

## عدم‌النفع و فرصت از دست رفته؛ قابلیت مطالبه و تعیین میزان ضرر (مطالعه تطبیقی در حقوق مدنی افغانستان و ایران)

علیرضا ابراهیمی<sup>۱</sup>

### چکیده

احراز ورود ضرر یکی از شروط ضروری برای مطالبه خسارت است. ضرر نیز در صورتی قابل مطالبه است که دارای اوصاف معینی باشد. یکی از این اوصاف ضروری، مسلم بودن ورود ضرر به متعهدله هست، که در مورد خسارات ناشی از عدم‌النفع، این ویژگی در حاله‌ای از ابهام قرار دارد. همچنین قابلیت مطالبه خسارات در تمامی مصادیق فرصت از دست رفته و البته تعیین میزان خسارت وارده نیز، از دیگر موارد اختلاف است. در این جستار این دو موضوع در حقوق مدنی دو کشور افغانستان و ایران مورد مطالعه قرار گرفته است. یافته‌های این پژوهش که با مراجعه به منابع کتابخانه‌ای گردآوری و با روش توصیفی-تحلیلی مطالعه گردیده است، نشان می‌دهد که در موضوع عدم‌النفع، ضرر وارده از باب تسبیب و به جهت صدق عنوان اتلاف بر آن، بدون هیچ تردیدی در هر دو نظام حقوقی مدنظر قابل مطالبه است. همچنین امکان مطالبه و تعیین میزان خسارت در فرصت از دست رفته نیز با دو شیوه قطعی در هر دو نظام حقوقی، ممکن شده است. این دو شیوه عبارت از روش هزینه و روش اماره هستند.

کلیدواژه: حقوق افغانستان، ضرر مسلم، تعیین مقدار خسارت، وجه التزام

مسلم بودن ضرر یکی از شروط ضرر قابل مطالبه است و از این جهت نیاز به توصیف دقیق دارد. بر این اساس مسلم بودن ضرر به آن معناست که ورود ضرر به خواهان به طور قطع باشد، یا اینکه با توجه به اوضاع و احوال، ورود ضرر در آینده، نتیجه وضع فعلی متضرر باشد.<sup>۱</sup> به عبارتی در احراز وصف مزبور، آنچه ضروری است، قطعیت وجود ضرر است؛ زیرا هدف از تبیین شرایط مسئولیت، جبران خسارت زیان دیده است و احتمالی بودن ضرر، با آن سر سازگاری ندارد. بنابراین باید در نظر داشت که مسلم بودن ضرر، به معنای وجود قطعی و مسلم ضرر است. هرچند که احتمال ورود ضرر در آینده باشد و اکنون صرفاً اقتضا و اسباب آن وجود داشته باشد. در چنین وضعی همچنان ضرر مسلم فرض شده و قابل مطالبه است.<sup>۲</sup>

بنابراین اگر در یک قرارداد تولید ماشین آلات، تعهد شود که از قطعات با جنس خاصی برای بالا بردن کیفیت قطعات مذکور استفاده شود، لیکن بر خلاف مفاد تعهد رفتار و این کوتاهی، سبب کاهش کیفیت و در نتیجه کاهش طول عمر و بازده قطعات شود، به لحاظ این عمل، متعهد مسئول خسارات آتی، خسارات ناشی از کاهش عمر ماشین آلات و نیاز مجدد به خرید دستگاه مزبور نیز تلقی خواهد شد.

دلیل این امر نیز، رابطه سببیتی است که بین این خسارات و عمل متعهد وجود دارد. هرچند به لحاظ زمانی هنوز خسارات متوجه طرف قرارداد نشده، لیکن در هر حال ورود آن قطعی است.

با وجود روشن بودن مفهوم مسلم بودن ضرر و اتفاق بر این امر، در بعضی از مصادیق به لحاظ عدم قطعیت خسارت و از سویی ایجاد موانع نامشروعی برای کسب سود و منفعت، لزوم جبران خسارت مورد اختلاف است. این اختلاف نیز ناشی از سکوت یا تعارض احکام قانونی است. قانون گذاران هر دو کشور افغانستان مبتنی بر فقه حنفی و ایران مبتنی بر فقه امامیه، هر چند به لزوم جبران خسارت به عنوان قاعده‌ای عام تصریح و قواعدی را نیز در این خصوص مقرر کرده‌اند، لیکن برخی از موضوعات همچنان مجهول باقی مانده‌اند و لذا نیاز است تا موارد مزبور به کمک دکترین حقوقی مورد تبیین قرار بگیرند.

موضوعات مورد اشاره، خسارات ناشی از عدم‌النفع و فرصت از دست رفته هستند. در این دو حالت، ایجاد مانع، عدم حصول منفعت احتمالی و از بین رفتن موقعیت مزبور، شائبه وجود حق جبران خسارت را پدید می‌آورد؛ توضیح اینکه در خصوص عدم‌النفع، قابلیت مطالبه خسارت، به سبب عدم قطعیت کسب سود، محل اختلاف است. همچنین در فرصت از دست رفته نیز، احراز مسلم بودن ضرر و شیوه تعیین میزان

۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، الزام‌های خارج از قرارداد، دانشگاه تهران، ۱۳۸۶، ص ۲۷۸.

۲. باریکلو، علیرضا، مسئولیت مدنی، تهران، میزان، ۱۳۸۷، ص ۷۰.

خسارت از موضوعات مورد چالش دکترین حقوقی است. در این موضوع از آنجا که فرصت مزبور بیش از یک احتمال نیست، امکان مطالبه خسارت ناشی از فوت آن و همچنین نحوه تعیین میزان خسارات مزبور نسبت به عدم‌النفع، دارای چالش بیشتری هست و نیاز به ارائه راه حلی متقن احساس می‌شود. بنابراین دو چالش عمده در رابطه با مفهوم مسلم بودن ضرر وجود دارد. بدین ترتیب برای حل هر دو موضوع در این جستار، پس از مطالعه امکان مطالبه حق خسارت در عدم‌النفع، به شیوه‌های تعیین خسارت ناشی از فرصت از دست رفته، در دو نظام حقوقی مد نظر خواهیم پرداخت.

### ۱ - امکان مطالبه خسارات ناشی از عدم‌النفع

ورود ضرر به عنوان یکی از شروط مطالبه خسارت در نظام حقوقی افغانستان به روشنی پذیرفته شده است. ماده ۷۶۴ ق.م.ا.<sup>۱</sup> به صراحت به وجود ضرر برای ایجاد ضمان اشاره کرده و اشعار داشته است: «مسبب ضرر وقتی مکلف به تادیه ضمان پنداشته می‌شود که فعل او منجر به وقوع ضرر شده باشد». در مقابل در حقوق مدنی ایران از عنصر ورود ضرر، سخنی به میان نیامده، و باید این شرط را از مواد متعددی مانند مواد ۵۱۵ و ۵۲۰ قانون آیین دادرسی مدنی ۱۳۷۹، ماده ۱۵ قانون مسئولیت مدنی و ماده ۱۲۱۶ ق.م.ا.<sup>۲</sup> استنباط کرد.<sup>۳</sup> لیکن با وجود بدیهی بودن وجود این شرط در تئوری، در مرحله اثباتی و احراز این شرط، در بعضی از مصادیق، اختلافاتی وجود دارد. یکی از مصادیق مورد اختلاف ورود ضرر، عدم‌النفع است.

عدم‌النفع به معنای حرمان از منافعی است که به احتمال قریب به یقین، حسب جریان عادی امور یا اوضاع و احوال خاص، امید وصول آن معقول و ممکن است.<sup>۴</sup> به عبارتی ممکن است سیر طبیعی امور و شرایط موجود، اقتضای به وجود آمدن منافعی را در آینده داشته باشد، لیکن به دلایلی این امر محقق نشود. مانند اینکه شخصی را که آماده و معد برای انجام یک فعالیت اقتصادی است، به طور غیر قانونی از انجام آن کار باز داریم. در چنین حالتی با آن که اوضاع و احوال موجود، در یک فرایند طبیعی، احتمال

۱. ق.م.ا. به قانون مدنی افغانستان و ق.م. به قانون مدنی ایران اشاره دارد.

۲. ق.م.ا. ۱. ق.م.م: «هر کس بدون مجوز قانونی عمداً یا در نتیجه بی احتیاطی به جان یا سلامتی یا مال یا آزادی یا حیثیت یا شهرت تجارتنی یا به هر حق دیگری که موجب قانون برای افراد ایجاد گردیده لطمه‌ای وارد نماید که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگری شود مسئول جبران خسارت ناشی از عمل خود می‌باشد». ماده ۱۲۱۶ ق.م.ا. «مرگه صغیر یا مجنون یا غیررشید باعث ضرر شود ضامن است».

۳. نصیری خوزانی، مصطفی، جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد (رساله منتشر نشده دکتر)، دانشگاه تهران، ۱۳۷۹، ص ۱۴۳.

۴. مفاد ماده ۲۵۲ قانون مدنی آلمان به نقل از جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق تعهدات، ج ۱، ۱۳۷۸، ص ۳۰۸.

انجام فعالیت اقتصادی توسط شخص و کسب منافی را مقدور می‌داند، اما وجود عللی، مانع از ایجاد نهایی این منافع می‌گردد.

قابل ذکر است که مطالبه خسارت ناشی از عدم‌النفع در حقوق ایران محل اختلاف است. منشأ اختلاف در حقوق ایران در مورد خسارت ناشی از عدم‌النفع، قوانین آیین دادرسی مدنی سال ۱۳۷۹ و کیفری سال ۱۳۷۸ بود. با این توضیح که در تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی ۷۹، برخلاف قانون آیین دادرسی کیفری ۷۸ که عدم‌النفع را قابل مطالبه دانسته بود، تصریح به قابل مطالبه نبودن عدم‌النفع شده است. در این تبصره اعلام شده است: «خسارت ناشی از عدم‌النفع قابل مطالبه نیست و خسارت تاخیر تأدیه در موارد قانونی قابل مطالبه می‌باشد».

لیکن در حال حاضر، قانون آیین دادرسی کیفری ۷۸ توسط قانون آیین دادرسی کیفری جدید در سال ۱۳۹۲ نسخ شده است. از سویی نیز در این قانون مستقیماً به خسارت ناشی از عدم‌النفع اشاره نشده، و با وجود اعتبار تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی ۷۹، هنوز شائبه قابل مطالبه نبودن خسارات مزبور باقی است.

در فقه امامیه نیز به عنوان منبع حقوق مدنی ایران، در این خصوص اختلاف نظر به چشم می‌خورد؛ برخی<sup>۱</sup> عدم‌النفع را ضرر ندانسته و معتقدند که، منفعت ایجاد مال نیست تا تلف آن ضرر محسوب شود. و انگهی نگهداشتن مالک از فروش مال، اضرار نیست بلکه منع از کسب سود است. بله اگر در جایی قنات دایر مسدود شود، ضرر وارد شده است. اما برخلاف آن، منع از اصلاح قنات بایر، ضرر محسوب نمی‌شود.<sup>۲</sup> در مقابل این دیدگاه، بعضی<sup>۳</sup> دیگر نظری کاملاً متفاوت ارائه و بیان می‌کنند که ضرر، یعنی از دست دادن چیزی که انسان دارد. آن چیز، خواه جان باشد یا آبرو و یا مال یا اعضا بدن. پس اگر شخصی مالش ناقص شود یا عضوی از اعضایش را از دست بدهد، یا اینکه با تلف کردن وی، جان از تنش برود، یا هتک حرمت شود و آبرویش برود، چه اختیاریاً و چه بدون اختیار، ضرر رخ می‌دهد. حتی اگر موجبات تحصیل منفعت، فراهم شده باشد، تلف آن عرفاً ضرر شمرده می‌شود. براساس این دیدگاه که اتلاف منفعتی را که موجباتش فراهم شده، ضرر شمرده و کاملاً نیز منطبق بر مفهوم عدم‌النفع است، می‌توان این وضعیت را از مصادیق ورود ضرر دانست.

۱. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، ج ۳۷، تهران، کتابفروشی اسلامییه، ۱۳۷۴، ص ۱۵، محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین محمد، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۲، ۱۴۰۹، ص ۷۶۲.  
 ۲. نراقی، احمد، عوائد الایام، تهران، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۳۸۱، ص ۲۵۰.  
 ۳. نایینی، محمد حسن، منیه الطالب فی الشرح المکاسب، ج ۲، بی‌جا، مکتبه المحمدی، ۱۳۷۳، ص ۱۹۸.

گفته شد که مقنن در آخرین قانون مصوب راجع به عدم‌النفع، آن را غیر قابل مطالبه اعلام کرده است. اما در مقابل، دکترین حقوقی ایران خسارات ناشی از عدم‌النفع را پذیرفته و با استناد به برخی از اصول و مواد قانونی، حکم به قابل جبران بودن آن داده است؛ با این مبنا که از منظر دکترین حقوقی، اختلاف در مورد خسارات ناشی از عدم‌النفع، بحثی عرفی و لغوی است نه فقهی و حقوقی. به عبارتی کافیتت تا در انظار مردم و قضاوت عرف، چنین محرومیتی ضرر باشد تا بتوان بر همین مبنا، حکم به جبران خسارات مربوطه داد.<sup>۱</sup>

برخی دیگر<sup>۲</sup> نیز، با بیانی دیگر و با استناد به مواد ۲۲۱، ۲۲۵ و ۳۳۱ ق.م، خسارت ناشی از عدم‌النفع را قابل مطالبه اعلام کرده‌اند؛ با این توضیح که خسارت شامل ضرر حقیقی و عدم‌النفع است. بنابراین با انتساب عدم انجام یا تاخیر در اجرای تعهد به متعهد و از سوی عدم تصریح به قابل مطالبه نبودن عدم‌النفع در مواد قانون<sup>۳</sup>، متعهد باید از عهده خسارات برآید. همچنین از سوی چون متعارف بودن امری در عرف و عادت به طوری که بدون تصریح در عقد، عقد منصرف به آن باشد، به منزله تصریح در عقد است، باید در مواردی که عرف، عدم‌النفع را جزء منافع تشخیص می‌دهد که متعهد آن را تلف نموده است، باید متعهد را محکوم به جبران آن دانست.

مانند جایی که به موقع نرساندن مال‌التجاره سبب کاهش قیمت فروش مال گردد. بدیهی است که مالک مال‌التجاره خود را محق در مورد خسارات کاهش قیمت می‌داند و می‌داند که خسارت کاهش قیمت، یکی از مصادیق عدم‌النفع است.<sup>۴</sup> این استدلال اخیر نیز به قضاوت عرف و برداشت ناشی از آن تکیه داشته و از این جهت قابل توجه است.

گفته شد که مقنن در قانون ۱۳۷۹ مذکور، خسارات ناشی از عدم‌النفع را غیر قابل مطالبه اعلام کرده بود. لیکن این امر را نباید پایان راه در این خصوص دانست. بلکه به نظر می‌رسد مقنن با تجربه و پختگی بیشتر به این موضوع نظر داشته و با گذر از ظواهر امر، راه حل منطقی و محکمی برای حل این اختلاف به دست داده است؛ قابل ذکر است که قانون آیین دادرسی کیفری ۱۳۹۲ ایران، هر چند اشاره صریحی به

۱. بهرامی احمدی، حمید، ضمان قهری، تهران، دانشگاه امام صادق، ۱۳۹۰، ص ۲۰۰.

۲. عدل، مصطفی، حقوق مدنی، قزوین، بحرالعلوم، ۱۳۷۳، ص ۱۳۳.

۳. این استدلال قبل از قانون ۱۳۷۹ مزبور بوده و به همین جهت نیز دارای این عبارت است. لیکن از آنجا که برای اثبات قابل مطالبه بودن عدم‌النفع به قضاوت عرفی استناد کرده و در ادامه نیز خواهیم دید که مقنن نیز در آخرین دیدگاه خود چنین ملاکی را برگزیده است، ارائه آن به جهت همسو بودن با آخرین نظر مقنن، مفید است.

۴. سملواتی، حشمت‌الله، خسارات ناشی از عدم انجام تعهدات قراردادی، تهران، آینده، ص ۲۶؛ نصیری خوزلی، جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد، پیشین، ص ۱۴۷.

موضوع عدم‌النفع نداشته، لیکن در مقام بیان ملاک خسارات منافع ممکن‌الحصول قابل مطالبه، در تبصره ۲ ماده ۱۴ خود اعلام داشته است: «منافع ممکن‌الحصول تنها به مواردی اختصاص دارد که صدق اتلاف نماید...». با این توضیح که قانون‌گذار در این ماده به منافع ممکن‌الوصول و از سویی ارائه ملاک «صدق اتلاف» برای مطالبه خسارات منافع مزبور اشاره کرده است. وصف «ممکن‌الوصول» اشاره‌ای به عدم‌النفع داشته و می‌توان گفت که یکی از مصادیق آن عدم‌النفع است. بدین ترتیب می‌توانیم معتقد باشیم که مقنن خسارات ناشی از ضیاع منافع ممکن‌الوصولی را که اتلاف بر آن صدق کند، قابل مطالبه شمرده است و در حکم تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۷۹، به عدم‌النفع غیر ممکن‌الوصول نظر داشته است.<sup>۱</sup>

همان‌گونه که قبلاً اشاره شد، دکترین حقوقی نیز این ملاک را پیش از تصویب قانون اخیرالذکر پذیرفته بود. البته دکترین حقوقی ایران نیز بین دو نوع عدم‌النفع تمایز قایل شده، و ملاک این تمایز را نیز، ظن و علم عرفی می‌داند. به عبارتی در این حالات، ظن قوی و عرفی کافی است تا مقتضی حصول منفعت را محقق<sup>۲</sup> و شخص متضرر را مستحق جبران آن بدانیم.

خصوصاً آنکه مقنن در تبصره مزبور در قانون ۹۲، خسارت تاخیر تادیه را قابل مطالبه اعلام کرده و می‌دانیم که این خسارت یکی از مصادیق عدم‌النفع است.<sup>۳</sup> بدیهی است که در حوزه مسئولیت مدنی، تفاوتی بین خسارات ناشی از جرم یا قرارداد وجود ندارد و باید عنوان داشت که عدم‌النفع از مصادیق ضرر است<sup>۴</sup> و در دعاوی مدنی و کیفری مجموعاً در حقوق ایران قابل مطالبه است.

در حقوق افغانستان در خصوص پذیرش یا رد عدم‌النفع، به صراحت اشاره‌ای نشده است. لیکن در مواد متعددی از جمله مواد ۹، ۷۳۰-۷۳۸، ۷۹۹-۷۵۸، ۱۵۷۳ ق.م.ا به حق جبران خسارت ناشی از ضرر تصریح شده است و برخلاف حقوق ایران هیچ حکمی دال بر قابل مطالبه نبودن این نوع خسارت وجود ندارد. از سویی همان‌گونه که بیان شد، معتقدیم بحث احراز ورود ضرر، وابسته به عرف است و نیاز به تصریح مقنن ندارد بنابراین می‌توان پذیرفت که خسارات ناشی از عدم‌النفع در حقوق افغانستان با توجه به عدم منع قانونی و استدلال‌های پیش‌گفته، بدون تردید قابل مطالبه است.

۱. قاسم‌زاده، سید مرتضی، اصول قراردادها و تعهدات، تهران، دادگستر، ۱۳۸۷، ص ۲۳۶.
۲. کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص ۲۷۸؛ بهرامی احمدی، حمید، سوء استفاده از حق مطالعه تطبیقی در حقوق اسلام و دیگر نظام‌های حقوقی، تهران، اطلاعات، ۱۳۷۷، ص ۲۴۱؛ پاریکلو، علیرضا، پیشین، ص ۶۷.
۳. اصغری آق‌مشهدی، فخرالدین، خسارت عدم‌النفع در حقوق ایران و کنولسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰، ماهنامه مفید، ۱۳۸۱، ص ۱۸.
۴. داراب‌پور، مهرباب، مسئولیت‌های خارج از قرارداد، تهران، مجد، ۱۳۸۷، ص ۹۷.

در همین راستا می‌توان به ماده ۷۳۵ ق.م.ا. نیز اشاره کرد. مقنن در این ماده که در ارتباط با خسارت یکی از مصادیق خسارات ناشی از عدم‌النفع است، اعلام می‌دارد: «هرگاه مدیون از تادیبه دینی تاخیر به عمل آورد که موضوع آن را پول نقد تشکیل داده و مقدار آن حین مطالبه معلوم باشد، دائن می‌تواند جبران خساره ناشی از تاخیر تادیبه را که سالانه معادل ۳ فی صد در موضوعات مدنی باشد، مطالبه نماید...».

بدین ترتیب در پایان می‌توان گفت که در خسارات ناشی از عدم‌النفع، عامل ضرر با ایجاد مانع، باعث عدم کسب منفعت و ورود ضرر می‌شود و در هر دو نظام حقوقی برای پذیرش این نوع ضرر هیچ مانعی نیست و می‌توان گفت که این نوع خسارت از باب تسبیب مواد ۷۳۸ ق.م.ا. و ۳۳۱ ق.م.<sup>۱</sup> قابل مطالبه است.

## ۲- شیوه‌های تعیین میزان خسارت ناشی از فرصت از دست رفته

موضوع دیگری که در خصوص مصادیق ورود ضرر قابل، مطالبه قابل بحث است، خسارات ناشی از، فرصت از دست رفته است. خسارات ناشی از این موضوع، نسبت به عدم‌النفع ابهام بیشتری دارد؛ زیرا بر خلاف عدم‌النفع که حداقل مقدمات و مقتضیات کسب منفعت فراهم آمده است، در فرصت از دست رفته، این مقدمات نیز فراهم نیست. بلکه تنها یک شانس و احتمال فراهم شده که با ایجاد مانع از سوی دیگری، بخت به نتیجه رسیدن آن شانس کاملاً از بین رفته است. بختی که حتی اگر مانعی بر سر راه آن به وجود نیاید، احتمال حصول نتیجه در آن قطعی نیست.

به همین سبب دکترین حقوقی نیز در مورد امکان مطالبه خسارات ناشی از فرصت از دست رفته، با احتیاط بیشتری برخورد کرده و قابل مطالبه بودن آن را مشروط دانسته است؛ به اعتقاد ایشان، در جایی که ظن قوی بر حصول نتیجه باشد، فوت این فرصت، خسارت محسوب می‌شود.<sup>۲</sup> برخی<sup>۳</sup> دیگر نیز با این بیان که مال محسوب شدن فرصت، به آن قابلیت مطالبه می‌بخشد و یا اینکه اگر در نظر عرف ضرر محسوب شود<sup>۴</sup>، قابلیت جبران دارد، به استقبال موضوع رفته‌اند. در اینجا توضیح یک نکته ضروری به نظر

۱. ماده ۷۳۸: «هرگاه ثبت شود که داین در حال مطالبه حق، سبب طولانی شدن منازعه گردیده است، محکمه می‌تواند جبران خساره قانونی یا موافقه شده را تنقیص یا به جبران خساره مدتی که بدون موجب طولانی گردیده، حکم ننماید».

ماده ۳۳۱: «هر کس سبب تلف مالی بشود باید مثل یا قیمت آن را بدهد و اگر سبب نقص یا عیب آن شده باشد باید از عهده نقص قیمت آن برآید».

۲. رفیعی، علی، حقوق مسئولیت مدنی، تهران، فکرسازان، ۱۳۹۶، ص ۹۰.

۳. شهیدی، مهدی، آثار قراردادهای و تعهدات، تهران، مجده، ۱۳۸۲، ص ۲۶۷.

۴. شعاریان، ابراهیم و تربی، ابراهیم، حقوق تعهدات، ۱۳۹۳، تهران، موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ص ۷۱۰.

نظر می‌رسد. باید توجه کرد که قیود مذکور برای مطالبه خسارت، ناشی از همان احتمال ضعیف‌تر حصول نتیجه مذکور در فوق است. احتمالی که دکترین را به احتیاط واداشته و با تذکر رعایت قواعد عمومی معاملات، نظر خود را ابراز داشته‌اند؛ زیرا مال یا عرفاً ضرر محسوب شدن، اشاره به قواعد عمومی تعهدات است و شرط جدیدی نیست. بنابراین هرچند در نظریات مطروحه، قیودی برای امکان مطالبه خسارت فرصت از دست رفته ذکر شده، لیکن همه متفقاً آن را قابل جبران می‌دانند<sup>۱</sup> و وجود قرارداد بیمه به عنوان قراردادی مشروع را نیز، موید همین نکته برشمرده‌اند.<sup>۲</sup>

همان‌گونه که مشاهده می‌شود، در این موضوع دکترین با قیودی که نشانگر تردید هست، با موضوع برخورد کرده‌اند، لیکن در سوی دیگر بر خلاف موضوع عدم‌المنفع، هیچ متنی از سوی مقلن هر دو کشور دال بر قابل مطالبه نبودن آن وجود ندارد. بلکه حتی موادی از قانون مدنی هر دو کشور مانند ماده ۶ قانون مسئولیت مدنی و ماده ۷۷۵ ق.م.ا.<sup>۳</sup> به جبران خسارت در خصوص مصادیقی از فرصت از دست رفته تصریح داشته است. بنابراین می‌توان گفت که در این موضوع ما با وضعیتی کاملاً متفاوت با عدم‌المنفع روبرو هستیم؛ دکترین حقوقی که تمام قد از قابل مطالبه بودن عدم‌المنفع دفاع می‌کرد، در اینجا با تذکر یک قید مهم، آن را قابل مطالبه دانسته و به عبارتی از اظهارنظر قاطع ابا ورزیده است و آن را به نظر عرف منوط کرده است. زیرا همان‌گونه که ذکر آن رفت، حتی ایجاد کامل فرصت و عدم وجود مانع نیز، به معنای حصول نتیجه و منفعت نیست. بنابراین دکترین حقوقی نیز با درک این موضوع و البته نبود راه حلی برای فایق آمدن بر این مشکل، برخورد محتاطانه‌ای را در پیش گرفته است.

اکنون با ذکر مطالب فوق، این امر روشن شد که تردید دکترین ناشی از درجه احتمال کسب نتیجه در این موضوع است. قبل از ادامه بحث، در همین‌جا مناسب است که به ذکر مطلب دیگری در رابطه با

۱. در فرانسه، بدون تردید انواع فرصت از دست رفته قابل جبران هست

(Thomas kadner Graziano, "loss of chance in european private law", all or nothing or partial liability in cases of uncertain casation", european review of private law, vol. ۶, ۲۰۰۸, p. ۱۰۱۲).

در انگلستان به جز موارد خطای پزشکی، در سایر موارد مانند از دست رفتن فرصت حضور در رقابت و یا تعطیلات، بدون شک حکم خسارت قلبیت صدور دارد. (Margaret Brazier, streets on tort, ۹th ed., london, butter worth, ۱۹۹۳, p. ۵۳۸)

۲. کاتوزیان، ناصر، پیشین، ص ۲۸۱.

۳. ماده ۷۷۵: «شخصی که به سبب جرح یا هر عمل مضر دیگر موجب قتل یا وفات شخص گردد، در برابر اشخاصی که نفقه آنها به دوش متوقفی بوده و به اثر قتل یا وفات از آن محروم شده‌اند، به تادیه ضمان مکلف می‌باشد». ماده ۶: «... در صورتی که در زمان وقوع آسیب زیان دیده قانوناً مکلف بوده و یا ممکن است بعدها مکلف شود شخص ثالثی را نگاهداری نماید و در اثر مرگ او شخص ثالث از آن حق محروم گردد، واردکننده زیان باید مبلغی به عنوان مستمری متناسب تا مدتی که ادامه حیات آسیب دیده عادتاً ممکن و مکلف به نگاهداری شخص ثالث بوده به آن شخص پرداخت کند در این صورت تشخیص میزان تلمین که باید گرفته شود با دادگاه است.»



فرصت از دست رفته بپردازیم و آن اینکه، تعیین میزان خسارات وارده در نتیجه فوت فرصت نیز از موضوعات مورد اختلاف هست که البته آن نیز ناشی از مشکل اول یعنی درجه احتمال نتیجه است؛ زیرا در حالتی که حتی اگر فرصت با مانع روبرو نشود، کسب نتیجه فقط یک احتمال هست، چطور می‌توان با قاطعیت در مورد خسارات ناشی از فوت آن فرصت سخن گفت. برای پیشنهاد شیوه تعیین مقدار ضرر وارده در فرصت از دست رفته که موضوع این بخش از پژوهش است، مهمترین چالش، فایق آمدن بر احراز ضرر محسوب شدن فوت فرصت هست و قصد نگارنده نیز سعی بر حل هر دو موضوع است.

به اعتقاد نگارنده، حل هر دو موضوع در گرو ارائه راه حل، برای تعیین میزان خسارات ناشی از فوت فرصت هست؛ با این توضیح که ارائه راه حل برای تعیین میزان خسارات مزبور، قطعاً نشان دهنده ورود ضرر در صورت فوت فرصت برای صاحب فرصت هست. به عبارتی با ارائه راه حل برای محاسبه ضرر، می‌توان ورود ضرر را نیز نشان داد و از این رهگذر، تردید دکترین را نیز پایان داد.

البته پیش از ورود به موضوع بحث نیز لازم به ذکر است که راه‌حل‌های پیشنهادی مبتنی بر ساختار فرصت‌ها بوده و با توجه به این ساختار، اقدام به دسته‌بندی فرصت‌های مزبور شده است. این دسته‌بندی تمام مصادیق فرصت‌های از دست رفته را پوشش داده و به طور اختصاصی برای هر یک، شیوه‌ای برای تعیین میزان ضرر پیشنهاد کرده است. با این توضیح برای درک بهتر موضوع، ادامه بحث را با ذکر مثال‌هایی پی می‌گیریم.

فرض کنید شخصی برای قبولی در کنکور، هزینه و زمان قابل توجهی را صرف کرده است، به امید آنکه شانس ورود به دانشگاه را داشته باشد. حال اگر این فرد، به طور غیر قانونی حبس شود یا به هر طریق خلاف قانونی، شانس حضور در جلسه کنکور را از دست بدهد. مانند آنکه در اثر بی‌احتیاطی یک راننده خطاکار، دچار حادثه شود. یا در مثال دیگری، اسب مسابقه‌ای که در اثر بی‌احتیاطی تیمارگر آسیب می‌بیند، و مانع شرکت سوارکار در مسابقات می‌شود. به طور قطع در این حالت‌ها فردی که خود را معد حضور در رقابت با دیگران کرده است، در اثر مانع به وجود آمده به طور کامل از فواید احتمالی بخت مذکور محروم می‌شود. هرچند که حضور در رقابت نیز تضمینی برای کسب نتیجه نیست.

در این نوع فرصت‌ها، قبل از انجام تمام اعمال مقدماتی یا وجود هر نشانه‌ای برای حصول یا عدم حصول نتیجه، مانع به وجود آمده سبب توقف شخص و به سرانجام نرسیدن تلاش‌ها می‌شود. بخت مزبور نیز هرگز شکل نمی‌گیرد و حصول نتیجه یا عدم آن برای همیشه در پرده اسرار باقی می‌ماند. بدین لحاظ این نوع فرصت‌ها را می‌توان «فرصت عقیم» نامید؛ زیرا هیچ نشانه یا اثری از میزان کسب نتیجه وجود ندارد.

به عنوان نمونه در مثال فوق، تا بعد از شرکت در امتحان کنکور و چگونگی جواب به سوالات توسط فرد و سایرین، قبولی یا عدم قبولی در کنکور نامعلوم است. بنابراین ورود ضرر در اثر بازداشتن فرد و فوت فرصت مسلم نیست و اثبات نمی‌شود.

لیکن در این نوع فرصت‌ها فرد برای ایجاد موقعیت، هزینه‌ها و زمانی صرف کرده است تا چنین موقعیتی را خلق کند. به طور قطع این هزینه‌ها، امکانات و زمان با ایجاد مانع از دست رفته است. بنابراین از این جهت فرد مذکور قطعاً دچار ضرر شده است.

در مقابل فرصت‌های عقیم، برخی مواقع فرصتی‌هایی وجود دارند که در آن نشانه‌ها و علاماتی برای تشخیص میزان ضرر وجود دارد و به طور کلی عقیم نیست. بلکه وجود برخی علامات منجر به تشخیص میزان ضرر می‌شود. با توجه به وجود این قرائین، چون میزان ضرر قابلیت تعیین دارد، می‌توان این نوع فرصت‌ها را «فرصت قیمی» نام نهاد؛ زیرا قابلیت تعیین ارزش فرصت فوت شده وجود دارد.

اکنون به بحث اصلی یعنی تعیین شیوه میزان ضرر می‌پردازیم. این موضوع از دیرباز در میان حقوق‌دانان مطرح بوده و راه حل‌هایی نیز پیشنهاد شده است؛ به عنوان نمونه در خصوص تعیین میزان ضرر، برخی<sup>۱</sup> میزان ضرر را به اندازه احتمال اصابه به هدف مذکور، دانسته‌اند. به عبارتی ضرر را تابعی از احتمال به نتیجه رسیدن بخت مذکور، با فرض ایجاد کامل بخت قرار داده‌اند. لیکن قبول مطلق این نظر قابل انتقاد به نظر می‌رسد؛ زیرا امکان اندازه‌گیری به‌ثمر نشستن بخت و اصل ورود ضرر از این طریق، بسیار نامطمئن هست و همان‌طور که پیشتر اشاره شد، شانس برنده شدن در رقابت، بستگی به عوامل بسیاری دارد.

بدین دلیل نیز پیشنهاد می‌شود در برخورد با چنین موضوعی مانند سایر موضوعات در نظام‌های حقوقی، باید به دنبال شیوه‌ای باشیم که مقدار ضرر قطعی را تعیین می‌کند و ما را از حدس و گمان بی‌نیاز می‌سازد. لذا در این موضوع با توجه به مطالب مورد اشاره پیش گفته، در صورت فوت فرصت برای تعیین میزان خسارات وارده، دو شیوه «روش هزینه» و «روش اماره» پیشنهاد می‌گردد.

نخست به توضیح روش هزینه می‌پردازیم؛ در این روش پیشنهاد می‌شود به آنچه واقعاً از دست رفته، نه آنچه هنوز موجود نشده، توجه کرد. می‌توانیم بگوییم که در برخی از مصادیق فرصت از دست رفته، به این علت که با ایجاد مانع نامشروع، زمان و هزینه‌های صرف شده برای ایجاد فرصت، هدر رفته است، لذا از باب تسبیب، فرد خاطی را مسئول پرداخت خسارت، به میزان هزینه صرف‌شده بدانیم (ملاک ماده

۱. مارتی و رینو، ۱۹۸۸، ش ۴۲۴ به نقل از کاتوزیان، پیشین، ص ۲۸۰.

۷۳۸ ق.م.ا و ماده ۳۳۱ ق.م.ا). این راه حل، چون ناظر بر گذشته (از زمان تدارک مقدمات بخت تا زمان تفویت آن) است، این مزیت را دارد که ورود ضرر در آن مسلم است؛ زیرا از بین رفتن هزینه‌ها و امکانات صرف شده برای ایجاد موقعیت و بخت، حالت قطعی دارد. بنابراین به لحاظ اثبات شرایط مسئولیت، یعنی قطعیت ضرر مانعی وجود ندارد و در نتیجه میزان ضرر نیز، قابلیت آن را دارد که اصولاً مقطوع و یقینی تعیین شود.

در این روش، انتقاد احتمالی بودن کسب سود وارد نیست. می‌دانیم که جبران خسارت به صورت دادن مثل یا قیمت هست. در این شیوه، قیمت ایجاد فرصت مد نظر هست که با توجه به از بین رفتن هزینه‌ها و امکانات مزبور، فرد خاطی باید قیمت آن را بپردازد. این روش در فرصت‌های عقیم قابل استفاده است. در ادامه به توضیح روش اماره می‌پردازیم.

روش اماره برای تعیین میزان ضرر نیز در مواردی است که اماره‌ای بر تعیین میزان ضرر وجود دارد؛ مانند آنچه مواد ۶ ق.م.م و ۷۷۵ ق.م.ا مقرر کرده‌اند. در این دو ماده، نفقه‌ای که توسط دیگری تامین می‌شده، به عنوان خسارت بر دوش عامل زیان قرار گرفته است. همین عنوان نفقه در اینجا، اماره‌ای برای تشخیص مقدار خسارت است. این عنوان خاص، خود ملاکی است که مقدار خسارت را نشان می‌دهد. اگر چنین اماره‌ای وجود نمی‌داشت، تعیین مقدار خسارت نیز به سادگی ممکن نبود. این نوع فرصت‌ها را می‌توان فرصت قیمی نامید؛ چرا که میزان سود یا دفع ضرر ناشی از ایجاد فرصت، به سبب وجود نشانه‌هایی قابل تعیین است.

نیاز به تذکر است که در هر مورد که اماره‌ای وجود داشته باشد که بتوان مقدار ضرر را بر اساس آن تعیین کرد، باید از این شیوه پیروی کرد. این راه حل، علاوه بر نبود مشکل قطعیت ایراد ضرر، با حکم قانون‌گذار دو کشور نیز هماهنگی کامل دارد. در این خصوص این نکته را نیز باید افزود که راه حل هزینه، صرفاً در مواردی کاربرد دارد که اماره‌ای دال بر مقدار ضرر در دسترس نباشد. زیرا روش اماره با اراده و مصلحت شخص متضرر همخوانی بیشتری دارد و با احتساب میزان ضرر وارده، وی را در موقعیتی یا نزدیک به موقعیتی قرار می‌دهد که اگر بخت ایجاد می‌شد، وی به همان میزان منتفع می‌شد و لذا می‌توان گفت که این روش، بر روش هزینه اولویت دارد. البته شاید بتوان گفت که اکثر فرصت‌ها از نوع فرصت عقیم هستند. یکی دیگر از موارد وجود اماره دال بر مقدار ضرر، وجود توافق طرفین بر مقدار

خسارت یا وجه التزام (مواد ۲۳۰ ق. و ۷۳۱ ق.م.ا.)<sup>۱</sup> هست. در مواردی که شرکت در رقابت، از وظایف فرد متعهد باشد و برای عدم شرکت در رقابت وجه التزام تعیین شده باشد، با فوت فرصت فرد متعهد، حداقل به مقدار همین وجه التزام متضرر خواهد شد. به عبارتی اگر در قراردادی، فرد تعهد داده باشد که در رقابتی شرکت کند، ایجاد مانع از سوی دیگری، وی را مسئول پرداخت وجه التزام مزبور خواهد کرد و مبلغ مزبور، میزان ضرر وارده خواهد بود.

در چنین حالتی طبق توافق طرفین، عهد شکسته شده، ملازمه با ورود ضرر، مقدار ضرر و حق درخواست خسارت دارد و در هر صورت متعهدله، حتی در صورت عدم ورود ضرر، مستحق آن شناخته می‌شود<sup>۲</sup> (مفاد مواد ۲۳۰ ق.م. و ۳۸۶ ق.ت.<sup>۳</sup>).

ذکر یک نکته ضروری و آن توجه به این موضوع است که اگر توافق صرفاً در خصوص مقدار ضرر باشد، متعهدله به ناچار باید ورود ضرر را اثبات کند.<sup>۴</sup>

۱. ماده ۲۳۰ ق.م: «اگر در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف، متخلف مبلغی به عنوان خسارت تأدیه نماید، حاکم نمی‌تواند او را به بیشتر یا کمتر از آنچه که ملزم شده است محکوم کند». ماده ۷۳۱: «متعاقبین می‌توانند اندازه ضمنی را که در حال عدم اجرا یا تاخیر باید پرداخته شود، در حین عقد تعیین یا بعداً به آن موافقت نمایند».
۲. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، تهران، انتشار با همکاری بهمن برنا، ۱۳۸۰، ص ۲۴۴.
۳. ماده ۳۸۶ مزبور اعلام می‌دارد: «اگر مال‌التجاره تلف یا گم شود متصدی حمل و نقل مسئول قیمت آن خواهد بود... قرارداد طرفین می‌تواند برای میزان خسارات مبلغی کمتر یا زیادتر از قیمت کامل مال‌التجاره معین نماید».
۴. کاتوزیان ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران، میزان، ۱۳۸۷، ص ۲۱۸.

## نتیجه‌گیری:

۱- خسارت ناشی از عدم‌النفع در هر دو نظام حقوقی قابل مطالبه است؛ زیرا بر خسارت ناشی از عدم‌النفع به لحاظ عرفی، عنوان اتلاف صدق می‌کند و به همین لحاظ می‌توان این نوع خسارت را از باب تسبیب مطالبه کرد.

۲- خسارت ناشی از فرصت از دست رفته نیز بر مبنای قاعده تسبیب قابل مطالبه است. فرصت‌ها را در یک نگاه کلی می‌توان به دو دسته تقسیم کرد؛ فرصت‌های عقیم و فرصت‌های قیمی. فرصت‌های عقیم بخت‌هایی هستند که به هیچ‌وجه، تعیین میزان کسب سود یا دفع ضرر به سبب فوت آن بخت ممکن نیست. در مقابل، فرصت‌های قیمی، بخت‌هایی هستند که به سبب وجود نشانه‌ها یا اماره‌ای، امکان کامل یا نسبی تعیین میزان خسارات حاصله ممکن است.

۳- میزان خسارات حاصل از فوت فرصت را می‌توان به دو شیوه تعیین کرد. روش اماره و روش هزینه. در روش هزینه، باید با توجه به میزان زمان و هزینه‌های صرف شده برای ایجاد فرصت مزبور، مقدار خسارت تعیین شود. با استفاده از این روش، میزان خسارت اصولاً قطعی تعیین می‌گردد و از حالت احتمال خارج می‌شود. لیکن جایی که اماره‌ای برای تعیین میزان خسارت وجود دارد، با کمک اماره یا اماره‌های مزبور، میزان خسارت ناشی از فرصت از دست رفته تعیین می‌شود. این شیوه بر شیوه هزینه رجحان دارد؛ زیرا با اراده و مصلحت شخص متضرر تطابق کامل دارد.

## الف) کتب

۱. باریکلو، علیرضا (۱۳۸۷)، مسئولیت مدنی، تهران، میزان.
۲. بهرامی احمدی، حمید (۱۳۷۷)، سوء استفاده از حق (مطالعه تطبیقی در حقوق اسلام و دیگر نظام‌های حقوقی)، تهران، اطلاعات.
۳. بهرامی احمدی، حمید (۱۳۹۰)، ضمان قهری، تهران، دانشگاه امام صادق (ع).
۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۷۸)، حقوق تعهدات، جلد اول، تهران، گنج دانش.
۵. دارابپور، مهرباب (۱۳۸۷)، مسئولتهای خارج از قرارداد، تهران، مجد.
۶. رفیعی، علی (۱۳۹۶)، حقوق مسئولیت مدنی، تهران، فکرسازان.
۷. سماواتی، حشمت‌الله (۱۳۸۰)، خسارات ناشی از عدم انجام تعهدات قراردادی، تهران، آینده.
۸. شعاریان، ابراهیم، ترابی، ابراهیم (۱۳۹۳)، حقوق تعهدات، تهران، موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
۹. شهیدی، مهدی (۱۳۸۲)، آثار قراردادهای و تعهدات، تهران، مجد.
۱۰. عدل، مصطفی (۱۳۷۳)، حقوق مدنی، قزوین، بحرالعلوم.
۱۱. قاسم‌زاده، سید مرتضی (۱۳۸۷)، اصول قراردادهای و تعهدات، تهران، دادگستر.
۱۲. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰)، قواعد عمومی قراردادهای، جلد چهارم، تهران، انتشار با همکاری بهمن برنا.
۱۳. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۶)، حقوق مدنی: الزامهای خارج از قرارداد (دوره ۲ جلدی)، تهران، دانشگاه تهران.
۱۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران، میزان.
۱۵. محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین محمد (۱۴۰۹)، شرایع الاسلام فی مسایل الحلال و الحرام، جلد دوم، قم، استقلال.
۱۶. نایینی، محمد حسن (۱۳۷۳)، منیه الطالب فی الشرح المکاسب، جلد دوم، بی‌جا، مکتبه المحمدی.
۱۷. نجفی، محمد حسن (۱۳۷۴)، جواهر الکلام، جلد سی و هفتم، تهران، کتابفروشی اسلامیه.
۱۸. نراقی، احمد (۱۳۸۱)، عوائد الایام، تهران، دفتر تبلیغات اسلامی.

ب) مقالات، منابع لاتین و قوانین

۱۹. اصغری آقمشهدی، فخرالدین (۱۳۸۱)، «خسارت عدم‌النفع در حقوق ایران و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰»، ماهنامه مفید.
۲۰. نصیری خوزانی، مصطفی (۱۳۷۹)، «جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد»، رساله منتشر نشده دکترا، دانشگاه تهران.
۲۱. قانون آیین دادرسی کیفری، ۱۳۹۲.
۲۲. قانون آیین دادرسی مدنی، ۱۳۷۸.
۲۳. قانون مدنی افغانستان، ۱۳۵۴.
۲۴. قانون مدنی ایران، ۱۳۱۰.
۲۵. قانون مسئولیت مدنی ایران، ۱۳۳۹.
۲۶. Brazier, margaret (۱۹۹۳), streets on tort, Butter Worth, ۹<sup>th</sup> Ed.
۲۷. Graziano, thomas kadner (۲۰۰۸), "loss of chance in european private law, all or nothing or partial liability in cases of uncertain casation", european review of private law, vol. ۶.

**The Loss of Chance and the Loss of Prospective Benefit; the Method of Determination of amount of Damages and possibility of Claim (Comparative Study Between Afghanistan & Iran Civil Law)**

**Alireza Ebrahimi**

**Abstract**

Proofing occurrence of damage is necessary to obligee or damaged person for compensation. The claimable damage has certain qualifications too. One of these qualifications is certainty of entry of the damage. For this reason, possibility of Claiming the damage arising from the loss of prospective benefit faces with doubtful. Although determination the amount of damage in loss of chance is one of another disagreement subjects. In this paper, these two issues are studied in Afghanistan & Iran law. According to the results of this paper, the damage arising from the loss of prospective benefit is claimable because of causation relationship between act of faulty man and the result damage. Also determination of the amount of losses in loss of chance is possibility by two methods. These two methods are the cost method and the indication method. Information of this paper is gathered by referring to library sources and studied by analytical-descriptive method.

**Key Words:** Afghanistan Law, Iran Law, Loss of Prospective Benefit, Methods of Determination of the amount of the damage in Loss of Chance, Consideration

1. Lecturer at the Gharjistan University, Afghanistan