

بررسی ضمانت اجرای نقض قرارداد در حقوق ایران و تطبیق آن با کنوانسیون بیع بین المللی کالا

(تاریخ دریافت ۱۴۰۱/۰۹/۱۱، تاریخ تصویب ۱۴۰۱/۱۲/۱۲)

دکتر مریم احمدی^۱

استاد یار گروه حقوق خصوصی واحد خمین، دانشگاه آزاد اسلامی، خمین

چکیده

یکی از شرایط تحقق مسئولیت قراردادی، نقض تعهد از سوی متعهد است و متعهدله می تواند با توسل به ضمانت اجرای حقوقی با چنین نقضی مقابله کند، از جمله می-توان به الزام متعهد به اجرای عین تعهد، فسخ قرارداد و مطالبه خسارت اشاره کرد. طرق جبران یاد شده تا حدی که قابلیت جمع داشته باشند، به صورت توأم قابل مطالبه است. احتمال نقض قرارداد در اکثر نظام های حقوقی پذیرفته شده است اگر بعد عقد انجام شرط ممتنع شود یا حین عقد ممتنع بوده کسی که شرط به نفع او شده اختیار فسخ معامله را خواهد داشت مگر اینکه امتناع مستند به فعل مشروط له باشد اگر دو طرف هنگام عقد از عدم اجرای شرط آگاه باشد شرط باطل است نظریه نقض قرارداد راهی برای جبران یا کاهش خسارت . اگر احتمال نقض قرارداد در حد ظن غالب باشد، موجب خیار است؛ اما اگر اوضاع به گونه ای نباشد که کاملاً آشکار نماید، متعهد، نسبت به تعهدات قراردادی آینده خود پایبند نخواهد بود یا به

^۱ Drmaryam.ahmadi@yahoo.com

گونه ای باشد که متعهدله نتواند قطعی بودن نقض تعهدات را پیش از فرا رسیدن موعد آن اثبات کند، درجه اطمینان از پیمان شکنی آینده برای فسخ قرارداد کافی نیست، ولی نظر به اینکه بیم ورود زیان به طرف دیگر وجود دارد، تعلیق انجام تعهدات متقابل و مطالبه تضمین مناسب پیش بینی می شود. لذا موضوع اصلی مطرح شده در این مقاله «احتمال نقض قرارداد» است. طبق این نظریه، چنانچه پس از انعقاد قرارداد معلوم شود که یکی از طرفین، بخش اساسی تعهدات خود را ایفا نخواهد نمود و یا مرتکب نقض اساسی قرارداد خواهد شد، به طرف دیگر حق داده می شود که اجرای تعهدات خود را معلق کند یا قرارداد را فسخ نماید. در این مقاله تلاش شده است تا شرایط تعلیق و فسخ به علت پیش بینی نقض قرارداد در کنوانسیون بیع بین المللی کالا، با مطالعه تطبیقی روشن شود و پس از آن معلوم گردد آیا نظام حقوقی ایران در شرایط فعلی قابلیت پذیرش این نظریه و ضمانت اجراهای آن را دارد یا خیر؟

واژگان کلیدی: نقض قابل پیش بینی، نقض قرارداد، تعلیق اجرای تعهد، تضمین انجام تعهد.

مقدمه

قرارداد به عنوان نخستین ابزار تنظیم کننده ی روابط حقوقی انسان ها در اجتماع و اصل دفاع به عهد هم جز اصول کلی حقوق همه ملل می شود. نقض پیمان در همه مکاتب و قوانین الهی و بشری مذموم است یکی از مباحث بسیار مهم حقوق قراردادهای در اثر سیستم های حقوقی نقض قرار داد و ضمانت اجرای ناشی از آن است. مفهوم "نقض قابل پیش بینی قرارداد" در قواعد عمومی قرار دادهای ایران شناخته شده نیست و به طور صریح برای آن ضمانت اجرایی منظور نشده است، بلکه پس از بستن قرارداد و عدم پایبندی به مفاد آن، ضمانت اجراها، متناسب با پیمان شکنی، در دسترس زیان دیده قرار می گیرند. ماده ۲۲۱ قانون مدنی در این راستا مقرر می دارد "اگر کسی تعهد اقدام به امری را بکند یا تعهد نماید که از انجام امری خودداری کند که صورت تخلف، مسئول خسارت طرف مقابل است ... و در ماده ۲۲۶ آمده است "در مورد عدم ایفای تعهد از طرف یکی از متعاملین، طرف دیگر نمی تواند ادعای خسارت نماید، مگر اینکه برای ایفای تعهد، مدت معینی مقرر شده و مدت مذکور منقضی باشد و اگر برای ایفای تعهد، مدتی مقرر نبوده، طرف وقتی می تواند ادعای خسارت نماید که اختیار موقع انجام با او بوده و ثابت نماید که انجام تعهد را مطالبه کرده است." نقض قرارداد گاهی به نحو عامدانه و با سوءنیت صورت می گیرد، مانند آنکه متعهد به رغم توانایی الزام بر اجرای قرارداد از آن طفره می رود و در وارد کردن زیان به متعهدله عمد دارد و حتی گاهی ممکن است شخصی با سبق تصمیم مبنی بر عدم اجرای عقد با دیگری وارد مذاکره شود و با وی قراردادی منعقد کند؛ اما گاهی دیگر نقض قرارداد غیر عمدی و بدون

سوءنیت است. ورشکستگی متعهد یا مشغله فراوان وی یا توقیف اموال و دارایی او از سوی طلبکار مانع اجرای قرارداد است. بی تردید نمی توان میان این دو دسته دیدگاه یکسانی داشت. درست به همان دلیلی که در حوزه حقوق کیفری یا حقوق مسئولیت مدنی (ماده ۹۶۳ ق.م) نیت مرتکب در نوع و کیفیت ضمانت اجرا مؤثر است، در نظام قراردادی نیز بایستی میان نقض عمدی و غیرعمدی قائل به تفکیک شد. ادبیات حقوقی ما نشان می دهد که پس از تصویب معاهده بیع بین المللی کالا که متضمن نقض قابل پیش بینی قرارداد است. موضوع یاد شده، مورد توجه پژوهشگران حقوق تجارت بین الملل قرار گرفت. سپس مطالعه تطبیقی آن با حقوق مدنی آغاز شد (صفایی و دیگران، ۱۳۸۴: ۳۳۵) و گروهی تلاش کردند قاعده " وجود خیار فسخ به دلیل پیش بینی نقض قرارداد " را در حقوق ایران تعریف کنند تا کسی که می تواند ثابت کند طرف او مرتکب پیمان شکنی خواهد شد با استفاده از حق مذکور عقد را منحل کرده و مانع ورود زیان به خود یا کاهش آن شود (امینی و دیگران، ۱۳۹۰: ۳۵) این پژوهش به تبیین ضمانت اجرای احتمال نقض قرارداد اختصاص دارد که ارتباط بسیار نزدیکی با قاعده " وجود خیار فسخ به دلیل پیش بینی نقض قرارداد " دارد. تفاوت دو موضوع در این نکته است که در نقض قابل پیش بینی قرارداد برای هر شخص متعارفی روشن است که یکی از دو طرف در آینده، مرتکب پیمان شکنی خواهد شد. در ماده ۶۳ کنوانسیون بیع بین المللی کالا به نقض اساسی و غیراساسی پرداخته شده است. طبق این ماده نقض صورت گرفته توسط یکی از طرفین زمانی اساسی محسوب می شود که منجر به ورود چنان خسارتی به طرف دیگر شود که وی را از آنچه طبق قرارداد استحقاق انتظار آن را داشته است، به

طور اساسی محروم کند. البته این ماده محرومیت اساسی را برای تحقق نقض اساسی کافی ندانسته و برای تحقق نقض اساسی علاوه بر معیار محرومیت اساسی، معیار قابلیت پیش بینی ضرر را نیز الزام دانسته است؛ بنابراین نقض قرارداد زمانی اساسی است که اولاً؛ طرف قرارداد را از آنچه طبق قرارداد استحقاق داشت انتظارش را داشته باشد محروم کند، ثانیاً طرف ناقض قرارداد چنین نتیجه ای را پیش بینی می کرده و یا یک فرد متعارف همانند او در اوضاع و احوالی مشابه می توانسته آن را پیش بینی کند. در این ماده از زمانی که طرف ناقض قرارداد باید چنین نتیجه ای را پیش بینی کند سخنی به میان نیامده اما می توان مطابق قواعد عمومی عقود و قراردادهای اظهار کرد که زمان مورد بحث زمان انعقاد قرارداد است

*(Lorenz alexander "Fundamental Breach under the CISG". Pace essay.
Available at: <http://cisgw1.law.pace.edu> (۱۹۹۸))*

پس از بررسی مفهوم نقض قرارداد در معاهده بیع بین المللی کالا می توان بیان کرد که مقررات این معاهده بین مواردی که نقض اساسی است با موردی که نقض غیر اساسی است قائل به تفکیک شده اند علت این امر این است که هر کدام از این پیمان شکنی ها ضمانت اجرای خاص خودش را دارد . هر چند برای تعیین اساسی بودن یا نبودن نقض، مقررات معاهده وین اختیار عمل را به طرفین قرارداد واگذار کرده بدین معنا که طرفین خود می توانند تعیین کنند چه شرط یا تعهدی اساسی است و نقض آن منجر به ابطال قرارداد می شود و چه شرط یا تعهدی از این اهمیت برخوردار نیست. اما در مواردی که طرفین در قرارداد به طور صریحی یا ضمنی به این موارد اشاره نکرده اند در هر مورد حسب اوضاع و احوال آن می توان تحقق

نقض و نوع آن را تعیین کرد که در این موارد باید به معیارهای موجود در مقررات معاهده وین توجه شود. بنابراین معاهده وین دو نقض را مورد شناسایی قرار داده است؛ نقض اساسی و نقض غیراساسی.

با ملاحظه مفهوم نقض اساسی و برطبق چهارچوب کلی معاهده وین و تفسیر مقررات آن، پیمان شکنی به ندرت اساسی تلقی می شود. چنین رویه ای به منظور جلوگیری از استفاده مفرط از حربه ابطال قرارداد می باشد لذا بیشتر تلاش می شود قابلیت اجرایی قرارداد حفظ شده، به زیان دیده اجازه داده شود از راه های دیگری مانند درخواست تعمیر کالا، پرداخت خسارت یا کاستن از ثمن قرار دادی زیان خود را جبران کند. در واقع فلسفه و هدف معاهده وین بر این امر مبتنی است که قرارداد از بین نرود و طرفین به نحوی نقض تعهداتشان را جبران کنند به همین دلیل هم شرایط بیان شده در ماده ۲۵ معاهده وین به سختی فراهم می شود تا نقض قرارداد اساسی تلقی شود. هر چند در معاهده بیع بین المللی کالا حق ابطال قرارداد به منظور حمایت از زیان دیده پیش بینی شده ولی چنین حقی باید هنگامی به کار رود که از راه های جبرانی دیگری نتوان از زیان دیده حمایت کرد. پس پایان دادن به قرارداد آخرین راه حل پیشنهادی است به موجب معاهده مزبور زیان دیده هنگامی می تواند به قرارداد پایان دهد که نقض قرارداد اساسی باشد و پیمان شکنی هنگامی اساسی است که طرف قرارداد سود خود را در پایبندی به قرارداد از دست بدهد و دیگر به مقصود خود از تشکیل قرارداد نرسد. در مواردی هم که این شرایط فراهم نباشد نقض غیراساسی تلقی شده و ضمانت اجرای متعددی در

معاهده وین برای آن متصور است از جمله درخواست اجرای عین قرارداد، درخواست کاهش ثمن، کالای جایگزین و ... در واقع در مواردی که نقض قرارداد، غیراساسی تلقی می شود طرف پیمان شکن می تواند از طرق مختلف نقض تعهد را برطرف کند یا به نحو دیگری مطلوب طرف مقابلش را فراهم کند اما نقض اساسی زمانی محقق می شود که هیچ راه دیگری جز ابطال قرارداد وجود ندارد.

بخش اول: بررسی ضمانت اجرای نقض قرارداد در نظام حقوقی ایران

۱- بررسی وضعیت و جایگاه نظریه پیش بینی نقض قرارداد در فقه امامیه و حقوق ایران و حقوق عرفی

نظریه پیش بینی نقض قرارداد (Anticipatory Breach of Contract) ، در اصطلاح حقوقی بدین معناست پیش از فرا رسیدن موعد اجرای قرارداد، متعهد رفتاری از عدم توانایی یا عدم آمادگی و یا عدم تمایل به انجام قرارداد از خود نشان دهد، اگر این عدم آمادگی یا تمایل به اندازه ای جدی و به واقعیت نزدیک باشد که هر انسان معقول و متعارفی باور کند که نقض قرارداد در موعد مقرر رخ خواهد داد، در این صورت متعهدله می تواند ضمن اخطار به متعهد و دریافت تضمین مناسب جهت اجرای قرارداد در زمان مقرر، اجرای تعهدات خود را تا زمان اخذ تضمین، معلق نماید (Henry Campbell Black , M.A. ۱۹۸۳ , p.۹۸) پیش بینی نقض قرارداد ممکن است از گفتار و اعلام متعهد استنباط شود و ممکن است از رفتار و نحوه تمهید مقدمات انجام تعهد از سوی متعهد به دست آید. عنصر و رکن اصلی نظریه، عدم تمایل و آمادگی یا ناتوانی متعهد جهت انجام تعهد است .

این امر در موردی هم که متعهد، قرارداد را رد می نماید و از اجرای آن امتناع می کند، وجود دارد. در این نظریه، نقض، احتمالی است؛ ولی این احتمال از حد حدس و گمان خارج بوده، به طور طبیعی هر انسان معقول و متعارفی باور می کند که در چنین شرایط و اوضاع و احوالی، نقض حتماً واقع خواهد شد؛ بنابراین در مواردی که اظهارات و یا رفتار یک طرف قرارداد، طرف دیگر را به طور متعارف، معقول و منطقی به این نتیجه می رساند که قرارداد به فرجام نخواهد رسید و نقض قرارداد از سوی متعهد واقع خواهد شد، نظریه پیش بینی نقض قرارداد مطرح می شود که به متعهدله اجازه می دهد نخست تا دریافت تضمین مناسب از سوی متعهد، اجرای تعهدات قراردادی اش را معلق نماید و در صورت عدم اعطای تضمین مناسب از جانب متعهد، وی می تواند قرارداد را فسخ کند (کاتوزیان، حقوق مدنی، معاملات معوض، عقد تملیکی، شماره ۹۶، صص ۱۴۵-۱۴۶) پس از تقریری اجمالی از نظریه، به دنبال تبیین وضعیت آن در فقه و حقوق اسلامی هستیم. گفتنی است مباحث حقوق تعهدات در فقه اسلامی بسیار وسیع و در ابواب گوناگون پراکنده است. از همین رو، برخی قواعد نقض تعهد در فقه، در مبحث شروط آمده است. تئوری شروط، همان نظریه تعهداتی است که در حقوق امروز مطرح است (محقق داماد، ۱۳۸۶: ۴۷)؛ بنابراین نخستین محلی که باید در جست و جوی نظریه پیش بینی نقض قرارداد در فقه به کاو پردازیم، مبحث تخلف از شرط فعل است. مشهور فقهای امامیه درباره تخلف از شرط فعل می گویند در صورت تخلف و امتناع مشروط علیه از وفاق به شرط، مشروط له حق دارد اجبار او را به انجام شرط بخواهد و در صورت تعذر اجبار مشروط علیه، مشروط له حق فسخ عقد اصلی را می یابد (

انصاری، ۱۴۱۹، ج ۶، ص ۷۱) قانون مدنی نیز به تبعیت از نظر مشهور فقها، در مرحله اول اجبار متعهد را به عنوان راه حل اساسی و در نهایت فسخ را به عنوان آخرین راه، جایز شمرده است (مواد ۲۳۷، ۲۳۸ و ۲۳۹ ق.م.ا).؛ بنابراین نخستین مانع و چالش نظریه، این رأی مشهور فقهی است که به صورت قانون درآمده است؛ در این مبحث، سعی در رفع این مشکل داریم. هرچند نظریه پیش بینی نقض قرارداد از مدت ها پیش در نظام حقوقی کامن لا مطرح بوده است اما کنوانسیون به طور گسترده ای این نظریه را پذیرفته است؛ راه حل تعلیق اجرا در حقوق انگلیس و امریکا مطرح نیست و تنها در مورد اعسار مشتری، بایع می تواند کالای ارسالی را توقیف و از تسلیم آن جلوگیری به عمل آورد. البته مقررات قانون بکنواخت تجاری ایالت متحده (UCC) با مقررات کنوانسیون درباره تعلیق اجرا و فسخ قرارداد شباهت زیادی دارد. نظریه پیش بینی نقض در حقوق انگلیس و امریکا بیشتر متوجه حق فسخ است آن هم با شرایطی محدودتر از کنوانسیون؛ حق فسخ در صورتی وجود دارد که پیش بینی نقض به دلیل رفتار و کلام یک طرف مبنی بر عدم اجرای بخش مهمی از قرارداد باشد نه ناشی از اوضاع و احوال.

در حقوق ایران نیز پذیرش راه حل تعلیق اجرا به دلیل پیش بینی نقض، تنها در صورتی امکان پذیر می باشد که عرف بر آن دلالت نماید یا اینکه از نظریه همبستگی عوضین تفسیری گسترده ارائه نماییم و در مواردی که یک طرف قبول نموده تعهدش را ابتدا انجام دهد، به دلیل پیش بینی نقض طرف دیگر، به او حق تعلیق اجرای تعهدش را بدهیم. حق فسخ نیز تنها در صورت تعذر تسلیم به طرف دیگر داده

می شود؛ البته با کمی مسامحه می توان گفت در صورت ورشکستگی یک طرف نیز طرف دیگر حق فسخ خواهد داشت. در کل باید گفت اگر بررسی نیازها و مقتضیات بین المللی ما را به پذیرش راه جل های کنوانسیون در زمینه پیش بینی نقض رهنمون سازد، چون مقررات کنوانسیون در اغلب موارد به ضرر کشورهای جهان سوم نیست الحاق ایران به کنوانسیون و پذیرش مقرراتی مخالف حقوق داخلی برای تجارت بین المللی بلامانع است.

۲- ضمانت اجرای احتمالی نقض قرارداد در حقوق ایران

در قانون مدنی ما نص صریحی که بر ضمانت اجرای احتمال نقض قرارداد دلالت کند وجود ندارد، ولی در قانون تجارت و لایحه اصلاحی آن، مواردی وجود دارند که گمان می رود یکی از دو سوی قرارداد، مرتکب پیمان شکنی شود و قانون گذار درخصوص مورد، تدابیر قانونی وضع کرده است. علت این تفاوت در حوزه حقوق مدنی و تجارت در اعتباری بودن بیشتر قراردادهای بازرگانی است: برخلاف غیر بازرگانان که به طور معمول، نقدی معامله می کنند، بازرگانان به دلیل ارزش بالای اقتصادی و تعداد زیاد معاملات، نمی توانند تعهدات خود را فی المجلس به انجام رسانند (طالب احمدی، ۱۳۷۸: ۱۱۰) کالای بازرگانی، نسبه خریداری می شود و از محل فروش آن، علاوه بر سودی که به دست می آید، مطالبات فروشنده نیز پرداخت می شود. اگر مقدار کالای فروخته شده زیاد باشد، امکان تحویل فوری آن وجود ندارد. گاهی فروشنده پس از تولید یا تهیه کالا، آن را به نشانی خریداری ارسال می کند. از همین رو وضعیت هایی که احتمال نقض قرارداد در آینده دارند

در معاملات بازرگانی بیشتر از معاملات غیر بازرگانی دیده می شود. مسئله نقض عمدی قرارداد و آثار آن در بسیاری از کشورها و اسناد بین المللی مطرح شده است. مطابق احکام موجود، طرف متضرر از نقض عمدی قرارداد اختیارات وسیع تری در توسل به راه های جبران در مقایسه با متضرر از نقض غیر عمدی دارد و نقض عمدی قرارداد یکی از مصادیق نقض اساسی تلقی شده است. به موجب مقررات مربوط، طرف متضرر به استناد نقض عمدی مخیر است که قرارداد را فسخ کند یا الزام متعهد را به اجرای آن بخواهد و همچنین می تواند خساراتی را که به هنگام انعقاد قرارداد قابل پیش بینی نبوده، مطالبه کند. همچنین در برخی از کشورها در نقض عمدی به طرف متضرر، حق مطالبه خسارت تنبیهی داده شده است. به علاوه مطابق برخی مقررات و آرای محاکم، زیان دیده می تواند خسارات واقعی را که بیشتر از مبلغ وجه التزام است، مطالبه کند. در بسیاری از نظام های حقوقی شرط عدم مسئولیت به دلیل مغایرت با نظم عمومی در مورد نقض عمدی قرارداد قابل استناد نیست. همچنین در برخی از سیستم های حقوقی نقض عمدی از موانع استناد به مرور زمان تلقی شده است. در متون قانونی ما از تضمین مناسبی که باید از سوی متعهد داده شود تعریفی دیده نمی شود. برخی در این مورد معتقدند معنی تضمین مناسب آن است که نسبت به اجرای قرارداد و یا جبران تمامی زیان های ناشی از عدم اجرا اطمینان حاصل شود (امینی و دیگران، ۱۳۹۰: ۴۰) اما به نظر می رسد تضمین مناسب تضمینی است که متناسب با تهدید ایجاد شده و رافع نگرانی باشد (نیک بخت و کاظمی نجف آبادی، ۱۳۹۰: ۳۷۳) که تضمین ارائه شده به متعهد کافیه است، بستگی به اوضاع و احوالی دارد که منجر به احتمال نقض قرارداد شده است. لذا باید به نحوی باشد

که تهدید مزبور را برطرف کند . برای این منظور، اکتفا بر بیان قصد یا اقتدار و توانایی بر اجرا کافی نیست، بلکه می بایست اطمینان و رضایت طرف قرارداد یعنی متعهدله فراهم آید . در واقع باید مدارک مستند ارائه شود و یا اقدامات عملی برای این کار صورت گیرد (صفایی و دیگران، ۱۳۸۴: ۳۳۷) در حقوق ایران نیز به رغم اینکه نقض عمدی و آثار آن به طور صریح مورد توجه قرار نگرفته است، اما مصادیق مورد اشاره در این خصوص می تواند رهگشای حرکت قانونگذار برای تمیز این دو نوع نقض باشد تا آثار هر یک را جداگانه پیش بینی کند. علاوه بر ضمانت اجراهای مدنی، در برخی موارد برای ناقض عامد قرارداد، مسئولیت کیفری در نظر گرفته شده است، درحالیکه در نقض غیرعمدی چنین وضعی دیده نمی شود؛ بنابراین با در نظر گرفتن اهمیت بازدارندگی ضمانت اجراها چه در حوزه مسئولیت قهری و چه قراردادی نقض، شایسته است که در حقوق ما نیز بین انواع مختلف نقض و آثار آن احکام متفاوتی پیش بینی شود. بدیهی است این روش به کاهش آن دسته از نقض قراردادهایی منتهی خواهد شد که اساسی بوده یا به نحو عامدانه ای صورت پذیرفته است.

۲-۱ ضمانت اجرای احتمال نقض قرارداد جاری ورشکسته

ورشکستگی یکی از دو سوی قرارداد بر وضعیت حقوقی آن موثر است. تأثیر حکم ورشکستگی بر قراردادهای بستگی به زمان انجام آن ها دارد و معاملات تاجر ورشکسته بر اساس تاریخ توقف و تاریخ صدور حکم در سه مقطع قابل بررسی است. (اسکینی، ۱۳۷۵: ۶۹ و قائم مقام فراهانی، ۱۳۷۵: ۱۲۴ و طالب احمدی،

۸۴:۱۳۸۲) تأثیر ورشکستگی بر قراردادهای فوری ورشکسته در دو ماده ۴۲۳ و ۴۲۴ قانون تجارت آمده است که بر اساس آن ها برخی از معاملات ورشکسته، باطل بوده و بعضی قابل فسخ می باشند، ولی در مورد تأثیر ورشکستگی بر تعهدات مالی مستمر بازرگانان که در نتیجه قراردادهای جاری به وجود آمده و در اثنای آن ورشکستگی رخ داده، به طور کلی تعیین تکلیف نشده است. نمونه بارز تعهدات مزبور در پرداخت اجاره بها مشاهده می شود که سرنوشت آن در ماده ۵۱۲ همان قانون پیش بینی شده و از ملاک آن می توان در مورد سایر تعهدات مالی مستمر ورشکسته استفاده کرد. در قراردادهای جاری که در جریان آن ها ورشکستگی یکی از دو طرف رخ داده، بیم آن می رود که ورشکسته یا از دست دادن توان مالی، تعهدات خود را انجام ندهد و احتمال نقض قرارداد، دور از انتظار نیست. مطالعه تدبیر اتخاذ شده در ماده ۵۱۲ قانون تجارت درخصوص مورد، می تواند در بیان موضع قانون گذار نسبت به ضمانت اجرای وضعیتی که احتمال پیمان شکنی وجود دارد راه گشا باشد. بر اساس ماده مزبور، اگر مستأجر در اثنای عقد اجاره ورشکست شود، موجد نسبت به مطالباتی که بابت اجور معوقه دارد، وارد غرما می شود و با رعایت اصل تساوی حقوق طلبکاران از دارایی تاجر ورشکسته، استیفای طلب می کند؛ اما نسبت به مدت باقی مانده از عقد اجاره، احتمال عدم پرداخت اجاره بها در مواعد مقرر وجود دارد. قانون گذار در ماده ۴۱۸ قانون تجارت، با منع تاجر ورشکسته از دخالت در امور مالی که موثر در پرداخت دیونش است، اداره دارایی تاجر را به مدیر تصفیه می دهد. در موضوع یاد شده نیز مدیر تصفیه به صلاحدید تصمیم می گیرد او می تواند با فسخ عقد اجاره به رابطه قراردادی پایان

دهد و عین مستأجره را به موجر بازگرداند. برخلاف دیدگاه برخی از اساتید حقوق تجارت (اسکینی، ۱۳۷۵: ۱۳۲) برای اجرای این تصمیم، نیاز به موافقت موجر نیست. اگر مقرر بود عقد اجاره با موافقت او منحل شود، سخن از سبب فسخ، بی مورد بود و تفاسخ موجب بر هم خوردن عقد شناخته می شد. لذا به رغم لزوم عقد اجاره، قانون گذار برای مدیر تصفیه اختیار قانونی برای بر هم زدن یک سویه عقد را پیش بینی کرده و مخالفت موجر نیز نمی تواند مانع از اجرای تصمیم او شود. اگر مدیر تصفیه تصمیم بر ابقای عقد اجاره بگیرد موجر را با این خطر روبرو می سازد که نسبت به ایام باقی مانده از عقد اجاره بها نرسد. هر چند موجر نسبت به ایام گذشته وضعیتی به مانند سایر طلبکاران تاجر ورشکسته دارد، ولی دور از عدالت و انصاف است که لزوم عقد اجاره، دستاویز ادامه عقد و محرومیت او از دریافت به هنگام اجاره بها شود. بنابراین قانون گذار که متوجه احتمال نقض اجاره یا عدم پرداخت به موقع اجاره بها از سوی مستأجر بوده، تصمیم به ابقای اجاره را در صورتی اجرایی می داند که مدیر تصفیه، تأمین مناسبی برای پرداخت اجاره بهای مدت باقی مانده از اجاره در اختیار موجر بگذارد، مگر اینکه تأمینات کافی از پیش در اختیار او باشد. موجر با گرفتن تأمین مناسب، اطمینان حاصل می کند که به رغم ورشکستگی مستأجر، احتمال نقض قرارداد در آینده منتفی است؛ اما قانون گذار در ماده ۵۱۲ قانون تجارت، پیش بینی نکرده است که اگر مدیر تصفیه، بدون دادن تأمین، تصمیم بر ابقای اجاره بگیرد تکلیف موجر چیست. ندادن تضمین، نشان می دهد که نقض در شرف وقوع است و چنین فرضی از مصادیق نقض قابل پیش بینی قرارداد بوده، موجر برای دفع زیان از خود باید بتواند عقد اجاره را فسخ

کند. این اختیار در برخی مقررات خارجی مانند ماده ۲۶۶ قانون تعهدات سوئیس به صراحت آمده است. طبق ماده مزبور "در صورت ورشکستگی مستأجر موجر می تواند قرارداد اجاره را فسخ کند، مگر اینکه در مهلتی مناسب برای اقساط معوقه اجاره بها و اقساط آینده به او تضمین داده شود (واحدی، ۱۳۷۸: ۹۶) در حقوق ایران نیز راه حل یاد شده با استفاده از مقررات خیار تفلیس قابل دفاع به نظر می رسد (طالب احمدی، ۱۳۸۳: ۱۶۹) مدیر تصفیه می تواند به جای فسخ اجاره، آن را نگاه دارد و به غیر واگذارد. در این صورت، اجاره بها را از غیر وصول کرده و اجاره بهای موجر را می پردازد. ممکن است از مابه التفاوت دو اجاره بها، سودی نیز نصیب تاجر شود. تصمیم به ابقای اجاره در این فرض نیز با احتمال پیمان شکنی در پرداخت اجاره بها به موجر روبرو است. لذا ماده ۵۱۳ قانون تجارت به مانند ماده پیشین، وثیقه را به او پیش بینی می کند.

۲-۲ ضمانت اجرای احتمال عدم پرداخت برات نکول شده

طبق ماده ۲۳۷ قانون تجارت "پس از اعتراض نکول، ظهرنویس ها و برات دهنده به تقاضای دارنده برات باید ضامنی برای تأدیه وجه آن در سر وعده بدهند یا وجه برات را به انضمام مخارج اعتراض نامه و مخارج برات رجوعی (اگر باشد) فوراً تأدیه نمایند؛ یعنی صادر کننده برات و هر یک از ظهر نویسان علاوه بر داشتن مسئولیت تضامنی در پرداخت وجه برات، به دلیل نکول آن نیز مسئولیت دارند. به نظر می رسد مسئولیت مذکور قراردادی است؛ زیرا هنگامی که صادر کننده یا هریک از ظهرنویسان، برات را در اختیار دارنده می گذارند، به طور ضمنی با این

تعهد همراه است که برات مزبور قبول شده و در سررسید پرداخت خواهد شد. از همین رو دارنده برات پس از نکول و قبل از سررسید به دلیل نقض عهد پیشین، حق رجوع به ایشان را دارد؛ به عبارت دیگر، دارنده برات با این اطمینان برات را از صادر کننده یا هر یک از ظهرنویسان پذیرفته که برات گیر با اعلام قبولی، تعهد به پرداخت کند. با نکول برات، وعده ایشان محقق نشده و این اطمینان از میان رفته و موجبات رجوع دارنده به صادر کننده برات یا هر یک از ظهرنویسان فراهم می آید. نظر به اینکه با نکول برات، یکی از تعهدات ضمنی صادر کننده و ظهرنویسان برات محقق نمی شود پس دور از انتظار نیست که تعهدات بعدی ایشان نیز عملی نشود و در نتیجه، دارنده برات در سررسید موفق به وصول وجه برات از سوی صادر کننده یا هر یک از ظهرنویسان نگردد. بنابراین، احتمال نقض تعهد پرداخت از سوی ایشان، معقول و قابل اعتنا است. قانون گذار برای از میان بردن این احتمال و ایجاد اطمینان در دارنده برات، دادن ضامن را از سوی مسئولین برات در ماده ۲۳۷ قانون تجارت پیش بینی کرده است. حال اگر صادر کننده یا هر یک از ظهرنویسان با رجوع دارنده برات، نگرانی او را نسبت به احتمال عدم پرداخت برات در سررسید از میان نبرند، به حکم ماده مذکور، دیونشان حال شده و باید وجه برات را به انضمام مخارج اعتراض نامه و مخارج برات رجوعی (اگر باشد) فوراً پرداخت کنند. برخلاف حقوق فرانسه که نکول برات، آن را قابل مطالبه می سازد (اسکینی، ۱۳۷۳: ۸۴) دلیل حال شدن دیون مسئولین برات، ندادن تضمین معتبر است؛ به عبارت دیگر، اعتماد دارنده برات از صادر کننده برات و هر یک از ظهرنویسان، سلب شده و مبنای پذیرش اجل در برات از بین می رود (طالب احمدی، ۱۳۷۸:

۱۱۲) در صورت عدم پذیرش مبنای فوق، تفسیر ماده ۲۳۸ قانون تجارت نیز میسر نیست. در ماده ۲۳۸ قانون تجارت مقرر شده است "اگر بر علیه کسی که برات را قبول کرده، ولی وجه آن را نپرداخته اعتراض عدم تأدیه شود، دارنده براتی نیز که همان شخص قبول کرده، ولی هنوز موعد پرداخت آن نرسیده است می تواند از قبول کننده تقاضا نماید که برای پرداخت وجه آن ضامن دهد یا پرداخت آن را به نحو دیگری تضمین کند." بر اساس ماده مزبور، اطمینان دارنده برات با عدم پرداخت برات پیشین به تأدیه مبلغ براتی که در دست اوست مخدوش می شود. به همین علت قانون گذار به دارنده چنین براتی حق می دهد به برات گیر مراجعه و از او مطالبه تضمین کند تا احتمال نقض تعهد پرداخت وجه برات در سررسید از میان برود. اگر برات گیر، تضمین معتبر در پرداخت به موقع وجه برات بدهد دارنده برات، آسوده خاطر به انتظار می نشیند، ولی اگر از دادن تضمین خودداری کند در ماده مزبور تعیین تکلیف نشده است. آنچه مسلم است دادن تضمین به دارنده برات، اختیاری نیست و باید ضمانت اجرایی داشته باشد. این ضمانت اجرا با استفاده از وحدت ملاک ماده ۲۳۷ قانون تجارت، جز حال شدن دین برات گیر نمی تواند باشد و دلیلی جز احتمال نقض عهد برات گیر و عدم اطمینان به او ندارد (طالب احمدی، ۱۳۷۸: ۱۱۳)

۲-۳ ضمانت اجرای احتمال نقض عهد ضامن تاجر ورشکسته

شاید در بدو امر به نظر برسد آنچه در ذمه مضمون عنه و ضامن تضامنی است، دین واحدی بوده و اگر حال شود مضمون له می تواند برای وصول آن، علاوه بر مدیون

اصلی به ضامن نیز مراجعه کند یا حال شدن دین ضامن، موجب حال شدن دین مضمون عنه شود. برخی اساتید حقوق تجارت، بدون آن که مسئول اصلی پرداخت برات را از مسئولان دیگر آن تفکیک کنند، معتقدند: "دارنده برات محض صدور حکم ورشکستگی یکی از مسئولان، می تواند به حکم ماده ۴۲۱ قانون تجارت، طلب خود را که ناشی از برات است، قبل از وعده آن مطالبه کند و در غرامی ورشکسته وارد شود (اسکینی، ۱۳۷۳: ۱۴۶) اما طبق ماده ۴۰۵ قانون تجارت "قبل از رسیدن اجل دین اصلی، ضامن ملزم به تأدیه نیست ولو اینکه به واسطه ورشکستگی یا فوت مدیون اصلی، دین مؤجل او حال شده باشد."

قانون گذار با آوردن صفت "اصلی" برای دین و مدیون در عبارت ماده مذکور در مقام بیان آن است که ضامن، به طور فرعی در برابر مضمون له ملتزم می شود و مسئولیت تضامنی "التزام های متعدد برای پرداخت یک دین است (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۲۰۲) لذا با حال شدن دین اصلی، التزامی که به موجب ضمانت برای ضامن پرداخت دین اصلی به وجود آمده حال نمی شود؛ زیرا نه طلبکار می تواند التزام ضامن را تشدید کند و نه بدهکار اصلی چنین حقی را دارد. در نتیجه، حال شدن دین بدهکار اصلی، هیچ گونه تأثیری در التزام ضامن ندارد. از سوی دیگر، ضامنی که به نحو تضامنی ضمانت کرده، مدیون نیست و پرداخت دین از سوی او، مصداق پرداخت دین توسط ثالث است با این توضیح که مسئولیت پرداخت آن را پیش تر به عهده گرفته است. از مصادیق ماده ۴۰۵ قانون تجارت در حقوق اسناد تجاری، ماده ۴۲۲ همان قانون است. طبق ماده مزبور "هرگاه تاجر ورشکسته، فته طلبی

داده یا براتی صادر کرده که قبول نشده یا براتی را قبول نوشته، سایر اشخاصی که مسئول تأدیه وجه فته طلب یا برات می باشند باید با رعایت تخفیفات مقتضیه نسبت به مدت، وجه آن را نقداً پردازند یا تأدیه آن را در سر وعده تأمین نمایند." در ظاهر به نظر می رسد قانون گذار از قاعده مندرج در ماده ۴۰۵ قانون تجارت عدول کرده و ماده ۴۲۲ آن قانون، استثنای اصل مزبور است. بر گرفته از حقوق فرانسه (صقری، ۱۳۷۶: ۲۱۵) برخی از اساتید حقوق تجارت نیز با پذیرش استثنائی بودن مفاد ماده ۴۲۲ در توجیه آن به تقویت اعتبار اسناد تجاری توسط قانون گذار اشاره کرده و آن را غیر منطقی ارزیابی نموده اند و به دلیل استثناء شمردن ماده ۴۲۲ قانون تجارت، تفسیر مضیق کرده و گسترده آن را صرفاً در سه صورتی که در ماده آمده است، محدود ساخته اند (اسکینی، ۱۳۷۵: ۶۴) برخی نیز در راستای اداره حقوقی، مسئولین برات را میان پرداخت نقدی یا دادن تأمین مناسب، مختار می دانند (قائم مقام فراهانی، ۱۳۷۵: ۱۴۴) اما در ماده مزبور، سخنی خلاف قاعده مندرج در ماده ۴۰۵ نیامده است و اختیاری در میان نیست؛ زیرا با ورشکسته شدن صادر کننده سفته یا صادر کننده ای که براتش قبول نشده و برات گیری که برات را قبولی نوشته، امید دارنده سند تجاری به وصول وجه آن در سررسید ضعیف می شود و احتمال عدم پرداخت وجه برات دور از انتظار نیست. با مراجعه دارنده سند به سایر مسئولین، اگر ایشان به گونه ای مانند دادن تضمین مناسب در پرداخت وجه سند در سررسید، تشویش به جای دارنده را منتفی سازند، نباید بدهی ایشان حال شود؛ به عبارت دیگر، حال شدن بدهی سایر مسئولین اسناد تجاری، چنان که در توضیح ماده ۲۳۷ قانون تجارت آمده، ناشی از ندادن تضمین معتبر با وجود احتمال عدم پرداخت

است. آنچه در ماده ۴۲۲ قانون تجارت باعث اشتباه می شود آن است که قانون گذار به جای آن که مقرر دارد سایر اشخاصی که مسئول تأدیه وجه سند تجاری می باشند باید تأدیه آن را در سر وعده تأمین نمایند در غیر این صورت وجه آن را نقداً بپردازند، مقرر داشته: "وجه آن را نقداً بپردازند یا تأدیه آن را در سر وعده تأمین نمایند"؛ یعنی اگر سایر مسؤولین تأدیه وجه سند تجاری، پرداخت آن را در سر وعده تأمین کنند، ملزم به پرداخت نقدی نخواهند بود؛ اما اگر از دادن تضمین مناسب خودداری کنند، اطمینان دارنده سند به پرداخت وجه آن در سررسید از میان رفته و دیون حال می شود. نتیجه آنکه ماده ۴۲۲ قانون تجارت هیچ مطلب خلاف اصلی بیان نکرده و از همان ملاک ماده ۲۳۷ پیروی می کند (طالب احمدی، ۱۳۷۸:

(۱۱۵)

۲-۴ ضمانت اجرای احتمال نقض قرارداد شرکت های تجاری

طبق ماده ۱۹۳ قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب " ۱۳۴۷ در مورد کاهش اختیاری سرمایه شرکت، هر یک از دارندگان اوراق قرضه و یا بستانکارانی که منشأ طلب آن ها قبل از تاریخ نشر آخرین آگهی مذکور در ماده ۱۹۲ باشد می توانند ظرف دو ماه از تاریخ نشر آخرین آگهی اعتراض خود را نسبت به کاهش سرمایه شرکت به دادگاه تقدیم کنند." شرکت های سهامی جزء شرکت های سرمایه بوده و اعتبار شرکت های مذکور، نسبت مستقیم با میزان سرمایه شرکت دارد (اسکینی، ربیعا، ۱۳۷۵، ج ۱: ۷ و صقری، ۱۳۷۶: ۴۲۶) اگر اشخاصی حاضر به خرید اوراق قرضه یا انجام معاملات اعتباری با شرکت های سهامی می شوند، ناشی از

اعتباری است که برای آن ها قائل اند. معیار ایشان در شناسایی اعتبار شرکت های سهامی، میزان سرمایه آن ها است. اگر شرکت های مزبور پس از فروش اوراق قرضه یا معاملات اعتباری، سرمایه خود را به طور اختیاری کاهش دهند، سبب از میان رفتن اطمینان خریداران اوراق قرضه یا طلبکاران شرکت در وصول مطالبات خود از شرکت می شوند و امکان نقض تعهدات شرکت، احتمالی معقول است. لذا قانون گذار به کسانی که از شرکت مطالباتی دارند حق داده که به تصمیم شرکت در کاهش اختیاری سرمایه اعتراض کنند. ماده ۱۹۴ همان قانون مقرر می دارد: " در صورتی که به نظر دادگاه، اعتراض نسب به کاهش سرمایه وارد تشخیص شود و شرکت جهت تأمین پرداخت طلب معترض وثیقه ای که به نظر دادگاه کافی باشد نسپارد در این صورت آن دین حال شده و دادگاه حکم به پرداخت آن خواهد داد." واضح است که دلیل حال شدن دیون شرکت، کاهش اختیاری سرمایه نیست بلکه شرکت به دلیل ندادن تضمین معتبر در بازپرداخت دیون، به پرداخت آن می شود (طالب احمدی، ۱۳۷۸: ۱۱۴) به سخن دیگر، اطمینان خریداران اوراق قرضه یا طلبکاران شرکت در وصول مطالبات خود با تصمیم شرکت به کاهش سرمایه و عدم سپردن وثیقه از سوی شرکت به ایشان از بین رفته و برای زدودن آن باید تضمین معتبر بدهند.

۲-۵ ضمانت اجرای احتمال نقض عهد بدهکار گریزان

در اصلاحات ۱۳۷۰ قانون مدنی، ماده ۲۱۸ مکرر به جمع مواد قواعد عمومی قراردادهای اضافه شد. طبق این ماده " هرگاه طلبکار به دادخواست داده، دلایل اقامه

نماید که مدیون برای فرار از دین قصد فروش اموال خود را دارد، دادگاه می تواند قرار توقیف اموال وی را به میزان بدهی او صادر نماید که در این صورت بدون اجازه دادگاه حق فروش اموال را نخواهد داشت . " چنانکه از ظاهر ماده هویدا است، بیشتر جنبه شکلی داشته و با مقررات ماهوی قانون مدنی تناسبی ندارد (قاسمی حامد، ۱۳۸۷: ۲۱۸) پسندیده بود قانون گذار آن را در قانون آیین دادرسی مدنی جای می داد. ابتدا به نظر می رسد ماده مزبور ناظر بر طلب حال و قابل مطالبه باشد، ولی چنان که برخی اساتید حقوق مدنی آورده اند، تأمین مقرر در آن، شامل طلب موجد نیز می شود (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱۳۲) به ویژه آن که اگر بدهکار بخواهد از وفای به عهد بگذرد، پیش از سررسید در پی اسباب پینی برای از دسترس خارج کردن اموال خویش است تا به هنگام سر رسید در برابر طلبکار، تهدیدست جلوه کند (کاتوزیان، ۱۳۶۶: ۲۷۹) شمول ماده بر فرضی که سررسید طلب نرسیده و نقض عهد در حد احتمال است، خالی از قوت نیست ؛ زیرا در فرض ماده، بدهکار هنوز مبادرت به معامله به قصد فرار از دین نکرده و احتمال دارد در آینده از انجام آن منصرف شود. علاوه اینکه به قرینه توقیف اموال به میزان بدهی و نیز فرش صدور اجازه فروش اموال توقیف شده از سوی دادگاه که بیشتر با جایگزین کردن سایر اموال بدهکار صورت می گیرد، معلوم می شود بدهکار اموال دیگری نیز دارد و بستانکار می تواند از محل آن ها استیفای طلب کند . پس گستره ماده ۲۱۸ مکرر قانون مدنی از فرض نقض قابل پیش بینی بیشتر است. نقض قابل پیش بینی در صورتی محقق می شود که بدهکار با انجام معامله به قصد فرار از دین، نیت پلید خود را در گریز از وفای به عهد ثابت کند یا اموالی که می خواهد مورد معامله

قرار دهد او را چنان به تهیدستی کشاند که بستانکار از استیفای طلب محروم شود. هر چند دین موجل را پیش از فرارسیدن آن نمی توان مطالبه کرد و مدعی باید در هنگام تقدیم دادخواست، حق مطالبه دشته باشد، ولی تأمین طلب، وسیله حفظ محل طلب موجود است و مغایرتی با موجل بودن آن ندارد (کاتوزیان، ۱۳۷۴: ۱۳۴) با وجود تأمین مزبور، بستانکار آسوده خاطر می شود و تا سررسید منتظر می ماند. اگر احتمالی که می داد واقع شود و بدهکار وفای به عهد نکند از محل اموال توقیفی استیفای حق می کند. برخی اساتید حقوق مدنی، با وجود مقررات تأمین خواسته در قانون آیین دادرسی مدنی، ضرورتی برای وضع ماده ۲۱۸ مکرر قانون مدنی قائل نیستند (شهیدی، ۱۳۷۷: ۳۸۰) تنها برتری مقرر مزبور، نسبت به مقررات آیین دادرسی مدنی، اخذ قرار تأمین بدون سپردن خسارت احتمالی، نزد صندوق دادگستری است (صفایی، ۱۳۸۲: ۱۴۳)

۳- ضمانت اجرای احتمال نقض قرارداد در نظام حقوق عرفی

اوایل قرن بیستم میلادی، قاعده نقض قابل پیش بینی در نظام حقوق عرفی شکل گرفت (حبیب و کاظمی نجف آبادی، ۱۳۹۰: ۱۳۷) قاعده نقض قابل پیش بینی، در قالب و هیئت اولیه خود در نظام حقوق عرفی، یکی از زمینه ها و بسترهای بسیار موثر در شکل گیری قاعده تعلیق قرارداد است. بر اساس این قاعده، اگر پس از بسته شدن قرارداد و پیش از اجرا، متعهدله متوجه می شد که متعهد نمی تواند یا نمی خواهد به تعهدات خود عمل کند، اختیار داشت پیش از فرارسیدن موعد انجام تعهد با پایان دادن به قرارداد، نسبت به مطالبه جبران زیان اقدام کند. این قاعده، بستر

مقدماتی برای مطالبه تضمین مناسب، به هنگام احتمال نقض تعهدات آتی را به وجود آورد. قاعده نقض قابل پیش بینی برای ناتوانی یا نداشتن آمادگی اجرای قراردادی در آینده در نظام حقوق عرفی پذیرفته شد، ولی در اجرای آن، مشکل نوینی پدید آمد. متعهدله که با استناد به نقض قابل پیش بینی به قرارداد پایان می داد و برای مطالبه خسارت اقامه دعوا می کرد در معرض این خطر قرار داشت که دادگاه اعلام کند نقض پیش بینی شده، به اندازه کافی روشن و شفاف نبوده و او نمی توانسته است به این دلیل به قرارداد پایان دهد (Crespi, ۱۹۹۳: ۱۸۳) نمونه این موضوع در دعوای معروف دینگلی علیه اولر رخ داد. طرفین دعوی یاد شده، دو شرکتي بودند که به تقطیع و فروش یخ می پرداختند. خواهان یخ فراوانی داشت که نمی توانست فراوری کند و ممکن بود بر اثر از بین رفتن یخ ها، متحمل زیان هنگفتی شود. لذا از خواننده درخواست کرد یخ های او را بخرد. خواننده در پاسخ به تقاضای او، در ششم سپتامبر ۱۸۷۹ میلادی، طی نامه ای پیشنهاد کرد یخ های اضافی خواهان را گرفته و در مقابل، در سال بعد به همان مقدار از یخ های خود، به او دهد. خواهان با این پیشنهاد موافقت کرد. قیمت هر تن یخ در هنگام بستن قرارداد، پنجاه سنت بود، ولی در سال بعد قیمت هر تن یخ به پنج دلار افزایش یافت. وقتی خواهان، ارسال یخ مورد قرارداد را مطالبه کرد، خواننده طی نامه ای پاسخ داد که قیمت یخ افزایش یافته است. لذا از ارسال آن خودداری می کند و حاضر است قیمت یخ دریافتی را به نرخ سال گذشته بپردازد و در صورتی یخ را ارسال می کند که قیمت آن به میزان سال گذشته، کاهش پیدا کند. هرچند هنوز فصل کشتیرانی ادامه داشت و فروش یخ در آن سال به پایان نرسیده بود، خواهان پس از

اینکه در مرتبه دوم نیز از دریافت یخ ناامید شد، در ۲۱ جولای همان سال، علیه خواننده اقامه دعوا کرد. علیرغم اینکه دعوا پیش از پایان فصل کشتیرانی اقامه شده بود، ولی دادگاه نخستین با این استدلال که نامه های ارسال شده، رد هرگونه تحویل یخ در طول فصل را نشان می دهند به نفع خواهان حکم داد. خواننده با این استدلال که محتوای نامه های ارسال شده به معنی رد صریح قرارداد نیست و دعوا پیش از موعد اقامه شده، درخواست استیناف کرد. دادگاه تجدید نظر، با صدور رأی به نفع خواننده، مقرر داشت نامه های ارسال شده نمی تواند بر قصد صریح او مبنی بر عدم اجرای قرارداد دلالت کند و دعوای خواهان، پیش از موعد اقامه شده است. لذا دادگاه تجدیدنظر از تأیید رأی دادگاه نخستین خودداری کرد (Moses , ۱۹۰۰- ۰۱: ۳۲۲)

در احتمال نقض قرارداد، از یک سو اگر متعهدله به اجرای قرارداد ادامه دهد، ممکن است به علت عدم اقدام در جهت کاهش زیان، نتواند خسارت پس از زمان پیش بینی نقض را وصول کند از سوی دیگر، متعهدی که قصد ندارد قرارداد را نقض کند ولی قادر به اجرای تعهداتش نیست، نشانه های مبهمی از خود بروز می دهد. در این شرایط، متعهدله، نیازمند استفاده از فرایندی است تا بتواند قبل از تصمیم گیری در مورد ادامه یا اتمام قرارداد، وضعیت موجود را شفاف سازد (Crespi, ۱۹۹۳: ۱۸۳) برای گریز از این وضعیت در کشورهای پیرو نظام حقوقی عرفی، دو طرف به شرط های ضمن قرارداد روی می آورند. برای مثال، در دعوای شرکت پسران جمیزبری علیه شرکت نفت و گازوئیل مونارک، فروشنده گازوئیل

در قرارداد شرط کرد" در صورتی که پرداخت ثمن مطابق با شرایط قرارداد صورت نگیرد یا اعتبار یا وضعیت مالی خریدار صدمه ببیند یا از نگاه فروشنده خدشه دار شود، این حق را برای خود محفوظ می دارد که پس از تسلیم کالا، چک یا تضمین مناسب از خریدار دریافت کند. اگر خریدار نتواند چک یا تضمین مناسبی را که رضایت کامل فروشنده را جلب نماید ارائه کند، فروشنده این حق را برای خود محفوظ می دارد که از ادامه قرارداد خودداری کرده و قرارداد یا قسمتی از آن را فسخ کند و از اجرای تمام تعهدات قراردادی معاف شود ". در طول اجرای قرارداد، خریدار به فروشنده اعلام کرد نمی تواند قیمت محموله های بعدی گازوئیل را پرداخت کند. علاوه بر اینکه فروشنده از وضعیت مالی نابسامان خریدار آگاه شد و پس از مطالعه چک، خریدار نتوانست آن را ارائه دهد. فروشنده قرارداد را لغو کرد و دادگاه نیز این تصمیم را تأیید نمود. این راه حل های موردی هیچ گاه در دادگاه های انگلستان به صورت یک قاعده فراگیر پذیرفته نشد. لذا می توان نتیجه گرفت که در حقوق انگلستان، ضمانت اجرایی به عنوان مطالبه تضمین مناسب وجود ندارد، ولی چنان که در دعوی چاپل علیه روزنامه تایمز آمده است، عدم ارائه تضمین مناسب در صورت دادخواست متعهدله، ممکن است به عنوان قرینه ای بر فقدان یا توانایی متعهد در اجرای قرارداد به شمار آید (Carter, 1991: 231).

طبق ماده ۵۴ قانون یکنواخت بیع ۱۹۰۶ آمریکا مقرر شده بود اگر فروشنده، کالا را به صورت نقدی فروخته باشد یا به صورت نسیه فروخته و مهلت پرداخت، رسیده باشد یا خریدار ورشکسته شده و کالا در تصرف فروشنده بوده و هنوز ثمن معامله پرداخت نشده باشد، فروشنده می تواند تا زمان پرداخت آن، تصرف خود را بر مبیع

ادامه دهد. هم چنین در ماده ۵۷ همان قانون، پیش بینی شده بود که فروشنده می تواند در صورت ورشکستگی خریدار، کالای در حال حمل را متوقف و باز گرداند. بدین ترتیب، با احتمال نقض قرارداد هنوز مطلبی از حق فسخ یا مطالبه تضمین در میان نبود. با انتشار نخستین قواعد عمومی قراردادها که توسط مؤسسه حقوق آمریکا در سال ۱۹۳۲ منتشر گردید برای یکنواخت سازی قاعده نقض قابل پیش بینی اقدام شد. در ذیل فصل مربوط به نقض قرار داد، چند ماده به نقض قابل پیش بینی اختصاص یافت که رویه های جاری را بیان می کرد (Rowley, ۲۰۰۱: ۶۰۹). مطابق با این مقررات "اگر یکی از دو طرف قرارداد، مرتکب نقض قابل پیش بینی شود، طرف دیگر از اجرای شرط مقدم یا تعهدات متقابل معاف می شود و می تواند بلافاصله اقامه دعوا کند." به این ترتیب، آنچه در مجموعه مزبور در حمایت از متعهدله اضافه شد نیز تنها مواد مربوط به نقض قابل پیش بینی بود و اشاره ای به دادن تضمین نشده بود. در بازنگری قانون یکنواخت بیع، ماده ۵۷ تحت عنوان "تحویل در قراردادهای اقساطی" تدوین شد و برای نخستین بار پیشنهاد شد با نقض قرارداد در اقساط مقرر، متعهدله بتواند اجرای قرارداد را متوقف کرده و خطاری به متعهد ارسال کند. در صورتی که متعهد، تضمین مناسب ارائه نکرد، متعهدله حق لغو قرارداد را نسبت به اقساط آینده و مطالبه خسارت دارد. سرانجام پس از اظهارنظرها (Robertson, ۱۹۸۸-۸۹: ۳۱۵-۳۱۸) و اصلاحات گوناگون در نسخه های بعدی قانون پیشنهادی، ماده ۹۹ قانون یکنواخت بیع با لازم دانستن احترام به انتظارات معقول دو طرف در رسیدن به عوضین، مقرر داشت: "اگر یک طرف قرارداد، زمینه عدم اطمینان معقول نسبت به اجرای قرارداد را فراهم آورد، طرف

دیگر می تواند برای اجرای تعهد خود درخواست تضمین کند و پیش از دریافت آن، انجام تعهداتش را معلق نماید . " عدم ارائه تضمین مناسب در ظرف ده روز، به منزله رد قرارداد بود؛ سپس نقض قابل پیش بینی پس از مجموعه قواعد عمومی قراردادهای در بخش ۴۵ اصلاحی قانون یکنواخت بیع و بخش ۹۹ قانون حق تجارت با همان بیان، تکرار شد (DeNooyer, ۱۹۹۹: ۱۷۹۶)

گام بعدی در گسترش این قاعده، ورود آن در ذیل ماده دو قانون یکنواخت تجارت بود . در نسخه های اولیه این مجموعه، مواد مربوط به نقض قابل پیش بینی، برگرفته از قانون یکنواخت بیع بود و با مقرره های پیشین، تفاوت عمده ای نداشت ؛ اما پس از تطبیق این مقررات با رویه دادگاه های نیویورک، به عنوان مهمترین مرکز بازرگانی و حقوقی ایالت متحده، در نسخه نهایی که در سال ۱۹۵۷ منتشر شد، تغییرات قابل توجهی روی داد (DeNooyer, ۱۹۹۹: ۱۷۹۸) بر اساس این تغییرات اگر متعهدله به دلایل معقول، نسبت به اجرای تعهد از سوی طرف دیگر نگران شود، می تواند از او مطالبه تضمین مناسب کند . چنانچه ظرف مدت سی روز این تضمین ارائه نشود، متعهدله می تواند از ضمانت اجراهای نقض قرارداد استفاده کند . متن اخیر، عین عبارات ماده ۹۹ بازنگری قانون یکنواخت بیع بود که با تغییرات بسیار جزئی تکرار می شد (Robertson, ۱۹۸۸-۸۹ : ۳۱۹)

و شاکله مقرر مبروطه، تثبیت گردید . ماده ۲ قانون متحدالشکل تجارت آمریکا در بخش (UCC ۶۰۹-۲) تحت عنوان " حق مطالبه تضمین مناسب برای اجرا " مقرر می نماید: قرارداد بیع تکلیفی برای طرفین ایجاد می کند که به موجب آن، انتظار هر

یک در اجرای به موقع قرارداد آسیب نبیند. اگر زمینه های معقولی برای عدم اطمینان اجرای تعهدات هر طرف بروز کند، طرف دیگر می تواند به طور مکتوب، تضمین مناسبی برای اجرای در موعد از دیگری مطالبه کند و تا زمانی که این تضمین را دریافت نماید، اگر از لحاظ تجاری معقول باشد، می تواند اجرای هر یک از تعهداتش را که عوض قراردادی آن را دریافت نکرده، معلق سازد. معقول بودن زمینه های عدم اطمینان و مناسب بودن تضمینی توسط متعهد در بازار پیشنهاد می شود بر اساس استانداردهای تجاری مشخص می شود. پذیرش هرگونه محموله قبلی یا دریافت پول به حق زیان دیده در مطالبه تضمین اجرای آینده از سوی طرف دیگر، زیان نمی رساند. پس از دریافت درخواست موجه، کوتاهی در ارائه تضمین اجرای به موقع، ظرف زمان معقول با در نظر گرفتن شرایط هر مورد که از ۳۰ روز تجاوز نمی کند رد قرارداد شمرده می شود. دلایل زیادی در حقوق آمریکا برای توجیه این حق وجود دارد، اما معروف ترین دلیل در اثبات و تقویت مطالبه تضمین و حق تعلیق اجرای قرارداد آن است که این نهاد موجب افزایش حسن نیت در اجرای قرارداد می گردد. (Garvin, ۱۹۹۸: ۱۱۹) به عبارت دیگر، امکان تعلیق اجرای قرارداد از سوی متعهدله در صورت احتمال عدم اجرای قرارداد از سوی طرف دیگر، از آمار بروز تقصیر یا اهمال متعهد می کاهد. اگر متعهد با حسن نیت به مفاد قرارداد عمل کند ناگزیر از دست دادن تضمین اجرا نخواهد بود (Garvin, ۱۹۹۸: ۱۲۴)

بخش دوم: بررسی ضمانت اجرای نقض قرارداد در کنوانسیون بیع بین

المللی کالا

در کنوانسیون بیع، مواد (الف) (۱) ۴۹ و (الف) (۱) ۶۴ ناظر بر فسخ قرارداد به ترتیب توسط خریدار و فروشنده در این خصوص قسمت الف ماده (۱) ۴۹ ک و قسمت الف ماده (۱) ۶۴ ک مقرر می دارد:

الف- در موارد زیر مشتری می تواند قرارداد را باطل اعلام نماید:

۱- در صورتی که عدم ایفای هر یک از تعهدات بایع به موجب قرارداد یا این کنوانسیون نقض اساسی قرارداد محسوب شود؛

ب- در موارد زیر بایع می تواند قرارداد را باطل اعلام نماید:

۱- در صورتی که عدم ایفای هر یک از تعهدات مشتری به موجب قرارداد یا این کنوانسیون نقض اساسی قرارداد محسوب شود؛

همانطوری که ملاحظه شد در دو ماده فوق برای فسخ قرارداد لازم است قرارداد به طور اساسی نقض شده باشد. درواقع زیان دیده باید زمانی به دنبال فسخ قرارداد باشد که در نتیجه نقض اساسی به طور عمده از آنچه استحقاق انتظار ان را به موجب قرارداد داشته محروم شود و طرق جبران دیگری مثل تقلیل ثمن و یا مطالبه خسارت منافع او را تامین نکند.^۱ در برخی از شرایط تنها ضمانت اجرایی که واقعا منافع زیان دیده را تامین می کند، فسخ قرارداد است. به عنوان مثال وقتی که اجرا با هدف زیان دیده از انجام معامله منافع داشته باشد یا تاخیر در اجرا به حدی باشد که منفعت

^۱. See Comment and Notes to PECL Art. ۹:۳۰۱:Comment A;available at: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp49.html>. See also Comment ۲ on UNIDROIT Principles Art. ۷.۳. ۱.

زیان دیده از بین برود یا مرتکب نقض ورشکست شده باشد و در نتیجه نتواند به تعهدات خود عمل نماید و از عهده خسارت وارد نیز برآید.^۱ بنابراین در این شرایط فسخ فوری این امکان را برای زیان دیده فراهم می کند که بتواند با بازخرید با بازفروش کالای موضوع قرارداد، خسارت بیشتری متحمل نشود و نگرانی نسبت به این وضعیت زیانبار را که بالاخره نقض کننده تعهد خود را ایفا می کند یا خیر از خود دور کند.^۲ زیان دیده می تواند در صورت نقض اساسی قرارداد را فسخ کند چه نقض اساسی موجه باشد چه غیرموجه. طبق ماده (۵) ۷۹ ک زیان دیده حتی در صورتی که قصور در ایفای تعهد به علت ممانع خارجی بوده باشد که در زمان انعقاد قرارداد به طور معقول و متعارف برای نقض کننده قابل انتظار نبوده است، می تواند قرارداد را فسخ کند. در واقع چنانچه فرد مقصر شرایط رافع مسئولیت خود را هم ثابت کند در این صورت زیان دیده فقط از مطالبه خسارت منع می شود نه مطالبه سایر طرق جبران (۴۳۰: ۲۰۰۵-۰۶ Magnus) در کنوانسیون فسخ خود به خودی خود یا انفساخ در نظام طرق جبران نقض پذیرفته نشده است. زیرا موجب تردید و بلا تکلیفی می شود در این که آیا قرارداد هنوز به قوت خود باقی است یا منفسخ شده است.^۳

۱-پیشینه نقض اساسی قرارداد

^۱. Ole Lando and Hugh Beale Ibid, p. ۴۰۹, available online in Comment and Notes on PECL ۹: ۳۰۱, at: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp49.html>.

^۲. Anna Kazimierska, Ibid, p. ۸۲.

^۳. See Knapp in Bianca Bonell eds. ,Ibid, pp. ۴۶۵-۴۶۶; available at: < <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/knapp-bb64.html>>.

در تفسیر به کمک تاریخچه قانونگذاری ما به دنبال حل کردن ابهامات ذاتی موجود در مقررات معاهده وین با در نظر گرفتن مشورت های صورت گرفته و انگیزه نویسندگان پیش نویس این مقررات هستیم که در این خصوص کارهای مقدماتی آنها به صورت رسمی انتشار یافته اند (Koch, ۱۹۹۹: ۲۶۸) در این مبحث ما می خواهیم تاریخچه مفهوم نقض اساسی را به عنوان یکی از اصول معاهده وین بررسی کنیم . ماده ۲۵ این معاهده به تعریف نقض اساسی پرداخته است این تعریف (CISG) صدد حمایت از تفکیک نقض غیراساسی از نقض اساسی در قرارداد می باشد . این تفکیک برای سیستم جبران خسارت حائز کمال اهمیت است، زیرا این تفکیک می تواند اثر مستقیم بر نتیجه قرارداد داشته باشد . تاریخچه این تعریف نشان از دو جنبش و نهضت مهم دارد ۱- این اصل به جای اصرار بر یک وظیفه صرفاً قراردادی، کل قرارداد را به عنوان یک مجموعه می نگرد و ۲- اینکه تغییر و حرکتی از معیارهای شخصی یا درون ذاتی به سوی معیارهایی که بدواً عملی، واقعی و برون ذاتی به نظر می رسند در این تعریف وجود دارد (جمعی از نویسندگان، ۱۳۷۴، ص ۱۴) در این قسمت در بخش اول به بررسی تاریخچه نقض اساسی معاهده ۱۹۶۴ لاهه (ULIS) و در گفتار دوم به معاهده ۱۹۸۰ وین (CISG) می پردازیم .

۱-۱ نقض اساسی در معاهده لاهه ۱۹۶۴

ایجاد حق خاتمه دادن قرارداد به طرفین، به علت اهمیت نقض به سال ۱۹۳۰ برمی گردد، زمانی که مؤسسه بین المللی متحدالشکل کردن حقوق خصوصی

(Unidroit) در رم کمیته ای را به منظور فراهم کردن قانون متحدالشکل بیع بین المللی منصوب کرد . پیش نویس ۱۹۳۹ مفهوم نقض قرارداد قابل اعمال، در مواردی که یکی از طرفین از تعهدات خود تخطی می کرد را در برنمی گرفت در عوض، نقض قرارداد در مواردی متصور بود که یک تعهد قراردادی معین، نقض شود برای مثال : تعهد به تحویل کالا یا تعهد به دریافت کالا. به علاوه، نظام جبران در پیش نویس به حقوق سنتی کامن لای انگلستان شباهت دارد که به موجب آن طرف زیان دیده فقط در مواردی می تواند قرارداد را باطل کند که تعهد نقض شده یکی از شروط قراردادی بوده باشد. مفهوم نقض اساسی قرارداد برای اولین بار در طول دوره انجام کارهای مقدماتی برای معاهده ۱۹۶۴ لاهه مطرح شد و در پیش نویس های ۱۹۵۶ و ۱۹۶۳ هم به آن اشاره شد. معاهده قوانین متحدالشکل بیع بین المللی (ULIS) در سال ۱۹۶۴ در کنفرانس لاهه به تصویب رسید . ماده ۱۰، این کنوانسیون به تعریف نقض اساسی پرداخته است در این ماده آمده است که: براساس قانون حاضر، نقض قرارداد در صورتی اساسی تلقی می شود که طرف نقض کننده، در زمان انعقاد قرارداد بداند یا باید می دانسته که یک شخص متعارف در اوضاع و احوال مشابه مانند طرف دیگر قرارداد اگر نقض و آثار آن را پیش بینی می کرد هرگز چنین قراردادی را منعقد نمی کرد. در کنفرانس لاهه، مفهوم نقض اساسی که در ماده ۱۰ کنوانسیون آمده بود مورد انتقاد قرار گرفت بر این مبنا که معیار موجود در این ماده بسیار شخصی است و این امر مبتنی بر این است که طرف پیمان شکن بتواند پیش بینی کند که آیا طرفی که قرارداد را با او منعقد کرده آیا چنین نقضی را پیش بینی می کرده یا نه؟ در دوره آماده سازی سایر مقررات معاهده

بیع متحدالشکل بین المللی (ULIS) ماده ۱۰ کنوانسیون توسط دولت ها و برخی از سازمان ها مورد انتقاد قرار گرفت و گفته شد که مفهوم بیان شده در ماده ۱۰ بسیار پیچیده است و ضابطه شخصی ارائه شده در این ماده به سختی قابل اعمال است . در نتیجه گروهی که بر روی مقررات آنستیرال کار می کردند پیشنهاد دادند که معیار شخصی ذکر شده در این ماده که آیا یک شخص متعارف در صورتی که نقض قرارداد و آثار آن را پیش بینی کند چنین قراردادی را منعقد می کند یا خیر را حذف کردند و به جای آن یک معیار نوعی را پیشنهاد دادند که به موجب آن نقض به طور اساسی به ارزش انجام قرارداد که به موجب قرارداد الزام آور شده زیان برساند . این معیار نوعی بعدها پذیرفته شد. ایالات متحده آمریکا هم چنین انتقادی را مطرح کرد . کشورهای فیلیپین و آمریکا بررسی مجدد این امر را به گروه آنستیرال محول کردند و پیشنهاد دادند که جمله آخر ماده ۹ باید مجدداً نوشته شود بدین نحو که «مگر اینکه طرف پیمان شکن چنین نتیجه ای را پیش بینی نمی کرده یا نمی توانسته که پیش بینی کند» این پیشنهاد توسط اکثریت اعضای آنستیرال پذیرفته شد و مفهوم «نقض اساسی» در پیش نویس ۱۹۷۸ در ماده ۲۳ این طور بیان شد: ماده ۲۳: نقضی که توسط یکی از طرفین صورت گرفته در صورتی اساسی تلقی می شود که منجر به خسارت عمده ای به طرف دیگر شود، مگر اینکه طرف نقض کننده چنین نتیجه ای را پیش بینی نکرده و یا دلیلی نداشته که چنین نتیجه ای را پیش بینی کند (Koch, ۱۹۹۹: ۲۷۴)

۲-۱ نقض اساسی در معاهده ۱۹۸۰ وین

به دلیل عدم موفقیت معاهده های لاهه ۱۹۶۴، کمیسیون حقوق تجارت بین الملل سازمان ملل متحد، مأمور تهیه طرحی نو گردید. پس از سال ها کار مستمر بر روی این طرح، در تاریخ ۱۰ مارس ۱۹۸۰، کنفرانس سازمان ملل در وین پایتخت اتریش برگزار شد. این کنفرانس در چهارچوب کار کمیسیون حقوق تجارت بین الملل سازمان ملل (آنستیرال) از مقررات مختلف، از جمله مقررات معاهده لاهه ۱۹۶۴ و برخی مقررات نوین راجع به بیع بین المللی بهره گرفت و معاهده بیع بین المللی کالا را در ۱۱ آوریل ۱۹۸۰ به تصویب رساند. تعریفی که معاهده وین در ماده ۲۵ ارائه کرده به میزان خسارتی که در نتیجه نقض حاصل شده بازمی گردد: آیا چنین خسارتی آن قدر عمده هست که طرف مقابل را از آن چه که به موجب قرارداد انتظار دریافت آن را داشته محروم کند؟ تأکید بر ورود خسارت به طرف دیگر بسیار دقیق تر از بیان «اجرای اساسی» قرارداد می باشد.

مفهوم «نقض اساسی» در ماده ۲۵ دارای دو عنصر می باشد: ۱- خسارت وارده به طرف زیان دیده (الف) باید به طور اساسی او را از آن چه که به موجب قرارداد انتظار دارد محروم کند و ۲- از آن جا که ضرر ممکن است طرف زیان دیده را با طیف گسترده ای از شرایط تحت تأثیر قرار دهد، ضرر مؤثر آن است که طرف پیمان شکن (ب) پیش بینی کرده یا می توانسته پیش بینی کند (Honold, ۱۹۹۹: ۲۰۷)

هم در آنستیرال و هم در معاهده ۱۹۸۰ وین بعضی از نمایندگان پیشنهاد دادند که این عنصر دوم باید اصلاح شود تا آن اوضاع و احوالی را که طرف پیمان شکن در

زمان انعقاد قرارداد می توانسته پیش بینی کند را محدود کنند . هر دو نهاد قانونگذار فوق الذکر این پیشنهاد را بررسی کردند اما تصمیم گرفتند که چنین محدودیتی قابل تحمیل نمی باشد (Honnold , ۱۹۹۹: ۲۰۸)

بحث دیگری که عنصر دوم ماده ۲۵ ایجاد می کند مربوط است به بار اثبات . در اینجا این سؤال مطرح می شود که بار اثبات این که ورود خسارت به طرف زیان دیده توسط طرف دیگر قابلیت پیش بینی داشته یا خیر، به عهده چه کسی است؟ هر گونه شک و شبهه ناشی از متن قوانین با استفاده از تاریخچه قانونگذاری برطرف خواهد شد؛ در پیش نویس ۱۹۷۷ آنسترال توجهات معطوف شد به این بیان که «نقض در صورتی اساسی است که منجر به خسارت عمده شود و طرف پیمان شکن چنین نتیجه ای را پیش بینی می کرده یا دلیلی برای پیش بینی کردن چنین نتیجه ای را داشته» کسانی که این دیدگاه را داشتند پیشنهاد دادند که به موجب ماده ذکر شده ونحوه بیان آن «بار اثبات به عهده طرف بی تقصیر بود و این امر نمی توانست راه حل مناسبی برای این قضیه باشد». کمیته آنسترال هم زمانی که با این اعتراض مواجه شد جمله اخیر را با جمله «مگر اینکه» بیان کرد به همین نحوی که هم اکنون ماده ۲۵ بیان می شود (Honnold , ۱۹۹۹: ۲۰۹)

نکته دیگر در خصوص زمان قابلیت پیش بینی است، همان طور که قبلاً هم گفته شد ماده ۲۵ دقیقاً مشخص نکرده که معیار قابلیت پیش بینی چیست؟ آیا حقایق و اوضاع و احوالی که بعد از انعقاد قرارداد هم رخ می دهد می تواند در تعیین زمان قابلیت پیش بینی دخیل باشد؟ یا اینکه توجه ما باید تنها معطوف به حقایق و اوضاع

و احوال موجود در زمان انعقاد قرارداد باشد؟ آن چه مشخص است این است که نویسندگان پیش نویس معاهده با بیان نکردن زمان درباره این مسئله قصد داشتند که ماده ۲۵ قابلیت انعطافش را حفظ کند. زیرا تنوع اوضاع و احوال و شرایطی که بعد از انعقاد قرارداد پیش می آید می تواند اطلاعاتی را مرتبط با قرارداد بعد از انعقاد آن به طرفین اعلام کند. طرفین می توانند برای برطرف کردن هرگونه ابهام در این خصوص با توافق یکدیگر زمانی را مشخص کنند و به این ابهامات خاتمه دهند اما اگر چنین کاری را انجام ندهند و قراردادی منجر به طرح دعوی در محکمه شود دیگر بر طرف کردن این ابهامات به عهده دادگاه گذاشته می شود و دادگاه در این خصوص براساس قرارداد تصمیم گیری می کند.

نتیجه گیری

در حقوق ما قاعده ای برای ضمانت اجرای احتمال نقض قرارداد موجود نیست، ولی قانون گذار، حداقل در قوانین تجاری، در مواردی که چنین احتمال قوت می گیرد، چاره را در دادن تضمین مناسب از سوی متعهد می داند. مواد مختلف قانون تجارت از جمله ماده ۵۱۳، ۴۲۲، ۲۳۸، ۲۳۷ و ماده ۱۹۴ ماده اصلاحی قانون تجارت به این موضوع اشاره دارند. اگر متعهد چنین کند، نگرانی بی مورد است ؛ اما در صورتی که با احتمال پیمان شکنی از دادن تضمین مناسب خودداری کند، درنگ جایز نبوده و متعهدله می تواند اجرای تعهد را پیش از فرا رسیدن موعد آن بخواهد یا به قرارداد بی سرانجام پایان دهد. مسئله نقض عمدی قرارداد و آثار آن در بسیاری از کشورها و اسناد بین المللی مطرح شده است. در حقوق ایران نیز به رغم اینکه

نقض عمدی و آثار آن به طور صریح مورد توجه قرار نگرفته است. در اسناد مورد مطالعه و حقوق ایران، نخستین ضمانت اجرای نقض قرارداد، اجرای اجباری قرارداد است. کنوانسیون بیع به دلیل اختلاف نظر دو نظام حقوقی کامن لا و رومی ژرمنی حکم به اجرای عین تعهد را در اختیار دادگاه قرار داده است. لیکن دو سند دیگر به دادگاه چنین اختیاری را نداده اند و در این زمینه با حقوق ایران هماهنگی وجود دارد. در اسناد مورد مطالعه و حقوق ایران، حق فسخ استثناء محسوب می شود و بقاء و حفظ قرارداد از اولویت برخوردار است. لیکن در هر سه سند بر فسخ قرارداد لازم است قرارداد به طور اساسی نقض شده باشد. در کنوانسیون، عدم امکان استرداد کالا مانع حق فسخ شناخته شده است. البته استثناء در این مورد قائل شده که تا حدی از خشن بودن ماده می کاهد اما در اصول یونیدروا و اروپا و همچنین حقوق ایران، عدم امکان مانع حق فسخ نیست. در رابطه با نقشی که نقض اساسی در اسناد مورد مطالعه در فسخ قرارداد ایفاء می کند باید گفت که در حقوق ایران مفهوم نقض اساسی شناخته شده نیست و در موردی که حق فسخ مطابق قانون برای یک طرف قرارداد ایجاد می شود، تفاوتی بین نقض اساسی و غیراساسی وجود ندارد. در قوانین موضوعه ایران، نص عام و صریحی در این خصوص وجود ندارد که هرگاه در عقود معوض یکی از طرفین به تعهد خود عمل نکند، طرف دیگر مجاز باشد قرارداد را فسخ نموده و از تعهد خود آزاد شود. همانطور که می دانیم موارد فسخ در مبحث خيارات عنوان می شود و در حقوق ایران با اینکه موارد فسخ زیاد است، در عمل از این خيارات زیاد استفاده نمی شود و حتی در قراردادهای مهم خيارات اسقاط می شود. در خصوص مقایسه مقررات معاهده وین در این خصوص با حقوق ایران می

توان نتیجه گرفت که با وجود اختلافاتی که وجود دارد اما این اختلافات به گونه ای نیست که پذیرش معاهده وین با اصول اساسی یا ارزش های بنیادی حقوق ایران مغایرت داشته باشد. برای مثال از نظر معاهده وین، محل تسلیم مبیع در صورتی که طرفین راجع به آن توافق صریحی نکرده باشند در بیع متضمن حمل کالا محل تسلیم آن به اولین متصدی حمل برای ارسال به خریدار است و در مورد کالایی که در محل خاصی قرار دارد یا در محل خاصی باید ساخته یا تولید شود همان محل وقوع کالا و در موارد دیگر محل تجارت فروشنده است (ماده ۳۱ معاهده وین). حال آن که در حقوق ایران مبیع باید در محل انعقاد قرارداد تسلیم شود (ماده ۳۷۵ قانون مدنی) اما از آن جا که قاعده مندرج در ماده ۳۷۵ قانون مدنی یک قاعده آمره نیست و اراده طرفین یا عرف و عادت مخالف، بر آن مقدم خواهد شد می توان قاعده موجود در معاهده وین را در این مورد پذیرفت. یا مثلاً موارد فسخ که در معاهده وین محدود شده و فقط در صورت نقض اساسی قرارداد یا در موردی که خریدار مهلتی اضافی به فروشنده بدهد و او در مهلت تعیین شده مبیع را تسلیم ننماید پیش بینی شده است. در حالی که در حقوق ایران خيارات متعددی برای فروشنده یا خریدار در نظر گرفته شده که با اصل لزوم قرارداد و استحکام و استواری معاملات سازگاری چندانی ندارد. با وجود این از آن جا که قواعد مربوط به خيارات از قواعد تکمیلی است نه از قواعد آمره و در عرف معاملات اکثر خيارات کاربرد چندانی ندارد و چه بسا در معاملات مهم اسقاط کافه خيارات پیش بینی شود به نظر نمی رسد که قبول مقررات معاهده وین در مورد فسخ با اصول و مبانی حقوق ایران مغایر باشد. به هر حال محدود کردن فسخ با اصل لزوم قراردادها

و استحکام و استواری معاملات که مورد نظر قانون گذار ایران بوده هماهنگ است البته توافق بر فسخ و پیش بینی آن در قرارداد هم در معاهده وین و هم در حقوق ایران معتبر و نافذ است.

منابع و مآخذ

الف-منابع فارسی

• کتب

- ۱-اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت (برات، سفته، قبض انبار، اسناد در وجه حامل و چک)، تهران: سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها، سمت ۱۳۷۳
- ۲-اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت : ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته، تهران : سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها، سمت، ۱۳۷۵
- ۳-اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت: شرکت های تجاری، جلد اول، تهران :سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاه ها، سمت، ۱۳۷۵
- ۴-جمعی از نویسندگان، تفسیری بر حقوق بیع بین المللی، جلد سوم، ترجمه مهرباب داراب پور، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۴.
- ۵-شهیدی، مهدی، تشکیل قراردادها و تعهدات، جلد اول، تهران: نشر میزان، ۱۳۷۷ .
- ۶-صفایی، حسین، دوره مقدماتی حقوق مدنی، جلد دوم، تهران:نشر میزان، ۱۳۸۲
- ۷-صفایی، حسین و دیگران، حقوق بیع بین المللی کالا با مطالعه تطبیقی، تهران: انتشارات دانشگاه تهران ۱۳۸۴ .

۸- صقری، محمد، حقوق بازرگانی "ورشکستگی"، تهران: شرکت سهامی انتشار .

۱۳۷۶ .

۹- قاسمی حامد، عباس، حقوق مدنی: شرایط اساسی شکل گیری قرارداد، تهران

انتشارات دراک، ۱۳۸۷

۱۰- قائم مقام فراهانی، محمدحسین، حقوق تجارت، ورشکستگی و تصفیه، تهران :

نشر دادگستر. ۱۳۷۵ .

۱۱- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی : قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، تهران :

انتشارات به نشر. ۱۳۶۶ .

۱۲- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، معاملات معوض، عقد تملیکی، چاپ چهارم،

شماره ۹۶، شرکت انتشار، تهران، ۱۳۷۱.

۱۳- کاتوزیان، ناصر، نظریه عمومی تعهدات، تهران: مؤسسه نشر یلدا ۱۳۷۴

۱۴- واحدی جواد، قانون تعهدات سوئیس، تهران: نشر میزان، ۱۳۷۸

• مقالات

۱- امینی، منصور، همایون مافی و حسین اعظمی چهار برج، "بررسی حقوق فسخ

ناشی از پیش بینی نقض قرارداد در کنوانسیون بیع بین المللی کالا و حقوق ایران"،

مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره سوم، شماره اول، بهار و تابستان. ۱۳۹۰

۲- حبیب، سعید و عباس کاظمی نجف آبادی، "قاعده نقض پیش از موعد: پیدایش و حیات - مروری گذرا بر چگونگی شکل گیری قاعده نقض پیش از موعد"، فصلنامه حقوق مجله دانشکده، حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۱، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۰

۳- طالب احمدی، حبیب، "مبانی و مصادیق حال شدن دیون در حقوق تجارت"، مجله حقوقی و قضائی دادگستری، شماره ۲۸ - ۲۹، پائیز - زمستان ۱۳۷۸

۴- طالب احمدی، حبیب، "معاملات قابل ابطال در حقوق ایران"، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۴۳، تابستان ۱۳۸۲،

۵- طالب احمدی، حبیب، "خیار تفلیس و حقوق طلبکاران در ورشکستگی"، نامه مفید، شماره ۴۳، مرداد و شهریور ۱۳۸۳

۶- نیک بخت، حمیدرضا؛ کاظمی نجف آبادی، عباس، "مبانی قاعده نقض قابل پیش بینی"، مجله تحقیقات حقوقی، ویژه نامه شماره ۶، پاییز ۱۳۹۰

ب-منابع انگلیسی

۱. Babiak, Andrew (۱۹۹۲). "Defining fundamental Breach under the united nations convention on contract for the international sale of goods", *International and comparative law Journal*, No. ۶, ۱۱۳-۱۴۳; available at:

www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/babiak.html.

۱. Crespi, Gregory S. (۱۹۹۳), "The Adequate Assurances Doctrine After U.C.C. § ۲-۶۰۹: A Test of the Efficiency of the Common Law", *Villanova Law Review*, vol. ۳۸, ۱۹۹۳.

۳. Carter, John W. (۱۹۹۱), *Breach of Contract*, Law Book Co Ltd, Sydney, and Sweet & Maxwell, London, ۲nd ed, ۱۹۹۱.

۴. DeNooyer, Dena (۱۹۹۹), "Remedying Anticipatory Repudiation: Past, Present, and Future?", *S. M. U. Law Review*, vol. ۵۲, Fall ۱۹۹۹.

۵. Garvin, Larry T. (۱۹۹۸), "Adequate Assurance of Performance: Of Risk, Duress, and Cognition", *University of Colorado law Review*, vol. ۶۹, ۱۹۹۸.

۶. Honnold, John. (۱۹۹۹). *Uniform law for International Sales under the ۱۹۸۰ united nations convention*, Hague: kluwer law International, ۳rd edition.

"available at: www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/honnold.html#aa ۳".

۷. Koch, Robert. (۱۹۹۹). *The concept of Fundamental Breach of Contract under the united nations Convention on contracts for international sale of Goods*, The Hague: kluwer law international; available at: www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/koch.html.

۸. Lorenz alexander "Fundamental Breach under the CISG". Pace essay. Available at: <http://cisgw1.law.pace.edu> ۱۹۹۸.

۹. Magnus, Ulrich (۲۰۰۵). "The remedy of avoidance of contract under CISG General remarks and special cases", *Journal of law and commerce*, Vol. ۲۵, ۴۲۳- ۴۳۶; available at : www.uncitral.org/pdf/english/CISG/۲۵/Magnus.pdf.

۱۰. Moses, Paul A. (۱۹۰۰- ۱۹۰۱), "The Doctrine of Anticipatory Breach of Contracts: Theoretically and Historically -Considered", *North Carolina Law Journal*, vol. ۱, ۱۹۰۰ - ۱۹۰۱.

۱۱. Robertson, R. J. (۱۹۸۸-۸۹), "The Right to Demand Adequate Assurance of Due Performance: Uniform Commercial Code Sect. ۲- ۶۰۹

and Restatement (Second) of Contracts Sect. ۳۵۱, *Drahe Law Review*, ۱۹۸۸-۸۹.

۱۲. Rowley, Keith A. (۲۰۰۱), “*A Brief History of Anticipatory Repudiation in American Contract Law*”, ۶۹ *University of Cincinnati Law Review*, Winter ۲۰۰۱.