

شیوه های ارزیابی خسارات نفع محور در حقوق انگلیس و تطبیق آن با برخی مقررات قانونی در حقوق ایران با نگاهی به حقوق آلمان

سعید بالی پور ببادی

دانشجوی دکترای حقوق خصوصی، واحد خرم‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، خرم‌آباد، ایران.

s.balipour.b@gmail.com

فیروز احمدی (نویسنده مسئول)

استادیار، گروه حقوق، واحد خرم‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، خرم‌آباد، ایران.

firoz.ahmady@gmail.com

جمشید میرزائی

استادیار، گروه حقوق، واحد خرم‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، خرم‌آباد، ایران.

mirzaei.1348@yahoo.com

قابل انتشار در دوره ۲۵، شماره ۶۵ (بهار ۱۴۰۵) نشریه پژوهش‌های حقوقی

چکیده

در حقوق انگلیس دو شیوه متفاوت برای ارزیابی خسارات نفع محور وجود دارد. در یک شیوه که به معیار «ورثوم پارک» موسوم است، میزان خسارات با توجه به ارزش ذهنی سود دریافتی توسط خواننده ارزیابی می‌گردد و دادگاه‌ها قیمتی را تعیین می‌کنند که یک شخص معقول در موقعیت خواهان ممکن است در زمان نقض قرارداد از خواننده مطالبه کند. اما در شیوه دیگر که با نام معیار «بلیک» معروف است، رویکردی متفاوت اعمال می‌شود در این معیار میزان خسارات با توجه به سود عینی و واقعی خواننده ارزیابی می‌شود و دادگاه‌ها خواننده را ملزم می‌کنند که سود خالص واقعی دریافت شده ناشی از نقض را از متخلف مسترد گردانند. در حقوق ایران خسارات نفع محور جایگاهی ندارد و در برخی موارد نادر می‌توان رگه‌هایی از رویکرد نفع محوری پیدا کرد که هرکدام ممکن است با یکی از دو معیار فوق مطابقت داشته باشد.

کلمات کلیدی: خسارات نفع محور، ارزیابی، جبران، معیار بلیک، معیار ورثوم پارک

The methods of assessment of Gain-Based Damages in English law and its adaptation to some legal regulations in Iranian law and Looking at German law

Abstract

In English law, there are two different ways to assessment of Gain-Based Damages. In a method known as the «Wrotham Park» measure, assessed by reference to the objective value of the benefit received by the defendant And courts determine the price that a reasonable person in the plaintiff's position might demand from the defendant at the time of breach of contract. But in another method, which is known as the Blake measure, a different approach is applied. In this measure, the amount of damages is assessed according to the objective and real benefit of the defendant. And the courts require the defendant to disgorge the actual net benefit received from the breach. In Iranian law, There is no place for Gain-Based Damages, but in some rare cases, traces of for Gain-Based Damages approach can be found, each of which may correspond to one of the above two criteria.

Key words: Gain-Based Damages, assessment, compensation, Blake measure, Worthom Park measure

۱. مقدمه

در خصوص اسباب ایجاد تعهدات، فقه اسلامی و تبع آن حقوق ایران از تنوع زیادی برخوردار هستند. وجود اقسام مختلف قالب های قراردادی مثل مزارعه، جعاله، کفالت و ... خود گواه این موضوع است و فقهای ما حتی تا جایی پیش رفته اند که بر اساس موضوع مورد معامله نیز ابوابی مثل بیع صرف، بیع ائمار و... در کتب خود گنجانده اند. اما نکته جالب توجه این است که هرچقدر در اسباب ایجاد تعهدات بویژه در حوزه قراردادها از کثرت اقسام بهره مند بوده ایم در خصوص نقض تعهدات و شیوه های ارزیابی خسارات مربوط به آن دچار خلاء نسبی هستیم. از اینرو یکی از کمبود های فعلی در فقه و حقوق ایران در خصوص جبران خسارت بالاخص خسارات ناشی از نقض قرارداد این است که این حوزه متاسفانه از تنوع زیادی برخوردار نیست و عدم وجود شیوه های مختلف و متعدد ارزیابی خسارات که بتواند پاسخگویی مناسب و مقتضی به هر نقض قراردادی داشته باشد وجود ندارد. این کمبود را می توان با قیاس با حقوق کامن لا بهتر درک کرد زیرا در این حوزه اقسام مختلفی از خسارات مثل خسارات اعتمادی، خسارات انتظار، خسارات امانی و دیده می شود که در فقه و حقوق ایران چنین تنوعی دیده نمی شود.

البته گاهی در بین متون فقهی، چالش های در خصوص نحوه ارزیابی خسارت نیز دیده شده است به عنوان مثال در بحث تعذر تهیه مثل در مثلیات در موردی مال مثلی تلف شده است و تهیه مال مثلی در زمان مطالبه به دلایلی غیر از گرانی قیمت آن در بازار متعذر گردد (مثلا در مواردی که مال مثلی نزد یک نفر است و او نیز تنها حاضر به دادن مال به چند برابر قیمت است) بین فقها اختلاف شده است بعضی از فقها مثل شیخ انصاری بر این عقیده هستند که متعهد باید در هر صورت مال مثلی را ولو با ضرر هنگفت تهیه و تحویل دهد^۱ برخی دیگر عقیده دارند ادای مثل از عهده ساقط می شود و تبدیل به قیمت می شود.^۲ مثال ها از این دست فراوان است و جای خالی فصلی مجزی تحت عنوان شیوه های ارزیابی خسارت در فقه و حقوق ما را نمایان می سازد.

در حقوق کامن لا به طور کلی در خصوص اهداف جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد هر یکی از این دو هدف می تواند مقصود باشد یکی «ناظر به گذشته» است^۳ و دیگری «ناظر به آینده»^۴ است. در هدف ناظر به گذشته مقصود این است که زیان متعهدله در اثر نقض قرارداد به شکلی جبران شود که وضعیت مالی وی را به وضعیتی که پیش از قرارداد داشته است، بازگرداند. اما در جبران های ناظر به آینده، نحوه جبران زیان متعهدله اینگونه است که وضعیت مالی وی باید به شکلی رقم زده شود که اگر قرارداد اجرا می شد در آن وضعیت قرار می گرفت. به هدف اول «منفعت منفی» و به هدف دوم «منفعت مثبت» نیز گفته شده است و گفته شده است که در نظام های حقوقی کامن لایی و نیز رومی- ژرمنی، اولین هدف از جبران خسارت، حمایت از منفعت مثبت زیان دیده است و حمایت از منفعت منفی نیز در موارد استثنایی پذیرفته شده است.^۵

۱. مرتضی بن محمد امین انصاری، فرائد الاصول (الرسائل)، (قم: انتشارات مصطفوی، ۱۳۷۴ ه. ق)، ۱۰۷.
۲. علامه حلی، قواعد الاحکام، جلد اول (قم: انتشارات بی نا ۱۳۸۹ ه. ق)، ۲۰۴. و سید مصطفی محقق داماد، قواعد فقه جلد ۲ بخش مدنی، (تهران: انتشارات مجد. ۱۳۸۲)، ۸۳.

^۳. Backward-Looking

^۴. Forward-Looking

^۵. اسماعیل نعمت اللهی، «مطالعه تطبیقی هدف از پرداخت خسارت ناشی از نقض قرارداد»، مطالعات حقوق تطبیقی، ۱۰، ۱۲، (۱۴۰۰)، ۳۶۹-۳۹۶

در هر یک از نگرش‌های گذشته نگر یا آینده نگر، قاعده کلی دادگاه‌ها این است که خسارات ناشی از نقض قرارداد باید جبرانی باشد. بر اساس این قاعده هدف از صدور رای این است که طرف متضرر از نقض قرارداد را در شرایطی قرار داده شود که گویی قرارداد انجام شده است. با این حال، این قاعده در برخی موارد با استثنائاتی روبرو است، که یکی از این استثنائات دستاورد نوین حقوق کامن لا یعنی «خسارات نفع محور»^۶ است. و آراء متعددی از دادگاه‌ها در این خصوص صادر شده و در سطح دکترین نیز ادبیات دانشگاهی مملو از بحث در مورد مشروعیت، دامنه و در دسترس بودن چنین آرائی است^۷ که پرداختن به همه این موارد از حوصله این مبحث خارج است.

سؤال مهمی که درخصوص «خسارات نفع محور» مطرح می‌شود این است که در کدام شاخه از قانون قرار دارد یا باید به آن رسیدگی شود و نیز چه ابزارهای حقوقی برای تحقق آن وجود دارد. در اکثر نظام‌های حقوقی به نظر می‌رسد این موضوع کاملاً پذیرفته شده است که مبارزه با کسب سودهای غیرقانونی و نامشروع وظیفه یک شاخه خاص از حقوق نیست، بلکه حقوق خصوصی، حقوق کیفری، حقوق اداری و ... باید برای دستیابی به بهترین نتیجه می‌بایست با یکدیگر همکاری کنند. برای نمونه در ادبیات حقوقی آلمانی، اصطلاح «مقررات جامع مقابله» برای توصیف این ایده، یعنی استفاده ترکیبی از شاخه‌های مختلف قانونی برای رسیدن به یک هدف فراگیر مانند جلوگیری از کسب منفعت غیرقانونی استفاده می‌شود^۸.

در همین راستا در اغلب قوانین کیفری و قوانین مدنی و اداری، ابزارهای کم و بیش کارآمدی پیش‌بینی شده است که بر استرداد سودهای غیرقانونی تمرکز دارد تا با اینگونه سودها برخورد مناسبی صورت گیرد به عنوان مثال مصادره گردیده یا با اعمال جریمه‌های اداری یا کیفری با لحاظ میزان سود بدست آمده با آن مقابله کنند.^۹ این ابزارها می‌توانند ماهیت کلی داشته باشند، یعنی برای همه اشکال تخلف قابل اجرا باشند، یا محدود به حوزه‌های خاص قانون مانند قانون رقابت، قانون روبه‌های تجاری ناعادلانه و ... مرتبط باشند.

به لحاظ توزیع عملکردی پایگاه خسارات نفع محور در حوزه‌های مختلف، به نظر می‌رسد در چند دهه گذشته تغییرات زیادی ایجاد شده است اگر چه تقریباً این موضوع اساساً بر حقوق جزایی و اداری تمرکز دارد، اما در طول ظهور این مفهوم، حوزه حقوق خصوصی نقش فزاینده‌ای در این بخش داشته است که علاوه بر رشد و ارتقاء جایگاه حقوق خصوصی در پیشبرد اهداف این پایگاه حقوقی، در رویکردهای ترکیبی که به آن اشاره شد نیز نقش حقوق خصوصی پررنگ‌تر شده است.

خسارات نفع محور در شرایطی کاملاً متضاد با خسارات جبرانی که معیار اصلی آن زیان‌های وارده به خواهان است قرار دارد. این ابزار صرفاً بر مبنای نفع حاصله از سوی متخلف و بر اساس تخطی وی محاسبه می‌شوند. این تضاد در بسیاری از نظام‌های

⁶. Gain-based Damages

⁷. Ernest J. Weinrib, *Punishment and Disgorgement as Contract Remedies*, 78 CHI.-KENT L. REV. 55 (2003) April 2003, Available at: <https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol178/iss1/5>

⁸. Ralph Cunnington, *The Assessment of Gain-Based Damages for Breach of Contract*, *The Modern Law Review* Vol. 71, No. 4 (Jul., 2008), pp. 559-586 (28 pages) Published By: Wiley, Available at: <https://www.jstor.org/stable/25151222>

⁹. ماده ۴۹ قانون بورس و اوراق بهادار ایران را می‌توان از این نمونه قوانین به شمار آورد.

حقوقی ناهنجاری هایی را نیز به وجود آورده است. به عنوان مثال ممکن است خواهان خسارت هایی را به دست آورد که خیلی بیشتر از زیان هایش باشد او چیزی را به دست می آورد که اصطلاحاً «سود بادآورده»^{۱۰} می گویند. دلیل این امر روشن است زیرا سودی که باید پرداخت شود به صورت مجزا از زیان وارد شده محاسبه می شود و ممکن است خیلی بیشتر از خسارات وارده باشد بنابراین ارتباطی با زیان واقعی برقرار نخواهد شد. لذا یکی چالش های مهم در خصوص پذیرش و رسمیت دادن به تئوری خسارات نفع محور این است که این خسارات چگونه ارزیابی شوند که هم جنبه بازدارندگی لازم را داشته باشند و هم شرایط به گونه ای رقم بخورد که هیچ یک از طرفین را در شرایط دارا شدن ناعادلانه قرار ندهد.

لازم بذکر است در کنار هر یک از شیوه های ارزیابی که در ادامه شرح آن داده خواهد شد بعضی عوامل موثر در ارزیابی نیز وجود دارد^{۱۱} مثل دکتین کاهش، زمان ارزیابی، دوره ارزیابی و ... که در این نوشتار بدان ورود نمی شود از این جهت که علاوه بر اینکه بدلیل گستردگی مباحث رسیدگی به آنها از حوصله بحث خارج است، اکثراً همان مباحث عمومی در خصوص ارزیابی خسارات را بیان می کند لذا تفاوت هر یک از این عوامل در خسارات جبرانی و خسارات نفع محور می تواند موضوع پژوهش مستقلی باشد که علاقه مندان می تواند مورد مطالعه و تحقیق قرار دهند.

۲. مفهوم خسارات نفع محور

در یک تعریف ساده و مختصر می توان گفت بر مبنای اصل حقوقی متخلف نباید از تخلف خود منتفع گردد خسارات نفع محور عبارت است از اینکه به دادگاه ها اجازه داده شود تا منافع حاصل از نقض قرارداد را بدون لحاظ خسارات وارده به خواهان از متخلف استرداد نمایند. این مفهوم در مقابل رویکرد عام و سنتی خسارات زیان محور قرار دارد که بر مبنای آن خسارات بر مبنای زیانی که خواهان دیده است مورد محاسبه و حکم قرار می گیرد.

از دیدگاه حقوقی، اینکه چرا رفتار غیرقانونی باعث کسب سود نامشروع می شود، می توان به چند دلیل اشاره کرد: اولین و واضح ترین دلیل این است که در برخی موارد احتمال شناسایی متخلف بسیار کم است. به عنوان مثال اگر نسخه غیرقانونی نرم افزاری منتشر شود شناسایی همه استفاده کنندگان دشوار و یا حتی غیرممکن است. در این موقعیت ها، متخلفین تصور می کند که برای این رفتار غیرقانونی مسئول نخواهند بود. دلیل دوم می تواند بی انگیزه بودن زیان دیدگان نسبت به اقامه دعوا در پرونده هایی که در حقوق کامن لا با عنوان «زیان های ناچیز»^{۱۲} یا «زیان های نامعین»^{۱۳} معرفی شده اند، باشد^{۱۴}. به عنوان مثال یک شرکت لبنیاتی میزان پنیر موجود یک بسته را ۵۰۰ گرم اعلام می کند اما در هر بسته فقط ۴۵۰ گرم پنیر قرار دارد در چنین مواردی مقدار زیان وارد شده به شخص کم است بنابراین انگیزه برای مطالبه خسارت وجود ندارد اما تعداد افراد زیان دیده بسیارند و سود متخلف بسیار زیاد می باشد. دلیل احتمالی دیگر این است که میزان سودهای مورد انتظار متخلفان بالاتر از مجازات های قانونی تعیین شده برای تخلف می باشد. در مثال اخیر شرکت لبنیاتی می تواند این محاسبه را انجام دهد که در این نقض قوانین حدوداً ۵ میلیارد تومان

¹⁰. Windfall Profit

¹¹. Ipid, 571-579

¹². Trifling Damages

¹³. Nominal Damages

¹⁴. Ewoud Hondius and André Janssen, (2015) Disgorgement of Profits: Gain-Based Remedies Throughout the World, *The Modern Law Review*, January 2015, DOI:10.1007/978-3-319-18759-4

سود خواهد کرد ولی میزان جریمه ای که برای او در نظر خواهد گرفته شد ۳ میلیارد تومان خواهد بود در این شرایط، علیرغم اعمال تمامی مجازات منظور شده باز هم نقض حسابگرانه رخ داده و تخلف هنوز هم باعث سودآوری برای متخلف می باشد.

چالش کسب سود از نقض تعهدات و بالخصوص نقض قرارداد همواره مورد گفتمان های حقوقی بوده است. جمله معروف لرد هاتلی در رای پرونده جگون^{۱۵} که گفته بود: «...این دادگاه هرگز به کسی اجازه نخواهد داد از راه تخلف به سود دست پیدا کند...» سرآغاز بسیاری از مباحث و چالش های حقوقی در حوزه کامن لا شد تا آنجا که پیشنهاد شد این جمله طلایی و خاص، با شرایط عصر مدرن تطبیق داده شود^{۱۶}. در بسیاری از دادرسی ها به نظر می رسد این جمله مقید به زمان و مکان خاصی نباشد و این موضوع را می توان یک ایده آل جهانی حتی شاید فراتر از زمان لرد هاتلی دانست بر اساس این ایده آل رفتار غیرقانونی شایسته کسب امتیاز نیست و به همین دلیل است نظریه بی چون چرائی در حقوق کامن لا شکل گرفته است که سودهای غیرقانونی متخلف باید استرداد شوند^{۱۷}

۱-۲. خسارات نفع محور از نگرش اخلاقی و نگرش اقتصادی

از نظر اخلاقی نسبت به نقض قرارداد دو رویکرد وجود دارد یک رویکرد سنتی و اخلاقی که در آن وفای به عهد دارای ارزش ذاتی است و هرگونه خلف وعده مذموم می باشد. اما در حقوق نوین قراردادهای رویکرد دیگری نیز مطرح شده است که تحت عنوان رویکرد «انتخابی» یا «اقتصادی» معرفی شده است. بر اساس این رویکرد، شخصی که در قرارداد تعهدی بر عهده دارد حق انتخاب دارد یا تعهد خود را اجرا کند یا به واکنش های قانونی آن تن دهد بدون اینکه به مسائل اخلاقی و وجدانی آن توجهی شود. البته به نظر می رسد این رویکرد نوین تأثیری در پذیرش یا عدم پذیرش خسارات نفع محور نداشته باشد زیرا عموماً در خسارت نفع محور کمتر از تأثیر قصد ناقض قرارداد بحث شده است. به عنوان مثال بعد از بیانیه سوم قانون استرداد و دارا شدن ناعادلانه در آمریکا نظریه ای تحت عنوان «نقض کارآمد» شکل گرفته است که مباحث اخلاقی نسبتاً متضادی را که از قبل وجود داشته است داشته است را تشدید کرده است.^{۱۸} البته در خصوص اینکه چرا در برخی موارد از لحاظ وجود یا عدم وجود قصد های منفعت جویانه سکوت شده است به نظر می رسد فرض بر این شده است که عموماً افراد در اعمال تجاری خود همواره دارای قصد و محاسبه سود و زیان خود هستند. لذا ورود به این مباحث شاید از لحاظ تئوری جذاب باشند لیکن در عمل فواید کمتری با خود به همراه دارد.

۲-۲. جایگاه حقوقی خسارات نفع محور در فقه و حقوق ایران

¹⁵. Jagon v Vivian (1870)

¹⁶. Andre Janssen, (2017), The Recognition and Enforceability of US-American Punitive Damages Awards, *Contratto e impresa/Europa*.476-479

¹⁷. ipidem

¹⁸. از یک سو، تحلیل پیامد نگر بیان می دارد که اگر متعهد بیشتر از زیان های متعهد له از نقض قرارداد سودی به دست آورد، آنگاه اعطای حق نقض (یعنی عدم اجرا یا پرداخت خسارت های انتظاری) از منظر اجتماعی صحیح خواهد بود. به عبارت دیگر از منظر اقتصادی، تا میزانی که خسارات انتظاری تماماً جبران باشند، اجازه ی «نقض کارآمد» هیچ یک از طرفین را در شرایط مالی بدتر قرار نخواهد داد و در مقایسه با کارکرد واقعی، سبب افزایش رفاه مشترک خواهد شد (Shavell, 2006, 2009; Posner, 1999, 2009). در سوی دیگر، فیلسوفان اخلاق گرای حقوق قرارداد، این را یک وظیفه اخلاقی می دانند تا تعهدات فرد را به عنوان اصل اساسی قرارداد منظور کنند و نباید این اصل مهم را بر مبنای تحلیل های هزینه-سود کنار گذاشته شود (Fried, 1981; Shiffrin, 2009, 2012).

در حقوق ایران اصل عمومی جبرانی بودن خسارات بشدت مورد حمایت قرار گرفته است و بدلیل محوریت وجود ضرر در دعاوی خسارات تا حدود زیادی راه ورود خسارات نفع محور مسدود است.^{۱۹} لذا مطالبه اینگونه خسارات در نظام حقوقی ایران جایگاه خاصی ندارد.^{۲۰} البته در حوزه حقوق قراردادهای تلاش شده است با بهره‌گیری از ابزارهای حقوقی موجود از جمله تعبیر قرارداد به عنوان «مال» و با استفاده از قاعده «استیفا از مال غیر» و همچنین با استمداد از قاعده «داراشدن ناعادلانه» راهی برای ورود خسارات نفع محور به حقوق ایران پیدا شود.^{۲۱} لیکن پذیرش آن نیازمند احساس نیاز عمومی و عدول نسبی حقوقدانان از بعضی قواعد سنتی است.

در فقه اسلامی نیز رویکرد محاسبه خسارات همواره بر مبنای زیان وارده بوده است فقط در برخی موارد بسیار نادر تا حدودی رویکردی نفع محورانه داشته است. به عنوان مثال در خصوص اجیر خاص جایز نیست در مدت تعیین شده، بدون اذن موجر برای خود یا دیگری کار کند و در صورتی که برای دیگری کاری انجام دهد تمام منافع بدست آمده برای مجیر خواهد بود ولو اینکه از قرارداد او بیشتر باشد. نظر شهید ثانی در این خصوص این است که اگر عمل اجیر خاص در قالب عقد جعاله باشد مستاجر مخیر است عقد جعاله را اجازه دهد و اجرت تعیین شده را از اجیر یا شخصی که قرارداد جعاله با او بسته است مطالبه کند و همین حکم را در موردی که اجیر عمل را مجاناً انجام داده است وارد می‌داند.^{۲۲} نکته قابل توجه این است که شهید ثانی استحقاق مجیر را چیزی فراتر از زیان قراردادی او دانسته است زیرا اگر از بعد زیان محوری نگاه کنیم حقوق مجیر فقط محدود به همان رابطه قراردادی یعنی مال الاجاره خواهد بود در واقع در باطن این نظر، یعنی استحقاق مجیر بر جعل تعیین شده به نوعی دیدگاه نفع محوری وجود دارد و اجیر را از منافع بدست آمده از نقض قرارداد محروم می‌سازد.

۲-۳. بررسی خسارات نفع محور در حقوق آلمان

در حقوق آلمان هیچ بحث مستقلی در خصوص استرداد منافع بدست آمده از نقض قرارداد وجود ندارد. اما در موارد مختلفی دیده می‌شود که به نوعی خسارات نفع محور را اعمال کرده است که در ادامه شرح مختصری از این موارد ارائه خواهد شد لازم بذکر است بیان این موارد صرفاً جهت روشن تر شدن موضوع و تنویر ذهنی دانش پژوهانی که با کلیت موضوع نا آشنا هستند خواهد بود و بررسی مفصل و تطبیقی جایگاه خسارات نفع محور در حقوق آلمان و یا سایر کشورها خود پژوهش مستقلی است که علاقه‌مندان می‌توانند به گزارشات ملی آقای اود هاندیوس که از حقوق حدود ۱۵ کشور مختلف دریافت کرده است مراجعه کنند.^{۲۳}

۲.۱. قانون خسارات

۱۹. سعید بالی پور بابادی، فیروز احمدی، جمشید میرزائی، «امکان سنجی استرداد منافع ناشی از نقض قرارداد در حقوق ایران با مطالعه حقوق انگلیس» فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ۱:۲۷ (۱۴۰۲) ۱۲-۱۴. doi.org/20.1001.1.22516751.1402.27.1.2.114-12

۲۰. همانجا و . اسماعیل نعمت الهی و مریم‌سادات سیدعلی روثه «بررسی خسارات نفع محور ناشی از نقض قرارداد در کامن لا و حقوق ایران، نشریه مطالعات حقوق تطبیقی»، ۲:۱۰ (۱۳۹۸) ۸۰۳-۷۸۳. doi.org/10.22059/jcl.2019.273655.633780

۲۱. بالی پور بابادی، پیشین، ۱۸

۲۲. شهید ثانی، شرح لمعه، حمید مسجدسرائی (قم: انتشارات پیام نوآوران، ۱۳۹۱، ۳۳۱.

23. See. Ewoud Hondius and André Janssen, (2015) Disgorgement of Profits: Gain-Based Remedies Throughout the World, The Modern Law Review, January 2015, DOI:10.1007/978-3-319-18759-4

بحث محوری در قانون خسارت آلمان این است که وضعیت خواهان باید در شرایطی قرار گیرد که اگر نقض قرارداد رخ نمی داد می توانست در آن شرایط قرار گیرد و تحت عنوان نظریه «تفاوت»^{۲۴} بیان شده است. که البته این تعهد به جبران خسارت به خواهان عموماً مستقل از منفعت ایجاد شده برای خواهان لحاظ می شود. با این حال، یک نظریه بحث برانگیز وجود دارد که خسارات را نباید به روشی کاملاً منطقی، بلکه به روشی «هنجاری» ارزیابی کرد. بر اساس تئوری "خسارت هنجاری"^{۲۵} یکپارچگی هنجاری و اخلاقی که می بایست توسط قانون حمایت شود، باید در اندازه گیری میزان مناسب خسارت در نظر گرفته شود.^{۲۶} و در برخی موارد این مورد نیز توسط دادگاه پذیرفته می شود. به عنوان مثال، خسارت برای تعمیر حتی اگر شخص آسیب دیده قصد تعمیر شی آسیب دیده را نداشته باشد، تعلق می گیرد.^{۲۷} بر همین اساس نیز گفته می شود هنگامی که یک طرف حقوق مالکیت معنوی را نقض می کند، امکان استرداد سود نیز گاهی اوقات مبتنی بر مفهوم خسارات «هنجاری» قابل توجیه است.^{۲۸} ..

۲.۲.۲. کاهش قیمت یا دستمزد:^{۲۹}

در موارد «عملکرد کم هزینه»، دادگاه های آلمان از مقررات مربوط به کاهش قیمت یا حق الزحمه استفاده می کنند. به عنوان مثال، طبق ماده ۶۳۸ BGB، اگر کار دارای کیفیت های موعود نبوده یا دارای نقص هایی باشد که ارزش یا تناسب آن را برای استفاده معمولی یا مقرر شده توسط طرفین از بین می برد یا کاهش می دهد، می توان دستمزد قرارداد کار را کاهش داد. در صورتی که خواننده به دلیل عدم ارائه کامل خدمات، در هزینه های خود صرفه جویی کند، حتی اگر مدعی ضرری متحمل نشده باشد، دادگاه اجازه کاهش دستمزد را می دهد. با این حال، این کاهش لزوماً با کاهش سود یکسان نیست، زیرا بر اساس قیمت فرضی یا پاداش عملکرد کاهش یافته است.^{۳۰}

۳.۲.۲. سود حاصل از کسب و کار:^{۳۱}

در قانون آلمان، و همچنین در قوانین اتریش و سوئیس، یک روش خاص و مهم برای استرداد سود حاصل از نقض قرارداد وجود دارد بر اساس ماده ۲۸۵ (۱) BGB متعهد مجاز است در صورت عدم امکان اجرای قرارداد، جایگزین و بدل آن را اجرا کند. در متن این قانون آمده است اگر در نتیجه شرایطی که انجام قرارداد را غیرممکن می کند، مدیون جایگزین یا ادعای جبران مال مدیونی را به دست آورد، طلبکار می تواند تسلیم بدل دریافتی یا واگذاری طلب را مطالبه کند..

۳. شیوه های ارزیابی خسارات نفع محور در حقوق انگلیس

24. Differenztheorie

25. Normative Damages

26. K Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts I, 14th edn (1987)

27. Markesinis, W Lorenz and G Dannemann, The German Law of Obligations Volume I: The Law of Contracts and Restitution: A Comparative Introduction, The Edinburgh Law Review (1997), 676

28. Gewinnabschöpfung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts", in Festschrift für Deutsch (1999), Article published January 201, 85-109 doi.10.1515/9783110274035.2749

29. Minderung

30. K Rusch "Gewinnabschöpfung bei Vertragsbruch – Teil II" (2002), 389

31. The Commodum ex Negotiatione

یکی از چالش‌های مهم در حوزه خسارات نفع محور ارزیابی و تعیین میزان خسارات است. این مرحله از اهمیت بالایی برخوردار است زیرا همانگونه که گفته شد ممکن است خواهان را در معرض دریافت مالی کند که برای او بادآورده محسوب شود و از طرف دیگر کم بودن میزان خسارات ممکن است دستاورد مورد نظر را نداشته باشد در حقیقت این مرحله مرز بین خواهان و خواننده در دارا شدن ناعادلانه را تعیین می‌کند.

۳-۱. معیار ورثوم پارک

خسارات موسوم به ورثوم پارک با عناوین متفاوتی همانند «خسارات کاربر»^{۳۲}، «خسارت هزینه مجوز»^{۳۳}، یا «خسارت مذاکره»^{۳۴} توصیف شده است.^{۳۵} همه این نامگذاری‌ها بینش مفیدی در مورد مبنای این معیار ارائه می‌دهند، اما شاید بهترین تصویر از عملکرد آن توسط برایتمن در خود پرونده ارائه شده است.

این پرونده^{۳۶} مربوط به نقض یک شرط ضمن عقدی که بین طرفین منعقد شده بود مربوط می‌شد و بر اساس این شرط اجازه ساخت تعداد خانه‌ها در زمینی که اجاره داد شده بود را محدود می‌کرد. خواننده پرونده یعنی شرکت مسئولیت محدود پارک سایید هومز تعدادی خانه بیش از مقدار مورد توافق را در زمین مورد قرارداد بدون کسب مجوز قبلی از خواهان پرونده یعنی شرکت مسولیت محدود ورثوم پارک ساخته بود. مدت کوتاهی پس از شروع کار ساختمانی، خواهان نامه‌ای خطاب به خواننده صادر کرد و این نقض تعهد را گوشزد کرد و متعاقب آن به دنبال اخذ دستور موقت برای محدود کردن ادامه ساختمان سازی و نیز صدور حکم برای تخریب ساختمان‌هایی بود که بر خلاف تعهد ساخته شده بودند. آقای برایتمن قاضی پرونده از صدور حکم تخریب امتناع ورزید زیرا اجرای این امر باعث هدر رفت غیر قابل جبران منابع اقتصادی و نیز تخریب خانه‌های زیادی می‌شد که مورد نیاز جامعه بودند و در عوض حکم به نوع خاصی از جبران خسارت داد که تحولی نوین در حوزه جبران خسارات قراردادی ایجاد کرد.

بر اساس حکم صادره توسط برایتمن، خسارات اندازه‌گیری شده بر اساس کاهش ارزش اسمی نبود زیرا خواهان خود قبول داشت ارزش زمین او با ساخت خانه‌های مورد بحث کاهش نیافته است و هیچ خسارتی هم از این نقض قرارداد متحمل نشده بود با این وجود، برایتمن با استفاده از رویکرد «معامله فرضی»^{۳۷}، نوعی خسارت قابل تاملی را به صورت جایگزین اعطا کرد. استدلال او چنین بود که خواننده می‌توانست از دو طریق از نقض تعهدنامه مندرج در قرارداد اجتناب کند. در وهله اول می‌توانست به آن عمل کرده و آن خانه‌ها را نسازد و یا اینکه اگر ضرورتی در جهت نقض قرارداد داشت می‌توانست از خواهان به دنبال کسب رضایت باشد.

برایتمن در رای خود اعلام کرد که با توجه به مدارک موجود در پرونده، خواننده هیچ‌گونه رضایتی را کسب نکرده است، و به همین جهت می‌بایست در قبال خواهان مسئول شناخته شود اما اینکه به چه نحو و به چه میزان می‌بایست نسبت به ارزیابی خسارات

32 . User Damages

33 . License Fee Damages

34 . Negotiating Damages

35 . Graham Virgo, *The Principles of the Law of Restitution*, Oxford Academic, (3rd edn), 132 Published: June 2006, doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198726388.001.0001

36 . *Wrotham Park Estate Co Ltd v Parkside Homes Ltd* (1974)

37 . Hypothetical Bargain

اقدام کرد، چنین بیان کرد که: «...فرض می شود خواهان می توانست چنین کاری را انجام دهند...» لذا خسارات باید به میزان «...مبلغی که خواهان ممکن به طور منطقی و منصفانه از خواهان به عنوان پولی برای رضایت مطالبه کرده اند...» ارزیابی شود.

برای تعیین این مبلغ، نظر برایتمن این بود که چنین فرض می شود که مالک زمین از سازنده می پرسید که «انتظار دارد چه سودی از پروژه به دست آورد؟» سپس باید درصد معینی از آن سود پیش بینی شده را به عنوان عوض در برابر رضایت در خصوص انصراف از شرط مندرج در قرارداد « مطالبه می کرد. در نهایت چنین برآورد شد که رقم واقعی سود که می توان پیش بینی کرد در زمان معامله فرضی به طور فرضی تخمین زده شود حدود ۵۰ هزار دلار بود و همچنین قیمت معقول برای کسب رضایت پنج درصد از این رقم بوده است بر این اساس خسارت ۲۵۰۰ دلار تعلق گرفت.

۳-۱-۱. ماهیت معیار ورثوم پارک

در خصوص ماهیت این رای، می توان چهار نظریه مطرح کرد:

۳-۱-۱-۱. جبرانی-عینی

برخی از مفسران چنین استدلال می کنند که رای صادره در قضیه ورثوم پارک نوعی جبران خسارت واقعی را پیش بینی می کند. زیرا خسارت مورد حکم در قبال فرصت از دست رفته متعهدله برای چانه زدن با متعهد برای اعطای رضایت برای عدول از تعهد بوده است. این دیدگاه بر این فرض استوار است که متعهدله در واقع می توانست با متعهد برای جبران کاهش حقوق خود وارد معامله و گفتگو شود. توضیح کامل و تجزیه و تحلیل این نظریه برای اولین بار توسط پروفیسور شارپ و پروفیسور وادمز ارائه شد^{۳۸} و بعداً در تعدادی از پرونده در حقوق انگلیس به آن استناد شد^{۳۹} از جمله پرونده ای که به WWF^{۴۰} معروف است که در آن قاضی چادویک بیان کرده است: « من فکر می کنم که کاملاً واضح است که در پرونده ورثوم پارک، برایتمن بر این عقیده بود که او در حال پرداخت خسارت جبرانی است. زیرا خسارت پرداختی به خواهان باید به عنوان مبلغی تلقی شود که به طور منطقی ممکن بود به عنوان پولی که برای اعراض از تعهد طلب کند. بنابراین، سؤال این بود که چه مبلغی معقول می بود برای پیمان نامه تقاضا کند: فرض می شد که اگر تقاضا معقول بود، خواننده مایل بود آن را پرداخت کند.»

این نظریه غیر قابل قبول به نظر می رسد زیرا اولاً، در صورتی که از حقایق معلوم شود که خواهان هرگز نمی پذیرفت که خواننده را از تعهداتش رها کند در مورد اینکه خواهان فرصت چانه زنی با خواننده را از دست داده است نمی توان صحبت کرد، با توجه به این موضوع، بسیار عجیب است که بگوییم خواهان فرصت چانه زنی را از دست داده است، زیرا به گفته برایتمن، او هرگز چنین فرصتی را نداشته است. ثالثاً، این تحلیل را نمی توان در مواردی به کار برد که قرارداد یا عهد به طور خاص علیه خواننده قابل اجرا نبوده است، زیرا در چنین شرایطی هرگز نقطه تاریخی وجود نداشته است که در آن فرصت معامله وجود داشته باشد.

³⁸ S. Waddams, and R. Sharpe Damages for Lost Opportunity to Bargain. Oxford Journal of Legal Studies, Volume 2, Issue 2, SUMMER 1982, Pages 290-297, doi.org/10.1093/ojls/2.2.290

³⁹ به عنوان مثال می توان از پرونده Jaggard v Sawyer (1995) و یا پرونده Gourd v Graham (1999) نام برد
⁴⁰ این پرونده مربوط به اختلاف طولانی مدت بین صندوق جهانی طبیعت و فدراسیون جهانی کشتی در مورد استفاده از حروف اول "WWF" بود. در سال ۱۹۹۴، دو طرف قراردادی را منعقد کردند که به موجب آن فدراسیون موافقت کرد که استفاده از حروف اول را به میزان قابل توجهی محدود کند. فدراسیون متعاقباً این توافق را زیر پا گذاشت و صندوق موفق شد خساراتی دریافت کند که بر اساس ورثوم پارک اندازه گیری شده بود.

۳-۱-۱-۲. نفع محور-عینی

استدلال دیگری که درخصوص ماهیت خسارات ورثوم پارک می شود این است که گفته می شود شکلی از خسارات نفع محور است که بر سود واقعی و عینی به دست آمده توسط خواننده تمرکز می کند.^{۴۱} در نگاه اول، به نظر می رسد این یک تحلیل کاملاً معقول از رای باشد. هرچند خسارات اعطا شده در ورثوم پارک معادل پنج درصد از سود واقعی خواننده محاسبه شد. اما در این تفسیر، ابزار ارزیابی خسارت را با هدف واقعی رای اشتباه گرفته شده است. درست است که خسارات اعطا شده در ورثوم پارک با استناد به سود واقعی دریافتی توسط خواننده ارزیابی شده است، اما این موضوع تنها به این دلیل بود که آن رقم بهترین تخمین را از اینکه خواننده انتظار داشت از عملیات خود چه سودی داشته باشد ارائه می کرد که به نوبه خود مربوط به تعیین قیمت فرضی است که خواهان برای اسقاط شرط درخواست می کرد مرتبط نیز بود. به عبارت دیگر، سود عینی خواننده به عنوان معیاری در ارزیابی رای موثر بود، اما خود مبنایی اصلی رای نبود و این یک تمایز مهم است که نباید نادیده گرفته شود.

۳-۱-۱-۳. جبرانی-ذهنی

توجیه سوم این است که خسارات ورثوم پارک به عنوان نوعی جبران خسارت ذهنی عمل می کند. طرفداران این دیدگاه می پذیرند که این رای نمی تواند به عنوان جبران خسارت عینی تعبیر شود، اما در عوض استدلال می کنند که رای به عنوان یک راه حل جایگزینی برای جبران حقوقی عمل می کند که توسط خواننده نقض شده است.

این رای که توسط طرفدارانش به عنوان « خسارات مبتنی بر حقوق »^{۴۲} یا « خسارات جایگزین »^{۴۳} توصیف شده است. این نامگذاری متفاوت منعکس کننده بحث ادامه دار در مورد اینکه آیا رای ورثوم پارک می تواند به درستی به عنوان مبتنی بر ضرر یا جبران کننده توصیف شود نیز می باشد. که پروفیسور باروز به استفاده از کلمه « زیان » در این زمینه انتقاد می کند و استدلال می کند که توصیف خواهان به عنوان کسی که حقیض ضایع شده نادرست است. حق او نقض شده است، اما از بین نرفته و استحقاق خواهان برای طرح دعوی، خود شواهد روشنی است که ثابت می کند حقوق خواهان مانند قبل ادامه دارد.^{۴۴} نکته باروز شاید اغراق آمیز باشد زیرا درست است که خواهان حق ثانویه خود را برای جبران خسارات حفظ می کند، اما در پاره ای از موارد او حق اولیه خود را برای انجام تعهدات خواننده از دست داده است.

در نهایت در پاسخ به این سوال که آیا می توان خسارت ورثوم پارک را به عنوان خسارت جایگزین توصیف کرد؟ مطمئناً نظر قابل تاملی است و امکان چنین توصیفی دور از منطق نیست. در صورت عدم وجود ضرر مادی واقعی، رای برای حق اجرای مدعی ارزشی عینی قائل می شود. حقی که توسط خواننده نقض شده است. توضیح جایگزینی از حکم که بر ارزش عینی حق نقض شده تمرکز ندارد، بلکه بر ارزش عینی منفعتی که متهم در نتیجه نقض آن به دست آورده است، تمرکز دارد بنابراین صحبت درباره « حقوق از دست رفته » در این زمینه کاملاً بی ربط نیست. اما برای شفافیت ممکن است ترجیح داده شود که بین غرامت مبتنی بر

⁴¹. Ralph Cunnington, op.cit. 211

⁴². Substitutive Compensation. See Graham Virgo, op.cit. 120-160

⁴³. Rights-based Compensation. See James Edelman. Gain-Based Damages: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property (Hart Publishing Oxford 2002) 153-158 doi.org/10.1080/14729342.2002.11421419

⁴⁴. Andrew Burrows, Are 'Damages on the Wrotham Park Basis' Compensatory, Restitutionary, or Neither? Oxford Legal Studies Research Paper No. 16/2014, Posted: 17 Jun 2013, doi..doi.org/10.2139/ssrn.2280322

ضرر که به طور ذهنی با ارجاع به ضرر متعاقب خواهان ارزیابی می شود و غرامت جایگزین که به طور عینی با اشاره به ارزش حقوق نقض شده ارزیابی می شود تمایز قائل شد.^{۴۵}

۳-۱-۱-۴. نفع محور-ذهنی

خسارات ورثوم پارک را می توان بر اساس اصول سنتی جبران خسارت منطقی دانست. زیرا از خواننده می خواهد که ارزش عینی منافی را که بر اثر نقض قرارداد به دست آورده است، «پس دهد». این یک شکل از خسارت مبتنی بر سود است که خواننده برای بازگرداندن سودی که از خواهان دریافت کرده است، ملزم است. با اعمال این تحلیل در مورد حقایق ورثوم پارک، کارکرد رای این بود که خواننده را ملزم به پرداخت حق ساخت خانه های اضافی و فارغ از محدودیت های شرط ضمن عقد کند.^{۴۶}

در نگاه اول این نظریه مشابه نظریه نفع محور-عینی که در بالا به آن اشاره شد به نظر برسد اما این نظریه کاملاً تفاوت دارد. این تفاوت شاید با بیان رای هاکت به بهترین شکل نشان داده شود.^{۴۷} خوانندگان که مالکان یک مجموعه هتل بزرگ بودند، با بیرون راندن غیرقانونی خواهان از ۳۰ آپارتمانی که تحت یک اجاره بلندمدت در اختیار داشت، مرتکب تخلف شدند. و اقدام به استفاده از آپارتمان ها به عنوان بخشی از مجموعه هتل خود کرد. به دلیل پایین بودن مشتریان، خوانندگان نتوانستند از این تخطی سودی ببرند با این وجود، شورای خصوصی به خواهان خسارات قابل توجهی که بر اساس ارزش اجاره معقول آپارتمان ها در طول مدت تجاوز محاسبه شده بود، اعطا کرد. و این بدان معناست که خسارات نفع محور اندازه گیری شده بر مبنای ذهنی و اعتباری بوده است. این رویه بعدها در مواردی که خواننده بدلیل ناتوانی شخصی از تخلف سودی نبرده است نیز به کار گرفته شد.^{۴۸}

۳-۱-۱-۵. تحلیل نهایی

از چهار توضیح در مورد خسارت ورثوم پارک، توضیح اول و دوم را می توان با بصورت منطقی رد کرد، زیرا تمرکز آنها بر سود و زیان واقعی با رویکرد ذهنی ارزیابی که توسط دادگاه ها کار گرفته شده سازگار نیست.^{۴۹} تصمیم گیری در مورد اینکه کدام یک از دو توضیح دیگر مناسب تر است بسیار دشوارتر است. زیرا در هر موقعیتی که انحصار دوجانبه بر حق مورد بحث وجود دارد، ارزش عینی حق نقض شده دقیقاً همان ارزش عینی سود دریافتی خواننده خواهد بود.

این ابهام را می توان با در نظر گرفتن حقایق ورثوم پارک نیز نشان داد. حق مورد بحث، حقی بود که توسط خواهانان تحت یک شرط ضمن عقد محدود کننده که به طور مطلق توسعه ساختمان سازی را در زمینی را که به خوانندگان تحویل داده شد را ممنوع می کرد، مگر در مطابقت کامل با طرحی که توسط خواهانان تایید شده است. هر گونه تخفیف حق فقط توسط خواهانان انجام می شود و فقط می تواند به نفع خوانندگان و جانشینان آنها باشد. از آنجایی که نمی توان حق را به نفع شخص ثالث کاهش داد، ارزش عینی حق خواهان دقیقاً همان ارزش عینی منافی بود که خواندهان به دست آورده بودند.

⁴⁵. Ralph Cunnington, op.cit. 216

⁴⁶. See James Edelman, op.cit.

⁴⁷. Inverugie Investments Ltd v Hackett(1995)

⁴⁸. SempraMetals Ltd (formerly Metallgesellschaft Ltd) v Inland Revenue Commissioners (2007)

⁴⁹. Craig Rotherham, "Wrotham Park Damages" and Accounts of Profits: Compensation or Restitution? (2008), available at: <https://www.academia.edu/>, 29-30

این را می توان با پرونده دیگری مانند بریسفورد^{۵۰} مقایسه کرد. خواننده تابلوهای برق خواهان را پس از مدت زمان قرارداد نزد خود نگه داشت و خواهان برای بازگرداندن تابلوها دعوائی را مطرح کرد. و یک حق الاجاره معقول برای مدتی که در طی آن متوقف شده بودند را مطالبه کرد. خواهان هیچ ضرر واقعی ندید زیرا تعداد تابلوهای برق که او داشت بیشتر از آن چیزی بود که می توانست در بازار به اجاره دهد و خواننده هیچ سود واقعی نداشت زیرا از تجهیزاتی که نزد خود داشت استفاده ای نمی کرد. لذا اعطای حق الاجاره، یک خسارت ذهنی بود که با شرایط واقعی طرفین مرتبط نبود. با توجه به این واقعیت ها، به نظر می رسد که بازار آزاد برای اجاره تابلو برق برای هردو طرف وجود داشت، به عبارت دیگر ارزش مورد بحث یعنی همان ارزش بازاری به صورت ذهنی برای هردو طرف ایجاد شد. به طوری که ارزش ذهنی حق تملک خواهان و ارزش ذهنی استفاده به دست آمده توسط خواننده یکسان است، همانگونه که خواهان احتمال استفاده داشت خواننده نیز احتمال استفاده را نیز داشت.

اما در نهایت اینکه کدام رویکرد را به عنوان ماهیت اصلی برگزیده شود از نظر برخی نویسندگان تفاوت عملی چندانی ندارد^{۵۱} با این استدلال که ارزیابی خسارات بر مبنای معیار ورثوم پارک بدون توجه به اینکه رویکرد جبرانی ذهنی یا نفع محور ذهنی اتخاذ شده باشد یکسان خواهد بود. فقط یک تفاوت دارد در مواردی که خواهان به هرشکلی از مطالبه خسارات جبرانی محروم است می تواند از باب خسارات نفع محور حق خود را مطالبه کند بنابراین رویکرد نفع محور ذهنی ارجح است.^{۵۲}

۳-۱-۲. موارد قابل انطباق با معیار ورثوم پارک در حقوق ایران

الف. رای وحدت رویه شماره ۸۱۱ مورخ ۱۴۰۰/۰۴/۰۱: در حقوق ایران با توجه به سابقه فقهی همواره به عنصر ضرر اما یکی از تحولات مهم در حقوق ایران که می توان گفت یکی از طلایه روشن در ورود موضوع خسارات نفع محور به حقوق ایران است رای وحدت رویه شماره ۸۱۱ مورخ ۱۴۰۰/۰۴/۰۱ است که با لحاظ مواد ۳۹۰ و ۳۹۱ قانون مدنی صادر شده است بر اساس این رای در مواردی که مبیع مستحق للغير باشد خسارات بر اساس اموال مشابه، اوصاف و نوع آن ارزیابی می گردد

هرچند در در ماهیت خسارات موضوع این رای به مانند رای صادره در پرونده ورثوم پارک به طور دقیق نمی توان گفت نفع محور یا زیان محور است اما به نظر می رسد بعد نفع محوری آن غلبه دارد زیرا به موجب ماده ۳۶۵ قانون مدنی، بیع فاسد اثری در تملک ندارد، یعنی مبیع و ثمن کماکان در مالکیت بایع و مشتری باقی می ماند و نیز با توجه اینکه اثر عدم تنفیذ عقد فضولی نسبت به گذشته است و در صورت رد معامله هیچ اثر حقوقی ندارد^{۵۳}. پس بنابراین خریدار هیچگاه مالک ملک مور معامله نشده است که بتواند خسارات ناشی از آن را مطالبه کند به عبارت دیگر پولی را به فروشنده داده است و فقط تصور کرده است مالک شده است و هیچ مالکیت عینی برای او ایجاد نشده است و اگر از بعد عینی نگاه شود چیزی جز خسارات ناشی از اثر تورم نباید به خریدار داده شود اما در این مقرر فقط به بعد عینی توجه نشده است و از لحاظ ذهنی اینگونه فرض شده است که خریدار واقعاً مالک بوده ولی آن را از دست داده است.

⁵⁰. Strand Electrical Engineering Co Ltd v Brisford. (1952)

⁵¹. Ralph Cunnington, op.cit. 568

⁵². ibid, 569

مشابهت این رای وحدت رویه و رای ورثوم پارک را میتوان علاوه بر معیار ذهنی که بدان اشاره شد در خصوص نظریه معامله فرضی هم در نظر گرفت. بویژه در نظریه نماینده دادستان کل کشور هم دیده می شود. «... در آن مقطع مشتری می توانسته با همان وجه پرداختی بابت ثمن یک ملک فاقد هر مشکلی را خریداری کند...»

ب. ماده ۱۶ قانون روبرط موجر و مستاجر مصوب ۱۳۵۶: این ماده که تکمیل کننده مواد ۱۴ و ۱۵ همان قانون است و درباره این دو ماده بیان حکم می کند که در صورتی که موجر طبق آن مواد تخلیه را درخواست کند ولی استفاده مورد نظر را نکند؛ مستاجر می تواند درخواست خسارت معادل یک سال را از وی مطالبه کند. در تحلیل ماهیت این حکم می توان گفت نگرش ذهنی و نفع محوری خسارت غالب است زیرا ارزیابی خسارات به میزان یکسال اجاره بها هیچگونه ملازمت با خساراتی که مستاجر دیده است ندارد چه اینکه حتی می توان تصور کرد که مستاجر بر اثر تخلف صورت گرفته زیانی نکرده است زیرا ممکن است بدلیل شرایط اقتصادی و یا کساد بازار تمديد اجاره به سود او نبوده است در واقع هدف قانونگذار این بوده است که موجر را از سود حاصل از نقض تعهد منع کند و فرض کرده است که موجر به میزان گفته شده از این نقض تعهد خود سود برده است و باید به مستاجر مسترد کند.

۳-۲. معیار بلیک

یکی دیگر از پرونده های مهم در خصوص منافع نفع محور پرونده بلیک است هرچند آنچه مورد هدف این پرونده بود غیر از اجرای عدالت بود و صدور این رای انتقادهای زیادی به دنبال داشت و برخی آن را یک رای بد توصیف کردند اما در تکامل و تداوم حیات پایگاه نوپای حقوق انگلیس نقش فزاینده ای داشت بویژه اینکه در نحوه ارزیابی نیز خود حرف تازه ای داشت. به گفته دادگاه عالی استرالیا، هدف آن «تعیین دقیق ترین اندازه ممکن از سود یا منفعتی است که خواننده از نقض خود به دست آورده است»^{۵۴}.

جورج بلیک (خوانده) مامور MI6، سازمان اطلاعات مخفی بریتانیا بود که در دهه ۱۹۵۰ به بریتانیا خیانت کرد و به عنوان مامور دوگانه برای اتحاد جماهیر شوروی تبدیل شد. بلیک در سال ۱۹۶۱ به جرم جاسوسی دستگیر و به ۴۲ سال زندان محکوم شد. بلیک در نهایت از زندان فرار کرد و به اتحاد جماهیر شوروی پناهنده شد و در مسکو ماند. در سال ۱۹۹۰، بلیک زندگی نامه خود را منتشر کرد و ۶۰۰۰۰ پوند به عنوان پیش پرداخت حق امتیاز دریافت کرد. اطلاعات موجود در زندگی نامه از سال ۱۹۹۰ دیگر طبقه بندی نبود و در نتیجه فاقد جنبه محرمانگی شده بود و این به این معنا بود که نشر آن اطلاعات ضرری را متوجه دولت بریتانیا نمی کرد یعنی جبران خسارات تحت عنوان خسارت ناشی از نقض قرارداد، با اصول فعلی مغایرت داشت.

دولت بریتانیا از تعقیب بلیک منصرف نشد و برگه برنده خود را رو کرد و به نقض قرارداد متوسل شد. قراردادی که وقتی بلیک برای اولین بار به MI6 پیوست، آن را امضا کرده بود. طبق این قرارداد بلیک بدون اجازه قبلی دولت حق ندارد هیچ مصاحبه ای با جراید نکند و هیچ کتابی را در خصوص مسائل کاری منتشر کند. این قرارداد دستاویزی شد تا انتقام مورد نظر صورت گیرد و دادگاه حکم به مصادره باقیمانده طلب بلیک از شرکت انتشاراتی به نفع خواهان داد.

۳-۲-۱. ماهیت معیار بلیک

⁵⁴. Ralph Cunnington, op.cit. 587

ماهیت رای صادره در قضیه بلیک برخلاف ورثوم پارک پیچیدگی کمتری دارد در مورد این رای سه نکته قابل توجه است. اولاً، دعوای مطرح شده یک دعوای شخصی بود و نه عینی^{۵۵} و بر این اساس از مزایای مربوط به دعوای عینی بهره مند نمی شود^{۵۶}. ثانیاً: مهمترین ویژگی این رای این است که بر سود عینی حاصل شده برای خواننده تمرکز دارد و نیازی به اثبات اینکه خواهان ضرری متحمل شده بود یا اینکه سود دریافتی خواننده مستقیماً از او گرفته شده بود وجود نداشت^{۵۷}. ثالثاً، از ظاهر رای به نظر می رسد مبلغ اعطا شده با توجه به سود ناخالص بلیک اندازه گیری می شود. هرچند دادگاه حکم پرداخت بخش دوم قرارداد کرد و مبلغ اول را که بلیک دریافت کرده بود را غیر قابل وصول ندانست اما همین موضوع که هزینه‌ها، یا زمان، یا مهارت بلیک برای نوشتن کتاب صرف کرد در رای محاسبه نشد و این امر باعث شد دادگاه‌ها تمایل چندانی به ارائه کمک هزینه برای کار و مهارت خواننده نداشته باشند^{۵۸}، هرچند دلایلی که به لحاظ حقوقی در این خصوص قانع کننده نیست ولی به نظر نگارنده این عدم محاسبه به لحاظ بعد تنبیهی و به عبارت بهتر بعد انتقام جویانه رای بود اما بازهم به ویژه در مواردی که متخلف غیرصادقانه عمل کرده باشد ممکن است این ابهام بوجود آید که آیا می توان ناقض قرارداد را از هزینه های انجام شده محروم کرد یا خیر پاسخ دقیقی نمی توان داد ولی براساس اصول حقوقی باید گفت هزینه های انجام شده باید محاسبه گردد.

تفسیر جبرانی میزان خسارت بلیک را می توان به یکی از دو روش بیان کرد که هر دوی آن‌ها قانع کننده نیستند. اولاً، گاهی اوقات ادعا می شود که در مواردی که اندازه گیری زیان دشوار است، محاسبه سود به عنوان جایگزینی برای جبران خسارت تعلق می گیرد. (چنین دیدگاهی در تعدادی از پرونده های مالکیت معنوی قرن نوزدهم حمایت شده است^{۵۹}) اما این نظر در نهایت باید رد شود زیرا در مواردی که ضرری متحمل نشده و ضرر خواهان به آسانی قابل اندازه گیری بوده است، حکم به جبران صادر شده است.

ثانیاً، گاهی اوقات پیشنهاد می شود مبنای رای بلیک این است که جبران فرصت از دست رفته خواهان برای چانه زنی با خواننده را جبران می کند.^{۶۰} (Lee, 2011, pp. 258-260) ایرادات وارده به این رویکرد قبلاً در بحث ما در مورد خسارات ورثوم پارک و موارد مشابه بیان شده است. و این ایرادها با همان استدلال در اینجا اعمال می شوند. در واقع، همانطور که چادویک در WWF بیان کرد، مفهوم یک معامله فرضی بین دادستان (به عنوان کارفرما) و یک جاسوس، برای رهایی از تعهد خود مبنی بر عدم انتشار اسرار رسمی («...شاید خیلی عجیب باشد که بتوان به آن فکر کرد...»).

۳-۲-۲. موارد قابل انطباق با معیار بلیک در حقوق ایران

الف) ماده ۷ قانون پیش فروش ساختمان ها: این ماده در خصوص اختلاف مساحت ساختمان ایجاد شده با قرارداد، عنوان داشته است در صورتی که مساحت بناء براساس صورت مجلس تفکیکی، کمتر یا بیشتر از مقدار مشخص شده در قرارداد باشد، ما

⁵⁵. Ralph Cunnington, op.cit. 571

⁵⁶. در حقوق انگلیس دعوای عینی و مبتنی بر مالکیت دارای برخی مزایا از جمله در حق تقدم در ورشکستگی برخوردار هستند

⁵⁷. Craig Rotherham, op.cit. 96

⁵⁸. Ralph Cunnington, op.cit. 586

⁵⁹. Hogg v Kirby (1803) , Lever v Goodwin (1887)

⁶⁰. Pey Woan LEE, Rationalising Restitutionary Damages in Contract Law, Published in Journal of Contract Law, 2001 January, Volume 17, Issue 3: 258-260

به التفاوت براساس نرخ مندرج در قرارداد مورد محاسبه قرار خواهد گرفت؛ لیکن چنانچه مساحت بنا تا پنج درصد افزون بر زیربنای مقرر در قرارداد باشد، هیچکدام از طرفین حق فسخ قرارداد را ندارند و در صورتی که بیش از پنج درصد باشد صرفاً خریدار حق فسخ قرارداد را دارد. چنانچه مساحت واحد تحویل شده کمتر از نود و پنج درصد مقدار توافق شده باشد، پیش خریدار حق فسخ قرارداد را دارد یا می تواند خسارت وارده را بر پایه قیمت روز بناء و براساس نظر کارشناسی از پیش فروشنده مطالبه کند.

مطابق عموماً قانونی مدنی، میزان اضافی را باید متعلق به پیش فروشنده بدانیم اما قانون پیش فروش ساختمان حکم دیگری را در این زمینه مقرر داشته است. در این شرایط اگر میزان اضافه مساحت تا پنج درصد مساحت مورد توافق باشد، پیش خریدار، ارزش مساحت اضافی را بر مبنای قیمت مندرج در قرارداد به پیش فروشنده می پردازد. حتی اگر قیمت روز بنا بیش از مبلغ مندرج در قرارداد باشد، همان مبلغ مذکور در قرارداد مناط اعتبار خواهد بود.

در خصوص اختلاف مساحت ساختمان، قانونگذار ما دو رویکرد داشته است رویکرد اول براساس قیمت قراردادی محاسبه شده و دارای جنبه جبرانی است. در مواردی که بنا افزایش مساحت داشته باشد پیش خریدار حق دارد قرارداد را فسخ کند یا قیمت اضافه مساحت را بر اساس ارزش «مندرج در قرارداد» تادیه نماید. اما درخصوص کسری مساحت بنا، براساس قیمت روز محاسبه شده و دارای جنبه نفع محوری است مقرر می دارد اگر پیش خریدار قصد فسخ قرارداد را نداشته باشد می تواند بر پایه قیمت روز بنا و نظر کارشناس، خسارات وارده را مطالبه نماید. این مقرر نیز به مانند رای وحدت رویه مذکور با توجه به عدم تعادل بین نرخ تورم و نرخ افزایش زمین و مسکن معیار جبران خسارت را نرخ روز مقرر کرده است بر اساس این قانون، اصل «به متخلف نباید چیزی داده شود» کاملاً رعایت شده است. قانونگذار قصد دارد پیش فروشنده را از منافع مربوط به تفاوت نرخ تورم و نرخ رشد قیمت مسکن محروم کند اما چون فرضیات ذهنی رای وحدت رویه پیش گفته را ندارد بیشتر به معیار بلیک شبیه است.

ب) تبصره ۲ ماده ۳۵ قانون کار: براساس این قانون یکی از معیارهای تعیین شده در حقوق کارگران را تعیین براساس قیمت محصول تولید شده قرارداده است. همچنین در ماده ۱۷۱ این قانون کار اجباری را ممنوع کرده است و متخلف را محکوم به پرداخت اجرت المثل و جبران خسارت کرده است. می توان از ترکیب این دو مقرر به عنوان یک ابزار در جهت ایجاد خسارات نفع محور بهره برد بدین توضیح که که اگر کارفرما کارگری را به کار اجباری وادار کند و بدینوسیله کالائی با ارزش اقتصادی بالا تولید کند و سپس بخواهد با پرداخت اجرت المثل معادل کارکرد یک کارگر در حالت عادی بپردازد و از این راه کسب منفعت کند می توان اجرت المثل کارگر را باتوجه به محصول تولید شده محاسبه کرد و منافی را که کارفرما کسب کرده است را مسترد کرد.

ج) ماده ۴۹ قانون بورس و اوراق بهادار بر اساس این ماده اشخاص متخلف به پرداخت یک تا سه برابر سود بدست آمده یا ضرر محتمل نشده محکوم خواهند شد. از آنجا که میزان محاسبه بر اساس سود عینی است با معیار بلیک مطابقت دارد هرچند نفع محور بودن اینگونه خسارات با توجه به اینکه به دولت پرداخت می شود مورد انکار قرار گرفته است (نعمت الهی و سیدعلی روته ۱۳۹۸: ص ۸۰۱) اما همانگونه که بیان شد به مانند تئوری مقررات جامع مقابله در حقوق آلمان، خسارات نفع محور جنبه عام دارد و نیازمند ورود همه گرایش های حقوق است.

۴. نتیجه گیری

در این نوشتار بیان شده است که دو معیار برای خسارات مبتنی بر سود برای نقض قرارداد وجود دارد. در روش اول بر اساس رای صادره در قضیه ورثوم پارک، با ارجاع به ارزش ذهنی منفعت ارزیابی می‌شود و دادگاه باید خسارات را با در نظر گرفتن تمامی عوامل مرتبط در شرایط متعارف اندازه‌گیری کند در این روش عموماً بر اساس یک معامله فرضی بین متعهد و متعهدله چنین تصور می‌شود که اگر متعهدله بخواهد از حقوق خود صرف نظر کند به عنوان یک شخص متعارف چه میزان خساراتی را مطالبه می‌کرد. در حقوق ایران رای وحدت رویه ۸۱۱ مورخ ۱۴۰۰/۰۴/۰۱ دیوان عالی کشور یکی از مهمترین مقررات در خصوص استرداد منافع از متخلف است فلسفه این رای این است که برخی افراد ممکن است اینگونه محاسبه کنند که ملک دیگری را خریدار جاهل فروخته و با آن ملک مشابهی برای خود خریداری نموده و پس از کشف بطلان معامله و مطالبه ثمن توسط خریدار و طی مراحل طولانی دادرسی در مراجع قضائی با پرداخت ثمن به خریدار به نرخ شاخص بانک مرکزی از ما به تفاوت آن با افزایش قیمت املاک سودی کسب کنند که براساس رای مذکور، اینگونه منفعت اندوزی‌های نامشروع، خنثی شده و منافعی که فرض شده است کسب شده است مسترد گردد. البته ممکن است همانند آنچه در مورد رای ورثوم پارک بیان شد با توجه به متن این رای وحدت رویه در نفع محور بودن این رای تردید شود و جبرانی تلقی شود اما بررسی دقیق نشان می‌دهد با توجه به اینکه بیع باطل هیچ اثر حقوقی ندارد خریدار صاحب هیچ ملکی نشده است که اکنون بتواند خسارت از دست دادن آن را بخواهد همچنین دلیل مبنائی این رای که همانا مبارزه با سودجویی افراد شیاد است باید آن را نفع محور دانست. ماده ۱۶ قانون رویط موجر و مستاجر مصوب ۱۳۵۶ نیز با همین فلسفه مبنائی، قصد برخورد با کسب سودهای غیرقانونی دارد.

گاهی اوقات منافع بدست آمده توسط ناقض عینی بوده و به اعمال معیار ذهنی که معیاری نه چندان دقیقی است نیازی نبوده و از اینرو معیار دیگری در حقوق انگلیس شکل گرفته است که رای صادره در قضیه بلیک را الگو قرار داده است براساس این معیار آنچه متخلف به عنوان سود بدست آورده است باید مورد صدور حکم قرار گیرد و درخصوص اینکه سود خالص باید لحاظ گیرد و یا سود ناخالص بدون در نظر گرفتن حق الزحمه متخلف پرونده بلیک پاسخ روشنی نمی‌دهد ولی از آنجا که در این رای بخشی از طلب آقای بلیک از شرکت انتشاراتی استرداد گردید و همچنین طبق اصول حقوقی نظریه سود خالص ارجحیت دارد. در حقوق ایران مثالهای که با این معیار تطابق داشته باشد به لحاظ عینی بودن میزان ممکن است بیشتر باشد و در این پژوهش مواردی مثل ماده ۷ قانون پیش فروش ساختمان ها و یا تبصره ۲ ماده ۳۵ قانون کار و ماده ۴۹ قانون بورس و اوراق بهادار مورد بررسی قرار گرفت.

در نهایت در پاسخ به این سؤال که کدام یک از دو روش گفته شده ارجحیت دارد باید گفت این دو روش دو حوزه عملکردی متفاوتی دارند و هیچکدام بر دیگری برتری و ارجحیتی ندارند هرکجا سود بدست آمده از ناقض قرارداد عینی و قابل محاسبه باشد از معیار بلیک و هرکجا سود بدست آمده قابل اندازه‌گیری دقیقی نباشد می‌بایست از معیار ورثوم پارک استفاده کرد.

لازم به توضیح است در تمام مباحث گفته شده می‌توان تردیدهایی وارد کرد و تقریباً تمامی مسائل مطرح شده در این نوشتار ممکن است از سوی دانش پژوهان مورد رد یا پذیرش قرار گیرد که این امر به لحاظ موضوع مورد بحث، طبیعی به نظر می‌رسد و در حقوق انگلیس، آمریکا و سایر کشورها نیز اختلاف نظرات حقوقدانان به همین منوال بوده و در سطح دکترین و ادبیات دانشگاهی جدل‌های پایان ناپذیری مطرح شده است. در پایان پیشنهاد می‌شود با گذر از رویکرد زیان محوری غیرمنعطف و با صرف نظر از برخی

تعارضاتی که نظریه خسارات نفع محور با اصول حقوقی فعلی دارد این رویکرد نوین و اثربخس حقوق کامن لا به عنوان یک نظریه کاربردی و درجهت مقابله با نقض قراردادهای منفعت طلبانه که امنیت اقتصادی جامعه را خدشه دار می کند، استفاده شود

۵. منابع

۱-۵. فارسی و عربی:

الف) کتب

۱. امامی، سید حسن. حقوق مدنی. جلد ۱. تهران: انتشارات اسلامی، ۱۳۷۲.
۲. انصاری، مرتضی محمد امین. فرائد الاصول (الرسائل). قم: انتشارت مصطفوی، ۱۳۷۴ ه.ق.
۳. علامه حلی، حسن بن یوسف. قواعد الاحکام. قم: انتشارت بی نا، ۱۳۸۹ ه.ق.
۴. شهید ثانی، شرح لمعه، حمید مسجدسرائی. قم: انتشارت پیام نوآوران، ۱۳۹۱.
۵. کاتوزیان، ناصر. دوره مقدماتی حقوق مدنی. اعمال حقوقی قرارداد-ایقاع. چاپ سیزدهم. تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۴.
۶. محقق داماد، سید مصطفی. قواعد فقه. جلد ۲ بخش مدنی. تهران: انتشارات مجد. ۱۳۸۲.

ب) مقالات

۱. سعید بالی پور بابادی، فیروز احمدی، جمشید میرزائی، «امکان سنجی استرداد منافع ناشی از نقض قرارداد در حقوق ایران با مطالعه حقوق انگلیس» فصلنامه پژوهش های حقوق تطبیقی، ۱:۲۷ (۱۴۰۲) ۱۲-۱۴
[doi.org/ 20.1001.1.22516751.1402.27.1.2.114](https://doi.org/20.1001.1.22516751.1402.27.1.2.114)
۲. اسماعیل نعمت الهی، «مطالعه تطبیقی هدف از پرداخت خسارت ناشی از نقض قرارداد» مطالعات حقوق تطبیقی، ۱۲، ۱ (۱۴۰۰)، ۳۶۹-۳۹۶
[doi: 10.22059/JCL.2020.306369.634042](https://doi.org/10.22059/JCL.2020.306369.634042)
۳. اسماعیل نعمت الهی و مریمسادات سیدعلی روته «بررسی خسارات نفع محور ناشی از نقض قرارداد در کامن لا و حقوق ایران، نشریه مطالعات حقوق تطبیقی»، ۱۰:۲ (۱۳۹۸) ۷۸۳-۸۰۳
doi.org/10.22059/jcl.2019.273655.633780

- American Law Institute, Restatement (Second) of Contracts
- Birks, (2001) ‘Unjust Enrichment and Wrongful Enrichment’ *Texas Law Review* 1769, 1781, 1794.
- Andre Janssen, , (2017), The Recognition and Enforceability of US-American Punitive Damages Awards, *Contratto e impresa/Europa*.476-479
- Andrew Burrows, Are ‘Damages on the Wrotham Park Basis’ Compensatory, Restitutionary, or Neither? Oxford Legal Studies Research Paper No. 16/2014, Posted: 17 Jun 2013, doi..doi.org/10.2139/ssrn.2280322
- Ernest J. Weinrib, *Punishment and Disgorgement as Contract Remedies*, 78 Chi.-Kent L. Rev. 55 (2003) April 2003, Available at: <https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol78/iss1/5>
- Ewoud Hondius and André Janssen, (2015) Disgorgement of Profits: Gain-Based Remedies Throughout the World, *The Modern Law Review*,. January 2015, DOI:10.1007/978-3-319-18759-4
- James Edelman. *Gain-Based Damages: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property* (Hart Publishing Oxford 2002) 153-158 doi.org/10.1080/14729342.2002.11421419Edelman,(2006) *Gain-Based Damages and Compensation*, Oxford University.
- Jaffey, Pitter, (2000), Disgorgement for breach of contract” *Restitution Law Review*.
- Graham Virgo, *The Principles of the Law of Restitution*, Oxford Academic, (3rd edn), 132 Published: June 2006, doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198726388.001.0001
- *Gewinnabschöpfung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts*”, in *Festschrift für Deutsch (1999)*, Article published January 201, 85-109 doi.10.1515/9783110274035.2749
- Markesinis, W Lorenz and G Dannemann, *The German Law of Obligations Volume I: The Law of Contracts and Restitution: A Comparative Introduction*, *The Edinburgh Law Review* (1997), 676
- Markesinis, W Lorenz and G Dannemann,(1997) *The German Law of Obligations Volume I: The Law of Contracts and Restitution: A Comparative Introduction*
- S.Waddams, and R. Sharpe *Damages for Lost Opportunity to Bargain. Oxford Journal of Legal Studies, Volume 2, Issue 2, SUMMER 1982, Pages 290–297, doi.org/10.1093/ojls/2.2.290*
- Shavell, Steven, (2006), “Is Breach of Contract Immoral?” *Emory Law Journal*.
- Seana, (2009) “Could Breach of Contract be Immoral?” *Michigan Law Review* 1551-68.
- Shiffrin, Seana, (2012), “Must I Mean What You Think I Should Have Said?” *Virginia Law Review* 159-76
- Posner, Richard A. 1999. *The Problematics of Moral and Legal Theory*, Belknap Press.
- Ralph Cunnington, *The Assessment of Gain-Based Damages for Breach of Contract, The Modern Law Review Vol. 71, No. 4 (Jul., 2008), pp. 559-586 (28 pages) Published By: Wiley, Available at: https://www.jstor.org/stable/25151222*
- Markesinis, W Lorenz and G Dannemann, *The German Law of Obligations Volume I: The Law of Contracts and Restitution: A Comparative Introduction*, *The Edinburgh Law Review* (1997),