

نظریه مقابله با نقض احتمالی قرارداد

حسین همت کار*

چکیده

احتمال نقض قرارداد از سوی متعاقدین همواره و در هر نظام حقوقی در عرصه‌های داخلی و بین‌المللی وجود دارد، لیکن شیوه‌های مقابله با آن متفاوت است. در برخی از موارد، قبل از حلول زمان انجام تعهد، نشانه‌های نقض پیمان از رفتار و عملکرد متعهد یا اوضاع و احوال، بطور متعارف استنباط می‌شود و گاهی نیز متعهد پیشاپیش اعلام می‌کند که در زمان مقرر نمی‌تواند یا نمی‌خواهد به تعهداتش عمل کند. عقل سلیم حکم می‌کند که علاج واقعه قبل از وقوع صورت گیرد و متعهدله بتواند با ابزارهای مناسب حقوقی، از تحقق نقض واقعی قرارداد که در بردارنده آثار وخیم‌تری است، جلوگیری به عمل آورد. بنابراین، ضرورت تمهید راهکارهایی برای مقابله با این واقعیت حقوقی، بخصوص در عرصه حقوق تجارت، به‌عنوان یک نیاز جدی مطرح است و جا دارد قانونگذار در اصلاحات قانون تجارت جایگاه این موضوع را تعیین نماید. برای آغاز این حرکت نو، لازم است از تجارب عملی پیشگامان این طریق بالاخص حقوق ایالات متحده و انگلستان و متون بین‌المللی در این خصوص نظیر کنوانسیون بین‌المللی ۱۹۸۰^۱ و اصول اروپایی حقوق قراردادها^۲ و اصول مؤسسه بین‌المللی متحدالشکل سازی حقوق خصوصی^۳ و آراء و رویه‌های بین‌المللی

* فارغ‌التحصیل دوره دکتری واحد علوم و تحقیقات دانشگاه آزاد اسلامی تهران

1. Vienna Convention on International Sale of Goods
2. Principles of European Contract law
3. UNIDROIT Principles

بهره‌گیری شود تا انطباق آن با حقوق ایران میسر گردد، امری که در برخی از سیستم‌ها تجربه شده و نتایج مطلوب به‌همراه داشته است.

واژه های کلیدی: پیش‌بینی نقض قرارداد- معقول بودن احتمال نقض قرارداد- توسعه و تکامل ضمانت اجراهای ناشی از نقض.

Faculty of Admin. Sciences & Econ. Journal,

University of Isfahan.

Vol.17, No.2 , 2005

Theory of Confrontation with Probable Violation of Contract

H. Hematkar

Abstract

The subject of this research is anticipatory violation of a contract and its impacts upon the contract. It deals interlaid with the issue of what happens, when one party to a contract by his/her statements, actions, leads another party to reasonably conclude that the contract would not come into force; instead, it would be broken in near future. The doctrine of anticipatory violation of a contract is a well-established theory recognized particularly in the common law countries such as Britain and the United States of America. However it has not attracted the attention of other countries including the Iranian legislatures.

The main aim of this work is to provide an analysis of the foundations, principles, characteristics and the legal implications of the doctrine in general, and its possible application to Iranian legal system. To this end, the international developments will also be discussed.

All legal systems of the world have recognized that in concluding a contract, contractual justice must be considered, and that anticipatory violation of contract, together with its remedies, can lead us to this particular aim, considering the fact that nobody can take measures for its own interests better than the victim of a violated contract himself/herself.

In this research apart from the theoretical findings and the answers to the problems which result from doctrine, some legal principles upon which the theory of the anticipatory violation of contract stands will be dealt with.

It seems that in making amendments to the Iranian civil and commercial laws the anticipatory violation of contract doctrine should be taken into account by the lawmaker.

Keywords: Anticipation, Contract violation, Probability, Implementation, Assurance, Development

مقدمه و طرح بحث

احترام به قراردادهای و رعایت لزوم آنها در همه نظام‌های حقوقی، اگر چه یک اصل اساسی محسوب می‌شود، لیکن این مقوله در نظام‌های مختلف، معانی متفاوتی به خود گرفته است. در نظام حقوقی رومی - ژرمنی بطور سنتی لزوم قرارداد را با اجرای عین تعهد مرادف می‌دانند، حال آنکه در نظام حقوقی کامن‌لو و بالخصوص در عرصه تجارت بین‌الملل به‌خاطر دشواری‌های اجرای عین تعهد، مفهوم وفای به عهد از اجرای عین تعهد فاصله گرفته و به مفهوم تحقق انتظارات قراردادی طرفین، نزدیک شده است. بنابراین، اگر سود متعارف و قابل پیش‌بینی هر یک از متعاملین تأمین شود، به‌گونه‌ای به تعهدات قراردادی عمل شده و لزوم قرارداد مراعات گردیده است. فرض کنید، یک تاجر ایرانی ۱۰۰۰ تن شکر از یک تاجر کوبایی به قیمت هر کیلو ۱۰۰۰ ریال خریداری نموده است. تا ۶ ماه دیگر تحویل بگیرد. در این اثنا شکر در بازارهای خارجی گران می‌شود و یک خریدار آمریکایی حاضر می‌شود هر کیلو شکر را به قیمتی معادل ۱۰۰۰۰ ریال از تاجر کوبایی خریداری کند. در چنین شرایطی تاجر اخیر اعلام خواهد کرد که امکان ایفای تعهد در برابر تاجر ایرانی را ندارد و خسارات حاصل از نقض عهد را خواهد پرداخت. اگر تاجر ایرانی در هر کیلو شکر معادل ۲۰۰۰ ریال سود ببرد، تاجر کوبایی با پرداخت این مبلغ بازای هر کیلو، به‌عنوان خسارات نقض عهد، از تعهدات خود رهایی می‌یابد و در عوض با فروش همان محصول به خریدار آمریکایی، معادل ده برابر معامله اول سود خواهد برد. در این حالت تاجر ایرانی نیز به سود مورد انتظار خود می‌رسد و فروشنده نیز به سود بیشتر که هدف معاملات تجاری است دست می‌یابد و بدین ترتیب هر

سه طرف به مقصود خود نایل آمده‌اند. در حالی که، اگر عین تعهد اجرا می‌شد، سودی بیش از این برای تاجر ایرانی، پس از تحمل زحمات و هزینه‌ها به‌همراه نداشت. ضمن اینکه فروشنده کوبایی و خریدار آمریکایی نیز از سود متعارف و قابل پیش‌بینی خود محروم می‌ماندند. از اینها گذشته، دشواری‌های اجرای عین تعهد بالاخص در عرصه تجارت بین‌الملل بر اهل فن پوشیده نیست. بنابراین، اظهارات توأم با حسن نیت متعهدی که پیشاپیش اعلام می‌دارد، بواسطه اعصاب، جنگ یا گران شدن ناگهانی مواد اولیه، امکان اجرای عین تعهد را ندارد یا به‌خاطر تغییر اوضاع و احوال اقتصادی یا هر دلیل دیگر، عین تعهد خود را اجرا نخواهد کرد، در حقوق تجارت نباید نادیده گرفته شود. اعلام نقض قرارداد نه‌تنها آثار حقوقی در پی خواهد داشت، بلکه محتمل است برای طرف دیگر قرارداد، تکالیف قانونی به‌همراه داشته باشد. این تفکر تا بدانجا رشد کرده است که، در نظام حقوقی کامن‌لو و به‌تبع آن در مقررات بیع بین‌الملل، اعلام ناتوانی در اجرای قرارداد از سوی متعهد نوعی ابراز حسن نیت که لازمه اجرای قراردادهاست، شمرده شده و ابزارهایی نظیر تعلیق یا فسخ قرارداد را برای مقابله با نقض قریب‌الوقوع قرارداد تمهید نموده‌اند. تئوری نقض احتمالی قرارداد ناظر بر حالتی است که متعهد به متعهدله اعلام می‌کند به تعهدات قراردادی خود در موعد مقرر عمل نخواهد کرد یا اینکه، متعهدله از اوضاع و احوال نابسامان متعهد بطور معقول و متعارف، استنباط می‌کند که امکان اجرای قرارداد به‌علل مختلف از جمله نقصان فاحش در توانایی متعهد یا ورشکستگی او، وجود ندارد. فرض کنید، شخصی برای جشن ازدواج خویش تدارک وسیله‌های پذیرایی را به یک رستوران محول کرده و قراردادی نیز برای پذیرایی از ۱۰۰۰ نفر میهمان برای شب خاصی منعقد نموده باشد. در پی آن سازمان تعزیرات حکومتی یا اداره نظارت بر اماکن عمومی به‌علت تخلف، محل مذکور را برای مدتی تعطیل اعلام می‌کند. در این حالت آیا منطقی است که متعهدله چاره‌اندیشی نکند و با التزام به قرارداد، منتظر زمان مقرر و نقض واقعی تعهد باقی بماند و آیا الزام متعهد از طریق مراجع قضایی در این طرف امکان‌پذیر یا مفید است؟ بدیهی است که در این وضعیت و حالات مشابه، باید به متعهدله اجازه داده شود که با فسخ قرارداد قبل از موعد اجرای تعهد، به فکر تدارک قرارداد جانشین باشد.

اهمیت نقض احتمالی از آن برای است که متعهدله را در برزخی قرار می‌دهد که تصمیم‌گیری در آن دشوار است. اگر عکس‌العمل او، در برابر اعلام عدم انجام تعهد از سوی

متعهد یا وضعیت نابسامان او، پذیرش نقض احتمالی و در نتیجه فسخ یا تعلیق قرارداد باشد، ممکن است متعهد رد قرارداد یا ناتوانی خود را انکار کند و متعهدله نتواند وضعیت نابهنجار او را که حاکی از عدم انجام تعهد در موعد مقرر است در محکمه ثابت کند و یا در مقام تشخیص شرایط اعمال فسخ و تعلیق دچار اشتباه شود و در نتیجه تعلیق یا فسخ قرارداد از جانب او، خود نقض عهد به حساب آید. از سوی دیگر، اگر عکس‌العمل زیان‌دیده تأخیر در پذیرش رد قرارداد باشد و بی‌اعتنا به اعلام عدم انجام تعهد از سوی متعهد، در انتظار فرا رسیدن زمان اجرای تعهد باقی بماند، ممکن است دادگاه در نهایت اقدام او را مغایر با وظیفه تقلیل خسارات قلمداد کرده و در نتیجه او را مستحق دریافت تمام یا بخشی از خسارات ناشی از نقض عهد نداند.

در حال حاضر قانون تجارت ایران در آستانه تحول قرار دارد ولیکن هنوز نقص مقررات فعلی از حیث عدم تنوع و تعدد ابزارهای مقابله با نقض قرارداد و شیوه‌های مقابله با نقض احتمالی در پیش‌نویس پیشنهادی ملاحظه می‌شود، در حالی که وقت آن رسیده است که قراردادهای تجاری راه خود را از قراردادهای مدنی جدا سازند و به ابزارهای جدید تجهیز شوند. در این مقاله کوشش بر آن است که با تکیه بر مطالعات تطبیقی، نقض احتمالی قرارداد و طرق مقابله با آن به موازات ایجاد توسعه و تنوع در ضمانت اجراهای ناشی از پیمان شکنی مورد بررسی و تشویق قرارگیرد تا قانونگذار در اصلاحات آتی قانون تجارت آن را مطمح نظر قرار دهد. بعلاوه، درصدد اثبات این امر هستیم که نقض احتمالی واجد آثار نقض واقعی است و شایستگی آن را دارد که همانند نقض واقعی با آن مقابله شود.

در این مقاله، ابتدا انتقادات مخالفین نظریه را به منظور شناخت چالش‌های فرا راه آن، مورد مطالعه قرار داده و سپس مبنای حقوقی، شرایط اعمال و آثار حقوقی آن را مورد بررسی و نقد قرار دادیم. به این امید که مورد استفاده جامعه حقوقی قرار گیرد.

۱ - انتقادات مخالفین نظریه

نظریه مقابله با نقض احتمالی قرارداد در طول حیات کوتاه خود همواره یکی از بحث‌انگیزترین مباحث حقوقی بوده است و مخالفان آن دلایل متعددی بر بی‌اعتباری نظریه، اقامه نموده‌اند، که میتوان این دلایل را در چند بند خلاصه نمود:

۱ - ۱ - مغایرت با اصل لزوم قراردادها

هر قرارداد، تا زمانی که به یکی از اسباب قانونی منحل نشده باشد، واجد الزاماتی است که از اراده طرفین ناشی می‌شود، در حالی که پیش‌بینی نقض احتمالی قرارداد به یک طرف امکان می‌دهد اجرای تعهدات خود را به تشخیص صحیح یا ناصحیح خویش معلق و یا قرارداد را به صورت یک‌جانبه منحل سازد در حالی که ناتوانی در اجرای تعهدات محرز و مسلم نبوده و نقض واقعی قرارداد، صورت نگرفته است. بالاخص که این نظریه بیشتر در مقام اجرا، متکی به معیارهای درون ذاتی است و یک طرف قرارداد امکان می‌یابد که دادرس کار خود باشد و بر اساس باور و میل خود بطور یک‌جانبه قرارداد را با ابزارهای قانونی تعلیق و فسخ، دستخوش دگرگونی سازد و بدین ترتیب راه سوءاستفاده از اختیار، هموار شده و امکان خروج از تعهدات قراردادی با توسل به ناتوانی طرف، همواره فراهم می‌گردد.

۱ - ۲ - احتمالی بودن نقض

مهمترین مشخصه نظریه پیش‌بینی نقض قرارداد، محتمل بودن وقوع نقض است؛ حال آنکه توانایی بالفعل در مورد اجرای تعهداتی که هنوز موعد اجرای آن نرسیده است، مفهومی ندارد، زیرا قرارداد که مظهر اراده متعاقدين است اجرای مفاد عقد را پیش از زمان اجرا لازم نمی‌داند و به تعبیر برخی از حقوقدانان این امر بعید به نظر می‌رسد که قراردادی بتواند قبل از زمان اجرا قابلیت نقض داشته باشد. (Cheshire and Fifoots, 1979:pp.569-570) به همین برای، دریافت خسارت قبل از نقض ممکن نیست (Williston, 1981:N.1321) کما اینکه ارزیابی خسارت نیز قبل از زمان اجرا، امکان‌پذیر نمی‌باشد (Tabachnik 1972:pp.149-150)، زیرا به طور معمول، علم حقوق همواره بر امور محقق و یقینی آثار حقوقی بار می‌کند و اموری که در عالم اعتبار تحقق نیافته‌اند، باطل محسوب می‌شوند. بنابراین، اموری که در عالم واقع یا اعتبار محقق نشده‌اند، نمی‌توانند آثار حقوقی داشته باشند؛ زیرا حقوق نمی‌تواند بنای خود را بر اساس فرض و احتمال استوار سازد.

۱ - ۳ - امکان تغییر شروط و محتوای قرارداد

شرایط هر قرارداد پس از ارزیابی و سنجش نفع و ضرر توسط متعاقدين، در زمان انعقاد عقد تعیین می‌شود و شرایط پیشنهادی هر طرف در ترغیب طرف دیگر به انجام معامله،

نقش اساسی دارد. اینکه یک طرف نمی‌تواند پس از انعقاد قرارداد محتوا و شروط آن را به دلخواه خود تغییر دهد، از بدیهیات علم حقوق به‌شمار می‌رود. از طرفی، حق تعلیق یا فسخ قرارداد که در اثر پیش‌بینی احتمال نقض، برای یکی از طرفین ایجاد می‌شود؛ این امکان را در اختیار او قرار می‌دهد که، تضمینات و امتیازاتی را که در زمان انعقاد قرارداد نخواست است یا اگر در آن زمان مطالبه می‌نمود با پاسخ منفی طرف مقابل مواجه می‌شد، پس از انعقاد قرارداد به سادگی و با توسل به مقررات پیش‌بینی نقض مطالبه کند و بدین ترتیب نظم و تعادلی که طرفین بواسطه قرارداد در روابط خود پیش‌بینی نموده و حاکم ساخته‌اند را، به‌صورت یک‌جانبه دستخوش تحول و دگرگونی سازد. این احتمال نیز وجود دارد که متعهدی آمادگی انجام تعهدش را نداشته باشد و برای سرپوش نهادن بر ناتوانی خود و توجیه تأخیر در اجرای تعهداتش، احتمال نقض قرارداد از سوی طرف مقابل را وسیله تعلیق اجرای تعهدات خود نموده و تقاضای تضمین مناسب نماید. بنابراین، به یک طرف قرارداد نباید اجازه داده شود که به تشخیص خود مبادرت به تعلیق یا فسخ قرارداد نماید و آن را مبنای دریافت امتیاز قرار دهد. ایرادات فوق وارد بنظر نمی‌رسد، زیرا اصل لزوم قراردادها همواره در مواردی که پایبندی به قرارداد باعث اضرار گردیده است، نقض شده و اختیارات مصداق بارز آن است. وانگهی، نظریه مقابله با نقض احتمالی قرارداد با رعایت ضوابط و شرایط خاص خود، آن هم تحت نظارت مراجع داوری یا دادرسی، اعمال می‌گردد و در این فرض، باب سوءاستفاده از حق و اختیار مسدود می‌گردد. احتمالی بودن نقض نیز نباید دستاویز بی‌توجهی به نقض قریب‌الوقوع و منتظر قرار گیرد زیرا، عقلاء به احتمالات قوی و مقرون به‌واقع، ترتیب اثر می‌دهند و اساساً بسیاری از علوم بر اساس پیش‌بینی و احتمال استوار است. مشکلات اثباتی و اتکاء به معیارهای درون ذاتی نیز نباید ما را از فواید دگرگون‌ساز زیرا، علم حقوق علمی اعتباری است و بسیاری از مقولات آن نظیر قصد و رضا، اموری مجرد و ذهنی هستند که به‌وسیله مبرزهای عینی قابل کشف می‌باشند. با این همه انتقادات مخالفین پیام‌آور آن است که نظریه پیش‌بینی نقض قرارداد قاعده‌ای خاص و استثنایی است و باید در تشخیص مصداق و شرایط اعمال ضمانت اجراهای آن سخت‌گیری و دقت نمود.

۲ - مبنای حقوقی نظریه

مبانی حقوقی مختلفی برای نظریه ضرورت مقابله با نقض احتمالی قرارداد در دکترین رویه قضایی کشورهای انگلستان و ایالات متحده مطرح شده است که هر یک با ایرادات و حقایقی همراه است، در زیر باختصار به بررسی و نقد مهمترین آنها می‌پردازیم:

۱ - ۲ - تئوری نقض فعلی

عقیده غالب در حقوق ایالات متحده (The Embiricos Principle and The Law of Anticipatory Breach, 1984: PP.427-430) و رویه قضایی این کشور (Cobin, 1985: N.971 George, 1971: P.118) آن است که رد قرارداد توسط متعهد، یک نقض فعلی و حال محسوب می‌شود، ولو اینکه موقع انجام تعهد نرسیده باشد. زیرا وقتی متعهد اعلام می‌دارد که تعهداتش را انجام نخواهد داد، در همان زمان قرارداد را نقض کرده است و فرا رسیدن زمان ایفای تعهد، در این فرض خصوصیتی ندارد. به عبارت دیگر، یک شرط ضمنی در قرارداد، مانع رد پیش از موعد آن می‌شود و عمل بر خلاف این شرط، نقض فعلی قرارداد است. بدین ترتیب، نه تنها لازم است متعهد در سر وعده به تعهداتش عمل کند، بلکه باید از لغو قولش در دوران قبل از آن نیز خودداری نماید. این قاعده در حقوق آمریکا به طور معمول رعایت شده، هر چند در رویه قضایی تصمیمات نادری نیز بر خلاف آن اتخاذ گردیده است. (Corbin, 1985, N.959) در نقد این نظریه باید گفت، هر چند اعلام نقض قرارداد نوعی نقض فعلی به حساب می‌آید ولی اعتقاد به نقض فعلی در مواردی که متعهد، قرارداد را به صراحت رد نکرده است؛ بلکه متعهدله از اوضاع و احوال، پی به فقدان توانایی و قصد انجام تعهد او و نقض احتمالی قرارداد می‌برد، قدری دشوار بنظر می‌رسد.

۲ - ۲ - پایان دادن توافقی به قرارداد (اقاله)

برخی معتقدند، رد قرارداد یا نقض اساسی آن، خواه به صورت واقعی و خواه به صورت احتمالی، به منزله ایجابی برای پایان دادن به قرارداد است. (Cheshire and Fifoots, 1979: P.573-Treitel, 1995: P.771 Carter, 1991: N.718) وقتی متعهد اعلام می‌نماید یا با رفتارش چنین وانمود می‌کند که قصد و اراده انجام تعهد را در موعد مقرر ندارد، در واقع از طرف مقابل می‌خواهد که قرارداد را منحل کند و طرف مقابل نیز می‌تواند او را به همین

عبارت، مأخوذ نموده و قرارداد را خاتمه یافته اعلام نماید و بدین ترتیب طرفین به طور ضمنی در خصوص پایان دادن به قرارداد تبانی می‌کنند. (Nienaber, 1962:p.220) در انتقاد به این نظریه گفته شده است که اگر قرارداد با توافق طرفین پایان می‌پذیرد، دیگر خسارت ناشی از نقض قرارداد مفهوم ندارد (Ibid, P.221) حال آنکه نقض احتمالی قرارداد همواره به‌عنوان یک نقض مطرح است و از حیث مطالبه خسارت زیان دیده همچون نقض واقعی حق مطالبه خسارت ناشی از نقض احتمالی را دارد و انگهی طرف مقابل حق دارد ایجاب مذکور را نپذیرد و بر اجرای مفاد قرارداد تأکید نماید.

۳ - ۲ - عدم امکان اجرای تعهد

در برخی سوابق قضایی مبنای نظریه نقض احتمالی قرارداد را عدم امکان اجرای تعهد دانسته‌اند. (Carter, Ibid:N.719) زیرا، در صورتی که متعهد اعلام کند به تعهد خود عمل نخواهد کرد، عملاً راهی جز پایان دادن به قرارداد باقی نمی‌ماند. در انتقاد به این مبنا میتوان گفت؛ هر چند این عقیده در حقوق کامن‌لو که ضمانت اجرای اولیه نقض عهد به‌طور معمول مطالبه خسارت است و همچنین در مورد تعهداتی که قائم به شخص متعهد است، صحیح به نظر می‌رسد؛ ولی در سایر موارد و در همه نظامهای حقوقی همواره صدق نمی‌کند؛ زیرا ممکن است مال فروخته شده دوباره به مالکیت فروشنده باز گردد و اجرای تعهد امکان‌پذیر شود (Barnett & Fletcher, 1999:P.955) و یا اینکه متعهد از طریق مراجع حل اختلاف اجبار به انجام تعهد گردد.

۴ - ۲ - قاعده مستند به عرف معاملات تجاری

گروهی معتقدند عرف تجاری به تاجر این امکان را می‌دهد که آینده‌نگر و نگران آینده خود باشد و علاج واقعه را قبل از وقوع بنماید؛ بناچار قانونگذاران نیز مجبور شده‌اند ابزار مناسب تعلیق و فسخ را در راستای نیازهای تجاری در اختیار تاجر قرار دهند تا آنها بتوانند قبل از اینکه دامنه خسارات ناشی از نقض عهد وسعت یابد، قرارداد را فسخ یا آن را به حالت تعلیق درآورند. برخی از آرای قضایی نیز مبنای حقوقی اخیر را مبنای استدلال خود برای صدور احکام قرار داده‌اند و ما برای تأیید این مبنا فقط به اظهارات قاضی اسکروتین^۱ اشاره

می‌کنیم، وی گفت «یک مرد تجارت پیشه نباید منتظر بماند تا در پایان مدت کشف شود که در واقعیت امر چه اتفاقی خواهد افتاد و آیا متعهد ملتزم به قرارداد باقی می‌ماند یا نه. متعهد باید حق داشته باشد به احتمالات معقول تجاری اعتماد کرده و بر اساس آن عمل کند».

(The Embiricos Principle and the Law of Anticipatory Breach, 1984:P.426)

۵ - ۲ - دفع احتمال ضرر به استناد قاعده لاضرر

یکی از مبانی حقوقی نظریه پیش‌بینی نقض قرارداد، می‌تواند دفع ضرر محتمل به واسطه فسخ یا تعلیق قرارداد باشد؛ زیرا مبنای حقوقی خیارات، نوعاً ضرری است که بواسطه التزام به قرارداد به یکی از طرفین وارد می‌شود. تنها نکته‌ای که در این راستا مبهم و محل اختلاف است، این است که آیا احتمال ضرر و ضرر قریب‌الوقوع نیز قابل تدارک و جبران است و ادله لاضرر شامل ضررهای محتمل نیز می‌گردد. در پاسخ باید گفت؛ معنا و مفهوم ضرر عرفی است و هر آنچه را عرف ضرر بداند، اعم از اینکه تلف مال باشد یا تقویت منفعت و کسر اعتبار و حیثیت تجاری، ضرر محسوب می‌شود؛ به همین برای است که ماده ۹ قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور کیفری و ماده ۵ قانون مسئولیت مدنی، به صراحت عدم النفع و زیانهای آتی را مسلم و قابل جبران دانسته‌اند. در فقه نیز، باز داشتن عامل از کار و کسی که بدست آوردن منافع

در آن محتمل بوده است؛ بواسطه فسخ قرارداد مضاربه، به نوعی ایراد ضرر به عامل و ضمان‌آور شناخته شده است. (نجفی، ۱۴۱۵:ص ۵۹) نتیجه اینکه ضرر ممکن‌الوقوع نیز عرفاً ضرر محسوب گردد و به حکم قاعده لاضرر، جبران آن واجب است.

۶ - ۲ - همبستگی بالقوه عوضین و انتظار اجرای تعهدات به نحو متقابل

یکی از مشکل‌ترین پرسش‌ها در قرن ۱۶ این بود که آیا یکی از متعاقدين که از انجام تعهد خود قصور کرده است، حق اجبار طرف مقابل را دارد؟ پاسخ حقوق قدیم این بود که، متعاقدين در قرارداد، هر یک تعهدی مستقل را بر عهده می‌گیرند، لذا عدم اجرای تعهد توسط یک طرف، مجوز خودداری طرف دیگر در اجرای تعهداتش نیست؛ (Dawson, 1981:PP.83-107)، لیکن نظرات و رویه‌های قضایی جدید حکایت از آن دارد که هر گاه یکی از طرفین در اجرای تعهداتش قصور کند، طرف دیگر از اجرای تعهدات متقابل معاف می‌شود زیرا، بر اساس یک شرط بنایی، طرفین توافق کرده‌اند که تعهدات آنها به یکدیگر

وابسته باشد؛ لذا هیچ‌یک از طرفین حق ندارد تعهدات دیگری را مطالبه کند در حالی که خودش تعهداتش را عملی نساخته است؛ (Dawson, Ibid :P.96-Cheshire, Ibid :P.570) زیرا ورود به هر قرارداد انتظار اجرای آن را به‌همراه دارد و متعهدله را مستحق می‌سازد تا منتظر اجرای تعهدات، باشد. (Rawls & Atiyah, 1943:p.347-Blum, 1988:P.527&545) بنابراین، میتوان گفت اجرای تعهد هر یک از طرفین، صراحتاً یا تلویحاً مشروط به اجرای تعهدات طرف دیگر است و حق تعلیق یا فسخ قرارداد بواسطه رد یک‌جانبه تعهدات توسط طرف مقابل، قسمتی از نظریه وابستگی^۱ محسوب می‌شود. (Squillante, 1973:p.387) هر یک از متعاقدين، نه تنها انتظار دارند قرارداد در زمان مقرر انجام شود، بلکه انتظار خواهند داشت که قبل از فرا رسیدن زمان انجام تعهد، قول، فعل یا وضعیتی از طرف مقابل مشاهده نکنند که مخل امیدواری آنان بوده و انتظار اجرای قرارداد را بطور اساسی از بین ببرد. (Tabachnik, 1974:p.151-Contracts Restatement 2d, 1979:P.159) از نظر تحلیلی، در هر عقد معاوضی علت تعهد هر طرف، تعهدات طرف مقابل است و عدالت معاوضی اقتضا دارد که عوض و معوض نزد یکی از طرفین جمع نگردد و لزوم این امر آنچنان مسلم است که جزو بدیهیات اولیه علم حقوق به‌شمار می‌رود؛ به‌گونه‌ای که لزوم عوض متقابل در قراردادهای معوض با اراده متعاقدين نیز تغییر نمی‌یابد (کاتوزیان، ۱۳۶۸:ش ۷۲۴) بنابراین، انفساخ عقد در اثر تلف یکی از عوضین قبل از تسلیم و حق حبس تنها مصادیقی از قاعده کلی همبستگی عوضین هستند و بنظر می‌رسد، لزوم مقابله با نقض احتمالی قرارداد نیز مصداقی از این قاعده کلی است که در توسعه مصادیق آن باید تفسیر موسع نمود. ضرورت همبستگی عوضین تا بدانجاست که قبل از زمان اجرای تعهد نیز لازم‌الرعايه است؛ زیرا وقتی قرار است تعهدات هر یک از متعاملین با تعهدات دیگری در تقابل قرار گیرند، تدارک ابزارهایی برای اعمال دقیق و اطمینان بخش این مقصود مشروع و قانونی، ضروری است. حق حبس فقط یکی از این ابزارهاست و ناظر بر موردی است که دو تعهد باید هم‌زمان انجام شود؛ اما وقتی زمان انجام تعهدات متقابل توأم نیست، چه تمهیدی برای حفظ حقوق متقابل کسی که باید زودتر به تعهداتش عمل کند اندیشیده شده است، لذا باید گفت، پاسخ به انتظارات معقول طرفین که از

1. Doctrine of Dependency

همبستگی عوضین ناشی می‌شود. اعمال نظریه نقض احتمالی را توجیه می‌کند. اگر زیان دیده در صورت نقض زود هنگام قرارداد، حق توسل به وسایل جبران خسارت و فسخ را نداشته باشد، مجبور می‌شود تا فرا رسیدن زمان اجرای تعهد در بلا تکلیفی باقی بماند و در نهایت هم پس از نقض واقعی، خسارات سنگینی متحمل شود؛ حال آنکه عقلایی است که پس از چشم پوشی از قرارداد، درخصوص برنامه‌ریزی برای آینده ضمن حفظ حق تعقیب برای مطالبه تمامی خسارات ناشی از نقض، آزادی عمل داشته باشد (Barnett, 1998: P.1).

۳ - شرایط اعمال نظریه

۱ - ۳ - بروز احتمال عدم انجام بخش عمده قرارداد یا نقض اساسی آن

نقض احتمالی قرارداد در صورتی به طرف مقابل حق تعلیق یا فسخ قرارداد را می‌دهد که به صورت عمده یا اساسی باشد. یعنی طرف مقابل را از انتظاراتی که می‌توانست به موجب قرارداد داشته باشد یا بخشی از آنها بطور کلی محروم سازد. هر چند در مورد ماهیت نقض اساسی و معیارهای تشخیص آن اختلاف نظر وجود دارد؛ لیکن با تقسیم بندی نقض، به اساسی و غیر اساسی و تقسیم بندی شروط به شروط مهم^۱ و شروط غیر مهم^۲ و شروط بینابین^۳، تا حدودی به این مهم دست یافته‌اند (Atiyah, 2001: P.80) در حقوق ایران نیز با ضابطه عرفی و اعمال روش‌های کشف اراده طرفین، میتوان به قصد واقعی آنها پی برد و قصورهای جزئی را از تقصیرهای سنگین و عمده تفکیک نمود. به عنوان نمونه نوعاً در قراردادهای تجاری، عنصر زمان، شرط مهم تلقی می‌شود و اصطلاحاً وحدت زمانی مطلوب است؛ لیکن در قراردادهای غیر تجاری علی‌الاصول چنین نیست.

۲ - ۳ - معقول بودن احتمال نقض

یکی از نگرانیهای عمده درخصوص اعمال نظریه، اتکاء آن به معیارهای شخصی و درون ذاتی است. برای رفع این نگرانی، بر گرایش هر چه بیشتر به سمت معیارهای معقول، عینی و نوعی تأکید شده است (American Law Institute Official Texts with Comment 1972: N.2-609-American Contracts Restatement. 1974: Sec.

1. Conditions
2. Warranties
3. Intermediate Terms

257-2d) و بر همین اساس، رویه‌های قضایی و داوری بین‌المللی، حکایت از آن دارند که عدم طمینان به اجرای تعهدات وقتی زمینه‌ساز تعلیق و فسخ قرارداد توسط متعهدله می‌شود، که متکی به معیارهای معقول و جدی باشد و برای تعیین آن باید موضوعات پرونده، ماهیت قراردادهای گذشته، سوابق عملکرد، وضعیت طرفین قرارداد و عرف تجاری مورد توجه و عنایت قرار گیرد. به‌عنوان مثال، ورشکستگی متعهد در بسیاری از موارد معیار معقول برای اعمال آثار دکتترین شناخته شده است؛ هر چند که همواره چنین نیست. (Koch, Without Date :P.2) همچنین، قصور در پرداخت اقساط قرارداد، بطور معمول فروشنده را در مورد اقساط آتی نامطمئن می‌سازد، لذا می‌تواند مبنای معقول برای عدم اطمینان باشد. (Gilbey, 1989:P.483)

۴- آثار حقوقی ناشی از پیش‌بینی نقض احتمالی قرارداد

۴-۱- حق توسل فوری به‌وسایله‌های جبران خسارات ناشی از نقض قرارداد

یکی از خصایص این نظریه این است که نقض احتمالی قرارداد را همچون نقض واقعی فرض می‌کند و به متعهدله امکان طرح دعوی، قبل از حلول زمان واقعی اجرای تعهد را می‌دهد. (Nienaber, Ibid. P.219) از سوی دیگر، در چنین شرایطی، خودداری طرف غیر مقصر از اجرای تعهدات متقابل، نقض عهد به حساب نمی‌آید و باعث ایجاد حق مطالبه خسارت نمی‌شود. در نتیجه رد قرارداد توسط متعهد، برای متعهدله دفاعی مناسب برای عدم انجام تعهدات متقابل به‌شمار می‌رود. در این رابطه برخی معتقدند، بین حق فسخ قرارداد و پرداخت فوری خسارات، ملازمه‌ای وجود ندارد و اینکه علاوه بر حق فسخ قرارداد به متعهدله امکان طرح دعوی خسارت بدهیم، باعث می‌شود که به متعهدله امتیازی داده شود و به متعهد باری تحمیل گردد که در قرارداد هیچ یک مقصود نبوده‌اند. (Treitel, Ibid, P.771-Williston, Lbid :N.1326-Gilbey, Lbid :P.480) مضافاً اینکه، طرح دعوی خسارت قبل از زمان اجرا تعهد، امکان برآورد خسارت را متعذر می‌سازد. (Smith's, Without Date, P.3) ولی طرفداران نظریه، قاعده مطالبه خسارت قبل از نقض واقعی را بر اساس نظم اجتماعی تحلیل کرده، پاسخ داده‌اند که نظم عمومی اقتضا دارد، متعهدله‌ی که با خلف وعده متعهد مواجه می‌شود، بلافاصله با دریافت خسارت یا استرداد پیش پرداخت خود، مبادرت به تنظیم قرارداد جایگزین نماید و طرح دعوی قبل از زمان مقرر، این امکان را فراهم می‌آورد.

(Corbin, Ibid :N.962-Gilbey, Ibid :P.480) در تأیید این عقیده باید گفت، وقتی متعهد عدم پایبندی خود به کل قرارداد را آشکار یا اعلام می‌دارد، پایبند نگاه داشتن متعهدله به تاریخ قرارداد آن هم بعد از فسخ، غیر منطقی جلوه می‌کند. ملاک تعیین خسارات نیز با خسارات ناشی از نقض واقعی یکسان است؛ (Tabachnik, Ibid :P.173) زیرا، ضابطه اولیه در جبران خسارت این است که وضعیت زیان دیده را به موقعیتی برساند که اگر قرارداد اجرا می‌شد در آن وضعیت قرار می‌گرفت.

(Anticipatory Breach and Mitigation of Damages, 1960-1962:P.576)

۲ - ۴ - وظیفه مقابله با خسارات

وظیفه مقابله با خسارت در تجارت بین‌الملل از اصل رعایت حسن نیت در قراردادها نشأت می‌گیرد و بر این منطبق اقتصادی استوار است که هیچ‌کس حق ندارد به اتلاف منابع جامعه پردازد و امکانات عمومی را مصروف امور بیهوده نماید (داراب‌پور، ۱۳۷۰ ص ۲۷) وظیفه تقلیل خسارات عمدتاً به دنبال نقض قرارداد به وجود می‌آید و یکی از آثار عدم انجام تعهد، توسط متعهد به‌شمار می‌رود. از نظر مبانی حقوقی نیز یک طرف قرارداد وقتی مسئول خسارات ناشی از نقض عهد است که رابطه سببیت بین اقدام یا عدم اقدام وی و ضرر وارده بوجود آید. زیرا عدم اقدام زیان دیده در پیش‌گیری از خساراتی که تقلیل یا اجتناب از آنها عادتاً ممکن بوده است، موجب می‌شود که زیان دیده به استناد قاعده اقدام از مطالبه خساراتی که از این رهگذر متحمل شده است، محروم بماند. لازم به ذکر است که، بین حقوق‌دانان انگلیسی و آمریکایی و رویه‌های قضایی این دو کشور در مورد وظیفه تقلیل خسارات در رابطه با پیش‌بینی نقض، اختلاف نظر وجود دارد. انگلیسی‌ها معتقدند، زیان دیده‌ای که از پذیرش رد قرارداد توسط متعهد خودداری کرده است؛ به‌طور طبیعی اجرای تعهد را می‌خواهد و قصد مطالبه خسارت، قبل از نقض واقعی را ندارد؛ لذا با وظیفه تقلیل خسارات مواجه نمی‌شود. به عبارت دیگر، عدم پذیرش نقض، قبل از موعد، مانع ایجاد این وظیفه می‌گردد. در تأیید این عقیده استدلال نموده‌اند که، اقدام یک‌طرفه نقض کننده نمی‌تواند قرارداد دو جانبه را منحل سازد. از سوی دیگر، گروه اقلیت که اکثریت آنها را حقوق‌دانان آمریکایی تشکیل می‌دهند، بر این عقیده‌اند که زیان دیده نمی‌تواند رد قرارداد توسط متعهد را نادیده بگیرد و بر تداوم اجرای آن اصرار ورزد (Williston, Ibid ,N.888).

به نظر می‌رسد در مورد زمان شروع وظیفه تقلیل خسارت نمیتوان از قاعده مشخصی پیروی نمود، زیرا وظیفه تقلیل خسارت، ارتباطی با زمان وقوع نقض ندارد. زمان نقض قرارداد فقط مبین این است که قبل از آن طرف قرارداد تکلیفی درخصوص مقابله با خسارت ندارد، ولی در مورد اینکه بلافاصله پس از نقض، وظیفه تقلیل خسارت ایجاد می‌شود، تردید وجود دارد و در هر مورد باید به اوضاع و احوال پرونده رجوع کرد. اگر زیان دیده از سر عناد و با سوءاستفاده از حق و اختیار رد قرارداد را نپذیرد و بر بقای الزامات قراردادی بی‌برای اصرار ورزد؛ در واقع به هزینه خود به قرارداد پایبند مانده است و در این حال بدون اینکه قرارداد فسخ شود، وظیفه تقلیل خسارت گریبانگیر او می‌شود. فرض کنید، برای احداث یک سوله صنعتی، آهن‌آلاتی خریداری شده و کارفرما با یک برش‌کار آهن قرارداد می‌بندد که بر اساس نقشه مصوب آهن را برش داده و اسکله سوله را بر پا کند؛ لیکن شهرداری و سایر دوایر ذیربط اجازه احداث کارگاه در داخل محدوده شهر را نمی‌دهند و یا کارفرما به هر دلیل از اجرای پروژه منصرف می‌شود و قبل از هرگونه اقدامی به برش‌کار اطلاع می‌دهد که از برش تیرهای آهن خودداری کند؛ لیکن برش‌کار به اعلام مذکور وقعی ننهد و کار خود را شروع و اصرار بر اجرای تعهدات خود می‌کند و تعهداتش را نیز بر طبق قرارداد و بر اساس برنامه زمان‌بندی به‌تمام می‌رساند و سپس تقاضای اجرت عمل خود را می‌کند. حال اگر قیمت آهن‌آلات در اثر برش زدن و از بین رفتن استاندارد اولیه و شاید نصب آنها به یک پنجم قیمت اولیه تقلیل یافته باشد؛ آیا میتوان گفت برش‌کار بر اساس عقل و منطق و عرف عمل کرده است. مسلماً منطقی این بود که مشارالیه نقض قرارداد را بپذیرد و ادعای خسارت کند؛ زیرا او به واسطه اقدام غیر متعارف خود، نه تنها کاری بی‌نتیجه و فاقد ارزش انجام داده است، بلکه با زیان‌های احتمالی مقابله نکرده و موجب اضرار شده است. به همین برای برخی از حقوق‌دانان بر ملاک معقول بودن رد و عدم پذیرش نقض احتمالی تأکید کرده‌اند. (Honnold, 1990:P,516-518, بدین معنا که اگر پذیرش نقض محتمل معقول و متعارف است؛ زیان دیده حق رد آن را ندارد و برای او در هر حال تکلیف تقلیل خسارت ایجاد می‌شود.

۳ - ۴ - اثر معاف‌کننده نظریه و امکان استناد به آن به‌عنوان دفاع

این‌که اعلام امتناع از اجرای قرارداد یا فقد آمادگی و تمایل به اجرای تعهدات توسط متعهد، متعهده را قادر می‌سازد که در مقابل دعاوی متعهد، به نقض قرارداد توسط وی به‌عنوان دفاع استناد کند؛ مورد اختلاف نیست و حتی حقوق‌دانانی که به استحقاق متعهده درخصوص مطالبه خسارت، قبل از حلول زمان اجرای تعهد، اعتقادی ندارند؛ به این امر تأکید کرده‌اند. (Williston, Ibid :N.1326) بنابراین، از این برای نیز، نقض احتمالی، اثر نقض واقعی را دارد؛ خواه اجرای تعهد آنها همزمان باشد یا نباشد (Corbi n, Ibid :N.976) با این حال، لازم است متعهده نیز توانایی و آمادگی بالقوه اجرای تعهدات متقابل خود را ثابت کند تا بتواند غرامت دریافت دارد (Stoljar ,1974:P.363).

۴ - ۴ - تعلیق قرارداد و مطالبه تضمین مناسب

در مقررات مختلف داخلی و بین‌المللی از جمله کنوانسیون بیع بین‌المللی وین ماده ۷۱ و ماده ۱۰۵ اصول اروپایی حقوق قراردادها و ماده ۳ - ۳ - ۷ اصول مؤسسه بین‌المللی متحدالشکل سازی حقوق خصوصی، یکی از آثار نقض احتمالی بخش عمده قرارداد، ایجاد حق تعلیق برای طرف زیان دیده اعلام شده است. چنانچه پس از انعقاد قرارداد به‌لحاظ رفتار یک طرف یا نقصان در اعتبار یا توانایی، ظاهر شود که او بخش عمده تعهداتش را انجام نخواهد داد؛ طرف دیگر می‌تواند اجرا تعهداتش را تا ارایه تضمین مناسب به حالت تعلیق در آورد. اوضاع و احوالی که تعلیق قرارداد را توجیه می‌کند؛ ممکن است، شرایط عمومی مثل اعتصاب، جنگ، بروز بلایای طبیعی یا توقیف صادرات یا شرایط خاص، نظیر ورشکستگی، و کاهلی خریدار در گشایش اعتبار و امثال آن باشد (Benjamin, 1992 :N.1124-1142). کسی که انجام تعهداتش را معلق می‌کند، حق دارد؛ نه‌تنها اجرای قرارداد را در زمان تعیین شده معلق سازد؛ بلکه می‌تواند از تمهید مقدمات اجرای نیز دست بکشد؛ زیرا ممکن است تعلیق به فسخ قرارداد منتهی شود. سئوالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که حق تعلیق اجرای قرارداد تا چه زمانی ادامه می‌یابد؟ بالاخص که تداوم آن تا زمان اجرای تعهد، ممکن است برای طرف غیر مقصر، زیان‌بار باشد. پاره‌ای از نظام‌های حقوقی، عدم ارایه تضمین مناسب از سوی متعهد در مدت تعلیق را، امتناع از اجرای قرارداد تلقی کرده و آن را از موجبات ایجاد حق فسخ برای متعهد می‌دانند. به‌عنوان مثال، در حقوق انگلو استرالیا مواردی مشاهده نشده است که در آن

یک طرف قرارداد، حق تعلیق داشته باشد؛ ولی از حق فسخ پس از عدم ارایه تضمین محروم باشد (Carter, Ibid :N.940). در قانون متحدالشکل آمریکا نیز مهلت معقول برای ارایه تضمین، سی روز در نظر گرفته شده است و قصور در مهلت یاد شده، باعث حق فسخ طرف مقابل خواهد بود. در بسیاری از مقررات، از جمله کنوانسیون بیع بین‌المللی و قانون نروژ، موضوع به سکوت برگزار شده است و بر همین اساس، برخی از صاحب نظران معتقد شده‌اند که خودداری از دادن تضمین مناسب، به‌خودی خود دلیل روشن بر نقض محتمل قرارداد نیست؛ بلکه پایان دادن به قرارداد وقتی مجاز است که نقض اساسی احتمالی بروز نماید. عقیده گروه نخست از نظر مبنایی قابل توجیه به‌نظر می‌رسد؛ زیرا فروشنده‌ای که طلبکار ثمن کالا است، چنانچه با ورشکستگی خریدار روبرو شود، دیگر نمی‌تواند امیدی به اجرای قرارداد داشته باشد و چاره‌ای جز پایان دادن به قرارداد برای او باقی نمی‌ماند؛ زیرا قرارداد راهی جز اجرا یا انحلال ندارد و وقتی امکان اجرا نباشد، به‌طور طبیعی باید راه انحلال را پیش بگیرد. مضافاً اینکه، تعلیق اجرای قرارداد، زمانی مؤثر و نافذ است که مدت تعلیق به درازا نینجامد و با زمان اجرای قرارداد تلافی پیدا نکند والا در این صورت زیان دیده نتوانسته است به تدارک قرارداد جانشین بپردازد و از منابع دیگر، کالا یا خدمات خود را بموقع تأمین کند حال آنکه این امر باعث بروز خساراتی است که جلوگیری از آن مقدور است.

۵ - ۴ - حق فسخ قرارداد توسط زیان دیده

فسخ، سنگین‌ترین ضمانت اجرای حقوقی است که به‌لحاظ حفظ استحکام معاملات، اعلام آن به شرایط و ملاحظات خاص، بستگی دارد. در حقوق انگلستان، ایالات متحده، کنوانسیون بیع بین‌المللی وین، اصول اروپایی حقوق قراردادها و اصول مؤسسه بین‌المللی متحدالشکل سازی حقوق خصوصی، معیار سنگینی و سبکی آثار نقض را به‌عنوان ضابطه اعمال حق فسخ تعیین کرده‌اند و در رابطه با نقض احتمالی قرارداد نیز، فقدان آمادگی و تمایل به اجرای قرارداد، در صورتی که مربوط به عدم اجرای بخش اساسی قرارداد یا شروط مهم آن باشد، حق فسخ قرارداد را به‌دنبال خواهد داشت. بنابراین، بطور کلی قاعده تثبیت شده در حقوق آمریکا و انگلستان این است که حق یک طرف درخصوص اینکه قرارداد را پایان یافته

تلقی نماید در دو حالت میسر است. (Cheshire&Fifoots, 1979, P.152),

(Harris 1988:P.121), (Schelechtriem -1998:P.97)

نخست، وقتی که یک طرف قرارداد مرتکب نقض اساسی آن بشود و دوم، زمانی که یک طرف قبل از موعد اجرای قرارداد آن را رد کرده باشد یا به واسطه فعل یا قول یا وضعیت او استنباط شود که مرتکب نقض اساسی قرارداد یا نقض شروط مهم آن خواهد شد. بنابراین، نقض احتمالی همانند نقض واقعی به شرط اساسی بودن، می‌تواند بغوریت باعث فسخ شود، اگر احتمال نقض اساسی قرارداد مبتنی بر قراین معقول باشد. در غیر این صورت، عمل فسخ کننده خود امتناع از اجرای قرارداد به حساب می‌آید و به طرف دیگر حق فسخ یا توسل به سایر وسیله‌های جبران خسارات را خواهد داد. بنابراین، متعهدله باید ثابت کند که یک شخص تجارت پیشه متعارف در چنان اوضاع و احوال، نقض اساسی را محتمل می‌داند. در برخی از موارد ممکن است اهداف قرارداد منتفی شود و عدم توانایی متعهد ناشی از واقعه‌ای که منجر به منتفی شدن هدف قرارداد می‌شود، باشد^۱ در این حالت پایان دادن به قرارداد الزاماً به معنی نقض عهد نیست (Carter, Ibid, N:912). به همین برای، اگر چه با فسخ قرارداد بواسطه انتفاء آن طرفین از مسئولیت مبری می‌شوند؛ ولی متعهدله، حقی در خصوص مطالبه خسارت ندارد؛ هر چند که ادعا شده است، گرایش حقوق جدید در مورد عدم توانایی در اجرای تعهد بواسطه واقعه‌ای که اجرای تعهد را منتفی می‌سازد، این است که موجب حق ادعای خسارت، به‌خاطر نقض قرارداد می‌شود (Carter, Ibid). در هر حال میتوان گفت، اثر اصلی فسخ قرارداد، اعاده وضع به حالت اولیه است.

۶ - ۴ - امکان رجوع از رد قرارداد توسط متعهد

متعهدی که اجرای تعهدات خود را رد کرده است می‌تواند از امتناع خود عدول نموده و التزام خود را به مفاد عقد، اعلام نماید (Tabachnik, Ibid :PP.165&222). در این صورت، تمام الزامات قراردادی طرفین به قوت خود باقی می‌ماند لیکن، این اختیار زمانی که طرف مقابل رد قرارداد را پذیرفته و موضع خود را به‌طور قابل توجهی تغییر داده است و همچنین در مواردی که رد قرارداد در نظر عرف اقدامی برگشت ناپذیر تلقی می‌گردد، از بین می‌رود زیرا، قاعده منع تناقض گویی به زیان دیگری^۲ مانع اعاده وضع به حالت سابق می‌شود.

1. frustrating event

2. Estoppel

نتیجه گیری و پیشنهادات

بطور کلی تنوع و تعدد وسیله‌های جبران خسارت و ضمانت اجرای نقض قرارداد در هر نظام حقوقی نشانه تکامل حقوق قراردادهاست. بکارگیری دو یا چند ابزار حقوقی، برای حل تمامی معضلات اجتماعی یقیناً کافی و کارآمد نیست. در حقوق ایران نیز نمی‌توان با طرق مختلف نقض قرارداد به یک شیوه مقابله کرد و بدون توجه به نوع قرارداد و خواسته‌های طرفین و انگیزه‌های آنان از انعقاد قرارداد و تغییرات احتمالی که در وضعیت طرفین بعد از انعقاد قرارداد حادث می‌شود، ضمانت اجرای یکسان، برای مقابله با شیوه‌های مختلف نقض، پیشنهاد نمود. اگر ما بدون توجه به شرایط و اوضاع و احوال و خواسته‌های طرفین و انگیزه‌های آنها از انعقاد قرارداد، ابزارهای کهن و همیشگی را به‌عنوان حربه‌های قانونی در اختیار آنها قرار دهیم، در واقع اجازه داده‌ایم که متعهدله با اعمال این ابزارها، فقط از طرف مقابل انتقام بگیرد و او را در شرایط دشوارتری قرار دهد؛ بدون اینکه اعمال آنها سودی برای بکارگیرنده آن داشته باشد و او را به خواسته‌ها و انتظاراتی که از قرارداد داشته است برساند. به عنوان مثال، اگر پیمانکاری که ساخت بخشی از یک پروژه عظیم را تعهد کرده است، پس از انجام قسمت کوچکی از تعهداتش متواری گردد، به‌نحوی که دسترسی به اموال او امکان‌پذیر نباشد، الزام او به انجام تعهدچه فایده‌ای در بر خواهد داشت. در این موارد رهایی از الزامات قرارداد پیشین و انعقاد قرارداد جانشین، از تضرر بیشتر متعهدله و وسعت دامنه خساراتی که در اثر عدم‌النفع و توقف پروژه وارد می‌شود، می‌کاهد. بنابراین، حداقل باید به زیان دیده اختیار داد که در راستای اصل سرعت در معاملات تجاری، حق فسخ را در ردیف الزام به اجرای تعهد مورد استفاده قرار دهد و اختیار و آزادی بیشتری در برای رعایت مصلحت خویش و حفظ حقوق خود داشته باشد. زیرا اگر قرار بر این است که زیان دیده مورد حمایت قرار گیرد، باید به او اجازه داد در چارچوب قانون، طبق مصالح خویش عمل نماید. از سوی دیگر باید نقض احتمالی را همچون نقض واقعی و واجد آثار نقض واقعی قلمداد نمود تا استحکام معاملات تضمین گردد. حقوق ما و همه کشورهای که با نظریه نقض احتمالی قرارداد بیگانه هستند، بطور قطع با مصادیق عملی نقض‌های محتمل مواجه می‌شوند و حتی باید گفت، این قبیل نقض‌ها در جوامعی که ابزارهای کافی برای مقابله با آنها تدارک دیده نشده است، شیوع بیشتری دارد. لذا واکنش صحیح قانونی در برابر نقض‌های احتمالی که آینده

قراردادها را تهدید می‌کند، ضرورتی اجتناب ناپذیر تلقی می‌شود و نمونه‌ای از سازش حقوق با نیازها و ضرورت‌های بازرگانی به‌شمار می‌رود. مال‌اندیشی و آینده‌نگری، پیش از آنکه فرضیه‌ای حقوقی باشد، اصل منطقی و عقلایی است. لذا در راستای اصلاح قانون تجارت که در دستور کار قانونگذار قرار دارد، رعایت اصول زیر در اصلاح قوانین تجاری پیشنهاد می‌گردد به این امید که محور قانونگذاری قرار گرفته و اصول جدیدی برای قراردادهای تجاری پایه‌ریزی گردد:

- ۱ - لزوم ایجاد توسعه و تنوع در ضمانت اجراهای ناشی از نقض قرارداد به‌منظور مقابله متناسب با انواع مختلف نقض.
- ۲ - لزوم جایگزینی مطالبه خسارت، به‌جای الزام به اجرای عین تعهد، در قراردادهای تجاری.
- ۳ - لزوم طبقه بندی انواع مختلف نقض از برای آثار و نتایج آنها به‌منظور بکارگیری ضمانت اجرای مناسب برای هر مورد.
- ۴ - لزوم گرایش به عقل و توجه به عرف و نیازهای تجارت و تجارت بین‌الملل، به‌جای پایبندی به اصول ابتدایی و اولیه، نظیر لزوم اجرای عین تعهد در همه اشکال تعهدات.
- ۵ - لزوم توجه به جنبه‌های پیشگیرانه حقوق و مال‌اندیشی در مورد امور احتمالی که می‌توانند آثار حقوقی داشته باشند، بالاخص در عرصه قراردادهای تجاری.
- ۶ - لزوم تسری آثار نقض واقعی به نقض احتمالی قرارداد به‌منظور پیشگیری از نقض‌های احتمالی.
- ۷ - اصل احترام به تشخیص و صلاح‌دید زیان دیده نقض در حمایت از خود و توسعه وسیله‌های جبران خسارت غیر قضایی به‌منظور رعایت اصل سرعت در امور تجاری.
- ۸ - لزوم تقویت اصل همبستگی و وابستگی متقابل عوضین و توسعه عدالت معاوضی در عقود دو تعهدی و ضرورت تقویت و توسعه آن در قراردادهای تجاری.

- ۹ - لزوم جلوگیری از اسراف و پرهیز از اتلاف منابع و سرمایه‌های جامعه، با عمل به تکلیف تقلیل خسارات، به‌عنوان یک قاعده عقلایی.
- ۱۰ - اصل رعایت حسن نیت در مقام اجرا یا نقض قراردادهای تجاری.



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

منابع

- ۱ - داراب پور ، مهرباب ، قاعده مقابله با خسارات ، چاپ اول ، انتشارات گنج دانش ، تهران ، ۱۳۷۰.
- ۲ - کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد چهارم، چاپ اول، انتشارات بهنشر، تهران، ۱۳۳۸.
- ۳ - نجفی، شیخ محمدحسن، جواهرالکلام، چاپ هفتم، جلد ۲۵، داراحیاء التراث العربی، بیروت، ۱۴۱۵ هـ.ق.
- 4-Anticipatory Breach and Mitigation of Damages-M. L. U. West-Aust. L. Rev.-Vol, 5-1960-1962.
- 5- Atiyah-P. S-Sale of Goods-10th ed.-Published Pearson Education Longman-2001.
- 6-Barnett-Randy & Flecher-Austin-Contracts Cases and Doctrine-Second ed. Aspen Law & Business-1999.
- 7-Benjamin's Sale of Goods-4th ed. London Sweet & Maxwell-1992.
- 8-Blum-Brian A. Contracts Examples and Examination-Second ed. 1998.
- 9-Carter-J.W.-Breach of Contract-Second ed. The Law book Company limited-1991.
- 10-Cheshire and Fifoots-Law of Contract-9th ed, London-1979.
- 11-Contract Restatements-2d-1979-Topics.
- 12-Corbin-A.L. Corbin on Contracts-Vol, 4-1985.
- 13-Dawson-Francis-Metaphors and Anticipatory Breach of Contract-The Cambridge law Journal-40 Printed in Great Britain-April 1981.
- 14-George-Peter W.Damages for Anticipatory Breach of Contract-Journal of Business Law-1971.
- 15-Gilbey-Strub M. International and Comparative Law Quarterly-The Convention on the International Sale of Goods-Anticipatory Repudiation and Developing Countries-Vol, 38-July 1989.
- 16-Honnold-John-Uniform Law for International Sale Under the 1980 UN Convention-Second ed, 1990.

- 17-Harris-John-Anticipatory Breach-Innocent Party's Right to Terminate-
Journal of Contract law-Vol. 1 - No. 2 - 1988.
- 18-Koch-Robert-The Concept of Fundamental Breach of Contract Under UN
Convention on Contracts for International Sale of Goods-With Out Date
Available at [" [http: //Cisg w3. Law. Pace. Edu. Cisg/biblio/Koch.
Html](http://Cisg.w3.Law.Pace.Edu.Cisg/biblio/Koch.Html)"].
- 19-Nienaber-P.M. The Effect of Anticipatory Repudiation: Principle and
Policy-The Cambridge Law Journal-1962.
- 17-Rawls and Atiyah-A Theory of Justice the Rise and Fall of Freedom of
Contract-Available at ["w3. Leeds. Ac. UK/teaching/courses. Rawls.
html"].
- 18-Schelechtriem-Peter-Comentary on the UN Convention on International
Sale of Goods (CISG)-Translated by Geoffery Thomas-Third ed. 1998.
- 19-Smiths-Performance & Breach-Contracts Tutorial-Available at:
["[http://w3. Harvard. Judiciary. lib/html](http://w3.Harvard.Judiciary.lib/html)"].
- 20-Squillante-Alphose M. Anticipatory Repudiation and Retraction-
Valparaiso University-Law Review-Vol, 7-1973.
- 21-Stoljar-Samuel-Some Problems of Anticipatory Breach-Melbourne
University-Law Review-Vol. 9-June 1974.
- 22-Tabachnik-E. Anticipatory Breach of Contract-Journal of Current legal
Problems- Vol. 25-1974.
- 23-The Embiricos Principle and the Law of Anticipatory Breach-The
Modern Law Review-Vol. 47-July 1984.
- 24-Treitel-The Law of Contract- 9th ed. 1995.
- 25-Williston-Contracts-Third ed. 1981.

مقررات و کنوانسیون‌های بین‌المللی

اصول اروپایی حقوق قراردادها

اصول مؤسسه بین‌الملل متحدالشکل سازی حقوق خصوصی

قانون تجارت متحدالشکل ایالات متحده آمریکا

کنوانسیون بیع بین‌المللی ۱۹۸۰ وین
کنوانسیون متحدالشکل بیع بین‌المللی ۱۹۶۴



پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی