

تحلیل تطبیقی بایسته‌های انعقاد عقد جایگزین به مثابه ابزار جبران خسارت در پرتو مبانی مسئولیت قراردادی

محمدحسین وکیلی مقدم*

استادیار گروه حقوق، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه حضرت معصومه (س)،

قم، ایران

چکیده

در قوانین برخی کشورها و اسناد بین‌المللی در صورت نقض تعهد این امکان برای طرف زیان‌دیده فراهم است تا با انعقاد عقد جایگزین، به رفع خسارات قراردادی اقدام کرده و هر نوع هزینه حاصل از این فرایند را از ناقض عقد مطالبه کند. این روش در بادی امر با مبانی مسئولیت قراردادی در فقه و حقوق ایران ناسازگار می‌نماید؛ اما با توجه به مزایای استفاده از این روش و امکان طرح آن در دعاوی مربوط به مسئولیت حاصل از نقض قرارداد، بررسی موانع انطباق با فقه و ظرفیت‌های اعمال و سازگاری آن با نظام حقوق اسلام و ایران ضروری می‌نماید. در این مقاله تلاش شده است با اتکا به مبانی و راهکارهای مورد پذیرش در جبران خسارات قراردادی، زمینه‌های اعمال و بهره‌مندی از این روش ارائه شود. به‌عنوان نتیجه می‌توان گفت با وجود شرایط، عقد جایگزین می‌تواند به منزله یک روش کلی جبران خسارت نقض در عقود و قراردادهای مختلف به کار رود.

واژگان کلیدی: اجرای جایگزین تعهد، الزام به اجرای قرارداد، تعذر اجرای قرارداد، مسئولیت قراردادی، نقض قرارداد.

* Email: m.vakili@hmu.ac.ir

تاریخ دریافت: ۲۵ مهر ۱۴۰۰، تاریخ تصویب: ۱۴ فروردین ۱۴۰۱

DOI: 10.22059/JLQ.2022.331078.1007594

© University of Tehran

۱. مقدمه

جبران خسارات حاصل از نقض قرارداد در مقام رسمیت بخشی التزام به توافقاتی الزام آور است که براساس آن طرفین مبتنی بر تراضی و رضایت، پابندی به مفاد قرارداد را پذیرفته‌اند و در نتیجه از نظر حقوقی مکلف به تدارک هر نوع خسارت حاصل از نقض قرارداد خواهند بود. مواجهه نظام‌های حقوقی نسبت به پیمان شکنی و نتایج حاصل از آن را می‌توان بر پایه دو رویکرد کلی تبیین کرد: در کشورهای تابع کامن‌لا و سنت‌های حقوقی آنگلو امریکن^۱، نقض قرارداد به معنی تحمیل زیان به شکل مستقیم یا محروم کردن طرف مقابل از تحصیل سود و منافع مورد انتظار است. در حالی که از منظر نظام حقوقی اسلام، پابندی به قرارداد از مصادیق هنجارهای اجتماعی است و تلاش برای حفظ و بقای عقد نیز مبنای کلی و هدف اصلی قانونگذار است. در رویکرد اخیر برهم زدن قرارداد، حتی در فرضی که طرف مقابل نقض عهد کرده است، راهکار ابتدایی برای حمایت از متعهدله نیست و این امکان تنها زمانی برای او فراهم است که الزام و اجبار قضایی متعهد به اجرای قرارداد میسر نباشد.^۲ در کشورهای تابع تحلیل اقتصادی حقوق مانند آمریکا، بی‌آنکه تقدم و رجحان میان روش‌های مختلف جبران خسارت باشد، منافع متعهدله سنگ‌بنای مسئولیت قراردادی محسوب شده و اختیار و ترجیح اوست که تعیین می‌کند کدام شیوه، روش جبران خسارت مقتضی و متناسب^۳ است. با وجود نزدیک شدن نظام‌های حقوقی و کمرنگ شدن تمایزات، این تفاوت در مبانی، همچنان مهم‌ترین علت تفکیک و ترجیح روش‌های جبران خسارت عینی^۴ و جایگزین^۵ در نظام‌های حقوقی مختلف است (Flechtner, 2006: 339; Peters, 1963: 201; Al-Tawil, 2014: 354).

از میان روش‌های کم‌وبیش شناخته شده برای جبران خسارت، انعقاد «قراردادهای جایگزین»^۶ چالش برانگیز می‌نماید؛ به موجب این روش نقض قرارداد این امکان را به طرف مقابل می‌دهد که بدو و بدون الزام و یا فسخ صریح قرارداد، عقدی جایگزین منعقد کند و امکان مطالبه هر نوع خسارت یا هزینه انعقاد عقد را از نقض کننده داشته باشد (Eisenberg, 190: 221; Weinrib, 2008: 27; Anderson, 2018: 190). در این روش برخلاف آنچه در مواد ۲۳۸ یا ۵۳۴ قانون مدنی و ماده ۴۷ قانون اجرای احکام ایران مقرر شده است، اجرای عقد توسط ثالث منوط و مسبوق به صدور حکم قضایی نیست (شعاریان و باحجب عظیمی، ۱۳۹۹: ۵۹۲) و متعهدله بدون مراجعه به دادگاه اقدام به انعقاد عقد جایگزین با ثالث می‌کند. اگرچه در متون

1. Anglo- American.

۲. مواد ۲۳۸ و ۲۳۹ قانون مدنی.

3. Appropriate Relief.

4. Specific Remedy.

5. Substitutional Remedy.

6. Substitute Contracts. Replacement Transactions.

قانونی این امکان به شکل معمول به‌عنوان یکی از روش‌های قانونی جبران خسارت حاصل از نقض بیع برای مشتری و بایع بیان شده است، مطالعه آرای قضایی و تبیین نظریات حقوقی به‌ویژه در آمریکا نشان می‌دهد انعقاد عقد جایگزین قابلیت استفاده و اعمال در عقود مختلف را دارد و زمینه اجرای آن منحصر به بیع نیست. منابع فارسی مرتبط با موضوع افزون‌بر نقص در تبیین آثار و شرایط استفاده از این روش، اغلب به بررسی موضوع در عقد بیع محدود شده‌اند (اصغری و رضاعی، ۱۳۸۹: ۱۸۳؛ قاسمی، ۱۳۸۴: ۱۹۰؛ شکبیا و دیگران، ۱۳۹۸: ۱۹۲؛ صفایی، ۱۳۸۶: ۴۴۸؛ جعفری ندوشن، ۱۳۹۹: ۲۷۸؛ بادینی و دیگران، ۱۳۹۵: ۱۱). بر همین اساس، در این مقاله تلاش می‌شود مبتنی بر خوانش قاعده‌محور، شرایط، زمینه‌ها و مبانی استفاده از عقد جایگزین ابتدا در بیع به‌درستی تحلیل شود، سپس با مطالعه مبانی جبران خسارت قراردادی امکان پذیرش آن به‌عنوان قاعده در حقوق قراردادها ارزیابی شود و در نهایت با بررسی فقه و حقوق ایران اعمال این روش در نظام حقوقی کشورمان امکان‌سنجی گردد.

۲. شرایط انعقاد عقد جایگزین در بیع

در اسناد بین‌المللی و قوانین برخی کشورها انعقاد عقد جایگزین به‌عنوان شیوه قانونی جبران خسارت^۱ در بیع پذیرفته شده است که زمینه و شرایط اعمال آن به شرح زیر است:

۲.۱. بازفروش

در صورتی که خریدار از اجرای تعهدات قراردادی امتناع ورزد، بایع می‌تواند به‌عنوان ابزار غیرقضایی و بدون مراجعه به دادگاه اقدام به فروش مبیع به موجب عقدی جدید به ثالث کند. این بیع مجدد^۲ اختیاری است که در نتیجه نقض قرارداد از سوی خریدار، به فروشنده داده می‌شود و براساس آن بیع اصلی نادیده گرفته شده و بایع قادر است با استفاده از آن مانع از تداوم خسارات حاصل از نقض قرارداد به خود شود (Lloyd, 2002: 56). در این روش، به‌جای الزام بایع به حفظ رابطه قراردادی و مطالبه اجرای مفاد عقد به طرفیت خریدار که حتی در فرض به نتیجه رسیدن، مستلزم صرف زمان و افزایش تعداد دعاوی است، فرصت انعقاد قرارداد جانشین و فروش مبیع به دیگری از دست نمی‌رود و در صورت اعمال، فروشنده از مزیت حضور مستمر در بازار و عرضه محصول به متقاضیان جدید محروم نخواهد شد (Smith, 2014: 345). امکان استفاده از بازفروش ضرورتاً منوط به نقض تعهدات قراردادی خریدار است، اعم از اینکه خریدار تعهد اصلی خود در بیع یعنی پرداخت ثمن را انجام ندهد

1. Remedy
2. Resale

یا از انجام سایر تعهدات فرعی مانند تحویل گرفتن مبیع و قبض آن امتناع ورزد^۱ (Coldberg, 1967: 1299; Nordstorm, 2018: 306). افزون‌بر این، در بسیاری از نظام‌های حقوقی نقض احتمالی^۲ در حکم نقض حقیقی است (Bergsten, 2008: 12). البته در نقض احتمالی در خصوص زمان امکان بافروش و انتخاب از بین زمان آگاهی بایع از نقض قرارداد، زمان و موعد اجرای عقد و زمان متعارف پس از انکار عقد اختلاف نظر وجود دارد (Boerger, 2011: 255).

با وجود برخی تفاوت‌ها در تشریفات، قواعد کلی حاکم بر بافروش یکسان می‌نماید؛ بر این اساس بافروش باید منطبق با حسن نیت و متناسب با رفتار منطقی و متعارف تجاری صورت پذیرد. به همین علت این اقدام باید به شکل علنی و با اطلاع قبلی به خریدار انجام گیرد (Checchi, 2000: 370; Tepper, 2012: 387). در آمریکا به موجب بند ۲ ماده ۷۰۶-۲ «قانون متحدالشکل تجاری»^۳ با تفکیک بیع عمومی و خصوصی^۴، این امکان برای فروشنده فراهم شده است که یکی از قراردادهای سابق بر نقض را نیز به‌عنوان مصداق بافروش تعیین کرده و خسارات نقدی خود را بر مبنای همان عقد مطالبه کند (Anderson, 2020: 39). ماده ۴۸ «قانون فروش کالا» در انگلستان حق بافروش بایع را به رسمیت شناخته است.^۵ در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مصوب ۱۹۸۰ وین^۶ نیز با تفکیک بافروش به دو نوع اختیاری و الزامی (بندهای ۱ و ۲ ماده ۸۸) مقرر شده است اگر کالا در معرض فساد سریع یا نگهداری آن مستلزم هزینه غیرمتعارف باشد، انجام اقدام‌های متعارف جهت فروش کالا الزامی است (صفایی و دیگران، ۱۳۸۷: ۳۲۳؛ داراب‌پور، ۱۳۷۴: ۱۹۳). در حقوق فرانسه به‌طور کلی عقد جایگزین و امکان بافروش به‌عنوان یکی از مصادیق آن جهت جبران خسارت قراردادی پذیرفته نشده و در ماده ۱۲۱۷ قانون مدنی در میان انواع آثار نقض قراردادی به این روش اشاره نشده است.^۷ همین

۱. ماده ۸۸ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا: «۱. چنانچه طرف دیگر در تصرف کالا یا پس گرفتن آن یا در پرداخت ثمن یا هزینه حفظ کالا به‌نحو غیرمتعارف تأخیر نماید طرف دیگر می‌تواند... به طریق مقتضی آن را بفروشد...».

2. Anticipatory Breach.

3. Uniform Commercial Code (U.C.C.), Art. 2-706, Seller's Resale Including Contract for Resale. «(1) Under the conditions stated in Section 2-703 on seller's remedies, the seller may resell the goods concerned or the undelivered balance thereof. Where the resale is made in good faith and in a commercially reasonable manner the seller may recover the difference between the resale price and the contract price together with any incidental damages allowed under the provisions of this Article (Section 2-710), but less expenses saved in consequence of the buyer's breach...»

۴. فروش عمومی (Public Sale) از طریق حراج و فروش خصوصی (Private Sale) پس از مذاکرات مستقیم صورت می‌گیرد (صفایی، ۱۳۸۶: ۴۴۷).

5. Sale of Goods Act, Art. 48, available at: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1979/54, 3/11/2021>.

6. International Sale of Goods (CISG), 1980, Vienna.

7. «La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut: refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation; poursuivre l'exécution

رویکرد در حقوق آلمان نیز ملاحظه می‌شود و در ماده ۲۸۰ قانون مدنی این کشور، با فروش به‌عنوان ابزار مرسوم در جبران خسارت پذیرفته نشده است.^۱

اگرچه براساس دکترین «انتخاب شیوه جبران خسارت»^۲ فروشنده الزامی به انتخاب بافروش ندارد، در صورت استفاده از این روش باید تمامی ضوابط و سازوکارهای قانونی آن را مراعات کند و امکان تغییر و استفاده از سایر روش‌های جبران خسارت را نخواهد داشت (Tepper, 2012: 243). اگر به‌واسطه نوسانات قیمت بازاری، ثمن بافروش بیش از ثمن عقد اصلی باشد، نفع حاصل، برای فروشنده است و خریدار عقد اصلی را از آن نصیبی نیست. اما در فرض عکس، زیان حاصل از مابه‌التفاوت قیمت بازاری و قیمت عقد اصلی از سوی فروشنده قابل مطالبه است (Sebert, 2000: 364; 2-713 U.C.C.). افزون‌بر این، هر نوع «خسارات جنبی»^۳ شامل هزینه‌های متعارف و منطقی بافروش، حمل‌ونقل، مراقبت از کالا، گمرک و هزینه‌های احتمالی استرداد و «خسارات تبعی»^۴، شامل زیان‌های خاص فروشنده که خریدار مطلع بوده یا بایست مطلع بوده باشد و خسارات حاصل از نقض شروط فرعی از سوی فروشنده قابل مطالبه است و بافروش مانع از درخواست جبران آنها نیست (Checchi, 2000: 350; Hillhouse, 1967: 434; Smith, 2014: 371). همچنین منافع معقول و متعارفی که به‌واسطه نقض قرارداد از بایع سلب شده است نیز باید جبران شود. بر همین اساس در حقوق آمریکا کاهش حجم کلی فروش^۵ مورد توجه قرار گرفته است که منظور از آن وضعیتی است که به‌علت استمرار معاملات فروشنده، عقد جایگزین خسارت را جبران نمی‌کند، زیرا به‌واسطه نقض یکی از قراردادها، حجم کلی معاملات فروشنده کاهش یافته است. برای مثال اگر ده عقد از یک فروشنده با ثمن‌های زیر به دلار به این شکل فرض شود:

عقد	اول	دوم	سوم	چهارم	پنجم	ششم	هفتم	هشتم	نهم	دهم
ثمن	۱۱۲	۱۱۰	۱۱۵	۱۰۹	۱۱۰	۱۱۱	۱۰۶	۱۰۸	۱۱۰	۱۱۲

و با فرض اینکه هزینه تولید محصول در هر عقد ۱۰۰ دلار بوده و مبلغ مازاد، سود فروشنده است، مجموع سود از ده عقد مذکور ۱۰۳ دلار خواهد بود. حال اگر خریدار عقد سوم را نقض و متعاقب آن فروشنده عقد هفتم را مصداق بافروش تعیین کند، به‌واسطه

forcée en nature de l'obligation; obtenir une réduction du prix; provoquer la résolution du contrat; demander réparation des conséquences de l'inexécution. Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter.»
1. German Civil Code (BGB). Available at: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/, 3/11/2021

2. Election of Remedies.

3. Incidental Damages.

4. Consequential Damages.

5. Lost Volume Selling.

کاستن از تعداد کلی معاملات، سود فروشنده ۸۸ دلار خواهد شد.^۱ در این حالت خریدار به جای پرداخت ۹ دلار به عنوان مابه‌التفاوت عقد نقض شده و عقد جایگزین، ملزم به پرداخت ۱۵ دلار خواهد بود. بنابراین ملاحظه می‌شود که در چنین فرضی با فروش، زیان حاصل از کاهش تعداد معاملات را جبران نخواهد کرد و باید بر مبنای «فرمول منافع فوت‌شده»^۲ خسارات را به صورت نقدی جبران کرد. رویه قضایی آمریکا این وضعیت را اغلب در مورد تجار یا در فرض تکرار معاملات بایع به شکل مستمر محتمل می‌داند،^۳ زیرا در این موقعیت حقیقتاً عقد جایگزین، وصف جانشینی قرارداد نقض شده را ندارد (Anderson, 2020: 40; Sebert, 2000: 385). در حقوق آمریکا و با توجه به قانون متحدالشکل تجاری، اثر پرداخت بخشی از ثمن در بافروش تردیدهایی را به وجود آورده است؛ برای مثال اگر بیعی با ثمن ۵۰۰۰ دلار واقع شود و خریدار پس از پرداخت ۵۰۰ دلار اقدام به نقض کند، اگر بافروش با ثمن ۴۵۰۰ دلار باشد و با فرض عدم وجود خسارات تبعی و جانبی مجموع آنچه بایع تحصیل می‌کند عبارت است از:

۵۰۰ دلار پرداخت جزئی از ثمن + ۴۵۰۰ دلار ثمن بافروش + ۵۰۰ دلار تفاوت عقد اصلی و

جایگزین

یعنی در نتیجه نقض عقدی با ثمن ۵ هزار دلار و متعاقب بافروش به عنوان شیوه جبران خسارت، بایع ۵۵۰۰ دلار به دست خواهد آورد. از آنجا که این امر با هدف مسئولیت قراردادی که جبران خسارت است و نه عقوبت، ناسازگار می‌نماید، برخی بیان کرده‌اند علی‌رغم عدم تصریح ماده ۷۰۶-۲ قانون مذکور، باید حکم به لزوم استرداد جزء پرداخت شده از ثمن کرد؛ یعنی فرض این ماده در جایی است که تأدیة ثمن صورت نگرفته است (Nordstorm, 1967: 1306).

۲.۲. بازخرید

به موازات بافروش، در برخی نظام‌های حقوقی بازخرید نیز به عنوان یکی از روش‌های جبران خسارت قراردادی برای خریدار به رسمیت شناخته شده است. در این روش، خریدار قادر است در صورت بروز هر نوع تأخیر، نقص یا عدم اجرای عقد بیع از سوی فروشنده خریدی جایگزین انجام دهد تا با مراجعه به بازار و خرید محصولی مشابه موضوع عقد اصلی، «اجرای

۱. چون از مجموع ۱۰۳ دلار سود قابل تحصیل، ۱۵ دلار به واسطه نقض عقد، کاسته شده است.

2. Lost Profit Formula.

3. Nederlandse Draadindustrie NDI B.V. v. Grand Pre-Stressed Corp., 466 F. Supp. 846 (E.D.N.Y.), *aff'd mem.*, 614 F.2d 1289 (2d Cir. 1979); *Distribu- Dor, Inc. v. Karadanis*, 11 Cal. App. 3d 463, 90 Cal. Rptr. 231 (1970).

جایگزین عقد^۱ را به‌عنوان شیوه جبران خسارت برگزیند. این روش براساس انتخاب خریدار است. بنابراین دارای انطباق تام با منافع خریدار است (Eisenberg, 2018: 221). الزام به اجرای عین تعهد نیز همواره آمیخته با سختی‌ها و مشکلات اجرایی است که افزون‌بر افزایش بار رسیدگی‌های قضایی، فرصت مطلوب جایگزین کردن محصول و استفاده از ظرفیت‌های بازار را از زیان‌دیده سلب می‌کند (معصومی و صالحی مازندرانی، ۱۳۹۹: ۲۱۴). برای بازخرید نیز ضروری است یک فرایند منطقی و مبتنی بر حسن‌نیت محقق شود که این معیار فارغ از نتیجه و به صرف امکان انعقاد عقد با شرایط مساعدتر و با هزینه‌های کمتر نقض نخواهد شد. بر مبنای رفتار یک انسان منطقی و متعارف جست‌وجو مادامی تداوم می‌یابد که «هزینه نهایی مورد انتظار»^۲ با «منافع نهایی مورد انتظار»^۳ یکسان یا کمتر از آن باشد؛ یعنی اگرچه ممکن است با جست‌وجوی بیشتر کالایی با قیمت کمتر یافت، اما این جست‌وجو مادامی ادامه خواهد داشت که هزینه آن، «ارزش مورد انتظار»^۴ حاصل از یافتن کالا را مخدوش نکرده و نسبت به آن افزون نشود. در رویه قضایی آمریکا اصل حسن‌نیت در این فرض پذیرفته شده است، مگر اینکه فروشنده خلاف آن را اثبات کند.^۵ همچنین، اگر بازخرید منافی برای خریدار در پی داشته باشد، باید در محاسبه نهایی خسارات مدنظر قرار گیرد، و الا جبران خسارت مضاعف^۶ رخ می‌دهد و زیان‌دیده در وضعیتی بهتر از فرض اجرای قرارداد قرار خواهد گرفت. اگر بازخرید با لحاظ مراتب مذکور، جز با ثمنی افزون‌بر ثمن عقد اصلی قابل انعقاد نبوده باشد، خریدار قادر به مطالبه مابه‌التفاوت است، حتی اگر موضوع عقد جایگزین مشابهت عینی با مبیع اصلی نداشته باشد. برای مثال اگر قراردادی با موضوع فروش مخلوط‌کن چهارسرعه نقض شود و خریدار به‌علت کمبود، چاره‌ای جز جایگزین کردن آن با عقد خرید مخلوط‌کن هشت‌سرعه نداشته باشد، فروشنده باید تمام اختلاف ثمن را به‌عنوان جبران خسارت بپردازد، زیرا این تفاوت نه به‌واسطه تقصیر یا منفعت‌طلبی غیرموجه خریدار، بلکه به‌سبب نقض قرارداد از سوی فروشنده بوده است؛ یعنی اگر پیمان‌شکنی رخ نمی‌داد، خریدار نیز مراجعه‌ای به بازار و خرید کالایی جایگزین مبیع اصلی انجام نمی‌داد. به همین علت بیان شده است بازخرید، باید «بهترین جایگزین عقد» باشد و نه الزاماً همانند آن (Gehlhausen, 1987: 234; Frisch, 2014: 8; Nudelman, 2009: 182; Stockton, 1963: 97).

1. Replacement Performance
2. Expected Marginal Cost
3. Expected Marginal Benefit
4. Expected Value

5. Lifeguard Indus., Inc., 42 B.R. 734, 738 (Bankr. S.D. Ohio 1983). Martella v. Woods, 715 F.2d 410, 413-14 (8th Cir. 1983); Kanzmeir v. McCoppin, 398 N.W.2d 826, 832-33 (Iowa 1987); Freitag v. Bill Swad Datsun, 443 N.E.2d 988, 991 (Ohio 1981).

6. Overcompensation / Double Recovery.

براساس بند ۱ ماده ۷۱۲-۲ قانون متحدالشکل تجاری، بازخرید یا «کاور» یکی از روش‌های جبران خسارت قراردادی است که در صورت افزایش قیمت بازاری، خریدار با اعمال آن قادر به مطالبه مابه‌التفاوت از فروشنده است. افزون‌بر این هر نوع خسارات جنبی و تبعی نیز قابل جبران است، جز آنچه به واسطه عقد جایگزین تدارک و جبران شده است. در تفسیر رسمی از ماده ۷۱۳-۲ بیان شده است موضوع این ماده یعنی تفاوت قیمت بازاری و ثمن به‌عنوان خسارت، با انعقاد عقد جایگزین قابل جمع نیست (Peters, 1963: 259; Dunahay & Feste, 2000: 227; Sebert, 2000: 383). ماده ۷۲۳-۲ نیز در فرض نقض احتمالی، قیمت بازاری زمان آگاهی خریدار از نقض را ملاک قرار داده است. با وجود اختلاف‌نظر، در مورد قراردادهای بلندمدت چنین فرض می‌شود که قیمت زمان نقض یا آگاهی از نقض، تداوم یافته و بدون تغییر خواهد ماند (Goldberg, 2018: 328). در کنوانسیون بیع، ماده ۷۵ به این موضوع مرتبط است؛ آنچه در متن ماده ذکر شده امکان بازخرید و بازفروش پس از تحقق avoidance است.^۱ فارغ از تفاوت معنایی این اصطلاح^۲، آنچه مسلم است اینکه بازخرید در کنوانسیون بیع برخلاف حقوق آمریکا به شکل مقید اعمال می‌شود و با بقای عقد اعمال آن ممکن نیست (Bergsten, 2008: 10). بدیهی است در استفاده از این روش هم الزامی برای خریدار وجود ندارد و او می‌تواند در فرض عدم ترجیح بازخرید، سایر روش‌های جبران خسارت را اعمال کند (Sebert, 2000: 381). در حقوق آمریکا با وجود مشابهت کلی بافروش و بازخرید، مشتری در بازخرید الزامی به اطلاع موضوع به فروشنده ندارد، درحالی‌که در بافروش، اعلام قبلی به خریدار ضروری است (2-706 U.C.C.). همچنین برخلاف فروشنده، خریدار در بازخرید صرفاً باید پس از نقض، عقدی را به‌عنوان جایگزین منعقد کند و نمی‌تواند یکی از عقود سابق خود را به‌عنوان مصداق عقد جایگزین تعیین کند (Anderson, 2020: 485).

۳. مبانی توجیهی و مزایای عقد جایگزین

استفاده از عقد جایگزین به‌عنوان ابزار جبران خسارت قراردادی، مزایای متعددی دارد که در نظام‌های حقوقی مختلف قابل پذیرش است. مهم‌ترین علل این مسئله به شرح زیر است:

1. If the contract is avoided and if, in a reasonable manner and within a reasonable time after avoidance, the buyer has bought goods in replacement or the seller has resold the goods, the party claiming damages may recover the difference between the contract price and the price in the substitute transaction as well as any further damages recoverable under article 74.

۲. این واژه هم به معنی بطلان (صفایی و همکاران، ۱۳۸۷: ۵۰۹) و هم در معنی فسخ (داراب‌پور، ۱۳۷۴: ۲۸۷؛ قاسمی، ۱۳۸۴: ۱۸۹) استعمال شده است.

۱.۳. انطباق با مبانی مسئولیت قراردادی و جبران کامل خسارت

با اتکا به منطق حقوق و به‌عنوان اصل مورد پذیرش در تمام نظام‌های حقوقی می‌توان پذیرفت که هدف از ضوابط مسئولیت قراردادی جبران کامل خسارات زیان‌دیده و قرار دادن او در همان موقعیت حاصل از اجرای عقد است (Lloyd, 2002: 841). با این مبنا، ابزارهای جبران خسارات به‌گونه‌ای در اختیار متعهدله قرار می‌گیرد تا با صرف کمترین هزینه و زمان، بیشترین حجم خسارات حاصل از نقض عقد جبران شود. بدعهدی متعهد، طرف دیگر را در موقعیتی برتر قرار می‌دهد که با توجه به منافع خود بهترین روش جبران خسارت را به‌عنوان شیوه مناسب برگزیند. در عین حال، تعیین مصداق ضرر و روش‌های متناسب برای جبران آن، ماهیتی قانونی یا احصایی ندارد^۱ و در هر دو موضوع متابعت از ارتکاز عرفی راهگشاست (Frisch, 2014: 206). اختیار و قدرت‌گزینه متضرر از میان روش‌های مختلف جبران خسارت، نتیجه منطقی پذیرش چنین رویکردی است، زیرا به شکل معمول زیان حاصل، دارای یک جنبه مشخص یا واحد نیست که تنها یک شیوه خاص، روش متناسب جبران آن محسوب شود (Cunnington, 2008: 116). امکان انعقاد عقد جایگزین بیشترین میزان انطباق را با مبانی مسئولیت قراردادی دارد؛ الزام به اجرای مفاد قرارداد افزون‌بر دشواری‌های قضایی، می‌تواند به ضررهای معتناهی منجر شود که غایت اصلی حقوق مسئولیت یعنی تدارک زیان را مخدوش سازد.^۲ همچنان‌که از دست رفتن فرصت جایگزین کردن قرارداد، گاه قابل جبران نیست و باید تنها به مطالبه خسارات نقدی اکتفا کرد که بی‌تردید نسبت به عقد جایگزین با اولویت‌های متعهدله انطباق کمتری دارد و در بازسازی وضعیت او همانند فرض اجرای عقد، چندان مقرون به توفیق نیست (Boerger, 2001: 280). عقد جایگزین به محض انعقاد، وضعیت زیانبار متعهدله را پایان می‌دهد و زیان او را، آن هم تنها در فرض نوسان قیمت‌ها، به خسارت نقدی بدل می‌کند؛ بنابراین این روش مهم‌ترین ابزار از بین بردن منبع ضرر یا کاهش آن است (Rowan, 2012: 142; Bergsten, 2008: 5) و در عین حال مراجعه به دادگاه متعاقب اعمال آن، امری احتمالی است؛ درحالی‌که الزام متعهد به اجرای قرارداد یا مطالبه خسارات نقدی جز با مراجعه به مرجع قضایی قابل تصور نیست.

۱. قانونگذار می‌تواند ویژگی‌های ضرر قابل جبران را تعیین کند، اما در مورد چستی ضرر و راه‌های جبران آن، موضع قانون امضایی است و نه ابداعی. در واقع فعل زیانبار، علت حقیقی و خارجی ضرر است و نه امری ذهنی یا اعتباری و چنانکه در فقه گفته شده است، ان علة الشرع معرفات و لا علة حقیقه (حسینی مراغی، ۱۴۳۷ق: ۲۶۸).

۲. برای مثال اگر متعهد به آبیاری درختان یک باغ، نقض عهد کند، طولانی بودن فرایند قضایی الزام به اجرای مفاد عقد می‌تواند به نابودی باغ منجر شود (وحدتی شبیری، ۱۳۸۵: ۱۶۲).

۳.۲. گسترده‌گی زمینه استفاده و سهولت به‌کارگیری

آنچنان‌که خواهد آمد، انعقاد عقد جایگزین با رعایت شرایط در تمام عقود قابل استفاده است؛ اما الزام به اجرای قرارداد در برخی عقود خدماتی با تردیدهایی مربوط به مغایرت با شئون انسان مواجه شده است (Al-Tawil, 2014: 354). به‌ویژه در مورد تعهدات وحدت مطلوب، الزام به اجرای قرارداد به‌عنوان یک روش مرسوم جبران خسارت، منتفی است؛ اما استفاده از عقد جایگزین حتی در این موارد، می‌تواند زمینه اجرای تعهد به شکل مطلوب را برای متعهدله فراهم آورد. همچنین سایر شیوه‌های جبران خسارت، اعم از الزام به اجرای مفاد قرارداد یا تبدیل آن به وجه نقد به معنی مطالبه هزینه اجرای عقد توسط ثالث، ناظر بر آینده^۱ است، درحالی‌که مطالبه مابه‌التفاوت هزینه‌های عقد جایگزین و عقد اصلی، ماهیتی ناظر بر گذشته^۲ دارد؛ بنابراین محاسبه و حکم به جبران آن، به‌ویژه در شرایط پرنوسان بازار، سهل‌تر است (Eisenberg, 2018: 225) و به‌جای محاسبه به شکل فرضی، خسارات به طریق عینی و واقعی ارزیابی خواهند شد (شهابی و دیگران، ۱۳۹۹: ۳۴۹). این روش خطرهای ناشی از احتمال ورشکستگی یا اعسار متعهد و اثر نامطلوب آن بر جبران خسارت قراردادی یا الزام به اجرای مفاد قرارداد را نیز به حداقل کاهش خواهد داد (Cunnington, 2008: 116). در نهایت انعقاد عقد جایگزین گردش سرمایه و افزایش معاملات در بازار را نیز موجب می‌شود که می‌تواند افزون‌بر جبران خسارات متعهدله به رونق اقتصادی و جلوگیری از رکود معاملات نیز منجر شود (Rowan, 2012: 144).

۳.۳. افزایش بازدارندگی و کاهش احتمال نقض قرارداد

عدم ضرورت مراجعه به دادگاه در اعمال این روش، پایبندی به قرارداد را نیز افزایش خواهد داد، زیرا متعهد مطلع است نقض عقد از جانب او اختیار جایگزین کردن عقد نقض شده را به متعهدله خواهد داد و این اختیار بدون نیاز به مراجعه به مرجع قضایی به شکل فوری قابل اجراست (Weinrib, 2008: 14). این روش از تناسب و خودبستگی^۳ حقوقی به‌عنوان مهم‌ترین شاخصه جبران کارآمد خسارت برخوردار است و بدون نیاز به مراجع قضایی می‌تواند بخش وسیعی از خسارات زیان‌دیده قراردادی را تدارک ببیند (Peel, 2015: 1562; Weinrib, 2008: 14). بنا بر ملاحظاتی مذکور، در اسناد بین‌المللی مانند بند ۳ ماده ۷.۲.۲ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی^۴، ماده ۷۰۶:۳ پیش‌نویس چارچوب ارجاع مشترک^۱ و ماده ۵۰۶-۹ اصول حقوق

1. Retrospectively

2. Prospectively

3. Adequacy

4. Unidroit Principles of International Commercial Contracts. Available at: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>, 3/24/2021

تحلیل تطبیقی بایسته‌های انعقاد عقد جایگزین به مثابه ابزار جبران خسارت در پرتو مبانی مسئولیت... ۲۲۳

قراردادهای اروپا^۱ استفاده از عقد جایگزین به بیع اختصاص نیافته و به‌عنوان یک شیوه کلی جبران خسارت قانونی، قابل اعمال است.

۴. انطباق سنجی عقد جایگزین با مبانی فقهی و نظام حقوقی ایران

کلیت اصول و مبانی جبران خسارت قراردادی، در فقه هم قابل تأیید است؛ مسئولیت حاصل از نقض تعهد قراردادی یا غیر قراردادی در حقوق اسلام نیز، به هدف تدارک و جبران خسارات واردآمده به زیان‌دیده است؛ به‌نحوی که در حد مقدر و وضعیت او مشابه فرض اجرای تعهد شود. در فقه نیز پذیرفته شده است که ضرر ماهیتی عرفی دارد (فرحی، ۱۴۳۹ق: ۵۹۲، ۵۹۸؛ حسینی مراغی، ۱۴۳۷ق: ۳۱۵؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۸۶: ۳۱۱) و تشخیص رافع ضرر نیز باید عقلاً براساس ماهیت و ویژگی منشأ آن تعیین شود (حسینی مراغی، ۱۴۳۷ق: ۳۱۸). اصل جبران کامل خسارت و تلاش برای قرار دادن شخص در موقعیتی که در صورت اجرای قرارداد برای او فراهم می‌آمد، به پشتوانه منطبق حقوق، در فقه نیز قابل تأیید بوده و بر همین اساس تصریح شده است که شیوه‌های جبران خسارت احصایی نیست؛ بلکه باید با در نظر گرفتن اصول مزبور «هنر تعیین طریقه جبران ضرر» را به‌کار گرفت (شهابی و دیگران، ۱۳۹۹: ۳۲۹؛ یزدانیان، ۱۳۹۵: ۲۸۶، ۲۸۱). بنابراین از جنبه نظری، مبانی استفاده از عقد جایگزین به‌عنوان شیوه جبران خسارات قراردادی با مانعی در حقوق اسلام مواجه نیست، با هیچ‌یک از اصول آن معارضه‌ای نداشته و با مفهوم جبران خسارات واقعی به‌عنوان مبنای مسئولیت در فقه سازگار است (شهابی و دیگران، ۱۳۹۹: ۳۵۴). اما مراجعه به منابع فقهی به‌منظور پاسخ دادن به این پرسش که آیا متعهدله می‌تواند در مقام جبران خسارات حاصل از نقض قرارداد، بدو و بدون مراجعه به دادگاه از عقد جایگزین استفاده کند، چالش‌های پیش روی پذیرش این نهاد را در حقوق اسلامی عیان می‌سازد. در حقوق کشورهایمانند آمریکا قانون این اختیار را برای متعهدله فراهم می‌آورد تا در صورت نقض قرارداد برای جبران آن، عقد اصلی را نادیده بگیرد و با انعقاد قرارداد جایگزین، خود را از قید تعهدات قراردادی برهاند؛ از آنجا که انعقاد عقد جایگزین را می‌توان ابزار فسخ عقد نقض‌شده دانست، استفاده از آن درحالی‌که امکان الزام متعهد وجود دارد، مصداقی از «فسخ ابتدایی» قلمداد شده که اعتبار آن در فقه و حقوق ایران محل تردید است (اسماعیلی و حیدری، ۱۳۹۹: ۲۴۹).

1. Draft Common Frame of Reference (DCFR), available at: https://www.law.kuleuven.be/per_sonal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf, 3/27/2021.
2. Principles of European Contract law, available at: https://www.trans-lex.org/400200/_pec_l/#head_150, 3/24/2021

آنچه در بادی امر به نظر می‌رسد اینکه در دیدگاه مشهور فقها، نقض تعهدات قراردادی مجوزی برای نادیده گرفتن عقد یا فسخ آن از سوی متعهدله نیست. چنین رویکردی مانع اصلی پذیرش عقد جایگزین به عنوان روش جبران خسارت است. در کلام فقها، در ذیل ضمانت اجرای شرط فعل مطرح شده است که فسخ عقد مادامی که الزام و اجبار مشروط‌علیه ممتنع نشده، ممکن نیست. شیخ انصاری در مخالفت با نظر علامه در تذکره بیان می‌دارد مقتضای عقد مشروط، عمل به شرط اعم از اختیاری و قهری است و مادامی که چنین الزامی ممتنع و متعذر نشده، مستندی برای امکان فسخ عقد وجود ندارد (انصاری، ۱۳۸۳: ۳۳). به دیگر سخن، شرط تحقق خیار، متعذر شدن اجرای تعهد است که بدون الزام قابل احراز نیست، زیرا مادامی که الزام به اجرای تعهد صورت نگرفته، نمی‌توان از غیرممکن بودن اجرای آن اطمینان داشت، مگر اینکه مبنای حق فسخ، تخلف از شرط ضمنی پایبندی به عقد و عدم تخطی از آن باشد که در این صورت، به مجرد عدم اجرای شرط، امکان حق فسخ وجود می‌یابد (خوئی، ۱۳۷۷: ۳۶۲). همین مبنا در تعهدات اصلی هم قابل اعمال است، با این تفاوت که در خصوص عقود تملیکی، به واسطه ایجاد حق عینی امکان فسخ عقد به واسطه نقض قرارداد طرف مقابل، با موانع بیشتری همراه است و برای مثال بازفروش مبیع متعاقب نقض تعهدات خریدار، می‌تواند به تحقق جرم فروش مال غیر نیز منجر شود (صفایی، ۱۳۸۶: ۴۵۹؛ اصغری آقشهیدی و زارعی، ۱۳۸۶: ۲۰۰؛ شکیبا و دیگران، ۱۳۹۸: ۱۱۳). قانون مدنی ایران نیز به متابعت از همین رویکرد در موارد ۲۳۷، ۲۳۸ و ۲۳۹ اقدام مستقیم اجرایی را دارای اولویت می‌داند (معصومی و صالحی مازندرانی، ۱۳۹۹: ۲۱۴) و امکان انعقاد عقد جدید به جایگزینی تعهد سابق را منوط به تعذر از الزام مشروط‌علیه کرده است.

در نقد این رویکرد باید به تبیین و تحلیل مبانی آن پرداخت؛ آنچه مسلم است اینکه صرف پیمان‌شکنی به زوال عقد یا انفساخ آن نمی‌انجامد، اما تمام سخن در این است که پس از نقض توافق قراردادی، نباید با استناد به اصول و قواعدی مانند اصل لزوم یا ضرورت پایبندی به شرط، متعهدله زیان‌دیده را به تحمل ضرر حاصل از این وضعیت اجبار کرد. قرارداد، صحه تقابل و توازن تعهدات است و خطابات قانونی مبنی بر لزوم حفظ، تداوم و بقای آن برای جلوگیری از نقض عقد است و نه در مقام تبیین آثار نقض. هر نوع نقض قرارداد به طرف مقابل سلطه و امتیازی می‌دهد تا به شکل متناسب با منافع خود رفتار کند. نقض عقد، شکستن پیمانی لازم‌الوفاست و الزام متعهدله به تداوم این وضعیت و عدم امکان فسخ، مطالبه احترام او به قراردادی است که دیگری محترم نشمرده و نسبت به آن بدعهدی کرده است. به بیان حقوقی، التزام هریک از طرفین مادامی است که طرف دیگر نیز خود را ملتزم به اجرای تعهدات قراردادی بداند؛ در غیر این صورت آنچه واقع می‌شود، تحلیلی انتزاعی و مجرد از واقعیت قراردادها و تحمیل تاوان نقض قرارداد به متعهدله است که با هیچ‌یک از اصول عقلی

و حقوقی سازگار نیست. به حکم صریح آیه اعتدا نیز، عدم پابندی متعهد وضعیت را دگرگون می‌سازد و حق مقابله به مثل را به طرف مقابل خواهد داد.^۱ همچنین نظر به اینکه مبنای توجیهی فسخ اصولاً جبران خسارت است، چگونه می‌توان زیان‌های اجبار متعهدله به فسخ عقد را نادیده انگاشت؛ درحالی‌که استفاده از عقد جایگزین در برخی موارد خاص ابزاری مؤثرتر در جبران خسارات است؛ بنابراین نباید پنداشت با امکان الزام متعهد، فسخ عقد توجیهی ندارد و زیان حاصل از نقض همواره با الزام جبران خواهد شد. افزون‌بر این، اختلاف نظر فقها در این زمینه را نیز نمی‌توان نادیده گرفت؛ نظرهای زیادی در فقه برخلاف رویکرد مشهور بیان شده است که طبق آن تقدمی برای الزام متعهد وجود ندارد و با نقض قرارداد طرف مقابل دارای حق فسخ است (اسماعیلی و حیدری، ۱۳۹۹: ۲۵۰؛ معصومی و صالحی مازندرانی، ۱۳۹۹: ۲۲۳). این اختلاف نظر نشان می‌دهد رویکرد مشهور (و نه اجماعی) بر پایه دلیل و نص شرعی^۲ بیان نشده و مبنای آن تحلیل و تفسیر فقهی از ضوابط است. در عین حال، قدرت فسخ قرارداد با امکان الزام مستند به تحلیل عرفی است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق: ۳۳۳؛ طهماسبی، ۱۳۹۷: ۴۴). برای مثال، طبق نظری که رهن را عقد عینی نمی‌داند، بیان شده است اگر راهن اقدام به تسلیم مرهونه ننماید، طرف مقابل دارای حق فسخ است (مکی عاملی، ۱۴۱۷ق: ۳۸۵). در خصوص مساقات بیان شده است در صورت ترک متعهد، الزام و فسخ عقد همزمان ممکن است و منطبق با آنچه انعقاد عقد جایگزین خوانده می‌شود، این اختیار به مالک داده شده است که در مقام دفع ضرر خود اقدام به انعقاد عقد با شخصی جدید کرده و اجرت را از عامل مساقات مطالبه کند (طباطبایی یزدی، ۱۴۴۰ق: ۳۷۷). نکته جالب توجه اینکه ضیاءالدین عراقی در حاشیه بر مطلب فوق بر این مسئله تأکید می‌کنند که ملاک، دفع ضرر است که با این اقدام محقق خواهد شد (طباطبایی یزدی، ۱۴۴۰ق: ۳۶۱). این دوگانگی در متون قانونی ایران نیز راه یافته است؛ برای مثال در اجاره با وجود مواد ۲۳۸ و ۴۷۶، در ماده ۴۹۶ قانون مدنی و ماده ۱۴ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ و اطلاق ماده ۳۷۹ قانون مدنی در خصوص تخلف از شرط تعیین رهن، عدول از قواعد کلی ملاحظه می‌شود.

رویه قضایی ایران می‌تواند با اتکا به نظرهای فقهی و رویکردهای نه‌چندان قطعی و جزئی قانونگذار ایران زمینه اعمال عقد جایگزین را به مثابه ابزار فسخ و به‌عنوان روش جبران خسارت قراردادی فراهم آورد؛ از یک سو می‌توان نقض شرط ضمنی مبنی بر التزام و پابندی

۱. فمن اعتدى علیکم فاعتدوا علیه بمثل ما اعتدى علیکم (بقره: ۱۹۴). در مورد امکان استناد به آیه در معاملات رک: فاضل لنکرانی، ۱۳۹۴: ۷.

۲. در توجیه وجود خیار در عرض امکان اجبار جز در عقد نکاح، به روایت ابی جارود هم استناد شده است (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۹ق: ۳۳۷).

به قرارداد را، مجوز فسخ دانست (وحدتی شبیری، ۱۳۸۵: ۵۶) و به‌ویژه در تعهدات قراردادی دارای زمان و موعد خاص مستند به ماده ۲۲۶ قانون مدنی، فسخ قرارداد را مجاز دانسته و عقد جایگزین را مصادیقی از فسخ عملی قلمداد کند (ماده ۴۴۹ ق.م). از سوی دیگر، رویه قضایی می‌تواند قید امتناع از الزام، تعذر اجبار یا غیرمقدور بودن اجبار ملتزم در مواد ۲۳۸، ۳۷۶ یا ۴۷۶ قانون مدنی را به شکل موسع و با تسامح تفسیر کند؛ آنچه مسلم است اینکه منظور قانونگذار از این قیود دقت نظر فلسفی نیست، بنابراین در اعمال این قیود نیز باید براساس ارتکاز عرفی، ورود هر نوع زیان مالی یا از دست رفتن فرصت قرارداد جایگزین را به معنی عذر موجه عدم الزام و اختیار راهکار دیگر دانست.

۵. عناصرشناسی انعقاد عقد جایگزین

اگرچه با فرض پذیرش مبانی توجیهی عقد جایگزین، زمینه استفاده از آن به‌عنوان روش جبران خسارات قراردادی در تمام عقود فراهم است، اما استفاده از این روش جبران خسارت منوط به فقدان موانع و انطباق با ویژگی‌های عقد نقض شده است. بر این اساس استفاده از عقد جایگزین منوط به شرایط زیر است:

۵.۱. انعقاد عقد معوض

عقد جایگزین به‌عنوان شیوه جبران خسارت حاصل از نقض عقود معوض قابل استفاده است. بنابراین در صلح بلاعوض یا هر عقد بی‌نام غیرمعوض، این طریق راه متناسب جبران خسارات قراردادی نخواهد بود.

۵.۲. مباشرتی نبودن اجرای تعهدات و قابلیت جایگزینی

متعهدله از طریق عقد جایگزین، مطلوب خود را با انعقاد عقدی دیگر تحصیل می‌کند. بنابراین باید موضوع تعهد چنین قابلیت داشته باشد؛ در نتیجه در عقود شخص‌محور استفاده از این روش منتفی است. همچنین اگر موضوع تعهد، خاص یا منحصر باشد، به‌نحوی که نتوان به‌راحتی برای آن نمونه یا شبیهی یافت، منطقی استفاده از این شیوه عملی نخواهد بود.

۵.۳. نقض تعهدات قراردادی

عقد جایگزین ضرورتاً باید مسبوق به نقض عقد باشد، به‌نحوی که بتوان گفت نسبت به تعهدات قراردادی بدعهدی و پیمان‌شکنی شده است. بنابراین بروز قوه قاهره، اعمال حق حبس یا هر عامل و وضعیت دیگری که مانع از تحقق مسئولیت قراردادی است، منافی استفاده از عقد جایگزین محسوب می‌شود. افزون‌بر این منظور از نقض، عدم اجرای تعهدات متقابل

قراردادی اعم از تأخیر در اجرا، عدم اجرا یا اجرای ناقص خواهد بود. همچنین عقد جایگزین در مورد جبران خسارات نقض تعهدات قراردادی اصلی و فرعی قابل استفاده است. برای مثال همان‌گونه که در صورت نقض تعهد خریدار، با فروش مبیع قابل تحقق است، اگر شرط پذیرش وکالت خریدار در دعوای دادگستری در ضمن بیع، نقض شود، مشروطه می‌تواند با انعقاد عقد وکالت جایگزین، از این روش بهره ببرد.

۴.۵. اعمال در مدت متعارف و به‌عنوان یک رفتار منطقی

هر نوع تأخیر بلاوجه در اعمال این روش یا هر نوع اقدام و رفتاری که جنبه منطقی و متعارف بودن استفاده از این روش را مخدوش سازد، مانع از اجرای احکام و ضوابط مرتبط با این موضوع خواهد شد. بنابراین در به‌کارگیری این شیوه جبران خسارت نیز، رعایت مراتب حسن‌نیت ضروری است.

۶. نتیجه

پذیرش استفاده از عقد جایگزین به‌مثابه روش جبران خسارت قراردادی، بر مبنای رویکرد نفع‌محوری در حقوق قراردادها توجیه‌پذیر است. در این نگرش، احترام و لزوم پایبندی به مفاد عقد مادامی است که طرفین به مفاد آن عمل کرده و بدعهدی نکرده‌اند؛ در غیر این صورت زیان‌دیده قادر به تصمیم‌گیری در مورد انتخاب شیوه جبران خسارت متناسب با منافع خود است. در این مینا، جبران خسارت فاقد روش‌های احصایی است و آنچه مهم است، به‌کار بستن بهترین روش برای از بین بردن خسارت و ضرر است. تحلیل ماهیت، احکام و ضوابط عقد جایگزین نشان می‌دهد می‌توان این روش را با فسخ ابتدایی در فقه و نظام حقوقی ایران منطبق دانست. نادیده گرفتن زمینه‌های انعقاد عقد جایگزین، به معنای محدود کردن متعهدله به انتخاب یکی از دو روش الزام متعهد یا فسخ عقد است؛ درحالی‌که با از دست رفتن فرصت جایگزین کردن قرارداد، الزام متعهد یا فسخ عقد جز صرف زمان و نهایتاً مطالبه خسارت به شکل نقدی اثری ندارد؛ بنابراین عقد جایگزین به‌واسطه فراهم آوردن شرایطی مشابه اجرای عقد اصلی، روشی مؤثرتر در جبران خسارات و حفظ منافع متعهدله است. بر این اساس، در تمام مواردی که طبق دیدگاه مرسوم فسخ عقد به‌واسطه نقض قرارداد ممکن است، استفاده از این روش نیز با مانع حقوقی مواجه نیست. این تحلیل معضل حق عینی ایجادشده به موجب عقد و تصرف در مال غیر را حل خواهد کرد، زیرا اگر بتوان عقد جایگزین را مصداق فسخ قلمداد کرد، تصرفات متعاقب آن، تصرف در مال غیر محسوب نمی‌شوند. همچنین هر نوع مابه‌التفاوت تحمیل‌شده به زیان‌دیده با استناد به تسبیب از پیمان‌شکن قابل مطالبه است. مزایای

قطعی امکان استفاده از این روش برای جبران خسارت، اختلاف نظر فقها و حقوقدانان و انطباق این روش با ارتکاز عرفی و مبانی مسئولیت قراردادی این ضرورت را ایجاب می‌کند که رویه قضایی با توسعه دادن مفهوم تعدر در الزام، و پذیرش امکان فسخ زمینه بهره‌مندی از این روش را فراهم آورد تا متعهدله قادر به استفاده از آن باشد. حتی براساس رویکرد سنتی نیز در مواردی که متعاقب صدور دستور قضایی الزام و تداوم امتناع متعهد، اجرای تعهد از طریق عقد جدید با ثالث پیگیری می‌شود (مواد ۲۳۸ قانون مدنی و ۴۷ قانون نحوه اجرای احکام مدنی) سازوکار عقد جایگزین و شرایط مربوط به آن قابل استفاده است و می‌تواند خلأهای حقوق ایران را مرتفع سازد.

منابع

الف) فارسی

۱. اسماعیلی، محسن؛ محمد مهدی حیدری (۱۳۹۹)، «بررسی و تحلیل امکان فسخ ابتدائی در فقه امامیه»، پژوهشنامه میان‌رشته‌ای فقهی، ش ۱۶، ص ۲۵۶-۲۴۳. در: https://irj.journals.isu.ac.ir/article_75600.html (۲۱ دی ۱۴۰۰).
۲. اصغری آقمشهدی، فخرالدین؛ رضا زارعی (۱۳۸۹). «حق بافروش کالا (مطالعه تطبیقی)»، فصلنامه پژوهشنامه بازرگانی، ش ۵۷، ص ۲۰۷-۱۸۳. در: http://pajooeshnameh.itsr.ir/article_13688.html?lang=fa (۴ مهر ۱۴۰۰).
۳. انصاری، مرتضی (۱۳۸۳). *المکاسب*، ج ۲، قم: اسماعیلیان.
۴. بادینی، حسن؛ ابراهیم تقی‌زاده؛ ناصر علی‌دوستی؛ پانته‌آ پناهی (۱۳۹۵). «تأثیر اصل جبران کامل خسارت در شیوه‌های عینی و انتزاعی ارزیابی خسارت در بیع بین‌المللی کالا»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۲۰، ش ۱، ص ۲۰-۱. در: <https://clr.modares.ac.ir/article-20-7865-fa.html> (۳ مهر ۱۴۰۰).
۵. جعفری ندوشن، علی‌اکبر؛ حسین حقیقت‌پور؛ زینب زارع (۱۳۹۹). «امکان‌سنجی حق بافروش مبیع در فقه امامیه»، حقوق اسلامی، سال هفدهم، ش ۶۶، ص ۲۹۲-۲۶۷. در: http://hoquq.iict.ac.ir/article_241405.html (۴ مهر ۱۴۰۰).
۶. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۶). *الفارق*، ج ۱، تهران: گنج دانش.
۷. حسینی مراغی، میر عبدالفتاح (۱۴۳۷ق). *العناوین*، ج ۱، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۸. داراب‌پور، مهرباب (۱۳۷۴). *تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی*، ج ۳، تهران: گنج دانش.
۹. شعاریان، ابراهیم؛ ابراهیم ترابی (۱۳۸۹). *اصول حقوق قراردادهای اروپا و حقوق ایران*، تبریز: انتشارات فروزش.
۱۰. شعاریان، ابراهیم؛ سنودا باحجب عظیمی (۱۳۹۹). «حکم الزام متعهد به ایفای عین تعهد و اجرای آن از سوی شخص ثالث در حقوق ایران و فرانسه»، مجله حقوق تطبیقی، دوره ۱۱، ش ۲، ص ۶۱۱-۵۹۱. در: <https://jcl.ut.ac.ir/78990.html> (۴ مهر ۱۴۰۰).
۱۱. شکیبیا، منصور؛ پژمان محمدی؛ سیاوش شجاع‌پوریان (۱۳۹۸). «شیوه‌های پولی جبران خسارت قراردادی در حقوق ایران، اشارات و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا»، *تحقیقات حقوقی آزاد*، سال دوازدهم، ش ۴۳، ص ۱۳۷-۱۰۷. در: http://alr.iauctb.ac.ir/article_546037.html (۴ مهر ۱۴۰۰).
۱۲. شهبابی، علی؛ حسین صفایی؛ بهروز اخلاقی؛ منصور امینی (۱۳۹۹). «معیارهای محاسبه خسارت در حقوق ایران، انگلیس و اسناد بین‌المللی»، *دانشنامه حقوق اقتصادی*، سال بیست‌وهفتم، ش ۱۸، ص ۳۵۸-۳۲۵. در: https://lowecon.um.ac.ir/index.php/eer/article_39539.html (۴ مهر ۱۴۰۰).
۱۳. صفایی، حسین (۱۳۸۶). *حقوق مدنی و حقوق تطبیقی*، تهران: میزان.

تحلیل تطبیقی بایسته‌های انعقاد عقد جایگزین به مثابه ابزار جبران خسارت در پرتو مبانی مسئولیت... ۲۲۹

۱۴. صفایی، حسین؛ مرتضی عادل؛ محمود کاظمی؛ اکبر میرزائزاد (۱۳۸۷). حقوق بیع بین‌المللی با مطالعه تطبیقی، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
۱۵. طباطبایی یزدی، محمدکاظم (۱۴۲۹ق). حاشیه کتاب المکاسب، ج ۳، بیروت: احیاء التراث.
۱۶. ----- (۱۴۴۰ق). العروه الوثقی مع تعلیقات عده من الفقهاء العظام، ج ۵، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۱۷. طهماسبی، علی (۱۳۹۷). «مطالعه تطبیقی الزام به ایفای عین تعهد و فسخ قرارداد در حقوق ایران و آلمان»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ش ۲۲، ص ۲۷-۴۹. در: <https://clr.modares.ac.ir/article-20-16555-fa.pdf> (۲۱ دی ۱۴۰۰).
۱۸. فاضل لنکرانی، محمدجواد (۱۳۹۴). «بررسی آیه شریفه اعتداء در فقه معاملات؛ تاملی در استنادپذیری»، فصلنامه فقه و اجتهاد، ش ۳، ص ۶-۲۶. در: http://mags.markazfeqhi.com/article_43242.html (۱۲ فروردین ۱۴۰۱).
۱۹. فرحی، علی (۱۴۳۹ق). تحقیق فی القواعد الفقهیه، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۲۰. قاسمی، محسن (۱۳۸۴). «جبران خسارت نقض قرارداد در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، حقوق ایران، فرانسه، مصر و لبنان»، مجله حقوقی، ش ۳۲، ص ۲۲۰-۱۳۹. در: http://www.cilamag.ir/article_17987.html (۴ مهر ۱۴۰۰).
۲۱. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷). قواعد عمومی قراردادها، ج ۱، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۲۲. معصومی، محمد مهدی؛ محمد صالحی‌مازندرانی (۱۳۹۹). «مطالعه تطبیقی الزام به اجرای تعهد به‌عنوان شیوه جبران خسارت در فقه، حقوق ایران و اسناد بین‌المللی مربوطه»، فصلنامه پژوهش حقوق اسلام و غرب، سال هفتم، ش ۴، ص ۲۴۰-۲۰۹. در: http://csiw.qom.ac.ir/article_1642.html (۴ مهر ۱۴۰۰).
۲۳. مکی عاملی، محمد (۱۴۱۷ق). الدروس الشرعیة فی فقه الامامیه، ج ۲، قم: مؤسسه نشر اسلامی.
۲۴. موسوی خونی، ابوالقاسم (۱۳۷۷). مصباح الفقاهه، ج ۵، قم: مکتب الداوری.
۲۵. وحدتی شبیری، حسن (۱۳۸۵). مبانی مسئولیت قراردادی (مطالعه تطبیقی در حقوق و فقه)، قم: پژوهشگاه علوم و فرهنگ اسلامی.
۲۶. یزدانیان، علیرضا (۱۳۹۵). قواعد عمومی مسئولیت مدنی با مطالعه تطبیقی در حقوق فرانسه، ج ۱، تهران: میزان.

(ب) خارجی

27. Al-Tawil, Tareq (2014). "Damages for Breach of Contract: Compensation, Cost of Cure and Vindication", *Adelaide Law Review*, Vol. 34, pp. 351-371, https://www.researchgate.net/publication/306450817_Damages_for_Breach_of_Contract_Compensation_Cost_of_Cure_and_Vindication, (Accessed 26 September 2021).
28. Anderson, Roy (2018). "A Look Back at the Future of the UCC Damaged Remedies", *SMU*, Vol. 71, pp. 185-248, <https://scholar.smu.edu/smulr/vol71/iss1/16/>, (Accessed 28 September 2021).
29. Anderson, Roy (2020). *Damages under the Uniform Commercial Code*, Thomson Reuters, second Edition.
30. Bergsten, Eric (2008). "Calculation of Damages under CISG Articles 75 and 76", *CISG Advisory Council: Opinion*, No. 8.
31. Boerger, Williams (2011). "UCC S. 2-713: Anticipatory Repudiation and the Measurement of an Aggrieved Buyer's Damages", *William & Mary Law Review*, Vol. 29, pp. 253-280, <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol19/iss2/5/>, (Accessed 26 September 2021).
32. Checchi, Kathryn (2000). "Federal Procurement and Commercial Procurement under the UCC, a Comparison", *Public Contract Law Journal*, Vol. 11, pp. 358-378, <https://www.jstor.org/stable/25753938>, (Accessed 26 September 2021).
33. Cunnington, Ralph (2008). "The Inadequacy of Damages as a Remedy of Breach of Contracts", in Rickett C. (ed) *Justifying Private Law Remedies*, Hart Publishing, First Published.
34. Dunahay, Douglas & Feste, Charles (2000). "Remedies of a Buyer for Breach of Contract under the UCC", *North Dakota Law Review*, Vol 20, pp. 223-240, https://www.sssb-law.com/media/1105/buyer_s_remedies_for_breach_of_contract_under_the_uniform_commercial_code.pdf, (Accessed 20 September 2021).

35. Eisenberg, Melvin (2018). *Foundational Principles of Contract Law*, Oxford University Press, First Edition.
36. Flechtner, Harry (2006). "Buyer's Remedies in General and Buyer's Performance-Oriented Remedies", *Journal of Law and Commercial*, Vol. 25, pp. 339-347, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/flechtner.pdf>, (Accessed 18 September 2021).
37. Frisch, David (2014). "The Compensation Myth and UCC Section 2-713", *Brooklyn Law Review*, Vol 80, pp. 173-221, <https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1003&context=blr>, (Accessed 26 September 2021).
38. Gehlhausen, Karen (1987). "Failure to Cover and Time to Measure Buyer's Damages", *University of Colorado Law Review*, Vol. 49, pp. 233-250, <https://lawreview.colorado.edu/volume-81/>, (Accessed 14 September 2021).
39. Goldberg, Victor (2018). "Reckoning Contract Damages: Valuation of the Contract as an Asset", *Washington and Lee Law Review*, Vol 75, pp. 301-366, <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol75/iss1/4/>, (Accessed 26 September 2021).
40. Hillhouse, Richard (1967). "Buyer's Remedies in Sales Cases under the Uniform Commercial Code", *Land and Water Law Review*, Vol. 2, pp.419-446, (Accessed 26 September 2021).
41. Lloyd, Robert (2002). "Contract Damages in Tennessee", *Tennessee Law Review*, Vol. 69, pp. 837-890, <https://www.nashvillebusinesslitigationlawyersblog.com/breach-contract-damages-tennessee/>. (Accessed 14 August 2021).
42. Nordstorm, Robert (1967). "Seller's Damages Following Resale under Article 2 of the Uniform Commercial Code", *Michigan Law Review*, Vol 65, pp. 1299-1314, <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5796&context=mlr>, (Accessed 14 August 2021).
43. Nudelman, Steven (2015). "The Buyer's Remedy of Cover", *Plumbing Systems & Design*, Vol. 20, pp. 6-32, https://www.greenbaumlaw.com/media/publication/244_Legal%20Pipeline,%20September%202009.pdf, (Accessed 14 August 2021).
44. Peel, Edwin (2015). *The Law of Contract*, 14th Edition, Sweet & Maxwell.
45. Peters, Ellen (1963). "Remedies for Breach of Contracts Relation to the Sale of Goods under UCC", *Yale Law Journal*, Vol. 73, pp. 199-287, <https://www.jstor.org/stable/794768>, (Accessed 14 August 2021).
46. Rowan, Solene (2012). *Remedies for Breach of Contract*, Oxford University Press, First Published.
47. Sebert, John (2000). "Remedies under Article two of the Uniform Commercial code: an Agenda for Review", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 130, pp. 360-415, https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol130/iss2/13/, (Accessed 14 August 2021).
48. Smith, Stephen (2014). "Remedies for Breach of Contract", in Klass, G. (ed), *Philosophical Foundations of Contract Law*, Oxford University Press, First Published, pp. 341- 361.
49. Stockton, John (1963). "The Buyer's Remedies under the Uniform Commercial Code", *American Business Law Journal*, Vol. 195, pp. 95-166, <https://study.com/academy/lesson/remedies-under-the-uniform-commercial-code.html>, (Accessed 14 August 2021).
50. Tepper, Pamela (2012). *The Law of Contracts and the Uniform Commercial Code*, DELMARE CENGAGE Learning, Second edition, 2012.
51. Weinrib, Ernest (2008). "Two Conceptions of Remedies", in Rickett C. (ed) *Justifying Private Law Remedies*, Hart Publishing, First Published.



Research Paper

Comparative Analysis of Substitute Contract as Remedy in Light of the Basic Principles of Contractual Liability

Mohammad Hosein Vakili Moghadam*

Assistant Professor, Faculty of Literature and Humanities, University of Hazrat-e- Masumeh, Qom

Abstract

The possibility of concluding substitute contracts as remedy by the obligees is considered a controversial effect of the breach of contracts. According to this method, the contractual beneficiary is able to conclude a similar contract with a third party without the obligation to enforce the obligator to implement the contract. Due to the substitute contract, the obligee does not miss the opportunity to enter the market and will not incur losses from price fluctuations or the suspension of his property. However, according to the traditional approach in contract law, breach of contract and non-observance of the provisions of contracts is not a reason to ignore the contractual obligation. In other words, replacement and termination of the contract is allowed only if the enforcement of contract is not possible. Meanwhile, it is not possible to ignore a valid contract and its effects except as specified by law, while in legal texts or laws of Iran, concluding an alternative contract cannot be recognized as a general rule for remedy.

On the other hand, based on legal basics, it has been stated that substitute contract in certain circumstances can be a method of compensation and provide the best way to ensure the performance of contract. This is a punitive compensation of breach of contract and should be recognized based on the benefits of the damaged party. To restrict the methods of compensation means the ignoring practical facts and the effects of breaches of contractual obligations, which is also incompatible with the principles of contract law.

* Email: m.vakili@hmu.ac.ir

Received: 17 October 2021 Accepted: 3 April 2022

© University of Tehran

This article tries to answer the question of whether the use of an alternative contract to compensate can be considered a valid and approved method. In examining the above issue, other questions can be asked, such as what are the principles justifying an alternative contract in contract law? What are the necessary conditions? Can the use of substitute contract be applied to all contracts? What will be the compensation if the costs of concluding an alternative contract increase?

Based on the studies conducted in this article, it is safe to say that concluding of substitute contract is a rational and desirable remedy that, in addition to complying with the principles of contract law, can create many benefits. The challenges of applying this method to law can be solved and justified, which is fully compatible with the development of interest-based analysis in contract law. It can be used in all financial contracts. However, it requires conditions that have reasonable bases and provide effectiveness. Therefore, it can be said that there is a basis for using this method in all contracts and agreements. The main justification argument used in this article is the adaptation of the alternative contract to the practical termination of the contract, which causes the injured party to terminate the contract after breaching. He explains his will to do so through the conclusion of the substitute contract.

The article is an analytical-descriptive study and considers the legal sources of other countries in the position of examining the nature, basics and conditions of the substitute contract. The main purpose of the article is to assess the compatibility of using this method with the rules of Islamic jurisprudence and Iranian law. The existence of some scattered examples, along with compliance with the principles of Iranian contract law and jurisprudence, makes it possible to use an alternative contract. The prevalence of this method can, in addition to achieving economic efficiency, reduce the number of lawsuits related to breach of contractual obligations. Finally, the conformity of the substitution with the principle of contractual liability is another advantage of using this method as a compensation.

Key words: Breach of Contract, Substitute Enforcement of Contracts, Impossibility of Enforcement of Contracts, Requirement to Perform Contracts.

Declaration of conflicting interests

The authors declared no potential conflicts of interest with respect to the research, authorship, and/or publication of this article .

Funding

The authors received no financial support for the research, authorship, and/or publication of this article.

ORCID iDs: <https://orcid.org/0000-0003-4105-3099>



This article is an open-access article distributed under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC-BY) license.