در مقابل، هدف از نفع منفی، بازگرداندن خواهان به موقعیتی است که اگر قرارداد اصلاً منعقد نشده بود، وی در آن موقعیت قرار می‌داشت. به دیگر سخن، این ضمانت اجرا (یعنی نفع منفی) در پی حصول و دستیابی به منفعت اعتماد متعهدله است.^{۳۳}

کلیه کشورها شرایط و محدودیت‌هایی را بر خسارات قابل مطالبه برای تخلف از قرارداد وضع کرده‌اند. این شرایط شامل رابطه سببیت،^{۳۴} قابلیت پیش‌بینی زیان،^{۳۵} قابلیت اجتناب از زیان،^{۳۶} مسلم بودن زیان،^{۳۷} تقصیر،^{۳۸} و در بعضی موارد، لزوم دادن اظهارنامه ای دایر بر قصد مطالبه خسارت^{۳۹} است. هم‌چنان که در بخش سوم مقاله خواهیم دید، این شرایط و محدودیت‌ها در مورد مطالبه خسارات محرومیت از منافع (عدم‌النفع) نیز اعمال می‌شود. منتها باید دانست که اعمال این شرایط و محدودیت‌ها بر مطالبه خسارات عدم‌النفع، ممکن است از اعمال آن‌ها بر مطالبه خسارت برای زیان‌های واقعی وارده متفاوت باشد.

وانگهی متعاقبین ممکن است در مورد ضمانت‌اجراهایی که در صورت تخلف از عقد در اختیار ایشان است، پیشاپیش توافق کنند.^{۴۰} به‌عنوان نمونه، متعاملین ممکن است میزان مسئولیت

33. منفعت مثبت رایج‌ترین نوع خسارتی است که در دعاوی تخلف از عقد مطالبه می‌شود. منفعت منفی بیش تر در جایی مورد رأی قرار می‌گیرد که قرارداد باطل است. در این باره به‌عنوان نمونه رجوع کنید به:

Eugen Bucher, *Law of Contracts*, in *Introduction to Swiss Law* 115 (F. Dessemontet & T. Ansay eds., 2d ed. 1995); G.H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract* 89-90 (1988).

34. See Waddams, *supra* note 16, 1115A-1115; Donald Harris et al., *Remedies in Contract and Tort* 88-108 (2d ed. 2002).

35. ر.ک: ماده 1150 قانون مدنی فرانسه، ماده 1107 قانون مدنی اسپانیا و ماده 1150 قانون مدنی بلژیک. همچنین رجوع کنید به:

Lookofsky, *supra* note 13, § 4.4.4.3.

36. ر.ک: ماده 44 قانون تعهدات سوئیس، و ماده 1227 قانون مدنی ایتالیا. همچنین رجوع کنید به: Farnsworth, *supra* note 7, § 12.12; Lookofsky, *supra* note 13, § 4.4.4.1; Chitty on Contracts, *supra* note 19, ¶ 1715.

37. ر.ک: ماده 42 قانون مدنی سوئیس. همچنین رجوع کنید به: McGregor, *supra* note 2, at 190; Waddams, *supra* note 16, 1051.

38. ر.ک: ماده 276 قانون مدنی آلمان و ماده 1101 قانون مدنی اسپانیا. همچنین رجوع کنید به: Wolfgang Hahnkamper, *Austria*, in *Transnational Litigation: A Practitioner's Guide*, at AUS-77 (John Fellas ed., 2003); Lucien Simont et al., *Belgium*, in *Transnational Litigation: A Practitioner's Guide*, at BEL-63 (John Fellas ed., 2003); Markus Wirth et al., *Switzerland*, in *Transnational Litigation: A Practitioner's Guide*, at SWI-76 (1997).

39. ر.ک: ماده 1146 قانون مدنی فرانسه و ماده 102 و 103 قانون تعهدات سوئیس. همچنین رجوع کنید به: Giovanni Crisculo & David Pugsley, *Italian Law of Contracts* 208 (1991).

40. ر.ک: بند 1 ماده 398 قانون مدنی کره جنوبی و ماده 250 قانون مدنی تایوان. همچنین رجوع کنید به: Bem Dis A Turk Ticaret S/A TR v. Int'l Agri Trade Co. Ltd., 1 Lloyd's Rep. 729 (C.A. 1999); McGregor, *supra* note 2, 335.

را فقط ب موردی که یک طرف، قرارداد را به علت وقوع حوادث معینی منحل سازد، محدود کنند (شرط تحدید مسئولیت).^{۴۱} گذشته از این، شروط عقد ممکن است شامل شرط وجه التزام باشد. چنین شرطی مقرر می‌دارد شخصی که قرارداد را زیر پا می‌گذارد، مکلف است مبلغ مشخصی را به‌عنوان خسارت بپردازد.^{۴۲} با این حال، باید دانست در بعضی از نظام‌های حقوقی، چنانچه مبلغی که مطابق توافق به‌عنوان خسارت باید پرداخت شود آن‌چنان به نحو فاحش با خسارت واقعی یا خسارتی که منطقی در آن شرایط حادث می‌شود، نامتناسب است که شرط وجه التزام را معادل شرط کیفی جلوه می‌دهد، چنین شرطی را باطل می‌انگارند و از الزام به اجرای آن خودداری می‌ورزند.^{۴۳}

سوم) مطالبه خسارات محرومیت از منافع (عدم‌النفع)

از آن‌جا که هدف اصلی جبران خسارات تخلف از قرارداد، آن است که به زیان‌دیده، منفعت مورد انتظار از معامله داده شود، خواننده‌ای که به نحو غیرقانونی از ایفای تعهدات قراردادی خویش قصور ورزیده است، نوعاً مسئول پرداخت زیان‌های واقعی که خواهان به سبب تخلف از عقد متحمل شده، و همچنین هر سود خالصی است که وی از آن محروم شده است. با این حال، شرایط مطالبه خسارات محرومیت از منافع، و محدودیت‌هایی که بر این مطالبه نهاده شده، از کشوری به کشور دیگر متفاوت است.

الف) مطالبه خسارات محرومیت از منافع (عدم‌النفع) در کشورهای کامن‌لا

اصل جواز مطالبه خسارات محرومیت از منافع (عدم‌النفع) در دعاوی تخلف از عقد در کشورهای کامن‌لا، همچون استرالیا، کانادا، انگلستان، و ایالات متحده امریکا امری مسلم و مفروغ^{۴۴} عنه

(مک گرگور در کتاب فوق می‌نویسد: «متعاقدین می‌توانند به‌عنوان شرطی از شروط قرارداد، مبلغی را که در صورت نقض قرارداد باید بر سبیل خسارت بپردازند، مشخص سازند»). با وجود این، چنانچه متعاقدین بخواهند کلیه حقوق (ضمانت‌اجراهی) موجود در صورت نقض قرارداد را ساقط کنند، باید الفاظ صریحی دال بر این مقصود در قرارداد خویش به کار گیرند. در این باره رجوع کنید به:

Gilbert-Ash (Northern) Ltd. v. Modern Eng'g (Bristol) Ltd. [1974] A.C. 689 (H.L. 1973).

41. ر.ک: آرای صادر در دعاوی زیر:

Itel Int'l Corp. v. Soc. Sec. Org. of Iran, 24 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 272, 288 (1990); Am. Bell Int'l, Inc. v. Iran, 6 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 74, 90 (1984).

42. ر.ک: آرای صادر در دعاوی زیر:

Component Builders, Inc. v. Iran, Award No. 431-395-3, 23 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 3 (1989); SEDCO, Inc. v. Iran, 15 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 23 (1987).

43. See Dobbs, supra note 25 § 12.9(2), at 813; see also McGregor, supra note 2, 335-349; Waddams, supra note 16, 916; Am. Bell Int'l, Inc., 6 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. at 90.

(در رأی فوق که از سوی دیوان دعاوی ایران - ایالات متحده صادر شده، آمده است: «مطابق اصول حقوقی‌ای که در بسیاری از نظام‌های حقوقی بر آن صحنه گذاشته شده و مقبول افتاده است، در موردی که عدم اجرای قرارداد ناشی از خطای عمدی یا تقصیر فاحش آن طرفی باشد که به شرط عدم مسئولیت استناد می‌جوید، شرط عدم مسئولیت به طور کلی فاقد اثر خواهد بود»).

است.^{۴۴} در این نظام‌های حقوقی، عدم‌النفع معمولاً به‌عنوان خسارات خاص یا خسارات تبعی انگاشته می‌شود. در نتیجه، خواهان ناگزیر است این نوع خسارت را صریحاً و به طور مشخص در دادخواست بخواهد و نیز ثابت کند که منافی تفویت شده است.^{۴۵} از جمله شایع‌ترین شرایطی که دعوی خواهان مبنی بر مطالبه عدم‌النفع باید حائز باشد تا این گونه خسارت به نفع او مورد رأی قرار گیرد، عبارتند از وجود رابطه سببیت، قابلیت پیش‌بینی زیان، و مسلم بودن زیان.

رابطه سببیت

به منظور دریافت عدم‌النفع باید بین تخلف خواننده از قرارداد و از دست رفتن درآمد آینده خواهان، رابطه سببیت برقرار باشد.^{۴۶} در این جا مسأله این است که آیا تخلف خواننده از قرارداد، آن‌چنان با از دست رفتن درآمد خواهان یا خسارت وارده مرتبط است که «بر حسب عقل و تجربه، آن تخلف سبب ورود این زیان محسوب گردد».^{۴۷} خواهان نوعاً ناگزیر است ثابت کند اگر خواننده، قرارداد را نقض نکرده بود، خواهان می‌توانست تعهدات ناشی از قرارداد را ایفا کند و در نتیجه از این محل، سودی ببرد.^{۴۸}

قابلیت پیش‌بینی زیان

در کشورهای کاملاً حتی اگر خواهان بتواند ثابت کند تخلف خواننده از قرارداد سبب زیان‌های وارده بوده است، علاوه بر آن، همچنان لازم است که خواهان ثابت کند خسارات مورد مطالبه به‌عنوان عدم‌النفع، خسارات دور (بعید) محسوب نمی‌شود. به طور کلی، کشورهای پیرو نظام حقوقی کاملاً مطالبه خسارت را محدود به زیان‌هایی می‌دانند که در زمان انشای عقد عملاً در افق پیش‌بینی طرفین بوده، یا به‌عنوان نتیجه قریب به یقین تخلف از قرارداد، در زمان انشای عقد، ورود آن خسارات قابل پیش‌بینی بوده است.^{۴۹} مفهوم قابلیت پیش‌بینی زیان از رأی

44. See Hugh Collins, *The Law of Contract* 374-75 (2d ed. 1993); G.H.L. Fridman, *The Law of Contract in Canada* 558-60 (3d ed. 1994); Robert L. Dunn, *1 Recovery of Damages for Lost Profits* § 1.1 (5th ed. 1998); J.W. Carter & D.J. Harland, *Contract Law in Australia* 2105 (4th ed. 2002).

45. *Ratcliffe v. Evans* [1892] 2 QB 524, 528; *Bodley v. Reynolds*, 115 Eng. Rep. 1066 (Q.B. 1846); see *Hayward v. Pullinger & Partners, Ltd.*, 1 All E.R. 581 (K.B. 1950); *Int'l Mineral & Chem. Corp. v. Helm*, 1 Lloyd's Rep. 81, 103 (Q.B. 1986).

46. See *Galoo Ltd. v. Bright Grahame Murray*, 14 T.L.R. 25 (C.A. 1994); *Alexander v. Cambridge Credit Corp.* (1987) 9 N.S.W.L.R. 310, 315, 350-51; *March v. E. & M.H. Stramare Pty. Ltd.*, (1991) 171 C.L.R. 506; *Monarch S.S. Co. Ltd. v. A/B Karlshamns Oljefabriker* [1949] A.C. 196, 227-28 (P.C. 1948).

47. *March*, 171 C.L.R. at 522; see also *City of New Orleans v. Firemen's Charitable Assn.*, 9 So. 486 (La. 1891).

48. See *Dobbs*, supra note 25, § 12.4(2).

49. See *Restatement (Second) of Contracts* § 351 (1981); *Halsbury's Laws of England*, supra note 19, 1015; *Chitty on Contracts*, supra note 19, 1691-1692; *McGregor*, supra note 2, 184; *Enid A. Marshall*,

قاعده‌سازی که دادگاه خزانه داری انگلستان در دعوی هادلی علیه باکسندل^{۵۰} صادر کرد، سرچشمه می‌گیرد.

در دعوی هادلی، آسیابانی به منظور رساندن و تحویل محور شکسته آسیاب به کارخانه سازنده جهت تعمیر با متصدی حمل قراردادی بسته بود. متصدی حمل محور شکسته را در موعد مقرر به کارخانه تحویل نداد و در اثر این امر، آسیابان ناگزیر شد آسیاب را با تأخیر باز کند. متعاقب این امر، آسیابان، متصدی حمل را به دعوا فراخواند و سودی را که اگر آسیاب بدون تأخیر فعالیت خود را از سر می‌گرفت، می‌توانست حاصل شود از او مطالبه کرد. دادگاه رأی داد که عدم‌النفع در این دعوا قابل مطالبه نیست؛ زیرا وقایعی که به آگاهی متصدی حمل رسانیده شده کافی نیست تا بتوان ثابت کرد «عقلاً منافع آسیاب در اثر تأخیر غیر موج ه در تحویل محور شکسته توسط متصدی حمل به شخص ثالث به طور حتم متوقف خواهد شد».^{۵۱} دادگاه استدلال کرد: «به گمان ما، قاعده مناسب در دعوایی همچون دعوی حاضر، این است که چنانچه دو شخص، قراردادی را بسته باشند و یکی از آن‌ها قرارداد را زیر پا گذارد، خساراتی که طرف مقابل به جهت عدم اجرای قرارداد بایع بستاند، عبارت خواهد بود از تمام آنچه برحسب انصاف و عقل می‌توان پنداشت که یا طبیعتاً، یعنی برحسب جریان عادی امور، در اثر تخلف از قرارداد به بار خواهد آمد، یا تمام آنچه منطقاً می‌توان انتظار داشت، هنگامی که متعاملین قرارداد را انشا می‌کرده‌اند، به‌عنوان نتیجه احتمالی پیمان شکنی مورد پیش‌بینی متعاملین بوده است. حال اگر اوضاع و احوال و شرایط خاصی که قرارداد تحت آن منعقد شده، به واقع توسط خواهان به آگاهی خواننده رسانیده شده بود و لذا آن شرایط و اوضاع و احوال بر هر دو متعامل معلوم بود، خسارات ناشی از نقض چنین قراردادی که عقلاً مورد پیش‌بینی طرفین بوده، آن مبلغی است که برحسب عادت، نقض یک قرارداد در این شرایط و اوضاع و احوال خاص که به آگاهی و علم خواننده رسانیده شده، به دنبال دارد. اما در مقابل، چنانچه این شرایط و اوضاع و احوال خاص یکسره بر طرف متخلف از عقد مجهول مانده باشد، حداکثر تنها از او می‌توان انتظار داشت مقدار خسارتی را مجتملاً بدان که عادتاً از این پیمان شکنی حادث خواهد شد، و در اکثر قریب به اتفاق موارد آن اوضاع و احوال خاص که بنا به فرض به اطلاع او رسانیده نشده، در این محاسبه لحاظ نخواهد گردید؛ زیرا اگر خواننده از آن اوضاع و احوال خاص آگاه می‌شد، چه بسا متعاملین صریحاً شروط خاصی را برای خسارات قابل مطالبه در آن حالت در قرارداد می‌گنجاندند و بسی ناعادلانه است که [با نادیده گرفتن جهل خواننده از اوضاع و احوال خاص] طرفین را از این امتیاز، یعنی امکان درج شروط خاص برای آن اوضاع و احوال و شرایط خاص محروم سازیم. باری به گمان ما

General Principles of Scots Law 327 (4th ed. 1982); Waddams, supra note 16, 1115A; Carter & Harland, supra note 41, at 2108, 2123.

50. Hadley v. Baxendale, 156 Eng. Rep. 145 (Ex. 1854).

51. Hadley, 156 Eng. Rep. at 151.

اصول فوق‌الذکر اصولی است که هیأت منصفه در ارزیابی خسارات ناشی از هر تخلف از قراردادی باید دلیل راه خویش قرار دهد، و از آن اصول رهنمود بگیرد.^{۵۲}

از رأی صادر در دعوی هادلی، دو قاعده اصلی، قابل استخراج و استنباط است. نخستین قاعده این که زیانی قابل مطالبه است که عادتاً و بر حسب جریان طبیعی امور از نقض قرارداد حادث شود.^{۵۳} دومین قاعده این است که چنانچه نقض قرارداد عادتاً و بر حسب جریان طبیعی امور، زیانی را سبب نگردد، خواهان باید ثابت کند خواننده در زمان انشای عقد به طور دقیق آگاهی مشخصی را در اختیار داشته که یک انسان متعارف را قادر می‌سازد پیش‌بینی کند نقض قرارداد، زیان استثنائی و فوق‌العاده‌ای را در پی خواهد داشت.^{۵۴} اهمیت اصلی این قواعد، محدود ساختن امکان مطالبه منافع پیش‌بینی شده و خسارات تبعی است.^{۵۵}

در کشورهای کامن‌لا، قابلیت پیش‌بینی زیان، هم با عنایت به اطلاع خاصی که خواننده در اختیار داشته (اطلاع واقعی)، و هم اطلاعی که خواننده باید در اختیار می‌داشت، هرچند ممکن است عملاً چنین اطلاعاتی را در اختیار نداشته (اطلاع ادعایی)، سنجیده می‌شود.^{۵۶} بنابراین، در این کشورها جهت احراز قابلیت پیش‌بینی زیان، معیار نوعی (معیار انسان متعارف) و معیار شخصی (توجه به آگاهی که شخص از وقایع خارجی داشته) اعمال می‌گردد. افزون بر این، توانایی طرف متخلف از قرارداد در پیش‌بینی خسارات عدم‌النتفع در زمانی که قرارداد منعقد شده است، ملاک عمل است.^{۵۷}

52. Id.

53. See also Balfour Beatty Constr. (Scotland) Ltd. v. Scottish Power Plc (1994) 71 BLR 20 (H.L. 1994); Factorset Ltd. v. Selby Dist. Council, 2 PLR 11 (1995).

54. Halsbury's Laws of England, supra note 19, 1023.

55. See Collins, supra note 41, at 374-75; Carter & Harland, supra note 41, 2119; Dobbs, supra note 25, § 12.4(1).

56. See Chitty on Contracts, supra note 19, § 1571.

(در منبع فوق، برای اثبات این معنا به چند رأی استناد شده است).

57. See Spang Indus. v. Aetna Cas. & Sur. Co., 512 F.2d 365 (2d Cir. 1975).

در ایالات متحده آمریکا، بازنویسی دوم حقوق قراردادهای قواعد عرضه شده در رأی هادلی را اندکی محدود می‌سازد. بازنویسی مزبور در این زمینه بیان می‌دارد: «برای زیان‌هایی که دلیل ندارد طرف متخلف از قرارداد در زمان انشای عقد، ورود آن زیان‌ها را به‌عنوان نتیجه محتمل نقض، پیش‌بینی کند، خسارتی قابل مطالبه نیست». در این باره رجوع کنید به:

Restatement (Second) of Contracts § 351 (1981).

زیان، در صورتی زیان قابل پیش‌بینی محسوب می‌شود که «در جریان عادی امور، یا ... در نتیجه اوضاع و احوال خاص فراتر از جریان عادی امور، ... منطقی‌تر از طرف متخلف از عقد از آن‌ها مطلع بوده». در این باره رجوع کنید به:

Id.

برعکس، در بریتانیا در خصوص قرارداد بیع، شرط قابلیت پیش‌بینی زیان یا همان بعید نبودن خسارت، به شکلی نسبتاً متفاوت محدود شده است. بند 2 ماده 50 قانون بیع انگلستان (مصوب سال 1893) مقرر می‌داشت: «مقدار خسارت قابل مطالبه عبارت است از زیانی که در جریان عادی امور در اثر نقض قرارداد توسط خریدار، حادث می‌شود». کد متحدت جارت آمریکا حکمی مشابه با بازنویسی دوم حقوق قراردادهای دارد. ماده 714-2 کد متحدت تجارت از جمله مشعر بر این است که «خریدار ...

مسلم بودن زیان

کشورهای کامن لا علاوه بر شرایط پیشین، لازم می‌دانند که تحمل خسارات عدم‌النتفع با اطمینان معقولی به اثبات رسد.^{۵۸} در بسیاری از کشورهای پیرو نظام حقوقی کامن لا، قاعده لزوم مسلم بودن زیان، تنها در مورد اثبات این که عدم اجرای قرارداد منجر به از دست رفتن درآمد آینده خواهان شده، اعمال می‌گردد و لازم نیست خواهان میزان سودی را که از دست داده نیز با اطمینان به اثبات رساند.^{۵۹} بنابراین، اگر خواهان دلیل کافی بر از دست دادن سود یا ورود خسارت ارائه دهد،^{۶۰} دشواری برآورد میزان خسارت معمولاً مانع مطالبه و جبران خسارت نیست.^{۶۱} در حقوق هند، یکی از مراجع داوری به این نکته اشاره می‌کند که «خواهان زیان دیده ملزم نیست میزان خسارت را با اطمینان صددرصد به اثبات رساند، در جایی که حصول چنین اطمینانی ممکن نیست؛ هم‌چنان که عدم امکان رسیدن به چنین درجه‌ای از اطمینان را در مورد خسارات عدم‌النتفع می‌بینیم، بلکه [حقوق هند لازم می‌شمارد] ارزیابی معقولی از میزان خسارت بر پایه آن عناصر، اجزا و اطلاعاتی که در اختیار است، صورت گیرد».^{۶۲}

می‌تواند برای هرگونه عدم انطباق اجرا، خساراتی را که در جریان عادی امور از تخلف فروشنده حادث می‌گردد، و میزان آن به هر نحوی که معقول باشد، محاسبه می‌شود، مطالبه کند». در این باره رجوع کنید به:

U.C.C. § 2-714 (1991).

کد متحد تجارت امریکا همچنین در بند 2 ماده 715-2 مقرر می‌دارد: «خسارات تبعی ناشی از تخلف فروشنده، شامل موارد زیر است: الف) هر زیانی که در اثر شرایط و مقتضیات عام یا خاصی حادث شده که منطقیاً فروشنده در زمان انشای عقد باید از آن مطلع می‌بود و عرفاً نمی‌توان از طریق بیمه کردن یا به انحای دیگر جلو آن زیان را گرفت و ب) صدمات و جراحات و خسارات وارد به شخص یا مال که نتیجه مستقیم و بلاواسطه نقض تعهد به تضمین صحت و سلامت و ایمنی مبیع باشد». در این باره رجوع کنید به:

Id. § 2-715(2).

58. See Restatement (Second) of Contracts § 352 (1981); see also Dobbs, supra note 25, § 12.4(3); McGregor, supra note 2, at 190; Waddams, supra note 16, 1051; Carter & Harland, supra note 41, 2105.

59. See Bagwell Coatings, Inc. v. Middle S. Energy, Inc., 797 F.2d 1298, 1307-09 (5th Cir. 1986); Locke v. United States, 283 F.2d 521, 524 (Ct. Cl. 1960); Kozlowski v. Kozlowski, 403 A.2d 902, 908 (N.J. 1979); see also Chitty on Contracts, supra note 19, 1699; Carter & Harland, supra note 41, 2117; Dunn, supra note 41, § 1.6.

60. اگر خواهان دلیلی بر عدم‌النتفع یا خسارات ندهد، دادگاه‌ها غالباً رأی را محدود به خسارات اسمی خواهند کرد. در این باره رجوع کنید به:

Carter & Harland, supra note 41, 2117; Andrew Beck, Contracts, 2000 N.Z. L. Rev. 83, 96; see also McGregor, supra note 2, at 190.

61. See Fink v. Fink, (1946) 74 C.L.R. 127, 143; Chaplin v. Hicks [1911-1913] All E.R. 224 (K.B. 1911); Simpson v. London & N.W. Ry., 33 L.T.R. 805 (Q.B. 1876); U.C.C. § 1-106 cmt. 1 (2003).

(شماره 1 از شرح رسمی ماده 1-106 کد متحد تجارت امریکا بیان می‌دارد که لازم نیست خسارات «با دقت و صحت ریاضی‌گونه، قابل اندازه‌گیری باشد»).

62. Final Award in Case No. 8445 of 1996 (India v. F.R.G.), 26 Y.B. Com. Arb. 167, 175 (2001).

در رأی فوق به رأی صادر در دعوای زیر استناد شده است:

State of Kerala v. K. Bhaskaran, A.I.R. 1985 P.C. 55 (India).

در ایالات متحده آمریکا، دادگاه‌ها بدان سوی گرایش دارند که مطالبه و جبران خسارات عدم‌النفع را حتی در مواردی که بنگاهی هنوز راه اندازی نشده، یا تازه تأسیس است نیز روا شمارند.^{۶۳} براساس قاعده‌ای قدیمی در این زمینه که با نام «قاعده بنگاه (کسب و کار) تازه تأسیس» شناخته می‌شد، چنانچه خواهان، بنگاهی راه‌اندازی نشده یا تازه تأسیس بود، خسارت عدم‌النفع در دعوی نقض قرارداد قابل مطالبه نبود. در توجیه این قاعده استدلال می‌شد که در مورد چنین بنگاهی، سابقه درآمدی و کسب سود وجود ندارد تا بر پایه آن سابقه بتوان میزان سود آینده این بنگاه را محاسبه کرد. لذا در چنین شرایطی، عدم‌النفع حدسی محسوب شده، و میزان آن به نحو اطمینان بخشی قابل محاسبه نخواهد بود.^{۶۴} با گذشت زمان، دادگاه‌های آمریکا رفته رفته این قاعده را به غایت ناعادلانه دیدند، به‌ویژه از آن رو که نقض قرارداد ممکن است مانع پاگرفتن بنگاه، و ایجاد سابقه سوددهی برای بنگاه شده باشد.^{۶۵} امروزه غالب دادگاه‌های آمریکا مطالبه عدم‌النفع را در مورد بنگاه راه‌اندازی نشده اجازه می‌دهند، مشروط بر این که تحمل این گونه خسارت را بتوان با «اطمینان معقولی» به اثبات رساند.^{۶۶}

با آن که دادگاه‌های ایالات متحده آمریکا در دعوی مسئولیت قراردادی از قاعده عدم شرطیت تقصیر پیروی می‌کنند،^{۶۷} دادگاه‌های آن کشور در فرضی که نقض قرارداد عمدی باشد،

۶۳. ر.ک:

Mid-America Tablewares, Inc. v. Mogi Trading Co., 100 F.3d 1353 (7th Cir. 1996); Cifone v. City of Poughkeepsie, 650 N.Y.S.2d 797 (1996); see also Robert I. Abrams et al., Stillborn Enterprises: Calculating Expectation Damages Using Forensic Economics, 57 Ohio St. L.J. 809 (1996). But see Tex. Instruments, Inc. v. Teletron Energy Mgmt., Inc., 877 S.W.2d 276 (Tex. 1994).

۶۴. ر.ک:

Cent. Coal & Coke Co. v. Hartman, 111 F. 96 (8th Cir. 1901); Kenford Co. v. County of Erie, 67 N.Y.2d 257 (1986); Murray v. Hadid, 385 S.E.2d 898 (Va. 1989).

۶۵. See Super Valu Stores, Inc. v. Peterson, 506 So. 2d 317, 330 (Ala. 1987); Ferrell v. Elrod, 469 S.W.2d 678, 686 (Tenn. 1971); Chung v. Kaonohi Ctr. Co., 618 P.2d 283, 291 (Haw. 1980).

۶۶. See Comment, Remedies – Lost Profits as Contract Damages for an Unestablished Business: The New Business Rule Becomes Outdated, 56 N.C. L. Rev. 693, 712 (1978); Todd R. Smyth, Annotation, Recovery of Anticipated Lost Profits of New Business: Post-1965 Cases, 55 A.L.R. 4th 507, 536-40 (1987).

افزون بر این، دادگاه پژوهش حوزه قضایی نهم ایالات متحده آمریکا در رأی صادر در دعوی زی‌استدلال کرده است: «دلیلی که برای اثبات [عدم‌النفع] داده می‌شود، نباید دلیلی مردد یا حدسی باشد. این قاعده در مورد تردید نسبت به میزان سودی که ممکن بود در اثر اجرای قرارداد حاصل شود، اعمال نمی‌شود، بلکه در مورد تردید یا حدس و گمان نسبت به این که آیا محرومیت از منافع نتیجه [نقض قرارداد] بوده یا خیر، و این که آیا چنان منافعی اصلاً می‌توانسته به فرض اجرای قرارداد به دست آید یا خیر، اعمال می‌گردد». (تغییرات از خود متن اصلی است) (ارجاعات حذف شده است). برای دیدن رأی رجوع کنید به:

Kyocera Corp. v. Prudential-Bache Trade Serv., Inc., 299 F.3d 769, 790 (9th Cir. 2002).

۶۷. پاره‌ای از محاکم آمریکا در دعوی نقض قرارداد، به ویژه در جایی که نقض توأم با شبه جرم مستقل باشد، رأی به خسارات تنبیهی داده‌اند. برای دیدن آرای از این دست رجوع کنید به:

در اعمال شرط مسلم بودن زیان کم‌تر پافشاری و اصرار ورزیده‌اند.^{۶۸} به‌عنوان نمونه، در دعوای صنایع سوپر ولیو استورز علیه پترسون، دادگاه نه‌تنها قاعده بنگاه تازه‌تأسیس را به عنوان حقوق معمول^{۶۹} به و مورد اجرا در ایالت آلاباما مردود اعلام داشت، بلکه افزود که چنانچه خواننده «در اثر خطای خویش مانع پاگرفتن بنگاه و ایجاد سابقه سوددهی شده باشد... خطر مسلم نبودن زیان را باید بر دوش خواننده که فعل خطاکارانه او سبب ورود خسارت شده، قرار داد».^{۶۹}

محاسبه میزان خسارات عدم‌الرفع

در کشورهای کامن‌لا، برآورد میزان خسارات عدم‌الرفع توسط قاضی یا هیأت منصفه به عمل می‌آید. در تعیین میزان خسارات عدم‌الرفعی که مورد رأی قرار می‌گیرد، اختیار و صلاحیت گسترده‌ای به این هر دو داده شده است.^{۷۰} هم‌چنان که یکی از دادگاه‌ها یادآور می‌شود: «ارزیا بی میزان خسارات، دانش دقیقی نیست».^{۷۱}

ب) مطالبه خسارات محرومیت از منافع (عدم‌الرفع) در کشورهای نظام حقوق نوشته
همانند کشورهای کامن‌لا، در کشورهای پیرو نظام حقوقی نوشته نیز هدف از دادن خسارات، جبران تمام و کمال زیان‌هایی است که خواهان در اثر نقض قرارداد از سوی خواننده متحمل شده است.^{۷۲} از این رو، قوانین مدنی بسیاری از کشورهای عضو خانواده حقوق نوشته، هم جبران خسارات واقعی وارد را مورد حکم قرار می‌دهند، و هم جبران سودی را که خواهان در نتیج ه پیمان‌شکنی از تحصیل آن محروم شده است.^{۷۳}
به‌عنوان نمونه، ماده 1149 قانون مدنی فرانسه مقرر می‌دارد: «خساراتی که باید به متعهدله پرداخت شود، به‌طور کلی اعم است از زیان واقعی‌ای که وی متحمل شده، و سودی که از آن محروم گردیده، با رعایت استثنائات و قیودی که در مواد بعد می‌آید».^{۷۴} قوانین مدنی کشورهای

Excel Handbag Co. v. Edison Bros. Stores, 630 F.2d 379, 384 (5th Cir. 1980); Griffith v. Shamrock Vill., 94 So. 2d 854 (Fla. 1957).

68. Farnsworth, supra note 7, at 267.

69. Super Valu Stores, Inc. v. Peterson, 506 So. 2d 317, 330 (Ala. 1987).

70. See Ugo Draetta et al., supra note 1, § 4:51, at 4-104.

71. Koufos v. Czamikow [1969] 1 A.C. 350, 425 (H.L. 1969).

72. ر.ک:

Comm'n of Eur. Contract Law, Principles of European Contract Law: Part I and II (Ole Lando & Hugh Beale eds., 2000).

(در کتاب فوق توضیح داده شده است که هدف کلیه نظام‌های حقوقی، از جمله نظام‌های حقوق نوشته، آن است که خساراتی که خواهان در اثر نقض قرارداد از سوی خواننده متحمل گردیده به تمام و کمال جبران گردد).

73. ر.ک: ماده 416 قانون مدنی ژاپن، ماده 1223 قانون مدنی ایتالیا و ماده 221 قانون مدنی مصر.

74. ر.ک: ماده 1149 قانون مدنی فرانسه. همچنین رجوع کنید به: ماده 221 قانون مدنی مصر و ماده 1056 قانون مدنی برزیل.

آلمان، ایتالیا، ژاپن، و اسپانیا نیز به همین سان، مطالبه خسارات عدم‌النفع را در دعوی تخلف از قرارداد روا می‌شمارند.^{۷۵}

قانون مدنی فدرال مکزیکی مقرر می‌دارد: طرفی که از اجرای قرارداد خودداری می‌کند، هم برای زیان واقعی یا مخارجی که متعهدله زطن دیده متحمل شده، و هم برای نفع مشروعی که با اجرای قرارداد می‌توانست تحصیل شود، لکن به جهت نقض قرارداد، متعهدله از آن محروم شده، مسئول است.^{۷۶} قانون مدنی روسیه فدرایتو بیان می‌دارد که تخلف از قرارداد به متعهدله حق می‌دهد خسارات واقعی و عدم‌النفع را مطالبه کند. این قانون، عدم‌النفع را به‌عنوان درآمدی تعریف می‌کند که اگر متعهد تعهدات قراردادی خویش را ایفا کرده بود، زیان دیده در شرایط عادی توانسته بود آن درآمد را کسب کند.^{۷۷} در چین، قانون جدید متحدالشکل قراردادهای مقرر می‌دارد: «اگر یک طرف عقد، تعهداتی را که بر اساس قرارداد به عهد ه دارد، ایفا نکند یا ایفای غیر منطبق با قرارداد ارائه دهد، به طریق الزام به انجام عین تعهد، الزام به رفع موارد عدم انطباق اجرا، یا پرداخت خسارت و غیره، مسئولیت نقض قرارداد را بر دوش خواهد داشت».^{۷۸}

«چنانچه یک طرف عقد، تعهدات قراردادی را ایفا نکند یا اجرایی غیر منطبق ارائه دهد و در نتیجه این امر، زبانی به طرف مقابل عقد وارد شود، میزان خسارتی که باید پرداخت گردد برابر خواهد بود با زبانی که طرف مقابل در اثر نقض قرارداد متحمل شده است که این زیان از جمله شامل هر سودی نیز خواهد بود که می‌توانست با اجرای قرارداد عاید او گردد...».^{۷۹}

همانند با کشورهای کامن‌لا، در یک کشور پیرو نظام حقوق نوشته نیز خواهان به منظور مطالبه خسارات محرومیت از منافع (عدم‌النفع) باید شرایطی چند را حائز باشد که وجود رابط ه سببیت، قابلیت پیش‌بینی زیان، و مسام بودن زیان از جمله آن شرایط است. به‌عنوان یک قاعده، خواهان بار اثبات این شرایط را بر دوش می‌کشد.^{۸۰} پاره‌ای از کشورها، علاوه بر این شرایط، لازم می‌شمارند که خواننده در نقض قرارداد مقصن نیز باشد. بعضی دیگر از کشورها مقرر می‌دارند که

75. ر.ک: ماده 280 قانون مدنی آلمان، ماده 1223 قانون مدنی ایتالیا، ماده 416 قانون مدنی ژاپن و ماده 1106 قانون مدنی اسپانیا.

76. ر.ک: ماده 2104، 2108 تا 2110 قانون مدنی فدرال مکزیکی.

77. بند 2 از ماده 15 قانون مدنی فدراسیون روسیه. برای دیدن ترجمه این مقرر رجوع کنید به:

Loeg Sadikov et al., Russian Federation, in *Transactional Litigation* RF-68 (1997); see also Djakhongir Saidov, *Cases on CISG Decided in the Russian Federation*, 7 *Vindobona J. Int'l Com. L. & Arb.* 1, 41-45 (2003).

78. ماده 107 قانون قراردادهای جمهوری خلق چین. برای دیدن متن این ماده رجوع کنید به:

Contract Law of the People's Republic of China art. 107, available at <http://www.novexc.com/contract-law-99.html>.

79. ماده 113 قانون قراردادهای جمهوری خلق چین.

80. See Bucher, *supra* note 13, at 114; Tallon, *supra* note 27, at 274; Christopher Osakwe, *Modern Russia Law of Contracts: A Functional Analysis*, 24 *Loy. L.A. Int'l & Comp. Rev.* 113, 226-27 (2002); see also Zimmermann, *supra* note 14, at 20.

عدم‌النفع تنها در صورتی قابل مطالبه است که خواهان، قرارداد را منحل نکرده باشد.

رابطه سببیت و قابلیت پیش‌بینی زیان

بسیاری از کشورهای پیرو نظام حقوق نوشته، پیش از اسناد مسئولیت به شخص، وجود یکی از دو شرط رابطه سببیت یا قابلیت پیش‌بینی زیان، یا هر دو را لازم می‌شمارند.^{۸۱} در فرانسه، به منظور آن که خواهان بتواند خسارات، از جمله عدم‌النفع را مطالبه کند، خسارت باید نتیجه مستقیم پیمان‌شکنی و خسارتی قابل پیش‌بینی باشد.^{۸۲} مستقیم بودن زیان بدین معنا است که خواهان باید دلیلی ارائه دهد که «میان تقصیر متعهد و عدم وقوع واقعه‌ای که می‌توانست سود مورد انتظار را ایجاد کند، رابطه سببیت برقرار است».^{۸۳} قانون مدنی مکزیک نیز به نحو مشابهی شرط می‌داند که ضرر و زیان، نتیجه مستقیم و بلافصل عدم اجرای تعهد باشد، اعم از آن که زیان قبلاً وارد شده یا به نحو اجتناب‌ناپذیری به سبب نقض تعهد در آینده ایجاد گردد.^{۸۴}

در نظام حقوقی فرانسه، قابلیت پیش‌بینی زیان بدان معنا است که خوانده تنها برای زیان‌هایی مسئول است که «در زمان انشای عقد پیش‌بینی شده یا می‌توانست پیش‌بینی شود»، مگر آن که نقض قرارداد عمدی باشد.^{۸۵} شایان ذکر است، مفهوم فرانسوی قابلیت پیش‌بینی زیان

81. ر.ک: ماده 97 قانون تعهدات سوئیس، ماده 1225 قانون مدنی ایتالیا و ماده 113 قانون قراردادهای جمهوری خلق چین. همچنین رجوع کنید به:

Saidov, supra note 74, at 47-51.

(سعیداف در منبع فوق، شرط رابطه سببیت و شرط قابلیت پیش‌بینی زیان را در حقوق روسیه مورد بحث قرار داده است.)
همچنین رجوع کنید به:

Heikinheimo & Inkeroinen, supra note 29, at FIN-70.

(نویسندگان فوق بیان می‌دارند که در فنلاند مطالبه خسارات محدود به آن خساراتی است که نتیجه مستقیم یا نتیجه عادتاً محتمل فعل است و سبب نزدیک و مستقیم را به‌عنوان سببی تعریف می‌کنند که «می‌توان آن را به‌عنوان نتیجه طبیعی یک فعل یا ترک فعل عادتاً انتظار داشت یا پیش‌بینی کرد».)

82. ماده 1150 و 1151 قانون مدنی فرانسه. همچنین رجوع کنید به: ماده 1107 قانون مدنی اسپانیا، ماده 1150 قانون مدنی بلژیک و ماده 1209 قانون مدنی ایتالیا. به علاوه رجوع کنید به:

Von Mehren, supra note 15, at 508, 863.

83. Thierry Bernard & Hedwige Vlasto, France, in *Transnational Litigation: A Practitioner's Guide*, at FRA-107 (2003).

قانون مدنی ایتالیا مقرر می‌دارد که خسارات قابل مطالبه برای نقض قرارداد (اعم از عدم اجرا یا تأخیر در اجرا) هم شامل زیاری [واقعی] است که خواهان متحمل شده، و هم سودی که از آن محروم گردیده است، به شرط این که این هر دو، نتیجه مستقیم و بلافصل نقض قرارداد باشد. در این باره رجوع کنید به: ماده 1223 قانون مدنی ایتالیا.
84. ماده 2110 قانون مدنی فدرال مکزیک.

85. ماده 1150 قانون مدنی فرانسه. همچنین رجوع کنید به:

Simont et al., supra note 35, at BEL-64.

(در کتاب فوق آمده است: «خسارت قابل پیش‌بینی به‌عنوان خسارتی دانسته می‌شود که متعهد قراردادی در زمان انشای عقد واقعاً توانسته است پیش‌بینی کند».) همچنین رجوع کنید به:

Franco Ferrari, *Comparative Ruminations on the Foreseeability of Damages in Contract Law*, 53 La. L. Rev. 1257, 1261 (1992-1993).

با مفهوم انگلیسی این اصطلاح متفاوت است. در حقوق فرانسه، شرط قابلیت پیش بینی زیان، شرطی مستقل محسوب شده، به عنوان قید و محدودیتی بر اصل جبران کلیه زیان ها به شمار می رود؛ حال آن که در حقوق انگلیس، این مفهوم به مثابه جزء و عنصری مربوط به مستقیم یا غیرمستقیم بودن زیان (بعید بودن خسارت) جلوه می کند.⁸⁶ قانون مدنی ایتالیا نیز به نحو مشابهی با حقوق فرانسه مقرر می دارد که «اگر عدم اجرا یا تأخیر در اجرای قرارداد مسبب از تدلیس (تقلب) متعهد نباشد، خسارات قابل مطالبه، محدود به زیان‌هایی خواهد بود که در زمان ایجاد تعهد قابل پیش‌بینی بوده است».⁸⁷ همانند کشورهای کامن‌لا، اثر شرط قابلیت پیش‌بینی زیان که هم در مورد نوع خسارت و هم در مورد میزان خسارت اعمال می‌شود، محدود کردن خسارات قابل مطالبه، به‌ویژه خسارات عدم‌التفعی است که مورد رأی قرار می‌گیرد.

در بسیاری از کشورها، از قبیل فرانسه و ایتالیا، در موارد نقض عمدی قرارداد، یا در پاره‌ای از نظام‌های حقوقی، همچون اسپانیا، در موارد نقض ناشی از تقصیر، شرط قابلیت پیش بینی زیان اعمال نمی‌شود.⁸⁸ در فرض نقض عمدی قرارداد، یا در پاره‌ای از کشورها در مورد نقضی که در اثر تقصیر رخ کرده باشد، متعهد نوعاً هم برای خسارات واقعی و هم برای خسارات عدم‌التفعی مسئول است، به شرط آن که ادعای خسارت، سایر شرایط قانونی مسئولیت را حائز باشد.⁸⁹ برعکس، حقوق آلمان مفهوم قابلیت پیش‌بینی زیان را نمی‌شناسد.⁹⁰ با وجود این، حقوق آلمان نیز خسارات قابل مطالبه را با توسل به مفهوم رابطه سببیت کافی محدود می‌سازد. در بیان ضابطه رابطه سببیت کافی گفته شده است که تقصیر متعهد که براساس معیار انسان متعارف در زمان وقوع تعهد سنجیده می‌شود، باید آن‌چنان باشد که احتمال ورود خسارت از نوع خسارتی را که عملاً وارد شده افزایش دهد.⁹¹ در حقوق اتریش، رابطه سببیت کافی در صورتی موجود انگاشته می‌شود که «در جریان عادی امور، خسارت «یکسره غیرقابل پیش‌بینی» نباشد».⁹²

86. ر.ک: ماده 1104 و 1107 قانون مدنی اسپانیا و ماده 1150 قانون مدنی بلژیک. همچنین رجوع کنید به: Tallon, supra note 27, at 275.

87. ماده 1225 قانون مدنی ایتالیا.

88. ر.ک: ماده 1150 قانون مدنی فرانسه. همچنین بنگرید به ماده 1225 قانون مدنی ایتالیا که مقرر می‌دارد: خسارات قابل مطالبه برای نقض قرارداد، محدود به آن خساراتی است که به هنگام تشکیل عقد قابل پیش‌بینی بوده، مگر این که نقض قرارداد ناشی از تدلیس (تقلب) یا سوء نیت (قصد اضرار) باشد. همچنین رجوع کنید به: مواد 1101 تا 1107 قانون مدنی اسپانیا که مقرر می‌دارند: طرف متخلف از قرارداد در صورت نقض خطاکارانه برای کلیه زیان‌های وارد مسئول است.

89. ر.ک: ماده 1151 قانون مدنی فرانسه و ماده 1107 قانون مدنی اسپانیا. در فرانسه خسارات مربوط به لطامت و صدمات روحی و روانی قابل مطالبه است، لکن رأی دادن به این گونه خسارات به صلاحدید و اختیار د ادگاه وانهاده شده است. رجوع کنید به:

Bernard & Vlasto, supra note 80, at FRA-106.

90. See Von Mehren, supra note 15, at 359; Ferrari, supra note 82, at 1262.

91. Treitel, supra note 30, at 162, 164; Knut Rodhe, Obligationsratt [The Law of Obligations] 544 (1959); see also Von Mehren, supra note 15, at 359; Eric C. Schneider, Consequential Damages in the International Sale of Goods: Analysis of Two Decisions, 16 U. Pa. J. Int'l Bus. L. 615, 660-68 (1995).

92. See Hahnkamper, supra note 35, at AUS-88.

قانون مدنی ژاپن و کره نیز از قاعده رابطه سببیت کافی پیروی کرده و خسارات قابل مطالبه برای نقض قرارداد را محدود به خساراتی ساخته‌اند که عادتاً از عدم اجرای تعهد ناشی خواهد شد.^{۹۳} به علاوه، هر دو قانون مقرر می‌دارند که خواهان «می‌تواند برای زیان‌های ناشی از اوضاع و احوال خاص نیز مطالبه غرامت کند، مشروط بر این که متعاملین چنین اوضاع و احوالی را پیش‌بینی کرده یا قادر به پیش‌بینی آن بوده باشند».^{۹۴}

تقصیر

در بسیاری از کشورهای پیرو نظام حقوق نوشته، مسئولیتی در قبال خسارات وجود ندارد، مگر این‌که خواننده در نقض قرارداد «مقصر» بوده باشد.^{۹۵} این شرط ممکن است به شکل عمدی بودن نقض قرارداد یا به شکل تقصیر در نقض قرارداد برآورده گردد.^{۹۶} در آلمان، شرطیت تقصیر در مسئولیت قراردادی در ماده 276 قانون مدنی این کشور

در حقوق بلژیک، تنها شخصی که مستقیماً در اثر نقض قرارداد متحمل زیان شده، می‌تواند برای مطالبه خسارات طرح دعوا کند. به دیگر سخن، اشخاصی که به نحو غیرمستقیم در اثر نقض قرارداد از سوی متعهد (خواننده) زیان دیده‌اند، علی‌القاعده نمی‌توانند برای مطالبه خسارات اقامه دعوا کنند. در این باره رجوع کنید به:

Simont et al., supra note 35, at BEL-64.

93. ماده 393 قانون مدنی کره جنوبی و ماده 416 قانون مدنی ژاپن. برای دیدن ترجمه انگلیسی ماده 416 قانون مدنی ژاپن رجوع کنید به:

Minpe, art. 416, translated in Basic Japanese Laws 99 (1997).

94. ماده 393 قانون مدنی کره جنوبی و ماده 416 قانون مدنی ژاپن. برای دیدن ترجمه انگلیسی ماده 416 قانون مدنی ژاپن رجوع کنید به:

Minpe, art. 416, translated in Basic Japanese Laws 99 (1997).

95. ر.ک: ماده 276 قانون مدنی آلمان، ماده 1101 قانون مدنی اسپانیا و ماده 401 قانون مدنی فدراسیون روسیه. برای دیدن ترجمه انگلیسی ماده 401 قانون مدنی فدراسیون روسیه رجوع کنید به:

GK RF art. 401 (Russ.), translated in William E. Butler, Civil Code of the Russian Federation 151 (1997).

همچنین رجوع کنید به:

Hahnkamper, supra note 35, at AUS-77; Simont et al., supra note 35, at BEL-63; Wirth et al., supra note 35, at 76.

96. ر.ک: ماده 1101 قانون مدنی اسپانیا. همچنین رجوع کنید به:

Hahnkamper, supra note 35, at AUS-77.

هاهنکامپر در منبع فوق می‌نویسد که در حقوق اتریش «درجات تقصیر عبارتند از: عمد (Vorsatz) و تقصیر (شامل تقصیر سنگین و تقصیر سبک) (Fahrlässigkeit)». همچنین رجوع کنید به::

Simont et al., supra note 35, at BEL-63.

در منبع فوق آمده است که در حقوق بلژیک، «تقصیر عبارت است از خودداری از انجام «تعهد به نتیجه» (یعنی تعهدی که حصول نتیجه معینی را لازم می‌شمارد)، مگر این‌که خواننده وجود یک واقعه معاف‌کننده از مسئولیت را به اثبات رساند؛ یا در جایی که تعهد از نوع تعهد به انجام بهترین تلاش («تعهد به وسیله») است، خودداری از انجام تعهد به چنان نحوی که اگر انسان معقولی که با دقت مناسب رفتار می‌کند به جای متعهد بود، تعهد را آن‌گونه انجام می‌داد». همچنین رجوع کنید به:

Wirth et al., supra note 35, at SWI-76.

در منبع فوق آمده است که خطای قراردادی را می‌توان از طریق اثبات نقض خطاکارانه یا نقض عمدی قرارداد به اثبات رسانید).

پیش‌بینی شده است. این ماده مقرر می‌دارد: «1) متعهد در قبال فعل یا ترک فعل عمدی یا مسامحه‌کارانه مسئول است، مگر این که قرارداد صریحاً درجه شدیدتری یا خفیف‌تری برای مسئولیت مقرر داشته باشد، یا از سایر شروط تعهد، به‌ویژه از شرط به عهده گرفتن تضمین یا پذیرش خطر بتوان درجه شدیدتری یا خفیف‌تری را برای مس‌کولیت به طور ضمنی استنباط کرد...2) شخص، مرتکب تقصیر شده است اگر معیارهای مراقبت پذیرفته شده متناسب با یک عمل را رعایت نکرده باشد، 3) متعهد نمی‌تواند پیشاپیش در قبال فعل یا ترک فعل عمدی از خود رفع مسئولیت کند».⁹⁷

در اتریش در دعوی تخلف از قرارداد، خسارات عدم‌النفع قابل مطالبه نیست، مگر این که 1) عمداً از قرارداد تخلف شده باشد، یا تخلف از قرارداد در اثر تقصیر سنگین (تقصیر فاحش) باشد؛⁹⁸ یا 2) خواننده، تاجر بوده و خسارت را در حین تجارت خویش وارد ساخته باشد.⁹⁹ چنان که اشاره شد، مطابق ماده 1151 قانون مدنی فرانسه: «در موردی که عدم اجرای قرارداد ناشی از عمد متعهد باشد، خسارات قابل مطالبه، شامل زیان واقعی‌ای که متعهدانه متحمل شده، و سودی است که وی از آن محروم گردیده است، تنها مشروط بر این که آن خسارات، نتیجه بلافصل و مستقیم عدم اجرای قرارداد باشد».¹⁰⁰ چنانچه تخلف از عقد ناشی از تدلیس (تقلب) متعهد نباشد، «متعهد تنها مسئول زیان‌هایی شمرده می‌شود که در زمان انشای عقد پیش‌بینی شده یا قابل پیش‌بینی بوده است».¹⁰¹

در بعضی کشورها، همچون اتریش، بار اثبات عدم تقصیر بر دوش طرف متخلف از عقد است.¹⁰² برعکس، حقوق بلژیک، بار اثبات وجود تقصیر را بر دوش خواهان (متعهدانه) می‌نهد.¹⁰³

مسلم بودن زیان

سطح اثباتی‌ای که خواهان باید ارائه دهد تا بتواند خسارات عدم‌النفع را دریافت دارد نیز میان کشورهای پیرو نظام حقوق نوشته متفاوت است. در سوئیس، خواهان «باید مقدار خسارت را ثابت

97. ر.ک: ماده 276 قانون مدنی آلمان. متن انگلیسی ماده مزبور را در پایگاه اینترنتی زیر می‌توانید ببینید: § 276 BGB, available at <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/BGB.htm#b2s1t1>.

برای مطالعه بیشتر رجوع کنید به:

Peter Schlechtriem, The German Act to Modernize the Law of Obligations in the Context of Common Law Principles and Structures of the Law of Obligations in Europe, Oxford U. Comp. L. F. 2 (2002), available at <http://ouclf.iuscomp.org/articles/slechchtriem2.shtml>.

98. ماده 1323 و 1324 قانون مدنی اتریش.

99. بند 2 از ماده 8 قانون تجارت اتریش.

100. ماده 1151 قانون مدنی فرانسه.

101. ماده 1150 قانون مدنی فرانسه.

102. Hahnkamper, supra note 35, at AUS-89.

103. Simont et al., supra note 35, at BEL-63.

کند».^{۱۰۴} یکی از نویسندگان یادآور می‌شود، درست است که حقوق سوئیس مطالبه خسارات محرومیت از منافع (عدم‌النفع) را در صورت تخلف از قرارداد اجازه می‌دهد، لکن در عمل برای خواهان بسی دشوار است که چنین خسارتی را بگیرد؛ چرا که معیار اثباتی سنگینی برای مطالبه خسارت وجود دارد.^{۱۰۵} در مقابل، در سایر کشورها، همچون بلژیک، خسارت باید از حیث وجود مسلم باشد، نه از حیث میزان.^{۱۰۶}

در ایتالیا، اگر مقدار دقیق خسارات را نتوان ثابت کرد، قاضی مقدار آن را با رعایت اصول عدل و انصاف محاسبه خواهد کرد.^{۱۰۷} مطابق ماده 6:105 قانون مدنی هلند: «قاضی می‌تواند برآورد خسارتی را که هنوز رخ نداده، کلاً یا جزئاً به آینده موکول کند. وی همچنین می‌تواند پس از سنجش احتمالات، میزان خسارات آینده را بلافاصله برآورد نماید. در فرض اخیر، قاضی می‌تواند حکم دهد که محکوم‌علیه (مدیون) مبلغی را به صورت یکجا بپردازد یا پرداخت‌هایی را به اقساط صورت دهد؛ و ممکن است حکم، توأم با تکلیف به دادن تأمین یا بدون آن باشد. این حکم ممکن است تابع شرایطی گردد که قاضی تعیین می‌کند».^{۱۰۸}

لزوم حفظ و بقای رابطه قراردادی

در پاره‌ای از کشورها، مانند سوئیس، خسارات عدم‌النفع به‌عنوان نتیجه اجرای نادرست یا عدم اجرای تعهد قراردادی، در صورتی از سوی خواهان قابل مطالبه است که وی معتقد و مُصر بر صحت و بقای قرارداد باشد.^{۱۰۹} در این صورت، هر دو متعامل همچنان پای‌بند به قراردادند، لکن طرف متخلف از عقد، به جای تعهد اصلی‌ای که به عهده داشته است، خسارت خواهد پرداخت. چنانچه زیان دیده از تخلف (متعهدله) بخواهد قرارداد را فسخ کند، طرف متخلف از قرارداد تنها برای «منفعت منفی» یا همان خسارات اعتماد که بنا به قاعده، دیگر شامل عدم‌النفع نیست،

104. ماده 42 قانون تعهدات سوئیس.

105. Wirth et al., supra note 35, at SWI-77.

با این حال، شایان ذکر است که ماده 42 قانون تعهدات سوئیس مقرر می‌دارد: «خسارتی که میزان آن از طریق محاسبه قابل تعیین نیست، دادرسی با در نظر گرفتن جریان عادی امور و اقدامات و تدابیری که توسط طرف زیان دیده اتخاذ شده، به تشخیص خود میزان آن را تعیین می‌کند». رجوع کنید به: ماده 42 قانون تعهدات سوئیس.

106. See Simont et al., supra note 35, at BEL-64; see also Asser's Handbook at 231-32.

(در منبع اخیر آمده است: «چنانچه میزان خسارت مورد مطالبه محل اختلاف باشد، متعهدله (طلبکار) باید میزان خسارت را اثبات کند»).

107. ر.ک: ماده 1226 قانون مدنی ایتالیا. همچنین رجوع کنید به:

Barry Nicholas, French Law of Contract 228 (2d ed. 1992).

(باری نیکلاس در کتاب فوق می‌نویسد که در حقوق فرانسه جبران خسارت به عنوان برآورد و ارزیابی احتمال موفقیت و پیروزی در دعوا محسوب می‌شود).

108. ماده 6:105 قانون مدنی هلند.

109. See Bucher, supra note 30, at 115.

223 ❖ مطالبه خسارات محرومیت از ...

مسئول خواهد بود.¹¹⁰ یکی از نویسندگان می‌گوید با آن که آنچه گفتیم قاعده حقوقی در سوئیس است، در عمل، دادگاه‌های این کشور به این سوی گرایش دارند که قطع نظر از اعلام اراده متعهدله مبنی بر فسخ قرارداد، در دعاوی تخلف از قرارداد، رأی به جبران کلیه زیان‌ها، از جمله عدم‌النفع بدهند.¹¹¹

محاسبه میزان خسارات عدم‌النفع

در کشورهای پیرو نظام حقوق نوشته، نوعاً به قاضی اختیارات گسترده‌ای در تعیین میزان خسارت داده شده است.¹¹² به‌عنوان نمونه، بند 2 ماده 42 قانون تعهدات سوئیس مقرر می‌دارد: «خساراتی را که مقدار آن قابل اثبات نیست، قاضی به تشخیص خود برآورد خواهد کرد».¹¹³ با این حال، چنان‌که انتظار می‌رود حکم مذکور از قانون تعهدات سوئیس مفید این معنا نیست که رأی دادگاه مبتنی بر ملاحظات انصاف خواهد بود. هم‌چنان‌که یکی از محاکم توضیح می‌دهد: «به وضوح باید بین انصاف در اتخاذ تصمیم و انصاف در تعیین مقدار خسارت و رأی دادن که در همه احوال، منطبق بر حقوق [و نه انصاف] است تمیز قائل شد».¹¹⁴ هم‌چنین تذکراتی نکته‌لازم است که قضات در کشورهای حقوق نوشته، بیش‌تر رأی خود راجع به خسارات را بر «شم قضایی و حس عدالتخواهی» استوار می‌سازند و «آرای راجع به خسارات همراه با توجیهاست استدلالی رهنس و لذا مبنای نظری این آرا به‌دشواری قابل تشخیص است».¹¹⁵

ج) کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا

کنوانسیون بیع بین‌المللی در صورتی اعمال می‌شود که «قرارداد بیع بین متعاملینی منعقد شده باشد که محل تجارت آن‌ها در دو کشور مختلف واقع است، مشروط بر این‌که: الف) هر دو کشور، عضو کنوانسیون (کشور متعاقد) باشند؛ یا ب) قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی منجر به اعمال حقوق کشور عضو کنوانسیون (کشور متعاقد) گردد».¹¹⁶ مطابق کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا،

110. See id.

111. See id.

112. رجوع کنید به: ماده 1226 قانون مدنی ایتالیا، ماده 42 قانون تعهدات سوئیس، ماده 105:6 قانون مدنی هلند، ماده 566 قانون مدنی پرتغال و ماده 287 قانون مدنی یونان. هم‌چنین رجوع کنید به: Tallon, supra note 27, at 274; see also Final Award in Case No. 8423 of 1994 (Port. v. Fr.), 26 Y.B. Com. Arb. 153, 166 (2001).

113. بند 2 از ماده 42 قانون تعهدات سوئیس.

114. Virgilio De Aostini v. Molloil SpA, Corte di Appello, Milan (24 Mar. 1988), reprinted in 25 Y.B. Com. Arb. 739, 750 (2000).

115. Draetta et al., supra note 1, § 4:54, at 4-110, 4-111; see also Nicholas, supra note 104, at 229-32.

116. See United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Apr. 11, 1980, 19 I.L.M. 668 [hereinafter CISG].

برای مطالعه‌ای در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا رجوع کنید به:

چنانچه یک طرف عقد، تعهدات قراردادی خویش را ایفا نکند، زیان دیده (متعهدله) ضمانت اجراهای چندی را در اختیار دارد که مطالبه خسارت از جماع آنها است.^{۱۱۷}

قاعده اصلی راجع به جبران خسارات در ماده 74 کنوانسیون بیع بین المللی کالا آمده است.^{۱۱۸} هدف این مقرر، قراردادن متعهدله در همان موقعیت اقتصادی ای است که اگر نقض

Fritz Enderlein & Dietrich Maskow, International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1992); John Honnold, Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations convention (2d ed. 1990); The Convention for the International Sale of Goods: A Handbook of Basic Materials (Reed R. Kathrein & Daniel Barstow Magraw eds., 1987).

تا تاریخ 16 آوریل 2004 تعداد شصت و سه کشور، کنوانسیون بیع بین المللی کالا را پذیرفته اند. در این باره رجوع کنید به: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries.html>.

117. See CISG, supra note 113, art. 45.

ماده 45 کنوانسیون بیع بین المللی کالا مقرر می دارد: «چنانچه فروشنده از اجرای هر یک از تعهداتی که به موجب قرارداد یا به موجب این کنوانسیون بر عهده دارد، خودداری کند خریدار می تواند: الف) حقوق مقرر در مواد 46 تا 52 کنوانسیون را به موقع اجرا گذارد یعنی درخواست اجرای جایگزین کند، تعمیر کالای معیوب را تقاضا کند، مهلتی اضافی را برای اجرا تعیین کند، قرارداد را فسخ کند، یا ثمن معامله را تقلیل دهد؛ ب) مطابق مقررات مواد 74 تا 77 مطالبه خسارت کند.» ماده 61 کنوانسیون نیز اشعار می دارد: «چنانچه خریدار از اجرای هر یک از تعهداتی که به موجب قرارداد یا به موجب مقررات کنوانسیون بر عهده دارد، خودداری کند فروشنده می تواند: الف) حقوق پیش بینی شده در مواد 62 تا 65 کنوانسیون را به موقع اجرا گذارد یعنی درخواست الزام به انجام عین تعهد کند، مهلتی اضافی را برای اجرا تعیین کند، قرارداد را فسخ کند، یا درخواست کنج که مبیع براساس قرارداد تعیین و تخصیص داده شود؛ ب) مطابق مقررات مواد 74 تا 77 مطالبه خسارت کند.» راست است که مواد 74 تا 77 کنوانسیون، قواعدی را درخصوص خسارات مقرر می دارد، لکن باید دانست که مواد متعدد دیگری از کنوانسیون نیز می تواند بر حق مطالبه خسارات یا بر محاسبه میزان خسارات اثر گذارد. در این باره رجوع کنید به: مواد 6 تا 9، 66، 80، و 85 تا 88 کنوانسیون بیع بین المللی کالا.

118. رجوع کنید به: مواد 74 تا 76 کنوانسیون بیع بین المللی کالا. مواد 75 و 76 کنوانسیون برای مواردی که معیار اصلی مربوط به خسارت که در ماده 74 کنوانسیون مذکور افتاده است، نمی تواند خسارات زیان دیده را به قدر کافی جبران سازد، درباره این که چگونه خسارات باید در این موارد جبران شود، ضوابط و معیارهایی را بیان می دارد. ماده 75 برای فرضی که قرارداد فسخ شده است و «خریدار کالایی را به جای کالای موضوع قرارداد [که فروشنده تسلیم نکرده] خریداری کرده، یا فروشنده کالای موضوع قرارداد را [که خریدار تسلیم نکرده] به دیگری بازفروخته است»، روشی را برای محاسبه خسارات پیش بینی می کنج. رجوع کنید به: ماده 75 کنوانسیون. در این مقام، خواهان «می تواند مابه التفاوت ثمن المسمی و ثمن معامله جایگزین، و همچنین هر زیان دیگری را که مطابق ماده 74 قابل مطالبه است، بخواهد». رجوع کنید به: همان ماده. مع الوصف، خواهان تنها در صورتی می تواند از این روش بهره گیرد که بازفروش یا خرید جایگزین «به نحوی معقول و ظرف مدت معقول پس از فسخ» واقع شده باشد. رجوع کنید به: همان ماده کنوانسیون. حکمت این مقررات آن است که مانع وقوع بی عدالتی ای شود؛ بی عدالتی که معلول داشتن شخصی است که ناگزیر است برای زیانی که طرف مقابل در اثر رفتار شتابزده و عجولانه یا رفتار توأم با سوء نیت متحمل گردیده، خسارت بپردازد. چنانچه قرارداد فسخ شده باشد، لکن طرف زیان دیده مطابق ماده 75 کالایی را به جای کالای موضوع قرارداد [که قرار بوده توسط فروشنده به وی تسلیم گردد، و تسلیم نشده] خریداری نکرده، یا کالای موضوع قرارداد را [که قرار بوده توسط خریدار تسلیم گردد، و تسلیم نشده] به دیگری بازفروخته است، ماده 76 روش متفاوتی را برای محاسبه خسارات پیش بینی می کنج. ماده 76 کنوانسیون در این فرض مقرر می دارد: «در صورتی که ... قیمت رایج [یعنی مطبق بازاری] برای کالا وجود داشته باشد، طرفی که خواهان خسارات است می تواند ... مابه التفاوت بین قیمت مورد توافق در قرارداد و قیمت رایج در زمان فسخ، و همچنین کلیه خسارات دیگری را که مطابق ماده 74 قابل مطالبه باشد، بخواهد. با وجود این، چنانچه طرف خواهان خسارات، قرارداد را پس از تسلیم مبیع فسخ کرده باشد، قیمت رایج در زمان این تسلیم، ملاک خواهد بود، نه قیمت رایج در زمان فسخ». رجوع کنید به: ماده 76 کنوانسیون. قیمتی که برای تعیین خسارات مطابق این ماده باید ملاک عمل قرار گیرد، «قیمت رایج در محلی است که تسلیم مبیع باید در آن جا رخ می داد، یا چنانچه مطبق بازاری در آن محل وجود نداشته باشد، قیمت رایج در چنان محل دیگری است

قرارداد رخ نداده بود، وی در آن موقعیت قرار می‌گرفت.^{۱۱۹} ماده 74 کنوانسیون مقرر می‌دارد که خواهان می‌تواند برای نقض قرارداد «مبلغی معادل زبانی ... که در نتیجه نقض قرارداد متحمل شده، از جمله محرومیت از منافع (عدم‌النفع)» مطالبه کند.^{۱۲۰} ماده 74 کنوانسیون سرمشق و راهنمای روشن و صریحی را برای محاسبه میزان خسارات به دست می‌دهد. به‌عنوان مثال، هیچ حکم علی‌حده‌ای برای محاسبه میزان خسارات قابل مطالبه برای نقض تعهد تضمین صحت و سلامت و ایمنی مبیع در کنوانسیون وجود ندارد، بلکه بجای آن، ماده 74 کنوانسیون به مرجع رسیدگی اختیار می‌دهد «زبانی ... را که [خواهان] در نتیجه نقض قرارداد ... متحمل شده است»، بر پایه اوضاع و احوال خاص مورد، تعیین کن.^{۱۲۱} ماده 74 همچنین صریحاً بیان می‌دارد که خسارات قابل مطالبه برای نقض قرارداد، شامل محرومیت از منافع (عدم‌النفع) نیز می‌گردد. شرح نگاشته شده بر کنوانسیون توضیح می‌دهد که از آن رو در این ماده صریحاً به امکان مطالبه خسارات عدم‌النفع اشاره شده است که «در پاره‌ای از نظام‌های حقوقی، اصطلاح «خسارت» هنگامی که به نحو مطلق استعمال می‌شود، خسارت عدم‌النفع را در بر می‌گیرد».^{۱۲۲}

برخلاف بعضی از کشورهای پیرو نظام حقوقی نوشته، کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا امکان مطالبه خسارت را محدود به مواردی نمی‌کند که نقض قرارداد توأم با تقصیر یا از روی عمد رخ داده باشد.^{۱۲۳} هم‌سو با رویکرد موجود در بسیاری از کشورهای کامن‌لا و کشورهای حقوق نوشته، کنوانسیون بیع بین‌المللی نیز بار ارائه دلیل بر ورود خسارت و وجود رابطه سببیت بین نقض

که با در نظر گرفتن تفاوت‌ها در هزینه‌های حمل کالا می‌تواند به‌عنوان جایگزین معقول به شمار آید». این روش تعیین مقدار خسارات را «قاعده مطلق بازار» می‌نامند. رجوع کنید به: ماده 76 کنوانسیون. این روش اساساً به خواهان امکان می‌دهد خسارات خویش را مستقل و فارغ از هر معامله جایگزینی محاسبه کند.

119. برای مطالعه تفصیلی درباره کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا به‌طور کلی رجوع کنید به:

Enderlein & Maskow, supra note 113; Honnold, supra note 113; Albert H. Kritzer, Guide to Practical Applications of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1989).

120. CISG, supra note 113, art. 74.

121. See Secretariat Commentary 4, in Guide to CISG art. 74, available at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-74.html>.

122. Id. 4.

پرفسور ایندرلین و پرفسور مسکاو درخصوص خسارات عدم‌النفع یادآور می‌شوند: «محل تردید است که آیا زبان دیده حق دارد عدم‌النفعی را که واقعاً متحمل گردیده، یعنی دقیقاً همان سودی که وی می‌توانسته انتظار داشته باشد، مطالبه کند یا نه حق دارد سودی متوسط و میانگین که در زمانی معین در مکانی مشخص باید انتظار داشت، مطالبه کند. همچنین روشن نیست که عدم‌النفع چه مدت زمانی را می‌توان مورد محاسبه قرار داد.... هارولد می‌گوید آنچه مناط اعتبار به شمار می‌رود زبانی است که زبان دیده در واقع متحمل شده است.... به اعتقاد کناپ، زبانی که زبان دیده واقعاً متحمل شده یا سود از دست رفته ای که حصول آن را می‌توان انتظار داشت، باید مبدأ حرکت قرار گیرد، بی آن‌که به محدودیت زمانی قائل بشیم، بلکه تنها شرط را باید آن دانست که زبان قابل پیش‌بینی باشد. وی محاسبه سود آینده را به شکل یک مبلغ مقطوع نمی‌پذیرد. با این حال، وی توجه نمی‌کند که چنانچه شرایط ماده 74 کنوانسیون اعمال شود، ممکن است عدم‌النفع به نحو مکرر از سوی دادگاه‌ها به نفع زبان دیده مورد حکم قرار بگیرد». رجوع کنید به:

Enderlein & Maskow, supra note 113, at 299-300.

123. See Enderlein & Maskow, supra note 113, at 298.

قرارداد و زیان وارد را بر دوش خواهان قرار می دهد.^{۱۲۴} افزون بر این، همانند بسیاری از کشورهای کامن لا و کشورهای حقوق نوشته، کنوانسیون بیع بین‌المللی نیز مطالبه خسارت را با توسل به دکترین لزوم قابلیت پیش‌بینی زیان محدود می‌سازد.^{۱۲۵} کنوانسیون بیع بین‌المللی در مقام بررسی مفهوم قابلیت پیش‌بینی زیان از هر دو معیار نوعی و شخصی مدد می‌گیرد؛ «خسارات قابل مطالبه نمی‌تواند از زیانی که طرف متخلف از قرارداد در زمان انشای عقد، با توجه به اوضاع و احوال و اموری که در آن هنگام از آن مطلع بوده یا باید مطلع می‌بود، به‌عنوان نتیجه محتمل نقض قرارداد پیش‌بینی کرده یا باید پیش‌بینی می‌کرد، تجاوز کند».^{۱۲۶}

بخش اخیر عبارت فوق از ماده 74 کنوانسیون که بیانگر ضابطه ای نوعی است، مسأله را بدین گونه مطرح می‌سازد که آیا یک انسان متعارف در همان موقعیت می‌توانسته ورود زیان در اثر عدم اجرای قرارداد را پیش‌بینی کند؟^{۱۲۷}

در تعیین این که آیا زیان، قابل پیش‌بینی بوده یا خیر، زمان انعقاد قرارداد مناط اعتبار است: «اوضاع و احوال و امور باید در زمان انشای عقد موجود بوده و یا در زمان انعقاد قرارداد قابل پیش‌بینی بوده باشد. اوضاع و احوال و اموری همچون ترقی و تنزل قیمت‌ها به طور فصلی در

124. Id. at 300.

با این همه، کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا صریحاً لازم نمی‌شمارد که خسارات با اطمینان به اثبات برسد. در این باره رجوع کنید به:

Djakhongir Saidov, *Methods of Limiting Damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods* § 5 (2001), available at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/saidov.html>.

125. همچنان که پیش از این گفته شد، مفهوم قابلیت پیش‌بینی زیان در کشورهای کامن‌لا، ریشه در رأی صادر در دع‌وای هادلی علیه باکساندل دارد. رجوع کنید به:

Delchi Carrier SpA v. Rotorez Corp., 71 F.3d 1024 (2d Cir. 1995).

(در رأی صادر در دع‌وای فوق آمده است: «کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا لازم می‌شمارد که خسارات قابل مطالبه از طریق اصلی، مشابه با اصل قابلیت پیش‌بینی زیان که در رأی صادر در دع‌وای هاردلی علیه باکساندل ایجاد شد، محدود گردد»). در بسیاری از کشورهای پیرو حقوق نوشته که ماده 1150 قانون مدنی فرانسه نمونه‌ای از مقررات آن‌ها در این باره است نیز می‌توان دید که خسارات قابل مطالبه به آن خساراتی محدود است که در زمان عقد، پیش‌بینی شده یا می‌توانسته پیش‌بینی گردد. رجوع کنید به: ماده 1150 و 1151 قانون مدنی فرانسه. مطابق ماده 39 کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا: «چنانچه خریدار ظرف مهلت معقولی پس از آن که عدم انطباق مبیع را کشف کرد یا باید کشف می‌کرد، اطلاعیه‌ای به فروشنده ندهد که در آن، نوع عدم انطباق مشخص شده باشد، حق استناد به عدم انطباق مبیع را از دست می‌دهد». رجوع کنید به:

CISG, supra note 113, art. 39.

بند 1 ماده 43 کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا نیز مقرر می‌دارد که خریدار باید در صورت معیوب بودن مالکیت مبیع، این امر را به فروشنده اطلاع دهد. با وجود مقررات راجع به دادن اطلاعیه در ماده 39 و 43، خریدار همچنان می‌تواند در کنار سایر حقوقی که دارد، خسارت بخواهد، مشروط بر این که خریدار برای ندادن اطلاعیه مقرر عذر موجهی داشته باشد. با وجود این، خریدار در چنین شرایطی تنها حق مطالبه خسارات مستقیم را دارا است و امکان مطالبه خسارات عدم‌النفع در فرض مورد بحث وجود ندارد. در این باره رجوع کنید به:

CISG, supra note 113, arts. 39-44.

126. CISG, supra note 113, art. 74.

127. Iiu Chengwei, *Remedies for Non-performance: Perspectives from CISG, UNIDROIT Principles and PECL*, § 14.2.5, at <http://cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei-74.html> (Sept. 2003).

227 ❖ مطالبه خسارات محرومیت از ...

بازار، مشکلات موجود در حمل و نقل به علت بدی آب و هوا و غیره از جمله اوضاع و احوال و اموری است که در احراز شرط قابلیت پیش‌بینی زیان لحاظ می‌شود.^{۱۲۸}

همچنین ماده 74 کنوانسیون در «سنجش قابلیت پیش‌بینی زیان، نتایج محتمل را ملاک قرار می‌دهد».^{۱۲۹} لازم نیست خواهان ثابت کند که زیان به احتمال بالا در اثر نقض قرارداد وارد می‌شد، یا به عبارتی شرط نیست که وجود احتمال قریب به یقین را ثابت کند،^{۱۳۰} بلکه تنها لازم است زیان، نتیجه محتمل نقض قرارداد باشد.^{۱۳۱} چنان‌که یکی از نویسندگان یادآور می‌شود: «قابلیت پیش‌بینی زیان، اشاره به مبلغ معینی پول معادل زیان ندارد، هرچند سیاق عبارات این ماده ممکن است این معنا را افاده کند، بلکه قابلیت پیش‌بینی زیان در معنای دقیق کلمه به احتمال ورود زیان به‌معنای نتیجه نقض قرارداد، و میزان زیان احتمالی اشاره دارد».^{۱۳۲}

د) اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، تدوین مؤسسه وحدت حقوق خصوصی رُم
 اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی تدوین مؤسسه وحدت حقوق خصوصی، قواعد عمومی راجع به قراردادهای تجاری بین‌المللی را مقرر می‌دارد.^{۱۳۳} این اصول در صورتی اعمال می‌شود که

128. Enderlein & Maskow, supra note 113, at 301.

(تأکید موجود در عبارات متن حذف شده است).

129. Kritzer, supra note 116, at 477.

(تأکید از ما است).

130. See Restatement (Second) of Contracts § 351 (1981).

131. شماری از نویسندگان بر این باورند که این امر دامنه آنچه را قابل پیش‌بینی است گسترش و توسعه می‌دهد. در این باره رجوع کنید به:

Kritzer, supra note 116, at 479; J. Ziegel, The Remedial Provisions in the Vienna Sales Convention: Some Common Law Perspectives, in *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods 9-38* (Nina Galston & Hans Smit eds., Parker School of Foreign and Comparative Law, 1984), quoted in Kritzer, supra note 116, at 587-88 (1990).

اما برای دیدن نظر مخالف رجوع کنید به:

E. Allan Farnsworth, Damages and Specific Relief, 27 Am. J. Comp. L. 247, 253 (1979).

(فارسوز در مقاله فوق یادآور می‌شود که استعمال عبارت نتایج محتمل در ماده 74 کنوانسیون «در بادی امر ممکن است معنای وسیع‌تری از عبارت «نتیجه با احتمال بالا» را که در بازنویسی دوم حقوق قراردادهای امریکا به کار رفته به ذهن متبادر کند، [کن] بند آغازین جمله مذکور در ماده 74 (یعنی قید «با توجه به اوضاع و احوال...») وسعت شمول این ... عبارت را مقید می‌کند و از گستره عبارت مزبور می‌کاهد».

132. Enderlein & Maskow, supra note 113, at 301.

(تأکید موجود در عبارات متن حذف شده است).

133. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, at pmb1. [hereinafter UNIDROIT Principles], reprinted in *The UNIDROIT Principles in Practice: Case Law and Bibliography of the Principles of Commercial Contracts 27* (Michael Joachim Bonell ed., 2002), available at <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf> (last visited Mar. 28, 2005).

متعاملین توافق کرده باشند قراردادشان مشمول اصول مزبور باشد، یا این که قرارداد مزبور باید مطابق با اصول کلی حقوق، از جمله عرف و عادات جهان شمول تجارت (حقوق بازرگانی فرادولتی)، تفسیر گردد.^{۱۳۴} اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی مؤسسه وحدت حقوق خصوصی برای تفسیر یا تکمیل اسناد بین‌المللی موجود، همچون کنوانسیون بیع بین‌المللی نیز می‌تواند مورد استفاده قرار گیرد.^{۱۳۵} همانند با کنوانسیون بیع بین‌المللی، اصول مؤسسه وحدت حقوق خصوصی نیز مقرر می‌دارد آن طرف قرارداد که در اثر عدم اجرای تعهدات طرف مقابل زیان دیده است، حق دارد جبران کلیه زیان‌هایی را که در نتیجه این نقض متحمل شده بخواهد.^{۱۳۶} هدف مقررات راجع به جبران خسارات موجود در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی مؤسسه وحدت حقوق خصوصی، همانا تأمین منفعت مورد انتظار خواهان از قرارداد است.

مقرره اصلی راجع به جبران خسارات در ماده 2-4-7 این اصول بیان شده است. ماده مزبور مقرر می‌دارد: «طرف زیان‌دیده حق دارد جبران کلیه زیان‌هایی را که در اثر عدم اجرای تعهد متحمل شده بخواهد. این زیان‌ها شامل هر خسارتی که وارد شده، و هر سودی که متعهدله از آن محروم گردیده، با در نظر گرفتن هر سودی که زیان‌دیده با فسخ قرارداد کسب کرده، است...».^{۱۳۷} شرحی که بر این ماده نگاشته شده، توضیح می‌دهد که خسارت وارد باید به نحو

اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی مؤسسه وحدت حقوق خصوصی «پس از سال‌ها تلاش مقدماتی و شور و مطالعه گسترده گروهی از کارشناسان که نمایندگی مهم‌ترین نظام‌های حقوقی جهان را به عهده داشتند، فراهم آمد و در سال 1994 از سوی مؤسسه بین‌المللی یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی انتشار یافت. اصول مزبور، نمونه شاخص و برجسته حقوق نرم (نمونه) به شمار می‌آید». رجوع کنید به:

Id. at ix.

134. See id. at 27.

135. Id.

برای مطالعه درباره کاربرد اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی مؤسسه وحدت حقوق خصوصی به‌طور کلی رجوع کنید به: UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Reflections on Their Use in International Arbitration [June 2002] ICC Int'l Ct. Arb. Bull. Special Supp. (Int'l Cham. Comm. Pub.); Jean-Paul Beraudo et al., UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts: A New Lex Mercatoria? 9-10 (1995); Michael J. Bonell, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: Why? What? How?, 69 Tul. L. Rev. 1121 (1995); Richard Hill, A Businessman's View of the UNIDROIT Principles, 13 J. Int'l Arb. 2, 163 (1996).

136. See UNIDROIT Principles, supra note 130, art 7.4.1.

(ماده 1-4-7 اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی مؤسسه وحدت حقوق خصوصی مقرر می‌دارد: «هر گونه عدم اجرا به طرف زیان‌دیده حق می‌دهد خسارت بخواهد، مگر این که عدم اجرا مطابق این اصول دارای عذر باشد. حق مطالبه خسارت ممکن است به شکل منحصر یا در کنار سایر ضمانت‌اجراهایی باشد که به زیان‌دیده داده شده است.»). بند 1 از ماده 2-4-7 آن اصول نیز اشعار می‌دارد: «زیان‌دیده حق دارد برای کلیه خساراتی که در اثر عدم اجرا متحمل شده است، غرامت بخواهد». رجوع کنید به:

Id. art. 7.4.2(1).

137. UNIDROIT Principles, supra note 130, art. 7.4.2(1).

229 ❖ مطالبه خسارات محرومیت از ...

موسع تفسیر شود و عدم‌النفع را نیز شامل می‌گردد. شرح نگاشته شده بر این مقررات اشاره می‌کند: «عدم‌النفع که گاه از آن با عنوان خسارت تبعی یاد می‌شود، نفعی است که اگر قرارداد به درستی اجرا شده بود، زیان دیده عادتاً آن را کسب می‌کرد. این نفع اغلب نامعین و مردد است، چندان که در غالب موارد، شکل از دست دادن فرصت را به خود خواهد گرفت».^{۱۳۸}

اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی مؤسسه وحدت حقوق خصوصی، حق مطالبه خسارات را به اشکال گوناگونی محدود می‌سازد. به‌عنوان نمونه، ماده 7-4-7 در فرضی که خواهان در ورود زیان سهیم بوده است، حق مطالبه خسارت را محدود می‌سازد. مطابق حکم این ماده: «چنانچه زیان جزئاً ناشی از فعل یا ترک فعل زیان دیده یا ناشی از حادثه دیگری باشد که زیان دیده خطر آن را عهده‌دار است، مقدار خسارت قابل مطالبه تا حدی که این عوامل در ورود زیان سهیم داشته‌اند و با توجه به رفتار هریک از طرف‌های قرارداد، تقلیل داده خواهد شد».^{۱۳۹}

چنانچه پس از نقض قرارداد، خواهان معامله‌ای جایگزین منعقد کند، ماده 7-4-5 اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، خسارات قابل مطالبه خواهان را به‌عنوان مابه‌التفاوت بین ثمن‌المسمی و قیمت رایج در زمان فسخ قرارداد، به علاوه هرگونه خسارات دیگر تعیین می‌کند. رجوع کنید به:

Id. art. 7.4.5.

این مقرر مشابه ماده 75 کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا است. رجوع کنید به:

CISG, supra note 113, art. 75.

همانند کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، ماده 7-4-5 شرط می‌داند که معامله جایگزین ظرف مدت معقول و به نحو معقولی واقع شده باشد. رجوع کنید به:

UNIDROIT Principles, supra note 130, art. 7.4.5.

چنانچه پس از نقض قرارداد، خواهان قرارداد را فسخ کند، لکن معامله جایگزین نکند، ماده 7-4-6 اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی مقرر می‌دارد که خواهان می‌تواند مابه‌التفاوت بین ثمن‌المسمی و قیمت رایج در زمان فسخ قرارداد، به علاوه هر زیان دیگری را که به وی وارد شده، بخواند، مشروط بر این که چنین قیمت رایجی (مظن بازار) وجود داشته باشد. رجوع کنید به:

Id. art. 7.4.6.

«قیمت رایج (مظن بازاری) عبارت از قیمتی است که نوعاً برای کالای تسلیم شده یا خدمت ارائه گردیده در اوضاع و احوال مشابه در محلی که باید قرارداد اجرا می‌شود، پرداخت می‌گردد، یا چنانچه قیمت رایج (مظن بازار) در آن محل وجود نداشته باشد، قیمت رایج در چنان محل دیگری که معقول به نظر می‌رسد به‌عنوان مرجع در نظر گرفته می‌شود». رجوع کنید به:

Id.

شرحی که بر ماده 7-4-6 نگاشته شده، توضیح می‌دهد که قیمت رایج «غالباً اما نه لزوماً قیمت رایج در بازار متشکّل و سازمان یافته است». رجوع کنید به:

Id. art. 7.4.6 cmt. 2.

به علاوه، شرح مزبور بیان می‌دارد: «محلی که برای تعیین قیمت رایج ملاک است، محلی است که قرارداد باید در آنجا اجرا می‌شود و اگر قیمت رایج در آن محل وجود نداشته باشد، قیمت رایج در محلی ملاک است که معقول به نظر رسد قیمت رایج در آنجا مرجع قرار گیرد». رجوع کنید به:

Id.

ضمانت‌اجرای مقرر در ماده 7-4-6 اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، مشابه ضمانت‌اجرایی است که در ماده 76 کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا بیان شده است. رجوع کنید به:

Id. art. 7.4.6 cmt. 1-2.

138. UNIDROIT Principles, supra note 130, art. 7.4.2(1) cmt. 2.

139. Id. art. 7.4.7.

اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی مؤسسه وحدت حقوق خصوصی، خسارات قابل مطالبه را از جمله از طریق توسل به مفاهیم مسلم بودن زیان و قابلیت پیش‌بینی زیان محدود می‌سازد. این اصول مقرر می‌دارد که «غرامت تنها برای خسارت، از جمله خسارت آینده‌ای که با درج ه معقولی از اطمینان به اثبات رسد، قابل مطالبه است».^{۱۴۰} چنانچه خواهان نتواند میزان خسارات را با اطمینان کافی به اثبات برساند، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی مؤسسه وحدت حقوق خصوصی به مرجع رسیدگی اختیار داده تا مقدار خسارت را معین سازد.^{۱۴۱} گذشته از این، اصول مزبور اجازه می‌دهد در مورد از دست رفتن فرصت نیز به نسبت احتمال وقوع آن فرصت، خسارت خواسته شود.^{۱۴۲}

به‌علاوه، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی مقرر می‌دارد که «طرف متخلف از عقد تنها برای زبانی مسئول است که در زمان انشای قرارداد، پیش‌بینی شده یا می‌توانسته پیش‌بینی شود که به احتمال زیاد در اثر عدم اجرای قرارداد حادث خواهد شد».^{۱۴۳} همانند با کنوانسیون بیع بین‌المللی، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی مؤسسه وحدت حقوق خصوصی نیز در مورد قابلیت پیش‌بینی زیان، حاوی هر دو نوع ضابطه شخصی و نوعی است. با این حال، برخلاف کنوانسیون بیع بین‌المللی که لازم می‌شمارد زیان قابل پیش‌بینی، نتیجه «محتمل» عدم اجرای قرارداد باشد، اصول مؤسسه وحدت حقوق خصوصی بیانگر آن است که چنین زبانی باید نتیج ه

شرحی که بر این ماده نگاشته شده، بیان می‌کند: «مشارکت زیان دیده در ورود خسارت ممکن است متناسب به ع مل خود زیان دیده یا متناسب به واقعه‌ای باشد که زیان دیده خطر وقوع آن را بر دوش می‌کشد. رفتار زیان دیده که در ورود زیان سهم داشته ممکن است شکل فعل (مثلاً زیان دیده نشانی اشتباه به متصدی حمل داده باشد) یا شکل ترک فعل (مثلاً زیان دیده کلیه آموزش‌ها و دستورات لازم را به سازنده یک دستگاه معیوب نداده باشد) به خود بگیرد. در غالب موارد، چنین افعال یا ترک‌های منجر بدان خواهد شد که زیان دیده تعهدی از تعهدات قراردادی خویش را ایفا نکند. به هر روی، این افعال یا ترک‌های هم‌چنین ممکن است معلول عمل موجب مسئولیت مدنی یا معلول عدم اجرای قرارداد دیگری باشد. افعال یا ترک‌های اشخاصی که زیان دیده مسئول اعمال آن‌ها است (مانند کارگران و نمایندگان زیان دیده)، در زمره وقایع خارج از دسترس است که زیان دیده، خطر وقوع آن‌ها را بر دوش می‌کشد....»

عمل زیان دیده یا حوادث خارج‌ای که وی خطر وقوع آن‌ها را بر دوش می‌کشد، ممکن است ایفای تعهد را برای طرفی که قرارداد را اجرا نکرده، به‌کل غیرممکن ساخته باشد چنانچه شرایط مقرر در ماده 7-1-7 (یعنی شرایط مربوط به قوه قاهره) جمع آید، طرفی که قرارداد را اجرا نکرده، کاملاً از مسئولیت بری خواهد بود. در غیر این صورت، بری شدن متعهد از مسئولیت بر حسب میزان مشارکت زیان دیده در ورود زیان، تجزیه خواهد شد. تشخیص و تعیین سهمی که هر طرف در ورود زیان داشته است، در عمل جداً دشوار می‌نماید، و متحد زیادی به صلاح‌دید قاضی و تشخیص وی وابسته است. برای آن که برای این منظور ضابطه و طریقی در اختیار دادگاه نهاده شود، ماده حاضر مقرر می‌دارد که دادگاه با رعایت مربوط به هر یک از طرف‌ها را مورد توجه و مدنظر قرار دهد. هر چه قصور و کوتاهی یک طرف فاحش‌تر و خطرناک‌تر به نظر آید، سهم وی در ورود زیان بیش‌تر خواهد بود». رجوع کنید به:

Id. art. 7.4.7 cmts. 2, 3.

140. Id. art. 7.4.3(1).

141. Id. art. 7.4.3(3).

142. Id. art. 7.4.3(2).

143. Id. art. 7.4.4.

231 ❖ مطالبه خسارات محرومیت از ...

«با احتمال بلای» نقض قرارداد به شمار آید.^{۱۴۴} بنابراین، به نظر می‌رسد که اصول مؤسسه وحدت حقوق خصوصی در زمینه مفهوم قابلیت پیش‌بینی زیان، دیدگاهی را اختیار کرده است که اندکی مضرتر از دیدگاه مختار کنوانسیون بیع بین‌المللی است.

تفسیری که بر اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی مؤسسه وحدت حقوق خصوصی نگاشته شده، نمودار آن است که مفهوم قابلیت پیش‌بینی زیان به ماهیت یا نوع زیان مرتبط است، نه به میزان زیان، مگر این که مقدار زیان سبب گردد زیان مزبور به زبانی از نوع دیگر مدلل شود.^{۱۴۵}

تفسیر نگاشته شده بر این اصول همچنین روشن می‌سازد که شرط قابلیت پیش‌بینی زیان با شرط مسلم بودن زیان دست در دست یکدیگر دارند و در پیوندی نزدیک با یکدیگرند.^{۱۴۶} در نتیجه، خواهان باید ثابت کند که «حسب پیش‌بینی، احتمال زیادی می‌رفته که در اثر نقض قرارداد، زطن حادث خواهد شد».^{۱۴۷} وانگهی تفسیر مزبور توضیح می‌دهد که برخلاف موضع بعضی از کشورهای دارای نظام حقوق نوشته، خواننده از نظر این اصول برای زیان غیرقابل پیش‌بینی مسئول نیست، ولو این که نقض قرارداد عمدی باشد.^{۱۴۸} تفسیر اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی در این باره بیان می‌دارد: «این که چه زبانی قابل پیش‌بینی است، با مآخذ قراردادن زمان انشای قرارداد، و ملاک دانستن خود طرف متخلف از عقد (شامل خدمه و نمایندگان او) باید تشخیص داده شود و ضابطه قابل پیش‌بینی بودن زیان، آن چیزی است که معمولاً یک انسان محتاط در جریان عادی امور، و اوضاع و احوال خاص قرارداد، همچون اطلاعاتی که توسط متعاملین فراهم گشته یا معاملات پیشین ایشان، به‌عنوان نتیجه عدم اجرای قرارداد، منطقیاً می‌توانسته پیش‌بینی کند».^{۱۴۹}

مطالعه‌ای که در بالا ارائه دادیم، نشان می‌دهد حقوق غالب کشورها در صورتی که تخلف از قرارداد در اثر تقصیر باشد، به زیان دیده حق می‌دهند هر سود خالصی را که به علت خودداری خواننده از اجرای تعهدات خود مطابق قرارداد، محقق نشده است، مطالبه کند. همچنین کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی تدوین، هر دو، جواز مطالبه عدم‌النفع را

144. یکی از هیأت‌های نمایندگی شرکت‌کننده در کنفرانس وین، یعنی کنفرانسی که منجر به تصویب کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا شد، تفاوت بین عبارت «نتیجه با احتمال زیاد» و «نتیجه محتمل» را بدین شرح توضیح می‌دهد: «اگر شخصی یک دسته ورق بازی را که به خوبی بُر زده شده بردارد، کاملاً محتمل است، اما نه با احتمال بالا که ورق رویی، نه ورق خال خشت باشد، هر چند احتمال آن 51 به 1 است». رجوع کنید به:

Ziegel, supra note 128.

145. UNIDROIT Principles, supra note 130, art. 7.4.4 cmt.

146. Id.

147. Sieg Eiselen, Remarks on the Manner in Which the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts May Be Used to Interpret or Supplement Article 74 of the CISG h (Dec. 6, 2002), at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni74.html>.

148. UNIDROIT Principles, supra note 130, art. 7.4.4 cmt.

149. Id.

در چنین مواردی پیش‌بینی می‌کنند. اصل جواز مطالبه عدم‌النفع، آن‌چنان مسلم و مورد پذیرش همگان است که می‌توان گفت امروزه به یکی از قواعد عمومی حقوق خصوصی بین‌المللی مبدل گردیده است.^{۱۵۰}

کلیه کشورها به منظور آن که بتوان خسارات عدم‌النفع را مطالبه کرد، لازم می‌شمارند که ادعای خواهان، شرایطی چند را واجد باشد. بسیاری از کشورها تنها مطالبه عدم‌النفع را روا می‌دانند که نتیجه مستقیم فعل یا ترک فعل خوانده بوده و به‌عنوان نتیجه احتمالی نقض قرارداد قابل پیش‌بینی بوده باشد.^{۱۵۱} با این همه، مفاهیم رابطه سببیت و قابلیت پیش‌بینی زیان، میان کشورهای مختلف، متفاوت است. با آن که کشورهای کامن‌لا بدین سوی گرایش دارند که قواعد ناظر به قابلیت پیش‌بینی زیان را بر رأی صادر در دعوی هادلی علیه باکساندل^{۱۵۲} استوار سازند، همچنان تفاوت‌های فراوانی میان این دسته از کشورها در این خصوص وجود دارد. به همین‌سان، قواعد یکنواخت و متحدی در زمینه قابلیت پیش‌بینی زیان در کشورهای پیرو نظام حقوق نوشته نیز وجود ندارد. به‌عنوان نمونه، قانون مدنی فرانسه، مشتمل بر شرط قابلیت پیش‌بینی زیان است؛ لکن مفهوم قابلیت پیش‌بینی زیان در حقوق فرانسه از حیث نظری، متفاوت با مفهوم این شرط در حقوق انگلیس است. برعکس، حقوق آلمان به طور سنتی مفهوم قابلیت پیش‌بینی زیان را نه‌شناسد، بلکه بجای آن، خسارات قابل مطالبه، از جمله عدم‌النفع را با توسل به مفهوم رابطه سببیت کافی محدود می‌سازد. هم‌کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و هم اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، مفهومی را برای شرط قابلیت پیش‌بینی زیان در نظر گرفته‌اند که مشتمل بر عناصر و اجزای نوعی و شخصی است.

شماری از نظام‌های حقوقی نیز مطالبه و جبران خسارات را تنها به آن زیان‌های محدود ساخته‌اند که با اطمینان بتوان ورود آن‌ها را ثابت کرد. با این همه، سطح اثباتی ای که خواهان

150. See *Sapphire Int'l Petroleum Ltd. v. Nat'l Iranian Oil Co.*, Arbitral Award (Mar. 15, 1963), reprinted in 35 I.L.R. 136, 182 (1967); *Delagoa Bay and E. Afr. R. Co. (U.S. and Gr. Brit. v. Port.)* (1900), quoted in Majorie M. Whiteman, 3 Damages in International Law 1694, 1697 (1943); see also John A. Westberg, *International Transactions and Claims Involving Government Parties: Case Law of the Iran-U.S. Claims Tribunal* 190 (Int'l Law Inst. 1991).

(در منبع اخیر آمده است: «قاعده عمومی‌ای که در کلیه نظام‌های حقوقی صاحب نام جهان پذیرفته شده و بر آن صحه گذاشته شده این است که چنانچه یک طرف عقد، قرارداد را به زیان طرف مقابل زیر پا گذارد، یا پیش‌بینی شود که از قرارداد به زیان طرف مقابل تخلف می‌ورزد، بی آن که عذر موجهی داشته باشد، طرف مقابل قرارداد می‌تواند غرامتی به میزان خسارت واقعی وارد مطالبه کند»).

151. به‌عنوان نمونه رجوع کنید به: ماده 1150 قانون مدنی بلژیک، ماده 1150 قانون مدنی فرانسه و ماده 1107 قانون مدنی اسپانیا. برای دیدن ترجمه انگلیسی قانون مدنی بلژیک و قانون مدنی اسپانیا به ترتیب رجوع کنید به: Civil Code art. 1150 (John Crabb trans., 1982) (belg.); C.C. art. 1107 (Julio Romanach, Jr. trans.) (Spain). همچنین رجوع کنید به:

Donald Harris et al., *Remedies in Contract and Tort* 88-108 (2d ed. 2002); Lookofsky, *supra* note 13, § 4.4.4.3; Waddams, *supra* note 16, 1115A-1155.

152. *Hadley v. Baxendale*, 156 Eng. Rep. 145 (Ex. 1854).

233 ❖ مطالبه خسارات محرومیت از ...

باید ارائه دهد، میان کشورها متفاوت است. به عنوان یک قاعده می توان گفت: خواهان باید خسارات عدم النفع را با اطمینان معقولی به اثبات برساند. با وجود این، در بسیاری از کشورها قاعده مسلم بودن زیان، تنها در مورد این امر که نقض قرارداد منجر به تفویض درآمد آینده خواهان شده اعمال می شود، و نه در مورد میزان نفعی که وی از دست داده است. اصول قراردادهای تجاری بین المللی مؤسسه وحدت حقوق خصوصی لازم می شمارد که خسارات عدم النفع با درجه معقولی از اطمینان به اثبات رسد. در مقام مقایسه، کنوانسیون بیع بین المللی کالا صریحاً حکم نمی کند که خسارات باید با اطمینان اثبات شود. با وجود این، کنوانسیون بیع بین المللی، خواهان را ملزم می داند دلیلی مبنی بر ورود خسارت ارائه دهد.

بعضی از کشورهای دارای نظام حقوق نوشته، به عنوان یکی از شرایط مطالبه خسارات عدم النفع، لازم می شمارند که خواننده در تخلف از قرارداد، مقصر باشد. شرط تقصیر را می توان از طریق اثبات این که نقض قرارداد عمدی بوده، یا در اثر تقصیر رخ داده است، احراز کرد. کشورهای پیرو نظام حقوقی کامن لا، نوعاً چنین شرطی را بر خواهان تحمیل نمی کنند. به نحوی مشابه با کشورهای کامن لا، کنوانسیون بیع بین المللی کالا و اصول قراردادهای تجاری بین المللی مؤسسه وحدت حقوق خصوصی نیز امکان مطالبه خسارات عدم النفع را محدود به مواردی نمی سازند که نقض قرارداد ناشی از عمد یا تقصیر بوده باشد.

در خصوص محاسبه میزان خسارات عدم النفع، کشورها نوعاً به قاضی یا در پاره ای از کشورهای کامن لا به هیأت منصفه، اختیار وسیعی در تعیین میزان خسارات عدم النفع داده اند.

چهارم) آرای مراجع داوری در زمینه خسارات عدم النفع

مراجع داوری رسیدگی کننده به اختلافات ناشی از قراردادهای بین المللی، همین که نقض توأم با تقصیر قرارداد را احراز کرده اند، دیگر در تصمیم گیری نسبت به اصل این مسأله که آیا خواهان مستحق مطالبه عدم النفع است یا خیر، با دشواری چندانی مواجه نبوده اند، بلکه این محاسبه منافع از دست رفته است که نشان داده فرایند پیچیده ای است، منجر به شکل گیری رویکردهای مختلف و صدور آرای ظاهراً سلیقه ای و بی ضابطه می گردد.

امروزه مراجع داوری بین المللی به درستی پذیرفته اند پیمان شکرهای که توأم با تقصیر باشد به طرف زیان دیده حق می دهد منافع معامله را مطالبه کند.^{۱۵۳} از بُعد نظری، این امر به خواهان حق

153. See Sapphire, 35 I.L.R. at 185-86; Final Award in Case No. 9466 of 1999 (Liber. v. Russ.), 27 Y.B. Com. Arb. 170, 176 (2002); Final Award in Case No. 8445 of 1996 (India v. F.R.G.), 26 Y.B. Com. Arb. 167, 175 (2001); Karaha Bodas Co. v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara, Final Award in an Arbitration Procedure under the UNCITRAL Arbitration Rules 28, 40 (Dec. 18, 2000); Himpurna Cal. Energy Ltd. v. PT. (Persero) Perusahaan Listrik Negara, Final Award of 4 May 1999, 25 Y.B. Com. Arb. 13, 83 (2000); Arbitral Award No. A-1795/51 (Camera Arbitrale Nazionale ed

می‌دهد در ازای خسارات واقعی‌ای که در نتیجه تخلف از عقد متحمل شده، و برای هر سود خالصی که نقض قرارداد مانع تحقق آن گردیده، مبلغی پول به‌عنوان خسارت مطالبه کند.^{۱۵۴} داور رسیدگی‌کننده در دعوی سفیر این اصل را به شرح زیر توضیح می‌دهد: «مطابق نظری که همگان بر آنند، هدف از دادن خسارات، قراردادن شخصی که رأی به نفع او داده می‌شود در همان موقعیت مالی‌ای است که اگر قرارداد به نحوی که طرفین در زمان انشای عقد بر آن توافق کرده‌اند، اجرا شده بود، آن شخص در آن موقعیت مالی قرار می‌داشت... این قاعده چیزی جز لازمه و نتیجه مستقیم اصل لزوم وفا به پیمان‌ها نیست؛ زیرا تنها اثر این قاعده، جایگزین کردن تعهد پولی بجای تعهدی است که به عهده گرفته شده، اما ایفا نگردیده است. بنابراین، طبیعی است که به متعهدله از این رهگذر باید کل خسارات داده شود. این خسارات، شامل زیان‌های وارد (خسارات واقعی)، به‌عنوان مثال مخارجی که در مقام اجرای قرارداد تحمل شده، و منفعت نفویت شده (عدم‌النفع)، مثلاً سود خالصی که قرارداد می‌توانست به همراه آورد، می‌گردد. جواز صدور رأی به دادن غرامت برای منفعت نفویت شده یا از دست دادن منافع ممکن الحصول در آرای مراجع داوری بین‌المللی فراوان دیده می‌شود».^{۱۵۵}

در رسیدگی به دعوی مطالبه عدم‌النفع، مرجع داوری، نخست به قانون حاکم مراجعه می‌کند تا شرایط رأی دادن به خسارت را مشخص سازد.^{۱۵۶} اگر ادعای خسارت، شرایط مقرر در قانون حاکم، همچون قابلیت پیش‌بینی زیان و مسلم بودن زیان را حائز بود،^{۱۵۷} آنگاه مرجع داوری به مسأله محاسبه میزان خسارات می‌پردازد.

تصمیم دیوان داوری در رأی نهایی صادر در پرونده شماره 8445 مورخ 1996 این آیین را

Internazionale di Milano (Dec. 1, 1996), reprinted in pertinent part in The UNIDROIT Principles in Practice, supra note 130, at 409.

مقایسه کنید با:

Second Partial Award of 21 October 2002, S.D. Myers, Inc. v. Canada, 140-160, at <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/documents/myersPA.pdf>.

154. See *Sapphire*, 35 I.L.R. at 185-86; Final Award in Case No. 9466, 27 Y.B. Com. Arb. at 176; Final Award in Case No. 8445, 26 Y.B. Com. Arb. 167; Final Award in Case 8786 [Jan. 1997] 11 ICC Int'l Ct. Arb. Bull. 2, 70, 73-74, available at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/978786il.html>; Arbitral Award No. A-1795/51 (Camera Arbitrale Nazionale ed Internazionale di Milano), summarized in The UNIDROIT Principles in Practice, supra note 130.

155. *Sapphire*, 35 I.L.R. at 185-86.

156. برای مطالعه درباره تعیین قانون حاکم رجوع کنید به:

Horacio A. Grigera Naón, Choice of Law Problems in International Commercial Arbitration, in *Recueil des Cours* 13 (2001).

157. برای دیدن بحثی عمیق از رابطه سببیت و لزوم قابلیت پیش‌بینی زیان در دعوی بین‌المللی رجوع کنید به: Second Partial Award of 21 October 2002, S.D. Myers, Inc. v. Canada, ¶¶ 140-160, at <http://www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/documents/MyersPA.pdf>.

235 ❖ مطالبه خسارات محرومیت از ...

به خوبی تصویر می‌کند.^{۱۵۸} در این دعوا، دیوان داوری حکم کرد که کارخانه سازنده آلمانی (خواننده) از قرارداد انتقال فلووری که با یک کارخانه سازنده هندی (خواهان) منعقد ساخته بود، تخلف ورزیده است؛ زیرا پاره‌ای از اسناد را که در قرارداد بر آن توافق شده بود، در اختیار خواهان ننهاده است. سپس دیوان داوری به سراغ ادعاهای خواهان مبنی بر مطالبه خسارت برای عدم‌النفع و لطمه به شهرت خویش می‌رود. دیوان نخست به مسأله رابطه سببیت می‌پردازد و یادآور می‌شود که قانون حاکم، یعنی قانون قراردادهای هند (مصوب سال 1872) «مقرر می‌دارد که به منظور مطالبه خسارت جهت تخلف از قرارداد، زیان دیده باید ثابت کند که در جریان عادی امور چنین خسارتی عادتاً در اثر این نقض قرارداد حادث می‌شود، یا خسارتی است که طرفین به هنگام انعقاد قرارداد می‌دانسته‌اند که در صورت نقض قرارداد احتمالاً وارد می‌گردد».^{۱۵۹} دیوان رأی داد که خسارت عدم‌النفع مورد ادعای خواهان عادتاً در نتیجه نقض قرارداد از سوی خواننده حادث می‌شده است و استدلال کرد: «خواهان قطعاً انتظار داشته از محل تولید داخلی و فروش محصولات [منتج از قرارداد انتقال فلووری] سود کند و ناتوانی وی در انجام این مهم طبعاً منجر به از دست دادن سود می‌گردد، نتیجه‌ای که منطقیاً هر دو متعامل در زمان انعقاد قرارداد از آن آگاه بوده‌اند».^{۱۶۰}

آنگاه دیوان داوری به مسأله تعیین مقدار خسارت عدم‌النفع می‌پردازد و ادعای خواننده را مبنی بر این که خواهان دلیل کافی بر ورود این خسارت نداده، مردود می‌داند. دیوان استدلال می‌کند که مطابق «روبع قضایی هند، خواهان زیان دیده ملزم نیست مقدار خسارت را با اطمینان صددرصد به اثبات رساند، آن‌هم در جایی که حصول چنین اطمینانی ممکن نیست، چنان که در مورد خسارت عدم‌النفع چنین وضعی مصداق می‌یابد، بلکه ... [همه آنچه لازم است] بر آوردی منطقی و معقول از خسارت بر اساس چنان عناصر و مقدماتی است که در اختیار و دسترس است».^{۱۶۱} دیوان با توجه به برآوردها و ارزیابی‌های تفصیلی و مستدلی که خواهان از هزینه‌های تولید محصول، قیمت‌هایی که می‌توانست محصول به آن قیمت‌ها فروخته شود، سهم بالقوه بازار و رشد پیش‌بینی شده فروش، و سود حاصل از آن ارائه کرد، ادعای خواهان مبنی بر ورود خسارت عدم‌النفع را مقرون به دلیل تشخیص داد.^{۱۶۲} بر این اساس، دیوان پس از تعدیل مقدار خسارت عدم‌النفع به نرخ کنونی، و تنزیل آن به میزان 15 درصد به منظور در نظر گرفتن

158. Final Award in Case No. 8445, 26 Y.B. Com. Arb. 167.

159. Id. at 175.

160. Id.

161. Id.

در رأی فوق، مرجع داوری به رأی صادر در دعوی زیر استناد کرد:

State of Kerala v. Bhaskaran, A.I.R. 1985 P.C. 55 (India).

162. Id. at 175-76.

«ماهیت مردد محاسبات»، له خواهان رأی به عدم‌النفع داد.^{۱۶۳} اما دیوان ادعای خواهان مبنی بر مطالبه خسارت جهت لطمه به شهرت خویش را مردود دانست و حکم کرد که «دلیل خواهان دایر بر ورود چنین خسارتی، و به‌ویژه مقدار این خسارت، آنچه‌ان حدسی و مرد داست که نمی‌توان آن را اساس صدور رأی به خسارت قرار داد».^{۱۶۴}

دعای مطالبه خسارت عدم‌النفع ناشی از نقض قراردادهای دراز مدت، دعاوی ای‌شمرده می‌شود که بیش‌ترین دشواری را برای مراجع داوری به همراه داشته است. این گفته به ویژه در مواردی صادق است که نقض قرارداد از سوی خواننده صرفاً به ورود خسارت به کسب و کار خواهان محدود نمانده، بلکه باعث نابودی آن شده است و لذا مرجع داوری ناگزیر است ارزش این کسب و کار از بین رفته را معین سازد. در چنین فرضی، خواهان هم خسارات واقعی و هم خسارات عدم‌النفع را مطالبه می‌کند. تعیین این خسارات بسی دشوار است؛ زیرا مرجع داوری باید مقدار خسارات را بر پایه درآمد پیش‌بینی شده آینده که در حد زیادی متأثر از شرایط اقتصادی دائم‌التغییر و غالباً غیرمنتظره‌ای، همچون نرخ بهره و قیمت سوخت است، محاسبه کند.^{۱۶۵}

روش عموماً پذیرفته شده برای اصحاب دعاوی و مراجع داوری برای تعیین ارزش کسب و کاری که در اثر نقض قرارداد توسط خواننده نابود شده (من جمله تعیین خسارات عدم‌النفع)، روش جریان نقدی تنزیل شده است.^{۱۶۶} روش جریان نقدی تنزیل شده، از طریق پیش‌بینی گردش

163. Id.

164. Id. at 177.

165. ر.ک:

Himpurna, 25 Y.B. Com. Arb. at 83.

166. See Copeland et al., Valuation: Measuring and Managing the Value of Companies 73-87 (2000).

(در کتاب فوق، امتیازات و محاسن روش جریان نقدی تنزیل شده در ارزیابی خسارات مورد مطالعه قرار گرفته است).

Richard A. Bready & Stewart C. Meyers, Principles of Corporate Finance 77 (6th ed. 2000).

(در کتاب فوق اشاره شده است که روش جریان نقدی تنزیل شده، هم برای تقویم سهام عادی شرکت‌ها، و هم برای ارزیابی کل بنگاه تجاری قابل استفاده است).

Scott Gabehart & Richard Brinkley, The Business Valuation Book 123 (2002).

(نویسندگان کتاب فوق تصدیق می‌کنند که «ارزش یک بنگاه برابر است با ارزش کنونی تمام جریان‌های نقدی آزاد و خالص آینده، من جمله ارزش پایانی دارایی شرکت، که ... در طول حیات سرمایه‌گذاری عاید دارندگان سهام می‌گردد»).

Ball, supra note 6, at 419.

(نویسنده فوق اشاره می‌کند: «در حوزه مدیریت مالی، این یک اصل مسلم است که روش پذیرفته شده ارزیابی و برآورد درآمدهای پیش‌بینی شده آینده، روش جریان نقدی تنزیل شده است...»).

Propositions and Conclusions on Compensation for Business Losses: Types of Damages and Their Valuation, U.N. Comp. Comm'n Governing Council, 4th Sess., 23d mtg. para. 18, U.N. Doc. S/AC.26/SER.A/1 (1992).

(در منبع فوق می‌خوانیم: استدلال می‌شود در جایی که مطلع بازاری را نتوان براساس معامله بازار آزاد مشخص ساخت، روش جریان نقدی تنزیل شده، طریق مناسبی برای تقویم یک دارایی است).

روش ارزش دفتری و روش ارزش جایگزین، از جمیع سایر روش‌های ارزیابی هستند. روش ارزش دفتری اقتضا می‌کند مرجع داوری ارزش بنگاه تجاری دایر را با مراجعه به هزینه‌های بنگاه تعیین و برآورد کند. روش ارزش جایگزین ایجاب می‌کند مرجع داوری، خسارات را بر پایه مطلع بازاری اموال یا بنگاه‌های مشابه معین سازد. روش ارزش دفتری از این حیث مورد انتقاد

❖ 237 مطالبه خسارات محرومیت از ...

جریان) نقدی خالص یک بنگاه برای یک دوره زمانی معین در آینده، و سپس تنزیل آن به ارزش کنونی در تاریخ نقض قرارداد، ارزش یک بنگاه را مشخص می‌سازد. این روش از نرخ تنزیلی استفاده می‌کند که عنصر تورم و عامل بهره در آن منظور شده است.^{۱۶۷} از آنجا که روش جریان نقدی تنزیل شده، دارایی تلف شده را برحسب قابلیت‌هایی که آن دارایی در تولید درآمد دارد تقویم می‌کند از حیث نظری می‌تواند با تعیین مبلغ خسارتی که نشان‌دهنده هر دو نوع زیان واقعی و سودی است که خواهان از آن محروم شده، خسارات خواهان را به نحو کامل جبران سازد.^{۱۶۸}

مشکلی که در مورد روش جریان نقدی تنزیل شده وجود دارد، دشوار بودن اعمال این روش است. در حال حاضر، هیچ قواعد عام و همه‌پذیری برای تعیین جریان نقدی آینده یک بنگاه یا تعیین نرخ تنزیل مناسب وجود ندارد.^{۱۶۹} نخستین وظیفه‌ای که مرجع داوری با آن مواجه است پیش‌بینی درآمد شرکت بر پایه انواع گوناگونی از عوامل، از جمله سابقه و پیشینه درآمدی شرکت، دورنمای پیش‌بینی شده شرکت، و افق آینده آن صنعت است که جملگی متضمن فرضیات

قرار گرفته است که روش مزبور از آنجا که مبتنی بر هزینه‌های گذشته و نه هزینه‌های واقعی است، به نحو صحیح و درست ارزش تلف شده را نشان نمی‌دهد. دارایی‌های نامشهود (اموال معنوی) در این روش ارزیابی در نظر گرفته نمی‌شود و توان سوددهی (بازدهی) آینده بنگاه تجاری لحاظ نمی‌گردد. از سوی دیگر، کاستی روش ارزش جایگزین این است که چه بسا هیچ بنگاه تجاری قابل مقایسه یا فرصت قابل مقایسه‌ای وجود نداشته باشد که مرجع داوری با مراجعه به آن بتواند به محاسبه خسارات بپردازد. در این باره رجوع کنید به:

Paul D. Friedland & Eleanor Wong, Measuring Damages for the Deprivation of Income-Producing Assets: ICSID Case Studies, 6 ICSID Rev. Foreign Investment L.J. 400, 405-06 (1991).

167. See S. Pac. Prop. (Middle East) v. Arab Republic of Egypt, 8 ICSID Rev. Foreign Investment L.J. 328, 380-82; Stephen Ross et al., Fundamentals of Corporate Finance 132-60 (4th ed. 1998); Brice Clagett, Just Compensation in International Law: The Issues before the Iran-U.S. Claims Tribunals, in 4 The Valuation of Nationalized Property in International Law 31, 91-96 (Richard Lillich ed., 1987).

نظر کارشناس در دعوی شرکت فیلیپس پترولیوم به طرفیت ایران، روش جریان نقدی تنزیل شده را بدین شرح توضیح می‌دهد:

«نظری متداول اقتصادی بر آن است که ارزش بازاری یک دارایی برابر است با جریان‌های نقدی تنزیل شده آینده مورد انتظار آن دارایی، تنزیل شده به ارزش کنونی با هزینه فرصت سرمایه... ارزش بازاری یک دارایی، منتج از قابلیت انتظاری آن دارایی در تولید بازده‌های نقدی در طی زمان است. ارزش بازاری اساساً وابسته به میزان، مدت زمان، و خطر جریان‌های نقدی آینده است. جریان‌های نقدی سریع و بی‌خطر (مطمئن) طبعاً ارزشمندتر از جریان‌های نقدی با تأخیر پرمخاطره‌اند.

در روش جریان نقدی تنزیل شده که مطابق آن، جریان‌های نقدی پیش‌بینی شده آینده برای به دست آوردن ارزش کنونی آن جریان‌ها تنزیل می‌شود، نسبت جریان‌های نقدی آینده به ارزش بازاری کنونی در ارزیابی بازتاب می‌یابد. هزینه فرصت سرمایه، یعنی نرخ بازده سرمایه‌گذاری در سایر دارایی‌هایی که دارای ریسک برابر باشند، همانا نرخ تنزیلی مناسب در این روش محسوب می‌گردد...» برای دیدن نظر کارشناسی مورد اشاره رجوع کنید به:

Report of Stewart C. Myers in Phillips Petroleum Co. v. Iran, 21 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 79 (1989).

168. See Brice Clagett, Remarks at the American Society of International Law 92d Annual Meeting (Apr. 1-4, 1998), in 92 Am. Soc'y Int'l L. Proc. 303, 305 (1998); William C. Lieblich, Determinations by International Tribunals of the Economic Value of Expropriated Enterprises, 7 J. Int'l Arb. 1, 37, 38 (1990).

169. See Copeland et al., supra note 163, at 131.

گوناگون، برآوردها و تخمین‌ها، و سایر عناصر و اجزای موردی و شخصی است.^{۱۷۰} دومین وظیفه مرجع داور، یعنی تعیین نرخ تنزیل، نیازمند محاسبه‌ای حتی از این نیز پیچیده تر است؛ محاسبه‌ای که در آن، متغیرهای متعددی، از جمله نرخ پیش‌بینی شده تورم، نرخ واقعی بازده سرمایه، و میزان مخاطره‌آمیز بودن جریان درآمدی باید در نظر گرفته شود.^{۱۷۱} از این رو، اصحاب دعوا برای ارزیابی میزان خسارات به روش جریان نقدی تنزیل شده از خدمات کارشناسان بهره می‌گیرند و مراجع داور، گاه خود رأساً کارشناسان منتخب خویش را به خدمت می‌گیرند تا در ارزیابی میزان خسارات عدم‌النفع مورد ادعای اصحاب دعوا با استفاده از روش جریان نقدی تنزیل شده به مرجع داور یاری رسانند.^{۱۷۲} با وجود این، فقدان قواعد روشن در زمینه تعیین مهم‌ترین عوامل و مؤلفه‌هایی که در روش جریان نقدی تنزیل شده باید مورد استفاده قرار گیرد، یکی از نویسندگان را بر آن داشته است که اظهار دارد: «در کسب و کارهای پیچیده با اتکا بر محاسبه جریان نقدی آینده (به‌عنوان محاسبه‌ای کاملاً حدسی) تنزیل شده به ارزش کنونی براساس نرخ تنزیل معین (که این نرخ نیز بسیار نامشخص است، از این جهت که عامل خطر افزوده شده بر نرخ تنزیل عاری از خطر مطمئناً بسیار انتزاعی است) خسارات عقلاً و منطقیاً در محدوده و طیف گسترده‌ای قابل تعیین است».^{۱۷۳}

سایر نویسندگان از روش جریان نقدی تنزیل شده به‌عنوان ارزیابی‌ای که بیش تر از جنس هنر است تا از جنس علم، یاد کرده‌اند.^{۱۷۴}

لذا جای تعجب نیست اگر آرایبی که روش‌های جریان نقدی تنزیل شده را به کار گرفته اند، گاه بی‌ضابطه و سلیقه‌ای به نظر آیند.^{۱۷۵} به‌عنوان مثال، در یکی از دعاوی چنین می‌نماید که

170. See Thomas Walde, Introductory Note to SVEA Court of Appeals: Czech Republic v. CME Czech Republic B.V., 42 I.L.M. 915, 917-18 (2003).

171. See Phillips Petroleum Co. Iran v. Islamic Republic of Iran, 21 Iran-U.S. Cl. trib. Rep. 79, 124 (1989); Friedland & Wong, supra note 163, at 407.

172. See Starrett Housing Corp. v. Islamic Republic of Iran, 16 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 112, 220 (1988); Himpurna Cal. Energy Ltd. v. PT. (Persero) Perusahaan Listrik Negara, 25 Y.B. Com. Arb. 13 (2000).

173. Walde, supra note 167, at 918.

174. See Gabehart & Brinkley, supra note 163, at 124.

175. ر.ک.:

Starrett Housing, 16 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. at 235-36.

در رأی فوق، با آن‌که کارشناس منصوب از سوی خود مرجع داور براساس روش جریان نقدی تنزیل شده میزان خسارت را 41 میلیون دلار محاسبه کرده بود، اما مرجع داور مبلغ خسارت مورد رأی را به 37 میلیون دلار تعدیل کرد، بی آن‌که هیچ‌گونه محاسبه‌ای که این کاهش را توجیه کند، ارائه گردد. همچنین رجوع کنید به:

Phillips Petroleum, 21 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 79; Ball, supra note 6, at 422.

در دعوای فوق، مرجع داور، ارزیابی صورت گرفته از سوی کارشناس خواهان را تعدیل کرد، و به نحو قابل توجهی آن ارزیابی را تقلیل داد. مرجع داور، تعدیل خسارت برآورد شده را بر محاسبه جریان نقدی تنزیل شده‌ای که خود صورت داده باشد، مبتنی نداشت، بلکه بر ارزیابی داریی مهم که مورد حمایت هیچ‌یک از طرف‌ها نبود، استوار کرد. رجوع کنید به: Id. p. 158.

239 ❖ مطالبه خسارات محرومیت از ...

دیوان داوری «طفل مورد نزاع را به دو نیم کرده است» و میزان خسارات را دقیقاً حد وسط ارزیابی‌ای قرار داده که هریک از خواهان و خوانده از خسارات ارائه کرده‌اند.^{۱۷۶} در سایر دعاوی، تقلائی دیوان‌های داوری در استفاده از روش جریان نقدی تنزیل شده، کاربردهای متشستی را در پی داشته است. در رأی نهایی دیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی در پرونده شماره 5946، دیوان داوری اعلام کرد کل مدت قرارداد که چهل ماه بود، باید به‌عنوان دورنمای درآمد آینده بنگاه زیان‌دیده در نظر گرفته شود.^{۱۷۷} بر عکس، مطابق رأی نهایی صادر در پرونده شماره 7006، همان دیوان، میزان خسارات عدم‌النفع را بر پایه جریان درآمدی برای مدت یک سال پس از تاریخ نقض قرارداد محاسبه کرد؛ زیرا دیوان بر آن بود که خواهان برای زیان‌های پس از این یک سال می‌توانسته از گسترش دامنه زیان جلوگیری کند [و زیانی که می‌توان جلو وقوع آن را گرفت متناسب به خود زیان دیده است و قابل مطالبه نیست].^{۱۷۸} در *دعوی مین علیه جمهوری گینه*، دیوان داوری درآمد حاصل از تجارت کشتیرانی را برای مدت ده سال از مدت سی سال قرارداد، مبنای محاسبه عدم‌النفع به شمار آورد؛ زیرا دیوان مدت ده سال را مدتی معقول محسوب کرد، به‌ویژه با توجه به شروط قرارداد که اجازه می‌داد قرارداد پیش از انقضای مدت سی سال فسخ گردد.^{۱۷۹}

شماری از دیوان‌های داوری در فرضی که بنگاه، بنگاهی دایر و مشغول به کلیوده، از دادن رأی به عدم‌النفع خودداری کرده‌اند.^{۱۸۰} این دسته از مراجع داوری استدلالی‌کنند نظر به این که بنگاه سابقه و پیشینه درآمدی کافی نداشته، تعیین مقدار خسارت عدم‌النفع در این شرایط بسیار حـدسی خواهد بود به‌عنوان نمونه، در *دعوی لوبیت علیه جمهوری اسلامی ایران*، شعبه اول دیوان دعاوی ایران - ایالات متحده آمریکا حکم داد که ایران از قرارداد راجع به پروژه ساخت و ساز مسکن تخلف ورزیده و لذا مخارجی را که خواهان در نتیجه این نقض متحمل شده بود، به نفع خواهان مورد رأی قرار داد.^{۱۸۱} هرچند دیوان پذیرفت که در صورت نقض قرارداد خسارات عدم‌النفع علی‌الاصول می‌تواند مورد رأی قرار بگیرد، اما در این پرونده دعوی مطالبه عدم‌النفع را مردود اعلام‌داشت دیوان

176. See *Compania Del Desarrollo De Santa Elena, S.A. v. Republic of Costa Rica*, 15 ICSID Rev. Foreign Investment L.J. 167, 199-200 (2000).

(این دعوا مربوط به صدور رأی به دادن خسارت برای مصادره اموال است).

177. Final Award in Case No. 5946 of 1990 (Fr. v. U.S.), 16 Y.B. Com. Arb. 97 (1991).

178. Final Award in Case No. 7006 of 1992, 18 Y.B. Com. Arb. 58 (1993).

179. See *MINE v. Republic of Guinea*, 4 ICSID Rep. 61, 75-76 (1997).

180. ر.ک:

Levitt v. Iran, 14 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 191, 209-10 (1987); see also Ball, supra note 6, at 422-24.

(بال در منبع فوق به بررسی دعوی پرداخته است). مقایسه کنید با:

Asian Agric. Prod. v. Sri Lanka, 30 I.L.M. 577, 624 (1991); *Metaclad Corp. v. Mexico*, reprinted in 16 ICSID Rev. 168, 199 (2001), available at 40 I.L.M. 36, 52 (ICSID 2001).

181. *Levitt*, 14 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. at 203.

استدلال کرد: «در دعوی حاضر، مبنای مطالبه عدم‌النفع] ... بسیار حدسی است... تا زمانی که مدت قرارداد به پایان برسد، تنها مراحل اولیه تنقیح و تسطیح اراضی به انجام رسیده بووه هیچ عملیات ساخت و سازی روی اراضی انجام نشده بود بنابراین، پروژه در مرحله بسیار اولیه کار بوده است. بنا به این دلایل دیوان اعلام می‌دارد که خواهان با اطمینان کافی به اثبات نربطن که پروژه می‌توانسته به سود انجامد».^{۱۸۲}

پاره‌ای از مراجع داوری در مقام رسیدگی به مطالبه خسارت در دعوی مصادره اموال نیز به نتایج مشابهی رسیدند.^{۱۸۳} به‌عنوان نمونه، در دعوی متاکلااد کوپوریشن علیه یونایتد مکسیکان استیتس، هیأت داوری رأی داد از آن جا که بنگاه موضوع مصادره، بنگاهی دایر و مشغول به کار نبوده است، «هر رأیی که بر پهلوی منافع آینده چنین بنگاهی استوار گردد، کاملاً حدسی خواهد بود»^{۱۸۴} برعکس، سایر مراجع داوری حتی در فرضی که بنگاهی که در اثر نقض قرارداد نابود شده، بنگاهی دایر و مشغول به کار نبود نیز رأی به عدم‌النفع داده‌اند.^{۱۸۵} به عنوان مثال، در داوری دلاگو/بای اند است آفریکن ریلوی موضوع ابطال امتیاز بهره‌برداری از راه آهنی که قرار بود در سرزمینهای افریقای پرتقال ساخته شود، نزد مرجع داوری مطرح بویه اعتقاد مرجع داوری، ابطال این امتیاز «مطابق قواعد عموماً پذیرفته شده حقوقی، موجب ورود خساراتی به خواهان، شامل خسارت واقعی و خسارت عدم‌النفع شده؛ یعنی خساراتی که عملاً وارد شدو سودی که دارنده حق امتیاز از آن محروم شده است»، هرچند ابطال امتیاز پیش از آن که راه آهن به بهره‌برداری رسیده باشد، رخ داده باشد.^{۱۸۶}

182. Id. at 209-10.

183. See Wena Hotels Ltd. v. Egypt, 6 ICSID Rep. 89, 125 (2000); S. Pac. Prop. (Middle East), 8 ICSID Rev. Foreign Investment L.J. at 381-82; Sola Tiles, Inc. v. Iran, 14 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 224, 240-42 (1987); Phelps Dodge Corp. v. Iran, 10 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 121, 132-33 (1986); see also Metaclad Corp. v. Mexico, 40 I.L.M. at 52.

این دعوی مربوط به مطالبه خسارت برای مصادره اموال خواهان بوده است، نه مطالبه خسارات برای نقض قرارداد. در دعوی مصادره، خواهان حق دارد برای قیمت مال موضوع مصادره، غرامتی عادلانه یا معقول دریافت دارد. رجوع کنید به:

C.F. Amerasinghe, Some Aspects of the Quantum of Compensation Payable upon Expropriation, 87 Am. Soc'y Int'l L. Proc. 459, 477 (1993).

(نویسنده فوق تأیید می‌کند که سرمایه‌گذاری‌های خارجی باید در برابر اعمال شداد و غلاظ دولت میزبان مورد حمایت قرار گیرد تا سرمایه‌گذاری در سرزمین‌های بیگانه تشویق گردد). همچنین رجوع کنید به:

M.H. Mendelson, AGORA: What Price Expropriation?, 79 Am. J. Int'l L. 414, 415 (1985).

(نویسنده فوق می‌پذیرد هنگامی که مال متعلق به بیگانهای از سوی دولتی به نحو قانونی مورد مصادره و تملک قرار گرفت، آن دولت ملزم است غرامت کامل به خواهان بپردازد). در دعوی نقض قرارداد، خواهان نوعاً محق به مطالبه منفعت معامله است. با وجود این، در هر دو دسته از دعوی مصادره و دعوی نقض قرارداد، مراجع داوری در مقام رسیدگی برای تعیین ارزش کسب و کاری که در اثر اعمال خواننده نابود شده است، با مشکلات یکسانی مواجه‌اند.

184. Metaclad Corp. v. Mexico, 40 I.L.M. at 52; see also United Mexican States v. Metaclad Corp., 2001 BCSC 664.

(بخشی از رأی براساس موجبات دیگری ابطال گردید).

185. See Delagoa Bay, in Whiteman, supra note 147, at 1697; Sapphire, 35 I.L.R. at 187-88.

186. Delagoa Bay, in Whiteman, supra note 147, at 1697.

241 ❖ مطالبه خسارات محرومیت از ...

در این میان، مرجع داورى مقدار سودى را که دارنده حق امتیاز توافقت به دست آورد، محاسبه کرد، البته با اذعان به این که محاسبات مرجع داورى مبتنى بوده بر «داده‌هاى صرفاً نظرى [یعنى نظرهای کارشناسی که نمی‌توان انتظار داشت صددرصد صحیح باشد، بلکه به طور نسبی می‌توان قائل به صحت آن بود].»^{۱۸۷}

به همین سان، در داورى سفیر، داور رسیدگی کننده به دعوا حکم داد که خواهان می‌تواند به جهت نقض قرارداد امتیاز بهرمداری از منابع نفت عدم‌النفع دریافت دارد، هرچند حوزه نفتی‌ای که موضوع قرارداد امتیاز بود، هنوز مورد کاوش و اکتشاف قرار نگرفته به‌طور استدلال کرد: «به منظور آن که خسارات مورد رأی قرار بگیرد، لازم نیست مقدار دقیق خسارت نوبه اثبات برسد بلکه برعکس، در فرضی که اثبات مقدار خسارت واربه‌ویژه در اثر رفتار عامل ورود زیان غیرممکن باشد، کافی است دادرس بتواند با ظن کافی وجود و میزان خسارت را احراز کند.»^{۱۸۸}

داور به نظر کارشناس و شهادت شهود استناد کرد و رأی داد که خواهان توانسته ظن کافی بر تحقق درآمد پیش‌بینی شده را در صورتی که نقض رخ نداده بود، به مرجع داورى بنمایاند. مرجع داورى عدم‌النفعی که به عهده معتمد است، داور یادآور ثلثین که کارشناس منتخب خواهان توانسته تنها برآوردی تقریبی از مقول عدم‌النفع ارائه دهد، مضر به دعوی مطالب عدم‌النفع نیست. طرفین اختلاف به داور اختیار رسیدگی براساس ملاحظات غیرحقوقی (داورى براساس انصاف) را دادند و لذا داور نتیجه گرفت که اختیار گسترده‌ای برای تعیین مقدار عدم‌النفع دارد، ولو آن که حدود و مقدار عدم‌النفع مسلم نباشد. داور به مبلغ 2 میلیون دلار به‌عنوان خسارت عدم‌النفع رأی داد و اعلام داشت که این مبلغ «هم منطقی و هم منصفانه» است.^{۱۸۹}

به‌تازگی بحث دیگری نزد مراجع داورى مطرح شد و آن، استناد به نظریه سوء استفاده از حق برای ممانعت از پرداخت خسارت عدم‌النفع است، با آن که طرف غیر متخلف از عقد براساس قرارداد، حق دریافت خسارت عدم‌النفع را داشته است. این بحث اخیراً در رأی مناقش‌فرانگیز صادر در دعوی هیمپورنا کالیفرنیا انرجی لیمیتد علیه پی. تی. (پرسرو) بیوساهان لیسترویک نگارا^{۱۹۰} مطرح گردیده است. در این مورد، هیمپورنا کالیفرنیا انرجی لیمیتد، قراردادی را با شرکت برق دولتی اندونزی (پی.ال.ان) جهت تحقیق، توسعه و بهره‌برداری از منابع حرارتی زمین در اندونزی، و نیز ساخت دو

187. Id. at 1699.

188. Sapphire, 35 I.L.R. at 187-88.

189. Id. at 190.

190. See Himapura California Energy Ltd. v. PT. (Persero) Perusahaan Listrik Negara, Final Award of 4 May 1999, 25 Y.B. Com. Arb. 13 (2000).

این دعوا، بحث و مناقشات فراوانی را به همراه داشت؛ زیرا به اعتقاد مرجع داورى، دولت جمهوری اندونزی سعی کرد من جمله از طریق بازداشت داور منصوب از جانب خود، و بر حسب ادعا از طریق مجبور کردن وی به استعفا و خروج از داورى، در جریان داورى اخلال ایجاد کند. رجوع کنید به:

Final Award of 16 October 1999, 25 Y.B. Com. Arb. 186, 187 (2000).

نیروگاه در این کشور و فروش برق ولتیدی به پی.ال.ان. منعقد ساخته بود با توجه به این که شرکت برق دولتی اندونزی از خرید برق تولیدی هیمپورنا خوددار بجز هیمپورنا درخواست داوری به مرجع داوری تقدیم کرد و مدعی شد که شرکت برق دولتی اندونزی (پی.ال.ان) قرارداد را نقض کرده، و این امر منجر به ورود دو میلیارد و سیصد میلیون دلار خسارت به خواهان شده است. هیمپورنا داوری موردی ادعای هیمپورنا مبنی بر نقض قرارداد از سوی شرکت برق دولتی اندونزی را مقرون به صحت تشخیص داد و پذیرفت^{۱۹۱}

دیوان داوری به هنگام رسیدگی به موضوع خسارات قابل مطالبه، نخست متذکر شد که به موجب قانون مدنی اندونزی (قانون حاکم بر ماهیت دعوا) خسارات قابل مطالبه شامل «زیان واقعی که متعهدله متحمل شده، و سودی است که وی از آن محروم گردیده است»^{۱۹۲} هیمپورنا هم خسارات واقعی و هم خسارت محرومیت از منافع را مطالبه کرده بود. خسارت واقعی شامل سرمایه ای بود که صرف پروژه شده بود به اضافه بهره متعلق و خسارت محرومیت از منافع برابر بود با جریان درآمدی پیش‌بینی شده آینده، پس از تنزیل آن به نحوی که ارزش زمانی پول و پاداش خطیها را کند. در خصوص خسارات واقعی، دیوان داوری اعلام داشت که هیمپورنا مستحق بازپس گرفتن پول‌هایی است که بتواند ثابت کند به اعتماد قرارداد خرج کرده است.^{۱۹۳} در نتیجه، دیوان مبلغ 273/757/306 دلار را به عنوان خسارات واقعی وارده هیمپورنا مورد رأی قرار داد^{۱۹۴}

در خصوص مطالبه خسارات محرومیت از منافع، دیوان با توجه به قانون حاکم بر ماهیت دعوا متذکر شد: «ماده 1246 قانون مدنی اندونزی که کاملاً مشابه منثرفقیاس آن، یعنی ماده 1149 قانون مدنی فرانسه جواز مطالبه عدم‌النفع را پیش‌بینی می‌کند، لکن این قانون در ادامه، عوامل

191. مرجع داوری رأی داد که پی.ال.ان قرارداد را نقض کرده است، «زیرا تضمیناتی دایر به ایفای تعهدات قراردادی خویش در اختیار هیمپورنا قرار نداده، مانع هیمپورنا از تکمیل ساخت واحدهای باقی‌مانده شده، مبلغ صورت حساب‌های تجاری را نپرداخته، و اعتبارنامه‌های تضمینی را به نفع هیمپورنا اخذ نکرده است». رجوع کنید به:

Himpurna, 25 Y.B. Com. Arb. at 14.

192. Id. at 70-71.

(در آن‌جا مرجع داوری به ماده 1246 قانون مدنی اندونزی استناد می‌کند).

193. مرجع داوری توضیح داد که این تکلیف بدان معنا نیست که هیمپورنا باید میزان خسارت را با دقت و اطمینان ریاضی گونه ثابت کند. هیمپورنا «تنها لازم است ثابت کند مخارجی را متحمل شده است. این بر عهده پی.ال.ان است که ثابت کند ارتباط معقولی بین تحمل آن مخارج و تعقیب اهداف قرارداد وجود نداشته است». رجوع کنید به:

Id. at 78-79.

افزون بر این، این که صرف کردن چنین مخارجی نمی‌تواند عاقلانه یا بیجا بوده باشد، موضوعی است که در این مرحله، مؤثر در مقام نیست. مرجع داوری رأی داد هیمپورنا اسناد کافی دال بر این که مبالغی هنگفت خرج ساخت نیروگاه‌ها، اکتشاف و حفر چاه‌ها کرده، ارائه داده و کلیه این مخارج متعاقب و به اعتماد قرارداد صورت گرفته و لذا خسارات قابل پیش‌بینی بوده است. رجوع کنید به:

Id. at 73.

194. این مبلغ شامل 245/502/586 دلار بابت هزینه‌های گذشته به اضافه 19/254/720 دلار برای نشان دادن ارزش جاری بود. رجوع کنید به:

Id. at 83.

243 ❖ مطالبه خسارات محرومیت از ...

محدودکننده‌ی را برمی‌شمارد که این عوامل نیز کاملاً مشابه عوامل محدودکننده مقرر در قانون مدنی فرانسه است. ماده 1247 قانون مدنی اندونزی (معادل ماده 1152 قانون مدنی فرانسه) جبران خسارات را محدود به خسارتی می‌داند که در زمان عقد قابل‌پیش بینی بوده است و ماده 1248 همان قانون (معادل ماده 1284 قانون مدنی فرانسه) مقرر می‌دارد که خسارت باید «نتیجه بلافصل و مستقیم نقض قرارداد» باشد.^{۱۹۵}

اگرچه دیوان پذیرفت که هیمپورنا مطابق قاعده‌حق مطالبه خسارات عدم‌النفع را داشته، اما رأی داد که محاسبه چنین منافی نباید به نحوی انجام گیرد که سبب تضعیف‌بهنالی دولت میزبان و فقر آن کشور شود دیوان اظهار داشت چنین عملی «سوءاستفاده از حق» به شمار خواهد آمد. به اعتقاد دیوان، نظریه سوءاستفاده از حق، یکی از اصول کلی حقوق بین‌الملل است که اشخاص را ملزم به رعایت حسن‌نیت در اعمال حقوقی‌شان می‌سازد دیوان اعلام می‌کند نظریه سوء استفاده از حق به‌عنوان یکی از اصول حقوق بین‌الملل، بر حق دریافت منافع معامله که مطابق قانون حاکم بر ماهیت دعوا به خواهان داده شده، مقدم است. دیوان استدلال می‌کند: «این دعوایی است که در آن باید نظریه سوءاستفاده از حق را به نفع شرکت برق دولتی اندونزی (پی.ال.ان) به کار گرفت تا از آن جلوگیری شود که حق قطعاً مشروع خواهان دایر بر دریافت عدم‌النفع از هنجارهای قابل تحمل پا فراتر نهد؛ زیرا در دعوای حاضر پذیرش دعوای مطالبه خسارات محرومیت از منافع سرمایه گذاری ای که هنوز انجام نگردیده، طاقت‌فرسا و تحمل‌ناپذیر خواهد بود».^{۱۹۶}

بنابراین، دیوان از محاسبه میزان خسارات عدم‌النفع خودداری کرد، «آن‌چنان که گویی خواهان حقی مطلق داشت از طریق تولید نیروی برق بدون نگرانی درباره‌این که آیا شرکت برق دولتی اندونزی (پی.ال.ان) هیچ مصرفی برای آن برق داشته باشد یخیز، زیان‌هایی دائم در حال افزایش برای دولت اندونزی (و مردم آن کشور) به بار آورد، و هرچند بتوان گفت چنین حقی از شروط صریح قرارداد منشأ گرفته باشد».^{۱۹۷} بر این اساس، دیوان مبلغ 117/244/000 دلار را به عنوان خسارت عدم‌النفع به نفع هیمپورنا قهر کرد که این مبلغ کم‌تر از ده درصد مبلغ مورد ادعای او بود. دیوان از طریق محاسبه برآورد جریان نقدی خالص هیمپورنا پس از کسر مالیات‌تفریل شده به ارزش کنونی یا اعمال نرخ تنزیل 19 درصد که در آن خطرهای متصور پروژه در نظر گرفته شده بود، و با محدود کردن منافع قابل مطالبه به سی و شش درصد کل مبلغ مورد مطالبه باجتم‌النفع (به منظور این که عدم‌النفع راجع به سرمایه‌گذاری‌هایی که هنوز انجام نشده بود، از محاسبه خارج شود) مبلغ مزبور

رسید.^{۱۹۸}

195. Id. at 84.

196. Id. at 93.

197. Id. at 90.

198. Id. at 103.

به نحو مشابهی در دعوی پاتوها پاور لیمیتد علیه پی. تی. (پرسرو) پروساهان لیستروکنگناره یک دیوان داوری با دعوی دیگری مواجه بود که ناشی از نقض قرارداد راجع به اکتشاف و توسعه و بهره‌برداری از منابع حرارتی زمینی از سوی دولت اندونزی بودیوان به این استدلال که با توجه به وضع پریشان اقتصادی در اندونزی تعیین میلیون‌ها دلار به‌عنوان خسارت عدم‌النفع سوءاستفاده از حق خواهد بود، دعوی مطالبه عدم‌النفع را رد کرد^{۱۹۹}

با این حال، باید به یاد داشت که دعوی کاراها بوداس کمپانی علیه پروساهان پرتامینگان مینیاک داس گاس بومی نگاوا به‌عنوان سومین داوری‌ای که از یک پروژه نافرجام نیروگاه‌سازی در اندونزی ناشی شده بود نظریه سوءاستفاده از حق برای کاهش میزان خسارت قابل مطالبه برای عدم‌النفع یا ممانعت از دریافت چنین خسارتی مورد استناد قرار نگرفت، به نحوی که دیوان داوری در این دعوا به نفع خواهان رأی بعدم‌النفع داد.^{۲۰۰} مطابق آنچه در این دعوا آمده، شرکت کاراها بوداس قراردادی را با شرکت ملی نفت اندونزی (پرتامینا) برای تأمین منابع مالی، ساخت و بهره‌برداری از تأسیسات حرارتی زمینی در منطقه کاراهای اندونزی منعقد ساخت متقابلاً شرکت ملی نفت اندونزی (پرتامینا) متعهد شد انرژی تولیدی شرکت کاراها بوداس را خریداری کند و بعداً به علت وقوع بحران مالی در این کشور پروژه مزبور را متوقف ساخت شرکت کاراها بوداس، اختلاف را به داوری برد و از مرجع داوری موارد زیر را درخواست کرد (ب) صدور رأی به اعلام فسخ قرارداد (2) صدور رأی به پرداخت مبلغ نود و شش میلیون دلار خسارت برای مخارجی قبلاً روی این پروژه توسط شرکت خواهان صرف شده است و (3) صدور رأی به پرداخت مبلغ پانصد و دوازده میلیون دلار برای ارزش جاری منافع آینده‌ای که پیش‌بینی می‌شد در طول حیات قرارداد به دست آید^{۲۰۱} دیوان ادعای نقض قرارداد میان شرکت ملی نفت اندونزی با شرکت کاراها بوداس را که از سوی شرکت ملی نفت اندونزی مطرح شده بود مقرون به صحت تشخیص داد و به مبلغ صد و یازده میلیون و یک صد هزار دلار بابت مخارج و هزینه‌های تحمیل شده بر شرکت کاراها بوداس، و مبلغ صد پانجاه میلیون دلار

199. See Patuha Power Ltd. v. PT. (Persero) Perusahaan Listrik Negara, summarized in pertinent part in Mark Kantor, *The Limits of Arbitration*, Transnat'l Disp. Mgmt. (May 2004), available at <http://transnational-dispute-management.com/samples/welcome.html>.

شایان ذکر است که با این حال، پاتوها و همپورنا کاملاً بدون دریافت غرامت عدم‌النفع رها نشدند. هر دو موفق شدند ارزش خالص بیمه خطر سیاسی که به‌ویژه خطر عدم شناسایی یک رأی داوری بین‌المللی را تحت پوشش بیمه قرار می‌داد، دریافت دارند. رجوع کنید به:

Id.

200. در رأی صادر در دعوی زیر بخش‌های مرتبط رأی مرجع داوری صادر در داوری کاراها بوداس به طور خلاصه آورده شده است:

Karaha Bodas Co. v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara, 364 F.3d 274, 282-85 (5th Cir. 2004).

201. See Louis T. Wells, *Double Dipping in Arbitration Awards? An Economist Questions Damages Awarded to Karaha Bodas Company in Indonesia*, 19 Arb. Int'l 471, 472 (2003).

245 ❖ مطالبه خسارات محرومیت از ...

برای عدم‌النفع رأی داد، بی‌آن‌که هیچ سخنی از نظریه‌سوءاستفاده از حق به میان آورد^{۲۰۲} کاراها بوداس، متعاقباً برای اجرای رأی داوری صادر، در ایالات متحده امریکا و همچنین در هنگ‌کنگ و کانادا دعواهایی را اقامه کرد^{۲۰۳} دادگاه منطقی حوزه قضایی جنوب تگزاس ایالات متحده امریکا دستور اجرای رأی داوری را صادر کرد که این دستور مورد تأیید دادگاه پژوهش حوزه قضایی پنجم ایالات متحده نیز قرار گرفتدر هر دو دادگاه فوق، شرکت ملی نفت اندونزی (پرتامینا) از جمله لایحه‌استناد به این‌که رأی خسارت مورد درخواست شناسایی و اجرامخالف با نظم عمومی است، مدعی بود که درخواست شناسایی و اجراء رأی مزبور باید مردود اعلام شود.^{۲۰۴} به بیان دقیق تر، پرتامینا استدلال می‌کرد که «رأی به پرداخت عدم‌النفع در این دعوی خاص، دجالی‌که شرکت کاراها بوداس ساخت پروژه را اساساً به پایان نرسانده و اقتصاد اندونزی نیز در حالت رکود و تباهی است، سوءاستفاده از حق محسوب شده، اجرای چنین رأیی مغایر با نظم عمومی ایالات متحده امریکا است».^{۲۰۵} اما هیچ‌یک از دو دادگاه فوق این استدلال را نپذیرفتند دادگاه پژوهش حوزه قضایی پنجم ایالات متحده امریکا متذکر شد که نظریه‌سوءاستفاده از حق در حقوق ایالات متحده امریکا نظریه‌ای مسلح و مستقر نیست، وانگهی دادگاه مزبور بیان داشت یک عمل در صورتی مغایر با نظریه ممنوعیت سوءاستفاده از حق است که یکی از سه شرط زیر در آن موجود باشد

1. انگیزه فائق در آن عمل ایراد زیان به دیگری باشد؛
 2. با در نظر گرفتن فقدان هر گونه نفع مشروع در اعمال حقایق که اعمال حق سبب ورود زیان به غیر است، آن عمل نامعقول باشد؛
 3. حق برای مقصودی غیر از مقصودی که برای آن ایجاد شده، اعمال گردد
- دادگاه پژوهش حوزه قضایی پنجم ایالات متحده امریکا نهایتاً نتیجه گرفت که هیچ‌یک از شرایط سه‌گانه فوق در دعوی حاضر موجود نیست^{۲۰۷}
- مطالعاتی که در بالا ارائه دادیم، مؤید این نکته است که تقریباً اجماعی عمومی میان مراجع داوری وجود دارد دایر بر این‌که هدف از دادن خسارات برای تخلف از عقد، قراردادن زیان دیده در موقعیتی است که اگر قرارداد اجریشده بود، وی در آن موقعیت قرامی‌داشت. بر این اساس، مراجع داوری پذیرفتند که زیان‌دیده، طبق قاعده، مستحق دریافت خسارات واقعی وارو همچنین سودی است که وی در اثر نقض قرارداد از آن بیهیبت شده است وجود این اتفق نظر میان مراجع داوری در خصوص مطالبه خسارات ناشی از پیمان شکنی، تعجب‌آور نیست همچنان‌که بررسی ما در بخش

202. Id.

203. See Karaha Bodas, 364 F.3d at 281.

204. See Id.; Karaha Bodas v. Perusahaan Pertambangan Minyak, 190 F. Supp. 2d 936, 955 (S.D. Tex. 2001).

205. Id. at 955.

206. Karaha Bodas, 364 F.3d at 306.

207. Id.

سوم مقاله نشان می‌دهد، حقوق اکثریت مطلق کشورها این اصول را به رسمیتی شناسند راست است که حقوق داخلی کشورها خصوصاً شرایط و محدودیت‌های راجع به استحقاق دریافت عدم‌النفع با یکدیگر اختلاف و تفاوت دارد لکن این تفاوتها برای مراجع داوری مشکل‌آفرین نبوده است با این حال، محاسبه میزان خسارات عدم‌النفع موضوعی است که بر مراجع داوری دشوارتر آمده است دشوارتر بودن این موضوع بر مراجع داوری نیز شگفت‌آور نیست. حقوق اکثر کشورها در خصوص این که چگونه خسارات عدم‌النفع بای محاسبه شود یا اساساً رهنمودی به دست نمی‌دهند و یا رهنمود اندکی در اختیاری نهند^{۲۰۸} به واقع، بسیاری از کشورها در تعیین میزان خسارات، اولیج خسارت عدم‌النفع، به قاضی یا هیأت منصفه اختیار گسترده‌ای دادند و بس^{۲۰۹} افزون بر این، باید گفت دانش برآورد میزان خسارات عدم‌النفع، دانش دقیقی نیست و پاره‌ای از روش‌هایی که برای محاسبه میزان عدم‌النفع به کار گرفته شده، پیچیده و دشوار هستند^{۲۱۰} از این رو، این که مشاهده می‌شود آرای راجع به خسارات عدم‌النفع که از سوی مراجع داوری در مقام رسیدگی به اختلافات ناشی از قراردادهای بین‌المللی صادر شده، از حیث مقدار خسارات تفاوت‌های زیادی با یکدیگر دارند، به‌خودی‌خود سبب نگرانی نیست^{۲۱۱} هم‌چنان‌که یکی از مراجع داوری بیان می‌دارد «دلیلی وجود ندارد به صرف این که رویکرد مورد استفاده در دعوای حاضر یعنی روش جریان نقدی تنزیل شده [متضمن تخمین‌ها و گمان‌زنی‌هایی است، سرافکننده باشیم وجود این تخمین‌ها در محاسبه عدم‌النفع، طبیعی و اجتناب‌ناپذیر است و نیز نمی‌توان خرده گرفت که این روش محاسباتی، غیرواقعی و غیراصولی است. این روش محاسبه، دقیقاً همان کاری است که مدیران نگاه‌ها به هنگام تقویم و برآورد سود یک بنگاه باید انجام دهند در عمل نیز بدان اقدامی کنند صرف این که در این روش محاسباتی از مقادیر اقل و اکثر تخمین‌ها و برآوردها بهره‌گرفته می‌شود، دلالت بر این ندارد که از روش و قواعد تحلیل اقتصادی روی برگردانده آن را به کنار نهاده‌ایم. نیز هنگامی که این روش محاسباتی از سوی داوران به کار گرفته شد بدان معنا نیست که داوران قواعد و ضوابط ارزیابی ادله را به کنار گذارند»^{۲۱۲}

پنجم) تجزیه و تحلیل و پیشنهادها

راست است که وجود اختلاف در آرای مراجع داوری امری است که همواره انتظار آهی رود اما دو

208. رک: زیرنویس‌های شماره 57 تا 67، و 109 تا 112 و متن همراه آن‌ها.

209. See Draetta et al., supra note 1, at 4-104, 4-110.

210. See Brealey & Meyers, supra note 163, at 79-80; Gabehart & Brinkley, supra note 163, at 124.

211. البته نگارنده از دو نیم کردن طفل مورد نزاع، یعنی رأی دادن به مبلغی میانگین و حد وسط بین ارزیابی هر یک از متداعیین از خسارات عدم‌النفع حمایت نمی‌کند. به نظر ما، رأی دادن به مبلغی میانگین، راه‌حلی است که باید به‌عنوان استثنا بر قاعده عمومی پذیرفته شود.

212. Himpurna Cal. Energy Ltd. v. PT. (Persero) Perusahaan Listrik Negara, reprinted in 25 Y.B. Com. Arb. 13, 103 (Berm.-Indon. 2000); see also Dobbs, supra note 25, § 3.3(8), at 317-18.

رویگرد از سوی مراجع داوری رسیدگی کننده به اختلافات ناشی از قراردادهای بین‌المللی نمود و ظهور یافته که اسبابی را برای نگرانی باقی می‌گذارد نخستین رویکرد، اعمال قاعده بنگا تازه تاسیس است، و دیگری انبعاث نظریه سوءاستفاده از حق به‌عنوان اصلی از اصول حقوق بین‌الملل جهت نفی حق مشروع مطالبه عدم‌النفع. قاعده بنگا تازه تاسیس که دریافت عدم‌النفع را هرگاه بنگا زیان دیده، بنگاهی دایر و مشغول به کار نباشد، منعی کند، قاعده‌ای نادرست است و باید از آن دست شست. گذشته از این، راست است که نظریه سوءاستفاده از حق، یکی از اصول مسلم حقوقی بین‌المللی است، اما این اصل یارای آنرا ندارد که مانع اعمال حق مشروع مطالبه عدم‌النفع گردد، آن هم صرفاً بدین جهت که دادن چنین خسارتی، طرف متخلف از عقد را در عسر و حرج مالی قرار خواهد داد مقابل، اقدامات و تدابیری چند وجود دارد که متعاملین می‌توانند برای پرهیز از این نتایج دشوار بی‌نمایشند و مراجع داوری را در تعیین میزان خسارت عدم‌النفع یاری رسانند

الف) حذف قاعده بنگا تازه تاسیس

چنان‌که اشاره شده پارهای از مراجع داوری و نویسندگی در فرضی که خواهان، بنگاهی راه‌اندازی نشده یا تازه تاسیس باشد برآنند که رأی به عدم‌النفع در این حالت مناسب نیست؛ چرا که به علت نبود سابقه سوددهی برای این بنگا، چنین منافی حدسی و نامطمئن خواهد بود.^{۲۱۳} بود این دیدگاه که از آن با نام قاعده بنگا تازه تاسیس یاد می‌شود، مغایر با قواعد و قوانین بسیاری از کشورها در زمینه ضمانت‌اجراهای موجود برای نقض قرارداد است و از منظر استحسان و مصلحت نیز نادرستی‌نمایی بی‌گمان یکی از اصول حقوق قراردادهای پیش‌تر کشورها، اگر نگوییم در همه کشورها، این است که آن طرف قرارداد که در اثر تخلف از قرارداد متحمل زیان شده دارد منفعت معامله، از جمله هر سودی را که از آن بی‌بهره شده مطالبه کند.^{۲۱۴} نفی حق دریافت خسارت عدم‌النفع صرفاً بدین جهت که زیان دیده بنگاهی تازه کار است، خواهان زیان دیده را در وضعی ره خواهد ساخت که تمام زیان‌های او جبران نشده است، و چنین رویکردی از نیل به هدف جبران کلیتاً ناکام خواهد ماند

213. See Wena Hotels Ltd. v. Egypt, 6 ICSID Rep. 89, 125 (2000); Metalclad Corp. v. Mexico, 40 I.L.M. at 52; Phelps Dodge Corp. v. Iran, 10 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. at 132-33; Ball, supra note 6, at 422; Wells, supra note 198, at 474-75; see also World Bank, Guidelines for the Treatment of Foreign Direct Investment, in Ibrahim F.I. Shihata, Legal Treatment of Foreign Investment: The World Bank Guidelines 162 (1993).

(در منبع اخیر آمده است: تنها در صورتی منطقی است که یک سرمایه‌گذاری را بر پای ارزش جریان نقدی تنزیل شد. ه آن دارای برآورد کنیم که آن سرمایه‌گذاری دایر و مشغول به کار بوده، به نحوی که دارای سابقه اثبات شده سوددهی باشد).
214. رک: زیرنویس‌های شماره 16 و 17، و 26 تا 28 و متن همراه آن‌ها.

حقیقت آن است که بسیاری از کشورها لازمی شمارند خسارات، از جمله عدم‌النفع، با اطمینان معقولی به اثبات نرسد.^{۲۱۵} با وجود این، این شرط بیش‌تر در مورد این که نقض قرارداد باید سبب از دست رفتن مقداری از سود خواهان شده باشد اعمالی شود، و نه در مورد مقدار خسارت^{۲۱۶} به تعبیر دیگر، در بسیاری از کشورها خواهان باید با اطمینان معقولی ثابت کند که اگر قرارداد اجرا شده بود، خواهان مقداری سود می‌برد. اگر خواهان در اثبات اصل این امر سبب از کار درآید، دیگر این امر که خسارات عدم‌النفع به دشواری قابل تعیین است، لاین که خواهان تنها به نحو تقریبی می‌تواند میزان این خسارت را معلوم سازد، مانع مطالبه چنین خسارتی نخواهد بود.^{۲۱۷} در عمل، در موردی که مقدار عدم‌النفع قابل محاسبه دقیق نیست پاره‌ای از کشورها به دادرس یلهیات منصفه اختیار وسیعی در تعیین مقدار خسارت عدم‌النفع موضوع رأی داده‌اند.^{۲۱۸}

وانگهی قاعده‌ای که مطالبه عدم‌النفع را در صورتی که خواهان، بنگاهی تازه تأسیس باشد، نهی می‌کند به دارا شدن ناعادلانه خطاکار خواهد انجامودمزدی بی‌زحمت برای او به ارمغان خواهد آورد و حتی ممکن است انگیزای در یک طرف قرارداد پدید آورد که تعهدات قراردادی خویش را زیر پا بگذارد؛ هم‌چنان که یکی از مراجع داوری بدین معنا اشاره می‌کند: «اگر جبران خسارت به آنچه خواهان به اعتماد و اتکای قراردادی که نقض شده، خرج کرده، محدود شود، در این صورت انگیزین

215. ماده 276 قانون مدنی آلمان و ماده 1101 قانون مدنی اسپانیا. همچنین رجوع کنید به: Restatement (Second) of Contracts § 352 (1981); Hahnkamper, supra note 35, at AUS-88; Simont et al., supra note 35, at BEL-64; Wirth et al., supra note 35, at SWI-75.

ویرز و دیگران در کتاب فوق به منبع زیر استناد کرده‌اند:

P. Gauch & W. Schlupe, 2 Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil 2624, 2630, 2726 (6th ed. 1995).

216. See Bagwell Coatings v. Middle S. Energy, 797 F.2d 1298, 1312 (5th Cir. 1986); Locke v. United States, 283 F.2d 521, 524 (Ct. Cl. 1960); Kozlowski v. Kozlowski, 403 A.2d 902, 908 (N.J. 1979); see also Chitty on Contracts, supra note 19, 1562, at 733; Carter & Harland, supra note 41, 2117; Dunn, supra note 41, § 1.6; Beck, supra note 57, at 96; Simont et al., supra note 35, at BEL-64.

217. See Waddams, supra note 16, ¶ 1053.

(ودامس می‌نویسد: «چنانچه خواهان با احتمال بالا ورود زیان به خویش را ثابت کند، دشواری تعیین میزان خسارت به هیچ وجه خطاکار را از پرداخت خسارت معاف نمی‌سازد. در صورتی که میزان خسارت به دشواری قابل برآورد باشد، مرجع داوری باید براساس قرائن موجود، نهایت تلاش خود را برای تعیین میزان خسارت معمول دارد...»). (زیرنویس متن منقول حذف شده است).

218. رک: ماده 1226 قانون مدنی ایتالیا؛ بند 2 ماده 42 قانون تعهدات سوئیس و ماده 105:6 قانون مدنی هلند. همچنین رجوع کنید به:

Nicholas, supra note 104, at 228; see also Draetta et al., supra note 1, § 4:54, at 4-111.

در رأی نهایی صادر در پرونده شماره 7181 مورخ 1992، مرجع داوری که جهت تعیین میزان عدم‌النفعی که باید براساس ملاحظات انصاف، مقدار آن مورد رأی قرار گیرد، کارشناسی را نصب کرده بود، اشاره می‌کند: «طبق رویه قضایی مسلّم و مستقر دیوان عالی بلژیک، قاضی می‌تواند میزان خسارت را براساس ملاحظات انصاف برآورد کند، به شرط آن که هم‌چنان که در پرونده حاضر می‌بینیم، وی به نحو مستدل بیان دارد که به چه علت ارزیابی مدنظر طرفین اختلاف را نمی‌توان پذیرفت، و به چه علت خسارات را تنها براساس ملاحظات انصاف می‌توان برآورد کرد». رجوع کنید به:

Final Award in Case No. 7181 of 1992, 21 Y.B. Com. Arb. 99, 111 (1996).

249 ❖ مطالبه خسارات محرومیت از ...

در طرف متعهد پدید خواهد آمد که مخالف با اخلاق قراردادی است. متعهد نوعاً به نفع خود خواهند دید قراردادهایی را که برای طرفهای قراردادی‌شان پر سود از کار درآمده، نقض کنند. اشخاص قراردادهایی را که متضمن خطر است منعقد نمی‌سازند تا هزینه‌ها و مخارجی را که به اعتماد قرارداد متحمل شده‌اند، باز پس بگیرند محدود ساختن جبران خسارات زیان‌دیده از نقض به مخارجی واقعی که به اتکای قرارداد متحمل گردیده، او را تبدیل به یک واهنده خواهد کرد؛ نتیج‌های که از نظر تجاری غیرقابل تحمل است، درحالی‌که طرف مزبور برای مقدار سرمایه‌ای که به اتکای قرارداد گذاشته، در معرض تمام خطرهاست».^{۲۱۹}

افزون بر این، از آن‌جا که تخلف خواننده سبب دشوار شدن اثبات مقدار خسارت عدم‌النفع به نحو اطمینان‌بخش بوده است، از دیدگاه استحسان و مصلحت‌اندیشی نیز نباید اجازه داد که خواننده بتواند با استناد به این‌که میزان خسارت مسهل نیست و لذا رأی به عدم‌النفع نامناسب می‌نماید، از زیر بار مسئولیت شانه خالی کند.^{۲۲۰} چنان‌که یکی از دادگاههای امریکا متذکر می‌شود: «استثنائاً در زمینه تعیین مقدار عدم‌النفع، دادگاهها خطر تردید و مسهل نبودن مقدار زیان را بر دوش طرف متخلف از عقد که تخلف هم‌اکنون سبب ایجاد این تردید شده، ملف‌کنند».^{۲۲۱}

بنابر آنچه گفته شد، جلی قاعده‌ای که دریافت عدم‌النفع را چنانچه خواهان بنگاه تازه تأسیس باشد، نهی می‌کند، بایسته است مراجع دآوری این شرط را که خسارات باید با اطمینان معقولی به اثبات رسد چنان تفسیر کنند که آنچه بر عهده خواهان قرار می‌گیرد این باشد که بتواند با اطمینان معقولی ثابت کند اگر خواننده تعهدات ناشی از قرارداد را ایفای کرد، سودی از قرارداد حاصل می‌گشت. اگر خواهان در اثبات این شرط سربلند از کار درآید، در این صورت باید به وی حق داد مبلغی به‌عنوان خسارت عدم‌النفع دریافت کند، به شرط این‌که مبنای منطقی‌ای برای محاسبه خسارات عدم‌النفع خواهان وجود داشته باشد، حتی اگر خواهان در آن کسب تازه کار (بنگاه تازه تأسیس) باشد.^{۲۲۲} به عبارت دیگر، همین که خواهان بتواند با اطمینان معقولی، خود عدم‌النفع را ثابت کند، دیگر تنها چیزی که لازم خواهد بود آن است که مبنایی ارائه دهد که بر پایه آن جع دآوری بتواند میزان

219. Himpurna, 25 Y.B. Com. Arb. at 83-84.

220. See Southwest Battery Corp. v. Owen, 115 S.W.2d 1097, 1099 (Tex. 1938).

در رأی صادر در دعوی فوق آمده است: «شخصی که مرتکب نقض قرارداد شده است، نمی‌تواند به این استناد که تعیین یا اثبات مقدار کامل خسارات ممکن نیست، از زیر بار مسئولیت شانه خالی کند». همچنین رجوع کنید به: Super Valu Stores, Inc. v. Peterson, 506 So. 2d 317, 330 (Ala. 1987).

در رأی صادر در دعوی فوق آمده است: «خطر عدم قطعیت و مسلم نبودن زیان، باید بر دوش خواننده‌ای نهاده شود که عمل خطا کارانه او سبب ورود زیان شده است».

221. Mid-America Tablewares, Inc. v. Mogi Trading Co., 100 F.3d 1353, 1367 (7th Cir. 1996).

222. البته به فرض آن‌که خواهان کلیه شرایط قانونی لازم دیگر، همچون قابلیت پیش‌بینی زیان را برای دریافت عدم‌النفع واجد باشد.

عدم‌النفع خواهان را برآورد کند^{۲۲۳} خواهان این امر رلمی‌تواند برای مثال از طریق رجوع به نظر کارشناس، مراجعه به‌اطلاعات اقتصادی و مالی، سنجش و تجزیه و تحلیل بازار، و توسل به سوابق تجاری بنگاههای مشابه به انجام برساند^{۲۲۴}

آیین فوق قاعده دلیل را جایگزین یک رویه یا اصل خواهد ساخت؛ یعنی دقیقاً همان گرایش و تحولی که در حقوق بسیاری از ایالات کوشولامریکا دیده می‌شود.^{۲۲۵} یکی از نویسندگان حُسن چنین آیینی را به شرح زیر توضیح می‌دهد:

«حتی چنانچه بنگاهی که در مورد آن عدم‌النفع مطالبه شده، بنگاهی باشد که هنوز راندازی نشده است، ... هیچ کس نمی‌تواند کلیه فروض احتمالی‌ای را که دعوی مطالبه‌عدم‌النفع نتیجه‌بخش خواهد بود، پیش‌بینی کند در عین حال، این‌که به یک طرف عقد اجازه دهیم قرارداد خود را بدون تحمل مجازات نقض کند، هیچ هدف ارزشمندی را برآورده می‌سازد اعطای چنین اجازه‌ی بدین معنا خواهد بود که صرفاً بدان جهت که کسب و کار طرف مقابل عقد هنوز راقتلوه، به یک طرف عقد حق خیار داهایم که قرارداد را اجرا کند یا نکند^{۲۲۶}

به‌علاوه، آیین پیشنهادی بین نیاز به دلیلی که مرجع داوری بتواند رأی عدم‌النفع را بر آن استوار سازد، و تصدیق به دشواری اثبات میزان خسارات ناشی از نقض خطا کارانه قرارداد از سوی خواننده، تعدلی برقرار می‌سازد برعکس، قاعده‌ای که دریافت عدم‌النفع از سوی یک بنگاه تازه تأسیس را ممنوع می‌داند، مساعد به حال طرف متخلف از قرارداد است و او جانبداری می‌کند چنان‌که دیوان داوری در رأی نهایی صادر در پرونده شماره 8362 مورخ 1995 خاطر نشان می‌سازد: «در خصوص محاسبه خسارات، عوامل برقرآکننده تعادل وجود دارد که در حقوق در نظر گرفته می‌شود: از یک سو، باید مبنای صحیح و قابل اعتمادی وجود داشته باشد که خسارات مورد ادعا بر پایه آن محاسبه شود خسارات نمی‌تواند حاصل حدس و گمان‌آونی محض که مؤید به دلیل عینی نیست، باشد. از سوی

223. See Arthur L. Corbin, 5 Corbin on Contracts 124 (1952).

224. See Butler v. Westgate State Bank, 596 P.2d 156, 165-66 (Kan. 1979); Alliance Tractor & Implement Co. v. Lukens Tool & Die Co., 281 N.W.2d 778, 782 (Neb. 1979); Edwards v. Container Kraft Carton & Paper Supply Co., 327 P.2d 622, 626-27 (Cal. App. 1958); Houston Exploration, Inc. v. Meredith, 728 P.2d 437, 439 (Nev. 1986); Restatement (Second) of Contracts § 352 cmt. b (1981).

در رأی موقت 17 ژوئیه 1992 و رأی نهایی 13 ژوئیه 1993، خواهان براساس پیش‌بینی‌های جامع نتایج احتمالی آینده طی مدت زمان مربوط، از جمله ظرفیت پیش‌بینی شده تولید کارخانه‌ای که خواننده آن را تکمیل نکرده بود، و فروش پیش‌بینی شده محصولی که قرار بود در آن کارخانه تولید شود (پیش‌بینی فروش محصول کارخانه عمدتاً بر پایه گفته‌هایی صورت گرفته بود که مشتریان خواهان اظهار داشته بودند، مبنی بر این‌که حاضر بودند فلان مقدار محصول را به قیمتی که قابل رقابت با قیمت‌هایی بلنچن که رقبای خواهان پیشنهاد داده بودند، خریداری کنند)، میزان خسارات عدم‌النفع مورد ادعا را محاسبه کرده بود. مرجع داوری «پذیرفت که مبلغ عدم‌النفع مورد ادعا کمابیش نمایانگر آن میزان سودی است که اگر تولید محصول مطابق توافق انجام گرفته بود، خواهان می‌توانست طی مدت زمان مربوط به دست آورد». رجوع کنید به:

Interim Award of 17 July 1992 & Final Award of 13 July 1993 (Arbitration Inst. Of Stockholm Chamber of Commerce), reprinted in pertinent part in 22 Y.B. Com. Arb. 197, 209 (1997).

225 See Dunn, supra note 41, § 4.3.

226. Id. § 4.3, at 357.

251 ❖ مطالبه خسارات محرومیت از ...

دیگر، حقوق به طرف متخلف از عقد، با محروم ساختن طرف مقابل از گرفتن خسارت صرفاً به این دلیل که مبنای دقیقی برای تعیین مقدار خسارات وجود ندارد، پاداش نخواهد داد.^{۲۲۷} این نکته را نیز باید یادآور شویم که چنانچه قرارداد طرفین یا قانون منتخب طرفین جهت حکومت بر ماهیت اختلاف، صریحاً تکلیف متفاوتی را بر دوش خواهان نهاده باشد، آیین پیشنهادی اعمال نخواهد شد این استثنا همانا ترتیب اثر دادن به قصد متعاملین در خصوص محاسبه عدم‌النفع در فرض نقض قرارداد است^{۲۲۸}

ب) مهار زدن بر نظریه سوءاستفاده از حق

استناد اخیر به نظریه سوءاستفاده از حق، به‌عنوان یکی از اصول حقوق بین‌المللی در دو دعوی پر سر و صدای راجع به قراردادهای بین‌المللی جهت نفی حق مشروع مطالبه عدم‌النفع، رویکردی است که فاقد پیشینه بوده، و نادرست به نظمی رسد.^{۲۲۹} از این نظریه نباید برای نادیده گرفتن حقوق و ضمانت‌اجراهایی که زیان‌دیده مطابق قرارداد یا قانون حاکم آن‌ها بهره‌مند است، یا به منظور دادن اختیار به مرجع داوری جهت رسیدگی بر اساس قواعد انصاف، در حالی که به مرجع داوری چنین اختیاری داده نشده، استلّف گردد

دیوان دادگستری بین‌المللی، نظریه سوءاستفاده از حق را به‌عنوان یک اصل پذیرفته است^{۲۳۰} این

227. Final Award in Case No. 8362 of 1995, 22 Y.B. Com. Arb. 164, 177 (1997).

228. اصل حاکمیت اراده (استقلال اراده) سنگ زیرین و پایه و اساس داوری بین‌المللی است. رجوع کنید به:

Julian D.M. Lew, Applicable Law in International Commercial Arbitration 71-75 (1978).

طرفین یک قرارداد بین‌المللی اختیار دارند از طریق تراضی با یکدیگر، اموری همچون ضمانت‌اجراهای تخلف از تعهد، قانون ماهوی‌ای که باید بر اختلاف اعمال گردد، آیین داوری‌ای که باید در رسیدگی به اختلاف مورد تبعیت قرار گیرد، محل داوری و غیره را معین سازند. رجوع کنید به:

Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration, 46-52 (Emmanuel Gaillard & John Savage eds., 1999).

طرفین قراردادهای تجاری بین‌المللی در بسیاری از موارد، قانونی را که بر هر اختلاف آینده ناشی از آن قرارداد حکومت خواهد کرد، آگاهانه برمی‌گزینند. رجوع کنید به:

John Y. Gotanda, Awarding Punitive Damages in International Commercial Arbitrations in the Wake of Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc., 38 Harv. Int'l L.J. 59, 96-97 (1997).

اگر طرفین خود خواسته‌اند که اختلافات، مشمول قانونی باشد که الزامات و شرایط سنگینی را بر خواهان تحمیل می‌کند، آن انتخاب و خواسته باید محترم شمرده شود. رجوع کنید به:

Mark A. Buchanan, Public Policy and International Commercial Arbitration, 26 Am. Bus. L.J. 511, 517 (1998).

229. See Himapura Cal. Energy Ltd. v. PT. (Persero) Perusahaan Listrik Negara, reprinted in 25 Y.B. Com. Arb. 13, 91-96 (Berm.-Indon. 2000); Patuha Power Ltd. v. PT. (Persero) Perusahaan Listrik Negara, summarized in pertinent part in Kantor, supra note 196, at 4.

230. ر.ک:

Fisheries Case (U.K. v. Norway), 1951 I.C.J. 116, 142 (Dec. 18).

برای مطالعه بیش‌تر رجوع کنید به:

نظریه همچنین در حقوق بسیاری از کشورها، همچون انگلستان، فرانسه، و ایالات متحده آمریکا به چشم می‌خورد^{۲۳۱} حقوق سوئیس بیان می‌کند که «هر شخصی مأخوذ است به این که مطابق اصول اخلاق حسنه حقوق خویش را اعمال و تعهداتش را ایفا کند. قانون سوء استفاده آشکار از حق را روا نمی‌شمارد».^{۲۳۲} در مقام مقایسه، قانون مدنی یونان مقرمی دارد که «اگر اعمال یک حق، آشکارا از محدوده‌هایی که حسن نیت یا اخلاق تحمیل می‌کند، یا از هدف اجتماعی اقتصادی‌ای که از جعل آن حق مدنظر بوده، پافراتر نهد، اجرای آن حق ممنوع خواهد بود»^{۲۳۳}

در فرانسه، دادگاه پژوهش پاریس به اصل ممنوعیت سوءاستفاده از حق استناد جست تا مانع شرکت مادر دارای تابعیت امریکایی از الزام شرکت فرعی فرانسوی به انحلال قراردادی شود که برخلاف حقوق ایالات متحده امریکا منعقد شده بود دادگاه پژوهش پاریس استدلال کرد که انحلال این قرارداد، «تعادل اقتصادی را بر هم می‌زند، و شهرت و اعتبار معنوی شرکت فرعی را از بین برده، سبب نابودی این شرکت و بیکاری بیش از 600 کارگر می‌گردد».^{۲۳۴}

به هر تقدیر، باید دانست که نظریه سوءاستفاده از حق در ایالات متحده امریکا دارای گستره‌ای بسیار محدودتر است مطالع‌ای نشان می‌دهد که در ایالات متحده امریکه این نظریه در سه فرض زیر اعمال شده است

1. در جایی که انگیزه‌فائق برای انجام یک عمل، ایراد زیان به دیگری است؛
2. در جایی که اعمال یک حق با توجه به فقدان‌ره‌گونه نفع مشروعی در اعمال حق، و به لحاظ این که اعمال حق سبب ایراد زیان به دیگری شود، کاملاً نامعقول بنماید؛ و
3. در جایی که حق برای مقصودی غیر از آن مقصودی که حق مورد نظر برای آن ایجاد شده،

Bin Cheng, *General Principles of Law* 121-36 (1987).

در حقوق بین‌الملل عمومی، نظریه سوءاستفاده از حق امور زیر را نمی‌کند: 1) اعمال حق صرفاً به هدف اضرار به غیر، 2) اعمال بی‌پایه و اساس حق به منظور فرار از تعهد ناشی از یک معاهده، و 3) اعمال حقوق یک دولت به نحوی معارض با تعهداتی که آن دولت براساس معاهده یا براساس حقوق عام به عهده دارد. در فرضی که دارنده یک حق از اختیار صلاح‌دیدگی بهره‌مند باشد، چنانچه دولتی آن حق را «به نحو معقول، صادقانه، منطبق با روح قانون، و با توجه شایسته به منافع دیگران» اعمال نکند، عمل آن دولت، سوءاستفاده از حق محسوب خواهد شد. سوءاستفاده از اختیار در جایی مصداق می‌یابد که «نیت و انگیزه سوء و نامشروع را بتوان اثبات کرد، یا عمل، آشکارا غیر عقلایی باشد». رجوع کنید به:

Id. at 134, 136.

231. See Joseph M. Perillo, *Abuse of Rights: A Pervasive Legal Concept*, 27 *Pac. L.J.* 37 (1995); *Netherlands Civil Code Patrimonial Law: Property Obligations and Special Contracts* (P.P.C. Haanappel & Ejan MacKaay trans., 1990); Rudolf B. Schlesinger et al., *Comparative Law* 825-52 (6th ed. 1998).

232. ماده 2-2 قانون مدنی سوئیس. برای دیدن ترجمه انگلیسی این ماده رجوع کنید به: *The Swiss Civil Code: English Version, Preliminary Chapter, art. 2.2* (Siegfried Wyler & Barbara Wyler trans., 1987).

233. ماده 281 قانون مدنی یونان. برای دیدن ترجمه انگلیسی این ماده رجوع کنید به: *Greek Civil Code § 281* (Constantin Talidoros trans., 2000).

234. *Societe Fruehauf Corp. v. Massardy* [1968] D.S. Jur. 147 (Ct. App. Paris May 22, 1965), summarized in pertinent part in Andreas F. Lowenfeld, *Trade Controls for Political Ends* 93, 96 (1983), available at 5 I.L.M. 476 (1966).

253 ❖ مطالبه خسارات محرومیت از ...

اعمال گردد^{۲۳۵}

با این که مطالعه تطبیقی جامعی از نظریه سوءاستفاده از حق خارج از حوصله این مقاله است^{۲۳۶} اما به نظر می‌رسد دیوان داوری در دعوی هیمنپورنا نظریه سوءاستفاده از حق را نابجا و به غلط اعمال کرده است.^{۲۳۷} برخلاف گفته دیوان داوری در این رأی، هر هنگام که رأی دادن به عدم النفع سبب ایجاد عسر و حرج مالی شدید برای طرفی گردد که مرتکب تخلف از قرارداد شده، اصل کلی حقوق خصوصی بین المللی ای بدین مضمون وجود ندارد که صدور رأی به عدم النفع در این مقام ممنوع است.^{۲۳۸} راست است که محاکم بعضی از کشورها، همچون فرانسه، در جایی که اعمال حق ناشی از قرارداد ممکن است سبب ایجاد عسر و حرج شدید مالی برای طرف متخلف از قرارداد شود، ممکن است با استناد به نظریه سوءاستفاده از حق، مانع اعمال حقوق ناشی از قرارداد از سوی طرفی شوند که قانوناً آن حق را دارا است، لکن باید دانست که سایر نظام‌های حقوقی، آن چنان با این دیدگاه همراه نیستند که این دیدگاه تبدیل به یکی از اصول حقوق بین المللی گردد.^{۲۳۹}

بی‌گمان، اوضاع و احوال و شرایط ممکن است در فاصله زمانی بین تاریخ انعقاد قرارداد و تاریخ اجرای قرارداد به نحو بنیادین تغییر کنند یا تغییرات ممکن است بر توانایی طرفین در اجرای تعهدات ناشی از قرارداد، یا بر تعادل اقتصادی که طرفین در قرارداد مدنظر داشته‌اند، به نحو چشمگیر تأثیر

235. Perillo, supra note 228, at 47.

236. برای دیدن مطالعه‌ای تطبیقی درباره نظریه سوءاستفاده از حق رجوع کنید به:

Schlesinger et al., supra note 228, at 825-52.

237. ر.ک: زیرنویس‌های شماره 187 تا 195 و متن همراه آن‌ها.

238. مرجع داوری در دعوی هیمنپورنا کالیفرنیا اترجی لیمیتد اعلام داشت که نظریه سوءاستفاده از حق، اصلی «جهان شمول و عام» است. رجوع کنید به:

Himpurna, 25 Y.B. Com. Arb. at 91.

باید یادآور شد دیوان داوری در دعوی هیمنپورنا حکم داد که طبق حقوق اندونزی، بحران اقتصادی در کشور، عذری نیست که پی‌ال‌ان را از مسئولیت نقض قرارداد معاف سازد. در واقع، دیوان داوری، افزون بر این متذکر شد که قرارداد بین طرفین به روشنی خطر رکود اقتصادی در کشور را به پی‌ال‌ان تخصیص داده است. رجوع کنید به:

Id. at 59-60.

239. See Emmanuel Gaillard, Use of General Principles of International Law in International Long-Term Contracts, 27 Int'l Bus. Law. 214, 216-20 (1999).

(ایمانوئل گیلارد در مقاله فوق می‌نویسد: به منظور آن که قاعده‌ای به‌عنوان اصل کلی حقوق بین المللی شناخته شود، لازم است ثابت گردد که حقوق داخلی کشورها در باب آن موضوع با یکدیگر هم‌داستانند و همگرایی دارند). همچنین رجوع کنید به:

Perillo, supra note 228, at 40-47.

(جوزف پریلو در مقاله فوق‌الذکر تفاوت‌هایی که نظریه سوءاستفاده از حق در نظام‌های حقوقی فرانسه، انگلستان، و آمریکا دارد، مورد بحث قرار داده است). چنان‌که اشاره شد، در عرصه حقوق بین الملل عمومی، نظریه سوء استفاده از حق لازم می‌شمارد که دولت، هنگامی که دارای اختیار صلاح‌دید است حق را «با حسن نیت، صداقت، به طور معقول، منطبق با روح قانون، و با توجه شایسته به منافع دیگران» اعمال کند. رجوع کنید به:

Cheng, supra note 227, at 136.

با این همه، مقتضای این گفته آن نیست که اصل حقوق بین الملل عمومی به همان گونه اعمال می‌شود که یک قاعده حقوق خصوصی بین المللی اعمال می‌گردد، به‌ویژه هنگامی که حقوق داخلی کشورها درخصوص دامنه و قلمرو دکنین سوءاستفاده از حق با یکدیگر اختلاف دارند.

گذارد.^{۲۴۰} طرف‌های چنین قراردادهایی در غالب موارد متوجه و آگاه به خط‌های موجودند و در مقامی هستند که می‌توانند برای به حداقل رساندن این خطر اقدامات تدابیری بپنداشند؛ تدابیری همچون درج شرط قوه قاهره، یا شرط دشواری اجرای قراردادها یا شرط تجدید مذاکره و تعدیل قرارداد^{۲۴۱} به علاوه، متعاملین می‌توانند اشتراط اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی مؤسسه وحدت حقوق خصوصی را در قراردادهای مورد توجه قرار دهند که در این شرایط مقرر می‌دارد «اگر دادگاه دشواری در اجرای قرارداد (عسر و حرج)^{۲۴۲} را احراز کند، عندالاقضای توافق‌ناپذیر (الف) از تاریخ و براساس شرایطی که تعیین

240. قراردادهای سرمایه‌گذاری بین‌المللی، قراردادهایی هستند که به‌ویژه در برابر تغییرات در تعادل اقتصادی‌ای که در زمان تشکیل قرارداد مورد توافق طرفین بوده، یا به نحو ضمنی مدنظر ایشان قرار داشته، آسیب‌پذیر و شکننده‌اند. رجوع کنید به: Klaus Peter Berger, Renegotiation and Adaptation of International Investment Contracts: The Role of Contract Drafters and Arbitrators, 36 Vand. J. Transnat'l L. 1347, 1348 (2003).

این شکنندگی از آن رو است که این گونه قراردادهای «نوعاً طولانی مدت بوده [و] فضای سیاسی، اقتصادی، و اجتماعی ممکن است در طی دوره قرارداد به نحو بنیادین تغییر کند و لذا منافع اقتصادی‌ای که طرفین در آغاز پیش‌بینی می‌کرده‌اند از قرارداد حاصل گردد، به نحو چشمگیری دستخوش تغییر شود». رجوع کنید به:

John Y. Gotanda, Renegotiation and Adaptation Clauses in Investment Contracts, Revisited, 36 Vand. J. Transnat'l L. 1461, 1462 (2003).

241. See Dionysios P. Flambouras, The Doctrine of Impossibility of Performance and Clausula Rebus Sic Stantibus in the 1980 Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law-A Comparative Analysis, 13 Pace Int'l L. Rev. 261, 278-79 (2001).

نویسنده مقاله فوق از منبع زیر نقل قول می‌کند:

Karl Heinz Böckstiegel, Hardship, Force Majeure and Special Risks Clauses in International Contracts, in 3 Adaptation and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance 159 (Norbert Horn ed., 1985).

(در منبع اخیر آمده است: «بازرگانان کارگشته و با تجربه... معمولاً در اسناد قراردادهای شروط قوه قاهره، دشواری (تعسر) اجرای قرارداد، یا شروط ناظر به خطرهای خاص را درج می‌کنند و بدین ترتیب می‌کوشند فرضی را که تغییر اوضاع و احوال به نحو بنیادین تعادل قراردادی را بر هم می‌زند، چندان که بار و فشار بیش از حدی را که معمولاً از نوع فشار اقتصادی است بر یکی از طرفین تحمیل می‌کند، مدنظر قرار داده، راه‌حل آن را پیش‌بینی کنند»). قوه قاهره معمولاً شامل حادثه‌ای ناگهانی در آینده، یا تغییر ناگهانی در اوضاع و احوال (از قبیل آفات سماوی و ارضی، تصویب قوانین یا وقوع جنگ، آشوب‌های داخلی، اعتصابات و غیره) است که مانع اجرای قرارداد می‌شود یا اجرای قرارداد را غیرممکن می‌سازد. رجوع کنید به: Int'l Chamber of Commerce, Pub. No. 421, Force Majeure and Hardship (1985).

در مقام مقایسه، دشواری (تعسر) اجرای قرارداد «تغییری... است که نتایج اقتصادی شدیدی را برای یک طرف عقد به همراه دارد، به نحوی که اجرای تعهدات قراردادی او را دشوارتر می‌سازد». رجوع کنید به:

United Nations Commission on International Trade Law Working Group on New International Economic Order, Legal Guide on Drawing Up International Contracts for Construction of Industrial Works 242 (1988).

برای دیدن مطالعه‌ای درباره شروط تجدید مذاکره و تعدیل قرارداد رجوع کنید به:

Berger, Supra note 237.

242. اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی مؤسسه وحدت حقوق خصوصی، دشواری (تعسر) اجرای قرارداد را بدین شرح تعریف می‌کند: «دشواری (تعسر) اجرای قرارداد در جایی وجود دارد که وقوع حوادثی، تعادل قرارداد را به نحو بنیادین به هم زند، اعم از آن که به هم خوردن تعادل قراردادی به علت افزایش هزینه‌های اجرای تعهد یک طرف عقد باشد، یا به علت کاهش ارزشی باشد که یک طرف عقد با اجرای تعهد کسب می‌کند، و الف) حوادث پس از انعقاد قرارداد رخ دهد یا پس از انعقاد قرارداد وجود آن‌ها بر طرف زیان‌دیده معلوم گردد؛ ب) آن حوادث را زیان‌دیده در زمان انشای عقد منوطاً نتوانسته باشد در نظر بگیرد؛ ج) حوادث خارج از اقتدار زیان‌دیده باشد و د) خطر وقوع آن حوادث را زیان‌دیده نپذیرفته باشد». رجوع کنید به:

خواهد کرد، قرارداد را منحل سازد؛ (یل) قرارداد را به منظور اعاده تعادل تعدیل کند».^{۲۴۳} در پاره ای شرایط، قانون ملی حاکم بر دعوا ممکن است در موارد دشواری اجرای قرار (لوسر و حرج) وسیله جبرانی را در اختیار نهد^{۲۴۴} مفاهیمی همچون قوه قاهره و دشواری اجرای قرارداد (لوسر و حرج)، یا مطابق قرارداد طرفین یله عنوان جزئی از قانون حاکم بر ماهیت دعوا بر اختلاف حکومت خواهد کرد، نه به عنوان اصلی از حقوق خصوصی بین المللی که به عنوان یک الزام مفاد خود را بر داور بین المللی تحمیل کند

افزون بر این، اگر طرف های معامله مایلند به مراجع داور اختیار داور بر اساس انصاف بدهند، می توانند به داور اختیار دهند که به عنوان داور با اختیار صلاح بر اساس ملاحظات غیر حقوقی عمل کند. این امر به مرجع داور اجازه می دهد که «بر اساس انصاف» تصمیم بگیرد، و مرجع داور را قادر می گرداند که «قواعد حقوقی یا قانون مناسب ربر مورد دعوا اعمال کند و هر قاعده ای را که به نظر رسد اعمالی بر دعوی خاص مطرح نزد مرجع داور نتایج خشن و ناعادلانه ای را به بار آورد، نادیده انگارد».^{۲۴۵} اما نظریه سوءاستفاده از حق نباید برای زیرپا نهادن این الزام مورد استناد قرار بگیرد که «مرجع داور تنها در صورتی به عنوان داور با اختیار صلاح یا داور بر اساس ملاحظات غیر حقوقی تصمیم خواهد گرفت که طرفین داور صریحاً مرجع داور اذن به انجام این گونه داور داده باشند، و مشروط بر این که قانون حاکم بر آیین داور این نوع داور را اجازه داده باشد».^{۲۴۶} هم چنان که یکی از مراجع داور خاطر نشان می سازد «کار مرجع داور این نیست که در انگیزه ها و تشخیص طرف های داور ابراز تردید کند، بلکه کارش، تعیین حقوق و تعهدات طرفین با توجه به آن دسته از افعال یا ترک افعال طرفین است که دارای اثر حقوقی است. این هم آن چیزی است که به عهده مرجع داور است و بس. فراتر رفتن از این، به معنای بر باد دادن انتظارات مشروع است که در قرارداد داور منعقد بین طرفین نمود یافته و به راستی لطمه زدن به سودمندی و کارایی بین المللی سازوکار داور خواهد بود

داوران نباید نقش مقامات رسمی دولتی یا رهبران و مدیران تجاری را ایفا کنند. داوران دارای قدرت سیاسی نیستند و حق ندارند به خود اجازه دهند دیدگاه شخصیشان را بر آنچه که می تواند یک

UNIDROIT Principles, supra note 130, art. 6.2.2.

243. UNIDROIT Principles, supra note 130, art. 6.2.3(4).

244. See Joseph M. Perillo, Force Majeure and Hardship under the UNIDROIT Principles of International and Commercial Contracts, 5 Tul. J. Int'l & Comp. L. 5, 27 (1997).

(جوزف پریلو در مقاله فوق خاطر نشان می کند که تعهد به پذیرش تعدیل منصفانه قرارداد «در حقوق کشورهای همچون آرژانتین، آلمان، و ایتالیا شباهت هایی دارد»). (مستندات از متن منقول حذف شده است).

245. Alan Redfern & Martin Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration 127 (3d ed. 1999).

246. U.N. Comm'n on Int'l Trade Law, UNCITRAL Arbitration Rules art. 33.2 (1977); see also Int'l Chamber of Commerce, ICC Rules of Arbitration in Force ad from January 1, 1988, art. 17.3 (1988); London Court of Int'l Arbitration Rules art. 22.4, reprinted in Redfern & Hunter, supra note 242, app. G; Am. Arbitration Ass'n, International Arbitration Rules art. 28(3), reprinted in Redfern & Hunter, supra note 242, app. D.

را محل توافقی مناسب باشد، بر طرفین تحمیل‌کننده داوران، هرچند با خلوص و پاکی نیت نیز به این نحو عمل کنند، باز با این نحو رفتار، تکالیف خود را نادیده گرفتند و بیش‌تر شر خواهند آفرید تا خیر. تحقیق و رسیدگی مرجع داورى باید متمرکز بر تعیین و تشخیص حقوق و تعهدات طرفین آن قراردادى باشد که اختیار و مشروعیت مداخله مرجع داورى از توافقات به عمل آمده در آن قرارداد اد سرچشمه گرفته است»^{۲۴۷}.

ج) یاری به مراجع داورى در محاسبه میزان خسارت عدم‌النفع

طرفین به منظور یاری رساندن به مرجع داورى در تعیین میزان عدم‌النفع مورد بررسی می‌توانند به تدابیر و اقداماتی دست یازند. به‌عنوان مثال، متعاملین می‌توانند در قرارداد خویش شرط کنند که در صورت نقض خطا کارانه قرارداد، عدم‌النفع چگونه باید محاسبه شود.^{۲۴۸} به‌عنوان راهی دیگر، طرفین می‌توانند از حیث مبلغی که به‌عنوان خسارت عدم‌النفع از سوی مرجع داورى مورد رأی قرار می‌گیرد، از «داورى پیشنهاد نهایی» که به نام داورى بیسبال نیز شهرت یافته، بهره‌گیرند.^{۲۴۹} این روش (داورى پیشنهاد نهایی) بدین نحو است که هر طرف اختلاف، مبلغ عدم‌النفعی را که به نظر او، خواهان مستحق دریافت آن است، به مرجع داورى پیشنهاد می‌دهد. سپس مرجع داورى از میان مجموع این دو پیشنهاد، دست به انتخاب می‌زند. البته این آیین تنها در صورتی اعمال خواهد شد که مرجع داورى تشخیص دهد که خوانده بابت عدم‌النفع در قبال خواهان مسئول است. امتیاز این روش محاسبه خسارت عدم‌النفع، آن است که طرفین اختلاف را ناگزیر می‌کند در اتخاذ مواضعشان عقلایی‌تر رفتار کنند، یا به عبارتی در ارزیابی نظراتشان واقع‌بین‌تر باشند؛ و از حیث نظری، فاصله و تفاوت مقدار عدم‌النفع مورد ادعای هریک از طرفین را کاهش می‌دهد.^{۲۵۰} این روش، همچنین حل و فصل اختلاف را تسهیل می‌کند. هم‌چنان که یکی از نویسندگان خاطرنشان می‌سازد: «هنگامی که تنها اختلاف بین طرفین عدد و رقم خسارت است، [هم‌چنان که در داورى پیشنهاد نهایی دیده می‌شود]، پیشنهادهای نهایی منطقی

247. UNCITRAL Award of May 4, 1999, reprinted in 25 Y.B. Com. Arb. 13, 61 (2000); see also Kuwait v. Am. Indep. Oil Co. (AMINOIL), 21 I.L.M. 976, 1015-16 (1982).

(در رأی داورى صادر در اختلاف فوق آمده است: «هیچ تردیدی نمی‌توان داشت که به‌عنوان یک قاعده، مرجع داورى نمی‌تواند به منظور... تغییر مفاد قرارداد، خود را جای طرفین قرارداد بنماید، مگر این حق به موجب قانون یا مطابق توافق صریح طرفین به مرجع داورى داده شده باشد...» [و] مراجع داورى نمی‌توانند خود را مجاز بدانند که از یاد ببرد اختیاراتشان محدود است»).

248. See Dobbs, supra note 25, § 12.9, at 247.

(دوبس در منبع فوق می‌نویسد که طرفین می‌توانند برای محاسبه خسارات بر فرمولی توافق کنند، لکن «نمی‌توان مقدار خسارتی را در قرارداد شرط کرد که حالت «جریمه» داشته باشد»).

249. See Loukas A. Mistelis, ADR in England and Wales, 12 Am. Rev. Int'l Arb. 167, 203 (2001).

250. See Jonathan M. Conti, The Effect of Salary Arbitration on Major League Baseball, 5 Sports Law.J. 221, 230 (1998); James B. Dworkin, Salary Arbitration in Baseball: An Impartial Assessment after Ten Years, Arb. J., Mar. 1986, at 63, 65; After Successful Use of Baseball Arbitration, Apple, IRS Both Declare Themselves Winners, 11 Alternatives to High Cost Litig. 163, 163 (1993).

257 ❖ مطالبه خسارات محرومیت از ...

حد وسطی را در اختیار می‌نهد، و حداقل و حداکثر ارقامی را فراهم می‌آورد تا مذاکرات و گفتگوها بر روی آن مبالغ تمرکز یابد. هریک از طرفین اختلاف می‌تواند در مورد احتمال این که داور، خسارت مورد اختلاف را به کم‌تر یا بیش‌تر از حد میانگین تقویم خواهد کرد، ارزیابی‌هایی داشته باشد. این ارزیابی‌ها کمک می‌کند که طرفین پیش‌بینی کنند داور کدام پیشنهاد را بر خواهد گزید... تحلیل و ارزیابی این حد میانگین به برقراری سازش و رسیدن به راه حل توافقی برای اختلاف یاری می‌رساند. پیشنهادهای نهایی نزدیک به هم معمولاً به توافق و صلح خاتمه می‌یابد؛ زیرا در این صورت، رسیدن به عدد توافقی آسان است. پیشنهادهای نهایی‌ای که از یکدیگر فاصله دارند نیز غالباً به توافق و صلح می‌انجامند؛ زیرا هر طرف اختلاف از این بیمناک است که داور، پیشنهاد طرف مقابل را برگزیند.^{۲۵۱}

مراجع داوری همچنین می‌تواند بهره‌گیری بیش‌تر از کارشناسان جهت کمک در رسیدگی به دعاوی عدم‌النفع را مدنظر قرار بدهند.^{۲۵۲} چنان‌که اشاره شد پارهای از مراجع داوری بدین کار اقدام کرده‌اند.^{۲۵۳} به خدمت گرفتن کارشناسان به مرجع داوری کمکی کند فهم بهتری از پیچیدگی‌های موجود در محاسبه میزان خسوات به دست آورد، و می‌تواند منجر به صدور رأی مستدل‌تر شود.^{۲۵۴}

251. Elissa M. Meth, Final Offer Arbitration: A Model for Dispute Resolution in Domestic and International Disputes, 10 Am. Rev. Int'l Arb. 383, 389-90 (1990).

(مراجع مورد استناد در متن منقول از مقاله فوق‌الذکر حذف شده است). همچنین رجوع کنید به:

Companies, Their Insurers, and Coverage Baseball Arbitration Explained, Critiqued and Applied January 2004, 22 Alternatives to High Cost Litig. 95 (2004).

252. قواعد داوری مؤسسات داوری‌ای که قواعد آن‌ها بیش‌ترین کاربرد را دارد و همچنین قواعد داوری آنسیترال، امکان استفاده از کارشناسی را در داوری پیش‌بینی می‌کند. رجوع کنید به:

Am. Arbitration Ass'n, supra note 243, art. 22; Int'l Chamber of Commerce, supra note 243, art. 20(4); London Court of Int'l Arbitration Rules, supra note 243, art. 21; U.N. Comm'n on Int'l Trade Law, supra note 243, art. 27; see also ICC Rules for Expertise (Jan. 1, 2003), reprinted in 13(2) Int'l Ct. Arb. Bull. 15 (Int'l Cham. Comm. Pub. Fall 2002).

برای مطالعه بیش‌تر رجوع کنید به:

Inst. Of Int'l Bus. Law and Practice, Arbitration and Expertise (Louise Barrington ed., 1994).

نویسندگان یکی از رساله‌های مشهور در زمینه داوری بین‌المللی خاطر نشان می‌کنند: «در داوری تجاری بین‌المللی، مرجع داوری معمولاً از حقوق‌دانان ترکیب یافته است. در مواردی که مسائلی مطرح می‌گردد که دارای طبیعت تخصصی یا فنی است، چنین مرجع داوری‌ای به منظور «تحصیل اطلاعات فنی و تخصصی‌ای که به مرجع داوری در کشف حقیقت یاری رساند»، در غالب موارد نیازمند کمک کارشناس در رسیدن به رأی است. به‌عنوان مثال... کمک کارشناس ممکن است در رسیدگی به تعیین مقدار خسارت (طلب) لازم باشد». رجوع کنید به:

Redfern & Hunter, supra note 242, at 323-24.

(مراجعی که در متن منقول مورد استناد قرار گرفته، حذف شده است).

253. ر.ک:

Starrett Housing Corp. v. Islamic Republic of Iran, 16 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 112, 113 (1988); Final Award in Case No. 7181 of 1992, 21 Y.B. Com. Arb. 99, 111 (1996); see also Lieblich, supra note 165, at 76.

(در منبع اخیر، گرایش اقتصاددانان و متخصصان مدیریت مالی در زمینه مسائل ارزیابی مورد اشاره قرار گفته است).

254. See Ball, supra note 6, at 418.

مقایسه کنید با:

مسئله این روش، اشکالات و نقاط ضعفی را نیز با خود دارد، از جمله آنکه به کارگیری کارشناسان ممکن است هزینه حل و فصل اختلاف را افزایش دهد؛ سبب اطلاع و کندی جریان رسیدگی شود. با این حال، منافع بکارگیری کارشناسان چه بسا بر معایب و نقاط ضعف این امر غالب باشد، به ویژه هنگامی که پای مبالغ قابل توجهی در میان است^{۲۵۵}

مراجع داور هم‌چنین در موردی که خواهان هم خسارت واقعی و هم عدم النفع را مطالبه می‌کند، باید مراقب باشد که از محاسبه مضاعف خسارات بپرهیزد تا اطمینان حاصل گردد که خواهان منفعت معامله و نه بیش از آن را دریافت دارد^{۲۵۶} هم چنان که یکی از مراجع داور ی بیان می‌دارد «جریان نقدی خالص آینده‌طور کلی شامل تمام استهلاک سرمایه‌ای می‌گردد که تا آن زمان وجود خواهد داشت خواستن کل مبلغ جریان درآمدی آینده، و در عین حال مطالبه هزینه کل سرمایه‌گذاری معنأ هم خدا و هم خرما را خواستن است. اگر روش جریان نقدی تنزیل شده در سناریوی قرارداد اعمال شود تا تنها مقدار جریان نقدی خالص اساس آن تعیین گردد، و در نتیجه، مفهوم حسابداری «درآمد» که ممکن است شامل اقلام غیر نقدی همچون استهلاک و افت قیمت نیز شود، مستثنا گردد، در این صورت دیگر مجال و امکانی برای مطالبه هزینه‌های هدر رفته وجود ندارد به دیگر سخن، هنگامی که متعهدله زیان دیده از نقض قرارداد، هزینه‌های گذاشته شده روی یک کار را از بابت این که مستحق دریافت خسارت واقعی است مطالبه می‌کند، در این صورت تنها به این شرط می‌تواند به سراغ مطالبه عدم النفع نیز برود که محاسبات خسارت واقعی از جریان نقدی خالص آینده با استفاده از یک معیار مناسب استهلاک کمتر گردد»^{۲۵۷}.

Richard Posner, An Economic Approach to the Law of Evidence, 51 Stan. L. Rev. 1477, 1539 (1999).

(ریچارد پازنر در مقاله فوق اشاره می‌کند که «طریقه حل مشکل نامفهوم بودن نظر کارشناسی پیچیده، این است که بیش تر سراغ کارشناسان منصوب دادگاه خواهند رفت»).

255. See Redfern & Hunter, supra note 242, at 326.

(نویسندگان فوق اشاره می‌کنند اگرچه «برای طرفین بسیار گران خواهد بود... که با رجوع به کارشناسان مستقل دلیل فراهم آورند، و هم‌چنین برای مرجع داور که یک یا چند کارشناس از جانب خود جهت ارزیابی دلیل نصب کنند... با وجود این در جایی که مسائل فنی و تخصصی مطرح به قدر کافی پیچیده است، یا در جایی که مبالغ مورد نزاع به اندازه کافی هنگفت باشد، این احتمال [یعنی رجوع به کارشناس] را نمی‌توان منتفی دانست»).

256. See Wells, supra note 198, at 477.

257. Himpurna Cal. Energy Ltd. v. PT. (Persero) Perusahaan Listrik Negara, reprinted in 25 Y.B. Com. Arb. 13, 73 (Berm.-Indon. 2000).

داور رسیدگی کننده در پرونده سفیر خاطر نشان می‌کند: «خواهان باید» در همان موقعیت مالی ای ... قرار داده شود که اگر قرارداد اجرا شده بود، در آن موقعیت قرار می‌داشت. لکن باز پس گرفتن مخارج و هزینه‌هایی که در مقام انعقاد قرارداد تحمل شده، رو به آن سوی دارد که خواهان در موقعیت مالی‌ای قرار گیرد که اگر اساساً قرارداد منعقد نشده بود، در آن موقعیت قرار می‌داشت (خسارت منفی).... بی تردید، امید خواهان به این که مخارج بستن قرارداد را از محل سودی که انتظار می‌رود از قرارداد تحصیل کند، پوشش خواهد داد، امیدی بیهق و موجه است؛ لکن این مخارج [یعنی مخارجی که خواهان صرف انعقاد قرارداد کرده] جزئی از غرامتی است که برای عدم النفع پرداخت می‌گردد. جمع کردن خسارات مثبت و خسارت منفی، تناقض است، و نمی‌توان آن را اجازه داد». رجوع کنید به:

Sapphire Int'l Petroleum Ltd. v. Nat'l Iranian Oil Co., Arbitral Award (Mar. 15, 1963), reprinted in 35 I.L.R. 136, 186-87 (1967).

259 ❖ مطالبه خسارات محرومیت از ...

ششم) نتیجه

امروزه اجماعی عمومی وجود دارد براین که آن طرف عقد که در اثر نقض خطا کارانه قرارداد زیان دیده است، حق دارد در همان موقعیتی قرار داده شود که اگر قرارداد اجرا شده بود در آن موقعیت قرار داشت. بنابراین، زیان دیده حق دارد هم خسارت واقعی وارده و هم سودی را که از آن بیهیبت مانده و معلول نقض قرارداد است، مطالبه کند. اما تفاوت‌های موجود میان نظام‌های حقوقی داخلی، از مختلفی را بر مطالبه عدم‌النفع وضع کرده‌اند، اما تفاوت‌های موجود میان نظام‌های حقوقی داخلی، از این حیث، به‌طور کلی برای مراجع داور رسیدگی‌کننده به اختلافات ناشی از قراردادهای بین‌المللی مشکل‌آفرین نبوده است در مقابل، محاسبه عدم‌النفع برای مراجع داور دشواری‌هایی آفریده و منجر به برخورد متفاوت با اشخاصی شده که در موقعیت مشابهی قرار داشته‌اند در این میان، صدور آرای متعارض از سوی مراجع داور در اثر اعمال قاعده بنگالوه تأسیس و نظریه سوء استفاده از حق، به‌عنوان یک اصل حقوقی بین‌المللی، از موضوعاتی است که توجه ویژه‌ای را می‌طلبد هیچ‌یک از این دو نباید یارای آن را داشته باشند که حق مطالبه مشروع عدم‌النفع را محدود سازند رفتن بر این راه و توسل به یکی از این دو جهت محدود کردن حق مشروع مطالبه عدم‌النفع، زیان دیده را در حالی که تمام زیان‌های او جبران نشده رهامی‌سازد و ما را در دستیابی به هدف جبران تمام زیان‌ها ناکام خواهد ساخت، و پول بادآورده و نفع بیهیبتی را نصیب خطا کار خواهد کرد. مشکلات موجود در زمیبع محاسبه عدم‌النفع را نیز می‌توان کاهش داد، مشروط بر این که متعاملین در قرارداد خویش روشی پیش‌بینی کنند که مرجع داور در صورت نقض قرارداد آن روش را به کار گیرد، و به شرط آن که مراجع داور به نحو فعال‌تر کارشناسان خود را برای کمک به فهم فرایند پیچیده محاسبه خسارات به خدمت گیرند

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی