

## بررسی تطبیقی مفهوم و معیارهای تشخیص نقض اساسی قرارداد

رسول قاسمی\*

سید محمدهادی مهدوی\*\*

داوود نصیران\*\*\*

### چکیده

در قراردادهای معوض در صورت کوتاهی یکی از طرفین در انجام تعهد، نقض قرارداد محقق می‌شود. در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا متعهدله تنها در صورت نقض اساسی قرارداد، حق فسخ دارد. اساسی بودن نقض، در مقررات اصول بستگی به نوع تعهد یا اهمیت آثار زیان‌بار ناشی از نقض دارد. اما در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا نقض اساسی قرارداد صرفاً به آثار زیان‌بار ناشی از نقض قرارداد بستگی دارد. در حقوق ایران مفهوم نقض اساسی وجود ندارد و ضمانت اجرای نقض قرارداد بستگی به موضوع قرارداد دارد. اگر موضوع قرارداد عین معین باشد، حسب مورد یکی از خيارات قانون مدنی اعمال می‌شود. اما اگر موضوع قرارداد عین کلی یا فعل یا ترک فعل باشد، متعهد الزام به اجرای عین تعهد می‌شود و در صورت عدم امکان الزام، متعهدله حق فسخ دارد. با توجه به برخی از مواد قانونی و آرای برخی از فقها می‌توان همسو با مقررات اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا نظریه فسخ ابتدایی را پذیرفت. از این روی شناسایی حق فسخ ناشی از نقض اساسی قرارداد در حقوق ایران با اصول و مبانی قانونی و فقهی منافاتی ندارد. در بررسی تطبیقی نقض اساسی همواره دو اصل لزوم ایجاد تنوع در ضمانت اجرای ناشی از نقض قرارداد و اصل احترام به تشخیص زیان‌دیده مورد توجه است. بنابر این در حقوق داخلی نیز باید این دو اصل مبنای اصلاح قوانین حاکم باشند.

\* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد نجف‌آباد و قاضی دادگستری

Phd.r.ghasemi@gmail.com

H1.hadimahdavi@yahoo.com

Dawoodnassiran@yahoo.com

\*\* عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد نجف‌آباد (نویسنده مسئول)

\*\*\* عضو هیأت علمی دانشگاه آزاد اسلامی واحد نجف‌آباد

تاریخ پذیرش: ۹۵/۰۷/۱۸

تاریخ دریافت: ۹۵/۰۳/۰۱

---

کلیدواژه‌ها: نقض اساسی، فسخ، الزام به اجرای عین تعهد، جبران خسارت،  
حق حبس.

Archive of SID

بازرگانان، امروزه در سطح جهانی به زبان واحدی سخن می‌گویند. از دیرباز آشکار شده است که تبعیت بیع بین‌المللی از مقررات حقوق داخلی راه‌حل مناسبی نیست. زیرا از یک سو مقررات داخلی برای بیع بین‌الملل وضع نشده و از سوی دیگر حقوق ملی حاکم باید بر طبق قواعد حل تعارض تعیین شود. ایران از سال ۱۹۶۴ میلادی (۱۳۴۳ شمسی) عضو مؤسسه بین‌المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی بوده است. اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی یکی از پیش‌نویس‌هایی است که مؤسسه فوق در اختیار کشورهای عضو قرار داده است. در این تحقیق به بررسی نقض اساسی قرارداد در مقررات اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی<sup>۱</sup> و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا<sup>۲</sup> و حقوق ایران می‌پردازیم و مفهوم، شرایط و آثار آن را بررسی می‌کنیم. نگارنده سعی دارد با بیان تعریف دقیقی از مفاهیم نقض و نقض اساسی به بررسی شرایط اعمال آنها بپردازد و ضمانت اجرای هر یک از این موارد را بیان کند. بدیهی است نتایج این تحقیق گام مؤثری در جهت ایجاد وحدت و انسجام در حقوق خصوصی است. تحقیقاتی که در این زمینه وجود دارد، عمدتاً قوانین ایران را با کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مقایسه کرده و اساساً مقررات اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی مورد توجه قرار نگرفته است. شاید ایراد شود که با وجود کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا که از اسناد مهم و الزام‌آور است ضرورتی جهت طرح اسناد مربوط به مؤسسه بین‌المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی که صرفاً پیشنهادی هستند، وجود ندارد. لیکن این دیدگاه تصور اشتباهی است زیرا اولاً اصول قراردادهای تجاری بیانگر اصول کلی حقوقی و عرف فراملی بازرگانان است که کنوانسیون هم به آن ارجاع داده است. ثانیاً در قراردادهایی که مشمول کنوانسیون نیستند قابل استناد و معتبر است. ثالثاً در تکمیل و تفسیر قراردادهای مشمول کنوانسیون نقش مؤثری ایفا می‌کند.

### ۱. مفهوم نقض اساسی قرارداد

دکترین نقض اساسی قرارداد عمدتاً بر این فرض استوار است که طرف قرارداد رفتار غلطی را انجام دهد که مربوط به اساس قرارداد شود و به رابطه تجاری لطمه می‌زند.<sup>۳</sup> نظریه نقض اساسی بدون تردید یک اصل متشکل از کامن‌لا است. و برای نخستین بار پس از بحث

1. Unidroit Principles of International Commercial Contracts (2010)
2. Un Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980)
3. Ndubuisi, Augustine, Comparative Evaluation of the Doctrine of Fundamental Breach under the CISG, UNDRIOIT Principles and the English Law, University of Sterling, Scotland, 2013, p. 4.

و گفتگوهای فراوان به طور رسمی در مواد ۶۴ و ۴۹ کنوانسیون ۱۹۶۴ لاهه پذیرفته شد و شرط اصلی امکان فسخ قرارداد اعلام گردید. ماده ۱-۱-۷ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی مقرر می‌دارد: «نقض قرارداد کوتاهی یک طرف در اجرای هر یک از تعهدات قراردادی است که شامل اجرای معیوب و ناقص یا همراه با تأخیر می‌شود.»

ماده ۲۵ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا هم نقض اساسی قرارداد را این چنین تعریف کرده است: «نقض قرارداد توسط یکی از طرفین در صورتی نقض اساسی است که منجر به ورود چنان خسارتی به طرف دیگر گردد که او را از آن چه استحقاق انتظار آن را به موجب قرارداد داشته است، اساساً محروم کند...» تعریف ارائه شده در این ماده به میزان خسارت وارده در اثر نقض قرارداد توجه دارد.<sup>۱</sup>

نقض اساسی قرارداد ممکن است واقعی یا احتمالی باشد. نقض واقعی قرارداد، عدم اجرای تعهد پس از فرا رسیدن موعد تعهد است. اما نقض احتمالی قرارداد، پیش‌بینی نقض اساسی قرارداد پیش از موعد تعهد است.<sup>۲</sup> در مقاله حاضر صرفاً به بیان شرایط و آثار نقض واقعی قرارداد می‌پردازیم. در حقوق ایران نقض قرارداد به اساسی و غیراساسی تقسیم نمی‌شود.

## ۲. اقسام نقض قرارداد

### ۲-۱. عدم اجرای کامل قرارداد

در این فرض متعهد به طور کلی از انجام تعهد خویش امتناع می‌کند و هیچ یک از اجزاء تعهد را انجام نمی‌دهد.

### ۲-۲. عدم اجرای بخشی از قرارداد

ممکن است متعهد قسمتی از تعهد را اجرا نکند. در این صورت به تصریح ماده ۲۷۷ قانون مدنی طلبکار می‌تواند از پذیرفتن بخشی از موضوع تعهد امتناع ورزد، ولی همیشه این گونه نیست. گاهی طلبکار اختیاری بر پذیرش یا عدم پذیرش ندارد. در این صورت اگر موضوع تعهد قابل تجزیه باشد، اجرای قسمتی از تعهد متعهد را به همان مقدار ببری می‌گرداند. ولی هرگاه موضوع تعهد تجزیه‌ناپذیر باشد، اجرای ناقص در حکم عدم اجراءست.<sup>۳</sup>

۱. هانولد، جان او، حقوق متحدالشکل بیع بین‌المللی کالا طبق کنوانسیون ۱۹۸۰ ملل متحد، ترجمه همایون مافی و همکاران، انتشارات مجد، ۱۳۹۴، ص. ۲۴۱.

۲. امینی، منصور؛ مافی، همایون؛ اعظمی چهاربرج، حسین، «بررسی حق فسخ ناشی از پیش‌بینی نقض قرارداد در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و حقوق ایران»، مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره سوم، شماره اول، بهار و تابستان ۱۳۹۰، صص. ۳۵-۵۲.

۳. یزدانیان، علیرضا، حقوق مدنی (قلمرو مسئولیت مدنی)، نشر ادبستان، ۱۳۷۹، ص. ۱۱۳.

## ۳-۲. عدم اجرای قرارداد به نحو مطلوب

گاهی در روابط قراردادی متعهد به وظیفه خود عمل می‌کند. اما تعهد را به نحو مطلوب انجام نمی‌دهد. به عنوان مثال فروشنده کالایی آن را در سررسید تحویل می‌دهد و خریدار نیز به اعتماد ظاهر، آن را می‌پذیرد. ولی پس از مصرف معلوم می‌شود که آنچه تحویل داده شده، مطابق با نمونه مورد توافق نبوده و اوصاف آمده در عقد را نداشته است.<sup>۱</sup>

## ۴-۲. عدم اجرای شروط ضمن عقد

اگر متعهد از اجرای شرط ضمن عقد امتناع ورزد، اگر شرط جزء لوازم مقتضای ذات عقد باشد، عدم اجرای شرط در حکم عدم اجرای کل عقد است. اگر شرط جزء مقتضای ذات باشد، خودداری از اجرای شرط مانند خودداری از اجرای قسمتی از عقد است.<sup>۲</sup>

## ۵-۲. تاخیر در اجرای قرارداد

متعهد باید تعهدش را در زمان مقرر انجام دهد. عدم اجرا در زمان مقرر نه تنها باعث ضرر متعهدله می‌گردد، گاه اصلاً اجرا را منتفی می‌سازد. به این نوع اجرا در تعهد پولی تأخیر تأدیه و در تعهدات غیر پولی تأخیر انجام تعهد گویند. ذکر موعد در تعهدات به دو گونه است. گاه زمان قید انجام تعهد است و انجام تعهد در زمان خاص مطلوب یگانه و غیرقابل تجزیه است. در این صورت گذشت زمان، مثل عدم انجام تعهد است. گاهی زمان انجام تعهد چهره مستقل دارد. در این صورت متعهدله با گذشت زمان فقط حق مطالبه خسارت تأخیر دارد.

## ۳. شرایط تحقق نقض اساسی قرارداد

### ۱-۳. محرومیت اساسی از انتظارات قراردادی

بند الف قسمت ۲ ماده ۱ - ۳ - ۷ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی مقرر می‌دارد: «عدم اجرای تعهد باید طرف زیان‌دیده را به طور اساسی از آنچه بر طبق قرارداد مستحق بوده انتظارش را داشته باشد، محروم کند». ماده ۲۵ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا با بیان دیگری به این شرط اشاره می‌کند. منظور از «محرومیت از انتظارات قراردادی» انتظاراتی است که یک معامله‌کننده متعارف حق دارد از قرارداد داشته باشد نه انتظارات شخصی که

۱. کاتوزیان، ناصر، الزام‌های خارج از قرارداد مسئولیت مدنی، چاپ دهم، جلد ۱، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰، ص. ۱۴۴.

۲. یزدانیان، علیرضا، منبع پیشین، ص. ۱۱۴.

اثبات آن نیز بسیار مشکل است. عبارت «بر اساس قرارداد» مندرج در ماده ۱-۳-۷ مقررات اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی بیانگر رجوع به شروط صریح یا ضمنی قرارداد است و در صدد ارائه ضابطه عینی و محدود کردن قلمرو انتظارات به قرارداد است. به نظر می‌رسد که ماده ۱-۳-۷ اصول هم به معیار نوعی و هم معیار شخصی برای تحقق نقض اساسی توجه داشته است. معیار مندرج در ماده مزبور از این جهت که محرومیت از منافع را مد نظر قرار می‌دهد که هر شخص متعارف از چنین قراردادی انتظار دارد، نوعی است و از این جهت که قرارداد منعقد باید با توجه به شروط صریح و ضمنی آن مورد توجه قرار گیرد شخصی است. اینکه محرومیت از چه انتظاراتی موجب حق فسخ قرارداد می‌شود بستگی به مفاد قرارداد دارد. به عنوان مثال خریداران انتظار ندارند که کالا بر اساس مقررات و استانداردهای رسمی کشور خودشان تحویل شود. مگر اینکه طرفین توافق دیگری بنمایند.

### ۲-۳. مداخله طرف دیگر

نقض اساسی قرارداد نباید از سوی متعهدله صورت گرفته باشد. ماده ۲-۱-۷ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی مقرر می‌دارد: «یک طرف قرارداد نمی‌تواند تا آن میزان که عدم اجرای تعهدات قرارداد از سوی دیگر به دلیل فعل یا ترک فعل خود اوست یا به موجب واقعه دیگری است که مسئولیت آن بر عهده خود او می‌باشد، بر عدم اجرای تعهد از سوی طرف دیگر تکیه کند». این مطلب در حقوق ایران و فقه امامیه به قاعده اقدام شهرت یافته است.<sup>۱</sup>

### ۳-۳. اعمال دکترین نقض اساسی مطابق با حسن نیت و معامله منصفانه

فردی که بر اساس نظریه نقض اساسی خواهان فسخ قرارداد است، نباید در اعمال این نظریه سو نیت داشته باشد. در ماده ۷-۱ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی مقرر شده است: «در تجارت بین‌المللی هر طرف قرارداد باید مطابق با حسن نیت و معامله منصفانه اقدام کند.» در مواردی که نقض قرارداد با وجود عمدی بودن، اساسی نباشد، خاتمه دادن به قرارداد بر خلاف حسن نیت است. واژه حسن نیت در معانی متعددی از قبیل اعتقاد صحیح، عدم سوءنیت، فقدان قصد تقلب یا تحصیل سود گزاف و ناعادلانه از دیگری، درستکاری و عدم تظاهر و وانمودسازی استعمال شده است. همچنین حسن نیت در قراردادها به پایبندی به قول و تعهد و اجتناب از حيله و عدم رعایت انصاف تعریف شده است. معامله منصفانه که در ماده ذکر شده است، مصداق عینی و عملی حسن نیت است و این دو دارای مفهوم و معانی مشابهی است.<sup>۲</sup>

۱. کاتوزیان، ناصر، منبع پیشین، ص. ۲۱۴.

2. Farnsworth, Allan, "Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations", *Columbia Law Review*, vol. 87, No. 2, 1987, p. 216.

### ۳-۴. قابل پیش‌بینی بودن محرومیت اساسی از سوی پیمان‌شکن

قسمت الف بند ۲ ماده ۱-۳-۷ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی مشابه اصل ۲۵ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا است. براساس این اصل نقض اساسی دارای دو عنصر اساسی است: ۱- خسارت وارده باید متضرر را از آن چه استحقاق انتظار آن رابه موجب قرارداد داشته است اساساً محروم سازد. ۲- از آنجا که خسارت وارده ممکن است تحت تأثیر اوضاع و احوال متفاوتی قرارگیرد، خسارت مربوطه محدود به خسارتی است که طرف ناقض پیش‌بینی کرده است یا می‌بایست پیش‌بینی می‌کرد.<sup>۱</sup> برخی از حقوق‌دانان با این شرط مخالف هستند. آنها معتقدند پیمان‌شکن با این ادعا که از نتایج نقض آگاه نبوده، زیان دیده را دچار مشکل می‌سازد. عبارت «مگر» در متن ماده ۱-۳-۷ مقررات اصول حاکی از این است که بار اثبات قابل پیش‌بینی بودن به عهده ناقض است.<sup>۲</sup>

سؤال این است که در چه مقطع زمانی، ناقض قرارداد باید امکان ورود خسارت به طرف مقابل را پیش‌بینی می‌کرده است. بسیاری از نویسندگان بر این عقیده‌اند که باید زمان ارتکاب نقض قرارداد را معیار قرار داد.<sup>۳</sup> برخی دیگر از حقوق‌دانان زمان انعقاد قرارداد را معیار قرار می‌دهند.<sup>۴</sup> گروهی دیگر در آگاهی‌هایی که پیمان‌شکن پس از انعقاد قرارداد پیدا می‌کند، قائل به تفکیک شده‌اند. آنها در توان پیش‌بینی نتایج قرارداد اصل را بر عدم اعتبار اطلاعات به دست آمده پس از انعقاد قرارداد می‌گذرانند. اما اگر پیمان‌شکن پس از انعقاد قراردادی به دست آورد که نتایج نقض خود را پیش‌بینی کند، اطلاعات مزبور تنها تا زمانی که اجرای تعهد تدارک دیده شده یا باید مقدمات شروع اجرای تعهد فراهم می‌آمد، به عنوان استثنا پذیرفته شده است. به دلایل متعدد قبول نظر اول معقول‌تر است. زیرا اولاً طرفین در لحظه انعقاد بیش از همه به اجرا می‌اندیشند نه به نقض. ثانیاً پذیرش زمان انعقاد قرارداد با اصل حسن نیت منافات دارد، زیرا متعهد می‌تواند با تکیه بر قابل پیش‌بینی نبودن آثار نقض در زمان انعقاد از انجام تعهد شانه خالی کند، در حالی که در زمان نقض، آثار آن را پیش‌بینی می‌کرده است. اما برخی از حقوق‌دانان نیز معتقدند که اطلاعاتی که پیمان‌شکن پس از بستن قرارداد در مورد اثر تخلف از اجرای تعهداتش دریافت می‌کند، نباید به حساب آید.

۱. هانولد، جان او، منبع پیشین، ص. ۲۴۲.

۲. صفایی، سیدحسین؛ و دیگران، حقوق بیع بین‌المللی با مطالعه تطبیقی، دانشگاه تهران، ۱۳۸۴، ص. ۲۵۲.

3. Graffi, Leonardo, "Case Law on the Concept of Fundamental Breach in the Vienna Sales Convention", Business Law Journal, No. 3, Paris, 2003, pp. 338-349.

4. Honnold, John, Uniform Law for International Sales Under the 1980 International Sales Law, 2nd Edition, Kluwer Law International, 1999, p. 313.

در قسمت اخیر قسمت الف بند ۲ ماده ۱-۳-۷ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی ذکر شده که یا باید شخص نقض‌کننده واقعاً آثار نقض را پیش‌بینی کند یا یک شخص متعارف همانند او را در اوضاع و احوال مشابه چنین نتایج و آثاری را پیش‌بینی کند. همان‌گونه که آشکار است، در اصول همانند کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا هیچ یک از دو معیار شخصی یا نوعی به صورت مطلق پذیرفته نشده است. بنابراین معافیت از مسئولیت ناشی از نقض اساسی منوط به وجود دو شرط است: هم نقض‌کننده نتایج ناشی از نقض را پیش‌بینی نکرده باشد و هم یک شخص متعارف در اوضاع و احوال مشابه قادر به پیش‌بینی آن نبوده باشد.<sup>۱</sup>

### ۳-۵. ضرر و زیان نامتناسب

ممکن است پیمان‌شکن مقدمات اجرای تعهد را فراهم سازد یا پیشنهاد اجرای آن را به متعهدله بدهد. در این صورت اگر قرارداد را نقض شده فرض کنیم، ضرر و زیان نامتناسبی به متعهد وارد می‌شود. بر اساس جزء "ه" بند ۲ ماده ۱-۳-۷ مقررات اصول باید به میزان ورود ضرر و زیان نامتناسب به پیمان‌شکن توجه کرد. بر خلاف مقررات اصول در ماده ۲۵ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا به زیان پیمان‌شکن توجه نشده است. عدم توجه به این شرط شاید به این دلیل است که ترجیح زیان پیمان‌شکن به زیان دیده وجهی ندارد. همچنین با این ایراد مواجه است که در صورت پذیرش این شرط، تعیین نقض اساسی به اختیار پیمان‌شکن در می‌آید و او می‌تواند با انجام تمهیداتی از این اختیار سوءاستفاده کرده و نقض را از حالت اساسی بودن خارج سازد.

### ۳-۶. عدم اجرای عمدی تعهدات

بر اساس جزء ج بند ۲ ماده ۱-۳-۷ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی عدم اجرای تعهد باید از روی عمد یا از روی بی‌توجهی باشد. اما اگر عدم اجرای تعهد اساسی نباشد، خاتمه دادن به قرارداد بر خلاف حسن نیت است. البته عمدی بودن یا بی‌احتیاطی شرط انحصاری نقض اساسی نیست.

### ۳-۷. عدم اتکا به اجرای آتی تعهد

در تعهدات اقساطی یا مستمر چنانچه آشکار باشد که نقض پیدا شده در یکی از وعده‌های پیشین در کلیه وعده‌های بعدی تکرار خواهد شد، طرف زیان‌دیده می‌تواند

۱. میرزانژاد جویباری، اکبر، «تأثیر درخواست تعمیر کالا از سوی فروشنده در حال حق فسخ خریدار»، پژوهشنامه حقوق و علوم سیاسی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران، شماره ۱، ۱۳۸۵، ص. ۱۸ و صص. ۳۴۱-۳۱۰.



حتی در صورتی که نواقص موجود در وعده‌های سابق به خودی خود حق فسخ قرارداد را به وی ندهد، باز هم بر اساس جزء اول بند ۲ ماده ۱-۳-۷ اصول به قرارداد خاتمه دهد. این شرط در مواد ۵۱ - ۷۲ و ۷۳ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا نیز وجود دارد.

### ۳-۸. رکن بودن تعهد نقض شده

طبق بند ب قسمت ۲ ماده ۱-۳-۷ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی تعیین اساسی بودن عدم اجرای قرارداد، بستگی به رکن بودن تعهد نقض شده دارد. اصول در این مورد که چه چیزهایی رکن قرارداد محسوب می‌شود و چه اموری رکن نیست، ساکت است و باید به قوانین داخلی مراجعه کرد.

### ۴. ضمانت اجرای نقض اساسی قرارداد

#### ۴-۱. جبران نقض قرارداد از سوی متخلف

به استناد ماده ۴-۱-۷ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی در صورت نقض قرارداد، پیمان‌شکن می‌تواند اقدام جبرانی را از طریق اجرای تعهدش عملی سازد و مهلت اجرای تعهد را برای مدت کوتاه بیشتری تمدید کند. بدین ترتیب در ماده فوق از حفظ اعتبار قرارداد حمایت شده است. ماده فوق با مقررات اقدام جبرانی مندرج در ماده‌های ۳۷ و ۴۸ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مرتبط است. اقدام جبرانی ممکن است به صورت تعمیر یا جایگزینی و نیز هر گونه فعالیت دیگری باشد که در نتیجه آن عدم اجرای تعهد جبران می‌شود. در مدت زمان تعیین شده برای جبران عدم اجرا، حقوق طرف زیان‌دیده که ناهماهنگ با جبران است تا انقضای زمان جبران عدم اجرا معلق می‌شود (بند ۳ ماده ۴-۱-۷ اصول) طرق ناهماهنگ جبران شامل اخطار خاتمه دادن به قرارداد، انعقاد معاملات جایگزین، درخواست خسارت یا بازگشت به وضعیت پیش از انعقاد قرارداد می‌شود. این ضمانت اجرا در حقوق ایران پیش‌بینی نشده است.

#### ۴-۲. تمدید مهلت برای اجرای تعهد

به موجب ماده ۵-۱-۷ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی و مواد ۴۷ و ۶۳ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا در مورد عدم اجرای تعهد، طرف زیان‌دیده می‌تواند با اخطار به طرف دیگر مدت زمانی اضافی برای اجرای تعهد در اختیار او قرار دهد. همان‌گونه که از ماده فوق استنباط می‌شود، تمدید مهلت منوط به نقض تعهد و دادن اخطار به طرف مقابل است که این اخطار ممکن است شفاهی یا کتبی باشد.

به موجب بند ۲ ماده ۱۰-۱ مقررات اصول اختاریه در صورتی واجد اثر قانونی است که وصول بشود. بر اساس بند ۳ همان ماده اختاریه هنگامی وصول می‌شود که به طور شفاهی به اطلاع طرف مقابل رسانده شود یا به محل تجاری یا نشانی پستی طرف مقابل تحویل شود. در مقررات کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ارسال اخطار برای تمدید مهلت پیش‌بینی نشده است. مهلتی که برای اجرای تعهد به متعهد داده می‌شود باید معقول و متعارف باشد. طول مدتی که در قرارداد برای تحویل کالا بین طرفین مقرر شده است، نفع و سود خریدار در تحویل فوری، نوع کالایی که باید تحویل داده شود و نوع مانع یا موانع تحویل کالا از جمله معیارهایی است که برای تعیین مدت معقول و متعارف تعیین‌کننده است.

در طول مدت تمدیدشده، استفاده از ضمانت اجرای فسخ و الزام به اجرای تعهد ممکن نیست. البته تمدید مهلت، بر حق مطالبه خسارت ناشی از تأخیر، تأثیری ندارد. به این مطلب در بند ۲ ماده ۵-۷ مقررات اصول و در بندهای دوم مواد ۴۷ و ۶۳ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا تصریح شده است. علت این ممنوعیت را حمایت از متعهدی دانسته‌اند که ممکن است در حال آماده‌سازی و تدارک برای انجام تعهدی باشد که اجرای آن تقاضا شده است یا حتی ممکن است تا حد زیادی تعهد مذکور را با هزینه‌های سنگین به اجرای در آورده باشد. حال اگر پیمان‌شکن در مهلت تمدیدشده نیز در اجرای قرارداد کوتاهی کرد، فرد زیان‌دیده به موجب بند ۲ ماده ۵-۷ از اصول، حق فسخ قرارداد را خواهد داشت.

در حقوق ایران دادن مهلت به متعهد از سوی متعهدله پیش‌بینی نشده است. صرفاً در شرایط ویژه اعسار و تنگدستی متعهد دادگاه می‌تواند بر اساس ماده ۲۷۷ از قانون مدنی نظر به وضعیت مدیون مهلت عادلانه یا قرار اقساط بدهد. این نهاد با اعطا مهلت از سوی متعهدله به متعهد فرق می‌کند و در شرایط استثنایی اعسار آن هم از سوی دادگاه پیش‌بینی شده است.

#### ۳-۴. حق حبس

هم در قراردادهای بین‌المللی و هم قراردادهای داخلی هدف و انگیزه دو طرف عقد بیع دارا شدن و در اختیار گرفتن عوضین است. از این رو روش‌هایی برای تضمین تعهدات متقابل اندیشیده شده است که حق حبس یکی از آنها است.<sup>۱</sup> ماده ۳-۷ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی در زمینه حق حبس مقرر می‌دارد: «در موردی که قرار

۱. اصغری آقمشهدی، فخرالدین؛ نوری، فخری، «حق حبس در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا وین ۱۹۸۰ و حقوق ایران»، نامه مفید، شماره ۵۲، ۱۳۸۴، ص. ۸۱.

است طرفین قرارداد را به طور همزمان انجام دهند، هر یک از طرفین می‌تواند تا زمانی که طرف دیگر تعهدش را اجرا نمی‌کند، از اجرای تعهدش خودداری کند.»  
در حقوق ایران ماده ۳۷۷ قانون مدنی در مورد حق حبس است. طرفین در صورت نقض قرارداد از سوی طرف دیگر حق دارند از تسلیم مبیع یا ثمن خودداری کنند. از مفاد ماده فوق شرایط حبس را به این شرح می‌توان استخراج نمود.

- عقد باید معوض باشد.

- عقد بیع بر قبض و اقباض همزمان مبتنی باشد.<sup>۱</sup> اگر تسلیم مبیع و ثمن هر دو مؤجل و در یک زمان باشد، بین حقوق دانان اختلاف نظر وجود دارد. برخی از حقوق دانان معتقد هستند که در چنین مواردی هر یک از خریدار و فروشنده می‌تواند اجرای تعهد خود را منوط به اجرای تعهد دیگری سازد.<sup>۲</sup> در مقابل برخی دیگر حق حبس را منتفی دانسته‌اند.<sup>۳</sup>

- هیچ یک از مبیع و ثمن تحویل نشده باشد. حق حبس با شرایط مشابه در مقررات اصول پیش‌بینی شده است که در بسیاری موارد با حق حبس پیش‌بینی شده در حقوق ایران قابل انطباق است.

#### ۴-۴. حق الزام به اجرای تعهد

حق الزام به اجرای عین تعهد در مواد ۷-۲-۱ و ۷-۲-۲ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی پیش‌بینی شده است. بر اساس مواد فوق بین تعهدات پولی و غیرپولی تفکیک شده است. در تعهدات پولی مطلقاً الزام به اجرای تعهد ممکن است. اما در تعهدات غیرپولی استثنائهایی وجود دارد. بر اساس ماده ۷-۲-۲ از اصول در مواردی که اجرای تعهد از نظر حقوقی یا عملی غیرممکن یا به طور غیرمتعارف سنگین و پرهزینه باشد یا اجرای تعهد از یک مشخصه منحصرأ شخصی برخوردار باشد یا در صورت عدم مطالبه اجرای تعهد از سوی فرد زیان دیده، امکان الزام به اجرای تعهد وجود ندارد.

حق الزام اجرای تعهد در اصل ۶۲ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا آمده است. با این تفاوت که در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا بین تعهدات پولی و غیرپولی تفکیکی وجود ندارد. اما اشتراک کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا با اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی این است که به محض وجود نقض اساسی از سوی متعهد، طرف مقابل حق

۱. کاتوزیان، کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، چاپ دوازدهم، نشر میزان، ۱۳۸۴، ص. ۳۲۹.

۲. کاتوزیان، ناصر، عقود معین، چاپ دهم، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷، ص. ۱۸۵.

۳. شهیدی، مهدی، آثار قراردادهای و تعهدات، جلد ۳، نشر مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۲، ص. ۱۶۶.

دارد قرارداد را فسخ کند.<sup>۱</sup> ضمانت اجرای الزام به انجام تعهد در حقوق ایران هم پیش‌بینی شده است. با این تفاوت که در حقوق ایران الزام به اجرای تعهد ضمانت اجرای اولیه نقض قرارداد است و با امکان الزام متعهد حق فسخ وجود ندارد.

در مواد ۳۷۶، ۴۷۶، ۵۳۴ و ۲۳۷ از قانون مدنی و ماده ۴۷ از قانون اجرای احکام مدنی، ضمانت اجرای نقض قرارداد، الزام به اجرای تعهد است و در صورت عدم امکان الزام، فسخ قرارداد پیش‌بینی شده است.

متعهدله حق ندارد با استفاده از قدرت و موقعیتی که دارد، متعهد را به اجرای تعهد وا دارد و نظم جامعه را به هم بریزد. به همین جهت قانون‌گذار در هر مورد مقام صالحی را جهت الزام تعهد، تعیین کرده است. به عنوان نمونه در اسناد رسمی یا لازم‌الاجرا، متعهدله می‌تواند برای اجبار متعهد به دایره اجرای ثبت یا اجرای دادگاه رجوع کند.<sup>۲</sup> هرگاه متعهد با میل و اختیار خود تعهد را اجرا نکند، با دخالت و اقدام مستقیم اجرایی مقام صالح قانونی، تعهد اجرا می‌شود.

#### ۴-۵. جرمه قضایی

به موجب ماده ۴-۲-۷ از اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، هنگامی که دادگاه قرار اجرای تعهد را صادر می‌کند، می‌تواند مقرر کند که متعهد در صورت عدم رعایت مفاد قرار، جرمه بپردازد. به موجب بند ۲ همین ماده جرمه باید به طرف زیان‌دیده پرداخته شود. نهاد مذکور در ماده ۷۲۹ قانون آیین دادرسی مدنی سابق در حقوق ایران نیز وجود داشت. هر چند ماده ۷۲۹ فسخ شده است اما ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی مفاد این ماده را احیا نموده و مورد تأیید قرار داده است.

به موجب بند ۲ ماده ۴-۲-۷ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی پرداخت جرمه با مطالبه خسارت متفاوت است. در تعیین مبلغ جرمه دادگاه به امکان نفوذ و اثر حکم اجبار در اراده متعهد توجه دارد. در حالی که در صدور حکم به جبران خسارت، هدف جبران ضرر وارد به طلبکار است.<sup>۳</sup>

از واژه «می‌تواند» در بند ۱ ماده ۴-۲-۷ معلوم می‌شود که تحمیل جرمه به صلاح‌دید دادگاه است. اجرای این صلاح‌دید به نوع تعهدی که قرار است اجرا شود، بستگی دارد. در مورد احکام پولی جرمه را فقط در وضعیت استثنایی باید تحمیل کرد. برعکس در مورد تعهدات مربوط به انجام کار یا خودداری از انجام کار که انجام آنها به

۱. هجده نفر از دانشمندان، تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی، جلد ۲، ترجمه مهراب داراب‌پور، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۸، ص. ۱۷۰.

۲. قاسم‌زاده، مرتضی، حقوق مدنی مختصر قراردادهای و تعهدات، نشر دادگستر، ۱۳۸۸، ص. ۱۸۷.

۳. کاتوزیان، ناصر، الزام‌های خارج از قرارداد مسئولیت مدنی، منبع پیشین، صص. ۱۳۷ و ۱۳۸.

آسانی از سوی شخص ثالث امکان‌پذیر نیست، الزام تعهد از طریق جریمه‌های قضایی مناسب‌ترین راه است.

#### ۶-۴. مطالبه خسارت

به موجب ماده ۱-۴-۷ از اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی: «هر عدم اجرای تعهد به طرف زیان‌دیده حق مطالبه خسارت را یا به طور انحصاری یا به همراه هر طریق حیران دیگری می‌دهد. مگر هنگامی که عدم تعهد بر طبق این «اصول» معذور باشد.» مواد ۴۵ و ماده ۷۴ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا با تفصیل بیشتری به بیان مصادیق خسارت پرداخته است. ماده ۷۴ مقرر داشته است: «خسارت ناشی از نقض قرارداد عبارت است از مبلغی برابر زیان از جمله عدم النفعی که طرف دیگر بر اثر نقض متحمل شده است. این خسارت نمی‌تواند از مقدار زبانی که نقض‌کننده در زمان انعقاد قرارداد و به مدد واقعیات و موضوعاتی که در همان موقع بر آنها واقف بوده، پیش‌بینی کرده یا باید پیش‌بینی می‌کرده، متجاوز باشد.»

نقطه اشتراک کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی در شرایط مطالبه خسارت است. با این توضیح که در هر دو، نقض قرارداد و قابلیت پیش‌بینی ضرر از ارکان مطالبه خسارت می‌باشد. معیار نقض قرارداد در ماده ۲-۴-۷ اصول بیان شده و معیار قابلیت پیش‌بینی ضرر در ماده ۷۴ کنوانسیون و ماده ۴-۴-۷ اصول بیان شده است. با این تفاوت که ماده ۷۴ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا دو معیار شخصی و عینی را ارائه داده است. اما ماده ۴-۴-۷ اصول با اشعار بر اینکه ضرر باید به عنوان نتیجه محتمل نقض قرارداد پیش‌بینی شده باشد به نظر می‌رسد از معیار موسع‌تر بهره جسته است.

شرط سومی که اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی بر آن تأکید دارد، قطعیت صدمه است (ماده ۳-۴-۷). به موجب ماده ۲-۴-۷ اصول طرف زیان‌دیده به دلیل متحمل شدن صدمات ناشی از عدم اجرا مستحق دریافت غرامت کامل است و این صدمات هر گونه زیان وارده و هر گونه نفعی را شامل می‌شود که وی از آن محروم شده است؛ آن هم با احتساب هر گونه نفع مکتسب از سوی طرف زیان‌دیده که ناشی از اجتناب هزینه یا صدمه باشد. بر اساس مقررات اصول زیان شامل عدم‌النفع و زیان معنوی هم می‌شود. دریافت خسارت باید بر دارایی طرف زیان‌دیده بیافزاید. در بند ۱ ماده ۲-۴-۷ مقرر شده است که هر منفعتی که در نتیجه عدم اجرا عاید طرف زیان‌دیده شده است باید در نظر گرفته شود.

از نقاط قوت مقررات اصول پرداختن به مسأله تسهیم خسارت است. ماده ۷-۴-۷ اصول، به تسهیم خسارت بر اساس میزان مشارکت دو طرف در ورود خسارت حکم

می‌دهد. ماده ۷-۴-۷ اصول مقرر می‌دارد: «در شرایطی که صدمه جزئی ناشی از فعل یا ترک فعل طرف زیان‌دیده یا واقعه دیگری باشد که خطر احتمالی آن به عهده طرف زیان‌دیده است، میزان خسارات باید به میزانی که این عوامل، در وقوع صدمه و زیان نقش داشته‌اند، تقلیل داده شود.» لازم به ذکر است که مطالبه خسارت ممکن است با سایر طرق جبران نیز جمع شود.<sup>۱</sup> این مطلب به صراحت در صدر ماده ۷-۴-۱ اصول ذکر شده است.

ضمانت اجرای مطالبه خسارت در حقوق ایران هم پذیرفته شده است. کسی که به عهد خود وفا نمی‌کند و باعث اضرار هم‌پیمانش می‌شود، باید از عهده خسارتی که به بار آورده است، برآید. ضمانتی که متخلف از این بابت پیدا می‌کند به لحاظ ریشه تعهد اصلی مسئولیت قراردادی نامیده می‌شود. مسئولیت قراردادی منوط به تحقق دو شرط است. اول بین زیان‌دیده و عامل ورود ضرر قرارداد نافذی حکومت کند. دوم خسارت ناشی از اجرا نکردن مفاد قرارداد باشد. ماده ۵۱۵ از قانون آیین دادرسی مدنی برای ایجاد مسئولیت قراردادی شرط تقصیر را هم اضافه کرده است. عده‌ای از حقوق‌دانان معتقدند که در حقوق ایران تقصیر در ایجاد مسئولیت قراردادی شرط نیست.<sup>۲</sup> در مقابل عده‌ای از حقوق‌دانان تقصیر را در مسئولیت قراردادی شرط می‌دانند.<sup>۳</sup> حال این دسته از حقوق‌دانان نیز دو دسته می‌شوند. برخی صرف نقض عهد را تقصیر می‌دانند<sup>۴</sup> و برخی نیز نقض عهد را اماره تقصیر می‌دانند.<sup>۵</sup>

#### ۷-۴. برطرف کردن عیب و نقص و یا جایگزین کردن اجرای معیوب و ناقص

بر طبق ماده ۷-۲-۳ اصول، جبران اجرای معیوب و ناقص، هم حق پیمان‌شکن است و هم حق طرف زیان‌دیده. همچنین علاوه بر رفع عیب و نقص یا جایگزین کردن کالا، شکل‌های دیگری از جبران عیب و نقص نیز وجود دارد، مانند برداشتن حق شخص ثالث بر کالا و یا تحصیل مجوز عمومی ضروری، پیش‌بینی ضمانت اجرای تعمیر کالا یا تسلیم کالای جانشین. این ضمانت اجرا در اصل ۴۶ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا نیز وجود دارد. تفاوت ماده ۴۶ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا با ماده ۷-۲-۳ از اصول این است که در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا تسلیم بدل را مشروط به این نموده که مغایرت کالا متضمن نقض اساسی قرارداد باشد و درخواست بدل کالا از طریق اخطار موضوع ماده ۳۹

۱. مختاری، مهدی، «جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد»، شماره ۴۰۱، نامه اتاق بازرگانی، ۱۳۸۰، ص. ۳۲.

۲. عدل، مصطفی، حقوق مدنی، جلد ۸، امیرکبیر، ۱۳۵۴، صص. ۱۳۴ و ۱۳۵.

۳. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، جلد سوم، چاپ ششم، انتشارات کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۶۶، ص. ۲۴۰.

۴. سنه‌وری، عبدالرزاق احمد، منبع پیشین، ص. ۲۰۰.

۵. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، حقوق تعهدات، منبع پیشین، ص. ۲۸۸.

یا ظرف مدت معقولی پس از آن صورت گیرد. همچنین بر اساس بند ۳ ماده ۴۶ درخواست تعمیر کالا باید معقول باشد و از طریق اخطار موضوع ماده ۳۹ یا ظرف مدت معقولی پس از آن صورت گیرد. اما در ماده ۳-۲-۷ مقررات اصول درخواست جبران عیب و نقص و جایگزین کردن یا جبران دیگر مطلق است و شامل نقض اساسی و غیراساسی می‌شود. البته حق درخواست جبران عیب و نقص یک اجرای معیوب و ناقص مشمول همان محدودیت‌های حق الزام به اجرای تعهد مذکور در مواد ۱-۲-۷ و ۲-۲-۷ می‌شود.

در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا حق تعمیر یا تسلیم کالای جایگزین هم از حقوق مشتری است و هم از حقوق فروشنده. حال سؤال اینجاست که چنانچه خریدار خواهان فسخ قرارداد باشد اما فروشنده خواهان تعمیر یا تسلیم کالای جانشین باشد چه باید کرد. در اصول به این سؤال پاسخ داده نشده است. اما در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا در ماده ۴۸ صراحتاً به حق فروشنده اشاره نموده است. اما همچنان سؤال پابرجا است. با توجه به اینکه کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا می‌تواند مبنای خوبی برای فهم مسائل مطرح شده در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی باشد، ناچاریم به دیدگاه‌های اندیشمندان در حوزه کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا اشاره کنیم. برخی از حقوق‌دانان معتقدند که چون به موجب ماده ۴۸ اعمال حق تعمیر در رفع نقص از سوی فروشنده منوط به رعایت حق فسخ خریدار در ماده ۴۹ شده است، برداشت معقول از این ماده اقتضا دارد که اگر خریدار به سبب نقض اساسی خواهان فسخ قرارداد باشد، دیگر فروشنده نمی‌تواند درخواست تعمیر کالا بکند. تفسیر دیگری که ارائه شده این است که برای ارزیابی اساسی بودن نقضی که مشتری به استناد آن می‌خواهد قرارداد را فسخ کند، باید پیشنهاد رفع یا تعمیر مطرح شده از سوی فروشنده را مد نظر قرار داد. مثلاً اگر فروشنده دستگاه‌هایی را تحویل خریدار دهد که به هیچ عنوان کارکرد مورد نظر را ندارند، نقض بی‌گمان اساسی است. اما اگر فروشنده پیشنهاد تعمیر کالا یا جایگزینی آن را کند، صرفاً یک تأخیر در اجرا تلقی می‌شود که شایسته توصیف به عنوان نقض اساسی نیست.

در جمع‌بندی دیدگاه‌ها و ارائه نظر پیشنهادی می‌توان گفت که حق تعمیر کالا از سوی فروشنده بر حق تقلیل ثمن یا مطالبه کالای جایگزین توسط خریدار تقدم دارد. در واقع فروشنده می‌تواند با پیشنهاد رفع عیب کالا، درخواست احتمالی خریدار برای تقلیل ثمن یا مطالبه کالای جایگزین را بی‌اثر سازد. اما حق تعمیر کالا مانع از اعمال حق فسخ مشتری در فرض تحقق نقض اساسی یا انقضای مهلت اضافی نخواهد بود.

در حقوق ایران بعد از انعقاد قرارداد بیع، اجرای کامل آن وابسته به تسلیم کالای سالم و منطبق با قرارداد از سوی فروشنده و پرداخت ثمن از سوی خریدار است. در برخی

موارد اجرای قرارداد از سوی فروشنده به صورت ناقص صورت می‌گیرد. در حقوق ایران در چنین مواردی به صراحت از حق فسخ و یا گرفتن ارزش سخن رانده شده است (ماده ۴۲۲ قانون مدنی). اما با استفاده از نظرات فقهی و به استنباط از برخی مواد قانونی می‌توان حق رفع عیب را برای خریدار یا فروشنده قائل شد. مورد معامله ممکن است عین معین یا کلی باشد. اگر مورد معامله عین کلی باشد در صورت تراضی طبق توافق طرفین اقدام می‌شود. اما چنانچه طرفین توافق نداشته باشند سؤال ایجاد می‌شود که آیا مشتری حق الزام بایع را به رفع عیب مبیع دارد. آن چه که در حقوق ایران به صراحت مورد پذیرش قرار گرفته این است که به استناد ماده ۴۱۴ قانون مدنی خریدار در صورت معیوب بودن مبیع کلی، حق فسخ قرارداد را ندارد. اما می‌تواند فروشنده را ملزم به تحویل کالای منطبق با قرارداد نماید و الزام به رفع عیب نیز در حقیقت نوعی الزام به تحویل کالای منطبق با قرارداد است و برخی از حقوق دانان این نظر را پذیرفته اند.<sup>۱</sup>

در مقابل برخی از حقوق دانان معتقدند که در مبیع کلی نمی‌توان بایع را الزام به تعمیر کالای معیوب کرد. زیرا در مبیع کلی با تسلیم کالای معیوب ایفای تعهد انجام نمی‌شود تا ضرری به مشتری وارد آید و برای رفع آن ضرر بایع را ملزم به رفع عیب ساخت. به نظر می‌رسد که مبنای استدلال اشتباه است، زیرا تقاضای کالای جانشین ممکن است طولانی شود، در حالی که رفع عیب ممکن است در مدت زمان کمتری صورت گیرد. اما در فرضی که کالای مورد معامله عین معین است و مطابق با قرارداد نباشد، در مواد مختلفی از قانون مدنی برای طرف مقابل حق فسخ پیش‌بینی شده است (مواد ۳۵۵ الی ۴۱۰ و ۴۱۱) و در صورتی که عدم مطابقت به دلیل وجود عیب باشد خریدار علاوه بر فسخ دارای حق ارزش است (ماده ۴۲۲). اکنون سؤال این است که آیا افزون بر موارد فوق خریدار می‌تواند بایع را ملزم به تعمیر سازد و آیا فروشنده می‌تواند با تعمیر کالا از خیار عیب و اخذ ارزش جلوگیری کند. طبیعتاً این سؤال در فرض عدم توافق پیش می‌آید. برخی از نویسندگان حقوق مدنی حق رفع عیب را برای فروشنده قائل هستند. این دسته از حقوق دانان معتقدند که خیار عیب جبران ضرر ناروایی است که در نتیجه آن به طرف مقابل می‌رسد. پس اگر پیش از اعمال خیار منشأ این خیار از بین برود، خیار نیز ساقط می‌شود. در نظر ایشان این حکم چهره استثنایی ندارد و در مقام بیان قاعده است.<sup>۲</sup> با استفاده از برخی مواد قانون مانند ماده ۴۷۸ - ۴۸۱ - ۵۲۷ از قانون مدنی و بند دوم ماده ۱۲ قانون روابط موجر و مستاجر سال ۱۳۵۶ و اصول کلی لزوم قراردادها و قاعده لاضرر این استدلال تقویت می‌شود.

۱. میرزائزاد جویباری، اکبر، منبع پیشین، ص. ۱۰۴.

۲. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۵، چاپ سوم، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۰، ص. ۲۹۶.



#### ۸-۴. حق فسخ قرارداد

در خصوص حق فسخ موضع اصول آن است که اصولاً در موارد جزئی نقض تعهدات، امکان فسخ قرارداد وجود ندارد. اما هرگاه نقض قرارداد، اساسی باشد، امکان فسخ آن وجود دارد. بر خلاف حقوق ایران، در مقررات اصول اجباری به تقدم درخواست الزام به اجرای قرارداد توسط متعهد یا با هزینه او نیست. ماده ۱-۳-۷ علاوه بر بیان حق فسخ، ضوابطی را طی بند ۲ برای تشخیص عدم اجرای اساسی ذکر نموده که در سابق به این معیارها اشاره شد. تعیین معیار جهت تشخیص اساسی بودن نقض برای آن است که فسخ قرارداد در صورتی مجاز شود که واقعاً متعهدله از حقوق و منافع خود در برابر عوضی که به متعهد پرداخت می‌کند محروم شود.

قانون مدنی ایران در بخش قواعد عمومی قراردادها فسخ را به عنوان ضمانت اجرای عدم انجام تعهد اصلی شناسایی نکرده است. به همین دلیل اکثریت حقوق دانان معتقدند که فسخ، ضمانت اجرای ابتدایی عدم اجرای قرارداد نیست.<sup>۱</sup>

عمده دلایل مخالفان به این شرح است:

- در حقوق ما اصل بر لزوم عقد است. بنابر این در موارد نقض قرارداد، عهدشکن باید اجبار به انجام قرارداد شود. زیرا تنها لزوم جبران ضرر، امکان فسخ عقد را توجیه می‌کند و تا زمانی که اجرای عقد و اجبار طرف قرارداد امکان دارد این ضرورت احساس نمی‌شود.

- جستجو در کتاب‌های فقهی در ابواب مختلف حاکی از آن است که نظریه تقدم الزام به انجام تعهد از شهرت فتوایی برخوردار است. فقها در خصوص موضوع در دو مقام بحث نموده‌اند. اول اینکه آیا می‌توان متعهد را مجبور به انجام تعهد نمود یا خیر. مشهور فقها قائل به امکان اجبار شده‌اند.<sup>۲</sup> دوم اینکه آیا مشروطه در صورت تخلف مشروط‌علیه از انجام مفاد شرط بی‌درنگ می‌تواند عقد را فسخ کند یا باید بعد از الزام او و ناامیدی از اجبار مشروط‌علیه مبادرت به فسخ عقد کند. ظاهر عبارت شهید ثانی در شرح لمعه محقق سبزواری در کفایه، محقق نراقی در عوائدالایام و صاحب جواهر در جواهرالکلام این است که فسخ در صورت تعذر از اجبار ممکن است.<sup>۳</sup>

۱. عدل، مصطفی، منبع پیشین، ص. ۳۰۸.

۲. کرکی، علی بن الحسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد ۴، مؤسسه آل‌البیت لاحیاء التراث الاولی، ۱۴۰۸ ق، ص. ۴۲۳.

۳. عاملی، زین‌الدین، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، جلد ۳، مؤسسه المعارف الاسلامیه الاولی، ۱۴۱۳ ق، ص. ۲۷۴.

۴. سبزواری، محمدباقر؛ واعظی اراکی، مرتضی، «کفایه الفقه»، دفتر انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۳۸۱، ص. ۹۷.

- ملاک ماده ۲۳۹ قانون مدنی به خوبی نشان می‌دهد که قاعده این است که در تعهدات فرعی و شرط فعل، طلبکار باید برای اجبار طرف قرارداد اقامه دعوی کند و تنها در صورتی می‌تواند آن را به هم زند که این اجبار ممکن نباشد. به قیاس اولویت و با استفاده از ملاک در تعهدات اصلی نیز وضعیت به همین صورت است.
- دلیل دیگر قائلان به تقدم الزام به انجام تعهد، مواد ۳۷۶ و ۴۷۶ و ماده ۵۳۴ از قانون مدنی است که در آن الزام به اجرای تعهد بر فسخ، مقدم است. در مقابل برخی حقوق دانان جدید با ملاحظه آثار سوء نظریه اجبار به دنبال توجیه نظریه فسخ ابتدایی در حقوق ایران هستند. دلایل قائلان به فسخ ابتدایی در چند محور خلاصه می‌شود:
- قانون مدنی در فصل اثر معاملات، التزام طرفین و قائم مقام آنها را اصلی‌ترین اثر معاملات بیان کرده است (ماده ۲۱۹ قانون مدنی) و در مواد بعدی این فصل یعنی مواد ۲۲۱ و ۲۲۶ الی ۲۳۰ قانون مدنی نیز ضمانت اجرای این اثر را مسئولیت مدنی متخلف و جبران خسارت زیان دیده تعیین کرده است. همچنین می‌دانیم که خسارت عدم انجام تعهد بدل اصل تعهدات است و با آن جمع نمی‌شود. پس با توجه به تعیین خسارت عدم انجام تعهد، قرارداد باید از بین رفته باشد و قرارداد جز به سبب فسخ، انفساخ یا اقاله از بین نمی‌رود. آنچه مسلم است در این فرض انفساخ و اقاله منتفی است. پس ناگزیر باید گفت که ماده ۲۲۱ قانون مدنی به دلالت التزامی عدم اجرای قرارداد را موجب حق فسخ برای متعهدله دانسته است.
- قیاس عدم اجرای تعهدات اصلی با عدم اجرای شرط فعل نادرست است. چون اولاً وحدت ملاک مربوط به فرضی است که حکم خاصی در موضوع بحث نباشد. حال آنکه قانون‌گذار ضمانت اجرای عدم اجرای تعهدات اصلی را در مواد ۲۱۹ الی ۲۳۰ بیان کرده است. ثانیاً در تعهدات ناشی از قرارداد مقصود اصلی طرفین انعقاد عقد است و تعهدات ناشی از شرط فعل نسبت به تعهدات اصلی جنبه فرعی دارد. بنابراین ضمانت اجرای این تعهدات منوطاً نباید یکسان باشد. صرف عدم انجام تعهدات فرعی نباید موجب فسخ قرارداد شود.<sup>۱</sup> نگارنده معتقد است که استدلال موافقان فسخ ابتدایی از استحکام بیشتری برخوردار است، زیرا اصل لزوم که مبنای قاعده مشهور تقدم اجبار بر فسخ است تاب

۱. دارویی، عباسعلی، فسخ به جهت نقض قرارداد (فسخ ابتدایی)، مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال ۶، شماره ۱۰، ۱۳۹۳، صص. ۱۱۷-۱۴۴.

مقاومت در برابر ادله دیگر مانند اصل لاضرر و اصل سرعت در معاملات تجاری و نفی عسر و حرج را ندارد. همچنین قاعده تقدم اجبار بر فسخ با اصول حقوق تجارت در تعارض است. در بیشتر موارد در قراردادهای تجاری به ویژه قراردادهای تجاری بین‌المللی، اجرای عین تعهد بعد از نقض قرارداد مطلوب طرفین نیست و در پاره‌ای موارد هم عقلائی نیست، زیرا فرایند طولانی پیش‌بینی شده برای این امر موجب بروز خساراتی می‌شود که کمتر قابل تدارک است.<sup>۱</sup> به‌علاوه در خصوص تقدم اجبار بر فسخ، شهرت فتوایی وجود ندارد.<sup>۲</sup> فقهای بزرگ معاصر حق فسخ متعهدله را بر تعذر از اجبار متعهد بر انجام عین تعهد متوقف نمی‌دانند.<sup>۳</sup> بنابراین مسأله در فقه امامیه اجماعی نیست و حتی شهرتی نیز وجود ندارد. در تأیید این دیدگاه می‌توان به مواد ۳۸۰، ۳۹۵ و ۴۷۶ از قانون مدنی و همچنین بندهای ۷، ۸ و ۹ ماده ۱۴ قانون روابط موجر و مستأجر سال ۱۳۵۶ و مواد ۶ و ۱۶ قانون پیش‌فروش ساختمان ۱۳۸۹ استناد کرد که همگی مؤید نظریه فسخ ابتدایی هستند.

مواد متعارض با قاعده فسخ ابتدایی نیز قابل تفسیر و تأویل است. به عنوان مثال در ماده ۳۷۶ از قانون مدنی که ضمانت اجرای تأخیر در تسلیم مبیع یا تادیه ثمن را اجبار بایع و مشتری دانسته است، منظور قانون‌گذار تحدید حقوق متعهدله به اجبار نیست، بلکه منظور امکان اجبار است. دلیل درستی این استنباط ماده ۳۹۵ از قانون مدنی است که تأخیر در تادیه ثمن را موجب خیار تأخیر ثمن می‌داند. پس نتیجه می‌گیریم که ماده ۳۷۶ در مقام بیان تمام حقوق بایع و مشتری نبوده است. همچنین در ماده ۴۷۶ قانون مدنی که فسخ اجاره به سبب امتناع موجر از تسلیم عین مستأجره را منوط به تعذر اجبار کرده است، با ماده ۴۹۶ که صرف تخلف از شرط را موجب خیار فسخ می‌داند تعارض دارد. یا مثلاً ماده ۲۳۷ قانون مدنی می‌گوید: «...طرف معامله می‌تواند به حاکم رجوع نموده تقاضای اجبار به وفای به شرط بنماید.» که لفظ «می‌تواند» در مبحث فسخ بدان معنا است که مشروطه اختیار دارد قرارداد را فسخ کند یا از حاکم تقاضای الزام به اجرا کند.<sup>۴</sup>

#### ۹-۴. ارزش یا تقلیل ثمن

در حقوق ایران بحث ارزش در قسمت خیار عیب مطرح شده است. در خیار عیب مشتری می‌تواند به جای فسخ قرارداد، مبیع معیوب را با اخذ مابه‌التفاوت قبول کند

۱. ستوده تهرانی، حسن، حقوق تجارت، چاپ دوم، نشر دادگستر، ۱۳۷۵، ص. ۱۸.
۲. شیخ طوسی، ابی جعفر محمد، المبسوط فی فقه الامامیه، جلد ۲، چاپ سوم، المطبعه الحیدریه، ۱۳۷۸، ص. ۱۵۱.
۳. خوبی، ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، تقریر محمدعلی توحیدی تبریزی، جلد ۵، مکتبه الداوری، ۱۴۱۱ ق، صص. ۳۵۲-۳۵۸.
۴. صادقی نشاط، امیر، «حق فسخ قرارداد با وجود امکان الزام به اجرا در حقوق ایران»، دوره ۳۹، شماره ۴، حقوق، ۱۳۸۸، صص. ۲۹۷-۳۱۴.

(ماده ۴۲۲ قانون مدنی). در ارش باید رابطه صحیح قراردادی وجود داشته باشد و در صورت بطلان قرارداد نوبت به ارش نمی‌رسد. همچنین عیب در حین عقد موجود باشد و عیبی که بعد از بیع و قبل از قبض در مبیع حادث شود در حکم عیب سابق است (ماده ۴۲۵). شرط سوم این است که عیب مخفی باشد و در صورت علم مشتری به معیوب بودن مبیع با توجه به اقدام مشتری به ضرر خویش، استناد به خیار عیب و اخذ ارش منتفی است. به استناد ماده ۴۲۴ از قانون مدنی عیب وقتی مخفی است که مشتری در زمان بیع عالم به آن نباشد اعم از اینکه عدم علم ناشی از آن باشد که عیب واقعاً پنهان بوده یا اینکه ظاهر بوده ولی مشتری از آن بی‌خبر باشد. شرط چهارم این است که عیب موجود باید مؤثر باشد. نقص در مبیع باید به صورتی باشد که از قیمت آن بکاهد یا منفعت آن را بکاهد. شرط پنجم این است که خیار عیب و ارش مخصوص عین معین است و در عین کلی مسأله ارش مطرح نمی‌شود. شرط ششم این است که اخذ ارش مانند خیار عیب فوریت دارد. اخذ ارش در مواردی تنها راه حل مشتری است که موارد آن در ماده ۴۲۹ قانون مدنی احصا شده و در این موارد مشتری حق فسخ قرارداد را ندارد.

مقررات اصول به طور صریح به مسأله ارش نپرداخته است، اما از اطلاق ماده ۳-۲-۷ اصول می‌توان مطالبه ارش را استخراج کرد. ماده مذکور بیان می‌دارد: «حق مربوط به اجرای تعهد در موارد مناسب، شامل حق درخواست جبران عیب و نقص، جایگزین کردن، یا جبران دیگری برای اجرای معیوب و ناقص تعهد می‌شود» که از عبارت «جبران دیگری» می‌توان مطالبه ارش را استخراج کرد. اما مقررات کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا در ماده ۵۰ به صورت صریح به مسأله تقلیل ثمن پرداخته است که شباهت بسیاری با نهاد ارش دارد.

## نتیجه‌گیری

در حقوق ایران بین قراردادهایی که موضوع آن عین معین است با قراردادهایی که موضوع آن عین کلی است تفاوت قائل شده‌اند. در صورت نقض قرارداد در فرض اول برای متعهدله حق فسخ قائل شده‌اند؛ بر خلاف قراردادهایی که موضوع آن عین کلی است که در این صورت در وهله اول برای متعهدله حق الزام به اجرای عین تعهد شناسایی شده است. تخلف از شرط صفت و نتیجه برای متعهدله خیار فسخ ایجاد می‌کند و اما تخلف از شرط فعل برای متعهدله در قدم اول حق الزام به اجرای عین تعهد ایجاد می‌کند. اما این تفکیک در مقررات اصول و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا وجود ندارد و اساساً موضوع قراردادهایی که اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ناظر به آن است، عین کلی است. از طرفی اعمال حق فسخ ترتبی بر الزام به اجرای تعهد ندارد.

ضمانت اجرای جبران عدم اجرای تعهد، موضوع ماده ۴-۱-۷ اصول و همچنین ضمانت اجرای تمدید مهلت برای اجرای تعهد، در حقوق ایران پیش‌بینی نشده است. شاید به این خاطر باشد که ضمانت اجراهای فوق جهت حمایت از اصل لزوم قراردادها است و از آنجا که در حقوق ایران اولین ضمانت اجرا، الزام متعهد به انجام تعهد است، پیش‌بینی موارد فوق تحصیل حاصل است. البته سایر ضمانت اجراها مانند حق الزام اجرای تعهد، جریمه قضایی، مطالبه خسارت و برطرف کردن عیب و نقض و جایگزین کردن کالای معیوب در هر دو سیستم، با اندک تفاوتی وجود دارد.

همان‌گونه که ملاحظه شد، در قوانین ایران و مقررات اصول تفاوت بنیادینی وجود ندارد. برخی از تفاوت‌ها مانند رابطه طولی الزام به اجرای تعهد و حق فسخ اختلافی است. همچنین برخی از تفاوت‌ها از باب اطلاق و تقیید است که پذیرش آنها در حقوق داخلی با اصول و مبانی حقوق و نظم عمومی و احکام صریح فقهی ما منافاتی ندارد.

در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی به تنوع وسیله‌های جبران خسارت و ضمانت اجراهای نقض قرارداد توجه بیشتری شده است. در راستای اصلاح قانون تجارت و اصلاح قواعد عمومی قانون مدنی براساس ماده ۲۵ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و ماده ۱-۳-۷ مقررات اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، رعایت اصول زیر پیشنهاد می‌گردد:

- لزوم ایجاد تنوع در ضمانت اجراهای ناشی از نقض قرارداد به منظور مقابله متناسب با انواع مختلف نقض.
- لزوم جایگزینی مطالبه خسارت و حق فسخ به جای الزام به اجرای عین تعهد در قراردادهای تجاری.

- 
- لزوم طبقه‌بندی انواع مختلف نقض از برای آثار و نتایج آنها به منظور به‌کارگیری ضمانت اجرای مناسب برای هر مورد.
  - لزوم گرایش به عقل و توجه به عرف و نیازهای تجارت بین‌الملل به جای پایبندی به اصول ابتدایی و اولیه نظیر لزوم اجرای عین تعهد در همه اشکال تعهدات.
  - اصل احترام به تشخیص و صلاحدید زیان‌دیده نقض در حمایت از خود و توسعه وسیله‌های جبران خسارت غیرقضایی به منظور رعایت اصل سرعت در امور تجاری.

Archive of SID

## منابع

- اصغری آقمشهدی، فخرالدین؛ محمدزاده، علی، «بررسی تطبیقی حق درخواست تعمیر کالا از سوی خریدار در کنوانسیون بیع بین المللی کالا ۱۹۸۰ وین و حقوق ایران»، پژوهش‌نامه بازرگانی، شماره ۴۹، ۱۳۸۷.
- اصغری آقمشهدی، فخرالدین؛ نوری، فخری، «حق حبس در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا وین ۱۹۸۰ و حقوق ایران»، نامه مفید، شماره ۵۲، ۱۳۸۴.
- امینی، منصور؛ مافی، همایون؛ اعظمی چهاربرج، حسین، «بررسی حق فسخ ناشی از پیش‌بینی نقض قرارداد در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و حقوق ایران»، مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره سوم، شماره اول، بهار و تابستان ۱۳۹۰.
- امامی، سیدحسین، حقوق مدنی، جلد سوم، چاپ ششم، انتشارات کتابفروشی اسلامیة، ۱۳۶۶.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر، تئوری موازنه، گنج دانش، ۱۳۸۱.
- \_\_\_\_\_، حقوق تعهدات، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۶۳.
- \_\_\_\_\_، دوره حقوق مدنی حقوق تعهدات، چاپ سوم، کتابخانه گنج دانش، ۱۳۷۸.
- خمینی، سید روح‌اله (امام)، کتاب البیع، جلد ۵، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق.
- خویی، ابوالقاسم، مصباح الفقاهه، تقریر محمدعلی توحیدی تبریزی، جلد ۵، مکتبه الداوری، ۱۴۱۱ ق.
- دارویی، عباسعلی، فسخ به جهت نقض قرارداد (فسخ ابتدایی)، مجله مطالعات فقه و حقوق اسلامی، سال ۶، شماره ۱۰، ۱۳۹۳.
- سبزواری، محمدباقر؛ واعظی اراکی، مرتضی، «کفایه الفقه»، دفتر انتشارات جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۳۸۱.
- ستوده تهرانی، حسن، حقوق تجارت، چاپ دوم، نشر دادگستر، ۱۳۷۵.
- سنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسیط فی شرح قانون المدنی، جلد ۴، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۰ ق.
- شهیدی، مهدی، آثار قراردادها و تعهدات، جلد ۳، نشر مجمع علمی و فرهنگی مجد، ۱۳۸۲.
- شیخ طوسی، ابی جعفر محمد، المبسوط فی فقه الامامیه، جلد ۲، چاپ سوم، المطبعه الحیدریه، ۱۳۷۸.

- صادقی نشاط، امیر، «حق فسخ قرارداد با وجود امکان الزام به اجرا در حقوق ایران»، دوره ۳۹، شماره ۴، حقوق، ۱۳۸۸.
- صفایی، سیدحسین؛ و دیگران، حقوق بیع بین‌المللی با مطالعه تطبیقی، دانشگاه تهران، ۱۳۸۴.
- عاملی، زین‌الدین، مسالک الافهام الی تنقیح شرائع الاسلام، جلد ۳، مؤسسه المعارف الاسلامیه الاولی، ۱۴۱۳ ق.
- عدل، مصطفی، حقوق مدنی، جلد ۸، امیرکبیر، ۱۳۵۴.
- قاسم‌زاده، مرتضی، حقوق مدنی مختصر قراردادها و تعهدات، نشر دادگستر، ۱۳۸۸.
- کاتوزیان، ناصر، الزام‌های خارج از قرارداد مسئولیت مدنی، چاپ دهم، جلد ۱، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰.
- \_\_\_\_\_، عقود معین، چاپ دهم، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷.
- \_\_\_\_\_، قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، چاپ دوازدهم، نشر میزان، ۱۳۸۴.
- \_\_\_\_\_، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۵، چاپ سوم، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۰.
- \_\_\_\_\_، قواعد عمومی قراردادها، چاپ ششم، جلد ۴، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۰.
- کرکی، علی بن الحسین، جامع المقاصد فی شرح القواعد، جلد ۴، مؤسسه آل البيت لاحیاء التراث الاولی، ۱۴۰۸ ق.
- مختاری، مهدی، «جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد»، شماره ۴۰۱، نامه اتاق بازرگانی، ۱۳۸۰.
- مؤسسه بین‌المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، ترجمه بهروز اخلاقی، چاپ سوم، انتشارات شهر دانش، ۱۳۹۳.
- میرزائزاد جویباری، اکبر، «بحثی پیرامون مفهوم نقض اساسی قرارداد»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۵۸، ۱۳۸۱.
- \_\_\_\_\_، «تأثیر درخواست تعمیر کالا از سوی فروشنده در حال حق فسخ خریدار»، پژوهشنامه حقوق و علوم سیاسی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه مازندران، شماره ۱، ۱۳۸۵.
- هانولد، جان او، حقوق متحدالشکل بیع بین‌المللی کالا طبق کنوانسیون ۱۹۸۰ ملل متحد، ترجمه همایون مافی و همکاران، انتشارات مجد، ۱۳۹۴.
- هجده نفر از دانشمندان، تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی، جلد ۲، ترجمه مهرباب داراب‌پور، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۸.



---

- یزدانیان، علیرضا، حقوق مدنی (قلمرو مسئولیت مدنی)، نشر ادبستان، ۱۳۷۹.

- Farnsworth, Allan, "Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations", *Columbia Law Review*, vol. 87, No. 2, 1987.
- Graffi, Leonardo, "Case Law on the Concept of Fundamental Breach in the Vienna Sales Convention", *Business Law Journal*, No. 3, Paris, 2003.
- Honnold, John, *Uniform Law for International Sales Under the 1980 International Sales Law*, 2nd Edition, Kluwer Law International, 1999.
- Ndubuisi, Augustine, *Comparative Evaluation of the Doctrine of Fundamental Breach under the CISG, UNDRIT Principles and the English Law*, University of Sterling, Scotland, 2013.