

Reinvestigation of Confronting the Presumptive Breach of the Contract based on the Doctrine of Specific Performance in Common Law System (U.K. and U.S.) and Islamic Law

Ebrahim Taghizadeh¹
Mohammad Hosein Fallah Yakhdani²
Majid Sarbazian³

Received: 31/08/2016; Accepted: 20/06/2017

Abstract

Prior to date of fulfilling the obligation, it is possible that the covenantee, through a certain, reasonable and conventional assumption, come to a conclusion based on which the covenantor would not accomplish his/her contractual obligations at the agreed time (presumptive breach). In this case, the beneficiary, under certain circumstances, can exercise his/her right to suspend or terminate the contract and claim for damages. But, enjoying the doctrine of specific performance prior to the agreed upon date in the contract for dealing with the presumptive breach by the covenantee is not specified in the legal systems and, in contrast to Convention on the International Sale of Goods, it is difficult to perceive a legal and albeit a regular position for presumptive breach in domestic law. Accordingly, the present study, by means of a comparative approach, and in addition to examining the subject theoretically, investigates the applicability of this doctrine in order to develop and extend the sanctions arising from breaching the contracts.

KeyWords: Presumptive Breach, Specific Performance, Claim for Damage, Convention on Contracts for the International Sale of Goods



¹ Associate Professor of Private Law, Department of Law, Payam-e-Nour University (Corresponding Author); Email: taghizaadeh@gmail.com

² Ph. D. Candidate in Private Law, Payam-e-Nour University

³ Assistant Professor of Private Law, Department of Law, University of Shiraz



پروہشگاہ علوم انسانی و مطالعات فرہنگی
پرتال جامع علوم انسانی

بازپژوهی مقابله با نقض فرضی قرارداد بر بنیای راهکار الزام به اجرای عین تعهد در نظام حقوق عرفی (انگلین و آمریکا)

و حقوق اسلام

تاریخ دریافت ۹۵/۰۶/۱۰ - تاریخ پذیرش ۹۶/۰۳/۳۰ ابراهیم تقی زاده^۱

محمد حسین فلاح یخدانی^۲

مجید سربازیان^۳

چکیده

پیش از فرارسیدن زمان انجام تعهد، ممکن است متعهدتله با فرض مسلم، معقول و متعارف به این نتیجه برسد که متعهد در موعد مقرر، به تعهدات قراردادی خویش عمل نخواهد کرد (نقض فرضی) که در اینصورت ذینفع می‌تواند با شرایطی، نسبت به اعمال حق تعلیق یا فسخ قرارداد و مطالبه‌ی خسارت اقدام نماید. ولی، بهره‌مندی از راهکار الزام به اجرای عین تعهد قبل از زمان مورد توافق در قرارداد، برای مقابله با نقض فرضی از سوی متعهد در نظام‌های حقوقی تصریح نگردیده و برخلاف کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، در حقوق داخلی، تصور جایگاهی قانونی و البته قاعده‌مند برای نقض فرضی، مشکل است. بر این اساس، در این پژوهش با رویکرد تطبیقی، ضمن بررسی نظری این موضوع، امکان قابلیت اعمال این راهکار را به منظور توسعه و تنوع در ضمانت اجرای ناشی از پیمان شکنی مورد بررسی قرار می‌دهیم.

واژگان کلیدی: نقض فرضی، اجرای عین تعهد، مطالبه‌ی خسارت، کنوانسیون بیع بین المللی کالا



^۱ دانشیار حقوق خصوصی، گروه حقوق، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران (نویسنده مسئول)؛ رایانامه:

taghizaadeh@gmail.com

^۲ دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه پیام نور.

^۳ استادیار حقوق خصوصی، گروه حقوق، دانشگاه شیراز.



مقدمه

احتمال نقض قرارداد از سوی متعاقدين، 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 متعهدانه بتواند با ابزارهای مناسب حقوقی، از تحقق نقض واقعی قرارداد که در بردارنده‌ی آثار وخیم‌تری است، جلوگیری به عمل آورد. بنابراین، ضرورت تمهید راهکارهایی برای مقابله با این واقعیت حقوقی، بخصوص در عرصه‌ی حقوق تجارت، به‌عنوان یک نیاز جدی مطرح است و جا دارد قانونگذار در اصلاحات قانونی، جایگاه این موضوع را تعیین نماید. بطور کلی تنوع و تعدد وسیله‌های جبران خسارت و ضمانت اجراهای نقض قرارداد در هر نظام حقوقی نشانه‌ی 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 اجراهای یکسان، برای مقابله با شیوه‌های مختلف نقض، پیشنهاد نمود. لذا در این پژوهش کوشش بر آن است که با تکیه بر مطالعه‌ی تطبیقی، موضوع نقض فرضی قرارداد، با تأکید بر راهکار الزام به اجرای عین تعهد ایجاد پیش از موعد به منظور توسعه و تنوع در ضمانت اجراهای ناشی از پیمان شکنی مورد بررسی و تشویق قرار گیرد تا قانونگذار در اصلاحات آتی نیز آن را مطمح نظر قرار دهد.





بعلاوه، درصدد اثبات این امر هستیم که نقض فرضی، واجد آثار نقض واقعی است و شایستگی آن را دارد که همانند نقض واقعی با آن مقابله شود.

۱. مبانی الزام به اجرای عین تعهد

۱-۱. الزام متعهد به انجام عین تعهد در حقوق اسلام

حقوقدانان اسلامی، با توجه به ادله‌ی صحت، لزوم عقد و التزام به مفاد آن از قبیل آیه‌ی «أوفوا بالعقود» (مائده، ۱) و حدیث «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» تعهدات، چه مستقل یا تبعی و ضمن عقد را نسبت به متعهد واجب‌الوفاء می‌دانند (گرجی، ۱۳۸۷: ۴۲)، تا حدی که گفته‌اند: «إِنَّ وُجُوبَ الْوَفَاءِ بِالشَّرْطِ، تَكْلِيفًا لَمْ يَنْكُرْهُ أَحَدٌ» یعنی کسی منکر لزوم وفای به عهد نشده است (شهید ثانی، ۱۳۸۵: ۵۰۶). بنابراین وفای به عهد و شرط به طور مطلق به دلیل افاده‌ی عام، از عموماًت آیه و حدیث مذکور، بر متعهد واجب است (خراسانی، ۱۳۸۹: ۱۲۰؛ نجفی، ۱۳۸۰: ۲۱۹؛ شهید اول، ۱۳۹۱: ۱۵۲؛ خوانساری نجفی، ۱۴۲۱: ۲۵۱؛ محقق کرکی، ۱۴۲۳: ۴۲۳) و تازمانی که راه اجبار به انجام عین تعهد وجود دارد، نیازی به استفاده از حق فسخ احساس نمی‌شود (انصاری، ۱۳۹۰: ۲۸۵). و در صورت امتناع فروشنده از تسلیم کالا و یا امتناع خریدار از پرداخت ثمن، متعهدله فقط حق دارد اجبار متعهد را درخواست کند (انصاری، ۱۴۲۵، ج ۶: ۲۸۵)؛ هر چند که نظر برخی از فقها این است که متعهدله حتی در صورت قدرت بر اجبار ممتنع، می‌تواند عقد را فسخ نماید (علّامه حلی، بی تا: ۱۱۶؛ محقق حلی، ۱۴۱۳: ۲۷۹؛ خمینی، ۱۳۷۸: ۲۲۰؛ مقدّس اردبیلی، ۱۳۸۷: ۵۰۷؛ طباطبائی یزدی، ۱۳۸۳: ۲۱۸؛ الخویی، ۱۴۲۱: ۳۵۲؛ السیستانی، ۱۴۲۵: ۵۹). همچنین طبق قاعده‌ی کلی، متعهدله پیش از رسیدن زمان اجرای تعهد، حق مطالبه ندارد. بنابراین، در عقد بیع، مشتری تکلیفی به پرداخت ثمن پیش از حلول اجل ندارد؛ چرا که فایده‌ی شرط اجل، عدم امکان مطالبه‌ی ثمن قبل از موعد مقرر است (انصاری، ۱۴۲۵، ج ۶: ۲۱۲).

۱-۲. الزام متعهد به انجام عین تعهد در حقوق موضوعه‌ی ایران

هدف اصلی متعاقدین از انعقاد قرارداد، اجرای آن است و مقررات حقوقی بر اجرای تعهدات قراردادی تأکید نموده است (مواد ۲۲۲، ۲۳۷، ۲۳۸ و ۲۳۹ ق.م.). اما در مقام اجرای





قرارداد، یکی از طرفین ممکن است به عللی، تعهد خود را انجام ندهد که در این صورت اقتضای لزوم قراردادها این است که متعهدله بتواند متعهد را به انجام تعهد وادار کند (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۱۷) و در راستای نیل به این هدف، ذی‌حق می‌تواند مطلوب و عوض خویش را به دست آورد و این امر یا مبتنی بر توافق اراده‌ی طرفین است، یا قواعد الزام‌آور تضمین‌کننده‌ی نظم عمومی جامعه (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۳۵۶). البته در این مقاله سخن از تعهدی است که سبب ایجاد آن قرارداد است. بنابراین دیدگاه حاکم از قدیم این بود که ناقض قرارداد (متعهد) فردی متخلف و عهدشکن است و متعهدله فردی متضرر و بازمانده از مطلوب خویش. لذا این تفکر شکل گرفت که قرارداد نهادی است که برای مدیون، تکلیف وجدانی در ادای دین به وجود می‌آورد (صفایی و همکاران، ۱۳۹۲: ۱۵۵) پس می‌بایست متخلف به سزای عملش، متعهدله به مقصود مطلوبش و جامعه به اطمینان لازم در استحکام قراردادها برسد (کاتوزیان، ۱۳۹۴: ۳۶ و السنهوری، ۱۹۹۸: ۲۰).

در حقوق ایران به پیروی از نظر مشهور فقهای امامیه، الزام متعهد به انجام تعهد، درجه‌ی اعلا‌ی جبران خسارت محسوب می‌شود (شمس، ۱۳۹۰: ش ۷۲۸) و در توجیه آن گفته شده که دو طرف عقد هنگامی به مطلوب و مقصود قراردادی خود می‌رسند که قرارداد به درستی اجراء شود (کاتوزیان، ۱۳۹۰، ج ۴: ۸۰). لذا اجرای تعهدات، مبنای نظام اجتماعی و الزام متعهد به انجام تعهد، اساس این نظام است و اگر متعهد متخلف را نتوان ملزم به اجرای تعهدش نمود، تعهد در روابط حقوقی و اجتماعی مفهوم خود را از دست خواهد داد (شهیدی، ۱۳۸۹: ش ۲۵). همچنین مصلحت پایداری و ثبات قرارداد، به عنوان دلیلی دیگر بر عدم امکان فوری فسخ قرارداد، ذکر گردیده است. در نتیجه اصل نخستین در حقوق موضوعه‌ی ایران، اجرای عین تعهد است و مستنکف ابتدا باید الزام به انجام تعهد گردد و لذا در مقابل این اصل، سایر راههای جبران خسارت مانند فسخ، حکمی ثانوی تلقی شده است و افراط در اجرای آن روانیست (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ش ۵۸۷)؛ از این روست که در حقوق ایران در مواد قانونی متعدّد، از جمله مواد (۲۲۰، ۲۱۹، ۲۲۲، ۲۳۹، ۲۳۸، ۲۳۷، ۲۷۸، ۳۶۲، ۳۷۶، ۴۷۶، ۵۳۴، ۶۱۹) قانون مدنی و مادّین (۴۲ و ۴۶) قانون اجرای احکام مدنی، بر الزام به انجام تعهد تأکید شده است.





با توجه به منطوق مواد مذکور، باید اذعان نمود که حق فسخ _ به عنوان یکی از راه‌های جبران خسارت _ در واقع در طول راهکار الزام به انجام تعهد مطرح می‌باشد نه در عرض آن؛ یعنی در صورت نقض قرارداد، ابتداء باید متعهد الزام به انجام تعهد شود و در صورت تعدد اجبار، می‌توان به شیوه‌ی حق فسخ متوسل شد. البته قانونگذار ایران در موارد خاصی، الزام به انجام تعهد را به مصلحت ندانسته و استثنائاتی را قائل شده است که می‌توان به مواد (۲۳۵)، (۳۵۴)، (۳۷۹)، (۴۰۲) قانون مدنی اشاره نمود (امامی، ۱۳۸۸: ۴۳۶؛ صفایی ۱۳۹۲: ۳۱۳؛ عسکری، ۱۳۹۰: ۱۹۰؛ شیروی، ۱۳۷۸: ۵۷؛ داراب پور، ۱۳۷۹: ۲۰۱).

۳-۱. الزام متعهد به انجام عین تعهد در نظام حقوق عرفی انگلیس و آمریکا

در نظام حقوق عرفی، اصل الزام به انجام تعهد، به عنوان راهکار اولیه‌ی جبران خسارت تلقی نمی‌شود؛ زیرا وفای به عهد، تنها به معنای الزام به انجام عین تعهد نیست، بلکه عملی نمودن توقعات معقول و متعارف طرف مقابل، وجه دیگری از وفای به عهد است (Duxbury, 2004: 102). بنابراین دادگاه‌های انگلیس و آمریکا در صورت نقض قرارداد توسط یک طرف، به صرف تقاضای خواهان، حکم به اجرای عین تعهد نمی‌دهند حتی اگر موضوع تعهد، عین معین، کلی در معین یا کلی در ذمه بوده و برای قرارداد تخصیص داده شده باشد و دسترسی به آن هم از طریق مأمور اجراء هم آسان باشد (داراب پور، ۱۳۷۹: ۲۰۴)؛ بلکه ابتدا دیگر روش‌های جبران خسارت را مورد حکم قرار داده و در صورتی که زیان وارد به متضرر، به شکل معقول جبران نشود، آن گاه حکم به اجرای عین تعهد می‌دهند. البته اگر محاکم، به یک جبران خسارت نامتناسب با ضرر و زیان، حکم می‌دادند، دادگاه‌های انصاف صلاحیت داشتند که حکم به اجرای عین قرارداد بدهند و محاکم نیز زمانی دستور اجرای عین تعهد را به جای خسارت می‌دهند که این دستور بتواند بهتر و کامل‌تر به اجرای عدالت کمک کند (شهیدی، ۱۳۸۹: ش ۱۰۷).

از دلایل اکراه قضات برای صدور حکم به الزام به انجام تعهد این است که اولاً؛ آنها سرپیچی متعهد از اجرای دستور دادگاه را موجب خدشه در شأن دادگاه دانسته و آن را توهین به دادگاه تلقی می‌نمایند. ثانیاً؛ صدور حکم به ایفای عین تعهد، خصوصاً در قراردادهایی که اجرای عین تعهد مستلزم اعمال نظارت مستمر از سوی دادگاه می‌باشد،





مشکلات اجرایی فراوانی به همراه دارد؛ ضمن اینکه پرداخت فوری خسارت به متعهدله نیز راحت تر و مقرون به صرفه تر از مدت‌ها انتظار برای اجرای عین تعهد است (Akaddaf, 2007: 351).

۲. تکوین نظریه‌ی نقض فرضی و ارتباط آن با الزام به انجام عین تعهد پیش از موعد

۱-۲. مبانی نظریه و ارتباط آن با الزام به انجام عین تعهد پیش از موعد در نظام حقوق عرفی انگلیس و آمریکا

در نظام حقوق عرفی، نقض قرارداد گاه ممکن است در زمان اجرای تعهد واقع شود (نقض واقعی) و گاهی قبل از رسیدن زمان اجرای قرارداد آشکار می‌گردد که این نقض را «نقض فرضی» گویند که امروزه به عنوان یک نظریه و نهاد حقوقی تکوین یافته هم در قوانین کشورهای تابع نظام حقوق عرفی و هم در اسناد حقوقی بین‌المللی نظیر کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا،^۱ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی^۲ و اصول حقوق قراردادهای اروپایی^۳ پذیرفته شده است (Rowley, 2001: 69).

در خصوص مبنای پذیرش این نظریه، در حقوق آمریکا اینگونه توجیه شده که درحقیقت زمانی که مشخص می‌شود متعهد، پیش از موعد قراردادی، نمی‌خواهد یا نمی‌تواند به تعهدات خود عمل کند، قانون‌گذار بر مبنای حمایت از انتظار معقول متعهدله، تسهیل عملی امور، ممانعت از ائتلاف منابع و کاهش خسارات، این حق را به او می‌دهد که با صرف نظر موعد و حذف شرط مدت و متعاقب آن پایان دادن به قرارداد، علیه متعهد اقامه‌ی دعوا نماید (Honnold, 1999: 439). پس با توجه به مبنای مذکور، حق فسخی که قانون به متعهدله پیشنهاد می‌دهد، از دو لایه تشکیل شده است؛ در واقع این حق، حق پذیرش حذف شرط زمان است که با پذیرش آن، متعهدله با قرارداد حال، اما نقض شده مواجه گشته و می‌تواند به علت نقض (نقض فرضی)، علیه متعهد، اقامه‌ی دعوا نماید. براساس این تحلیل، نقض فرضی، چیزی جز همان نقض واقعی نیست؛ تنها با این تفاوت که چون در نقض فرضی،



¹ CISG: Contracts for International Sale of Goods
² PICC: Principles of International Commercial Contracts
³ PECL: Principles of European Contract Law



موعد قرارداد ناظر به آینده است، لازم است که ابتدائاً، شرط مدت قرارداد حذف شود و پس از آن، قرارداد نقض گردد.

در حقوق انگلیس مبنای نظر دکترین در نظریه‌ی مذکور این است که ردّ قرارداد، اجرای تعهد را ممتنع و رابطه‌ی قراردادی را به هم می‌زند. با انعقاد عقد، حقّ متعهدله ایجاد و وجود موعدی برای انجام قرارداد، خدشه‌ای به آن حقّ وارد نمی‌سازد. اعلام نقض صریح یا ضمنی سبب می‌شود تا این وضعیت بر هم خورد و با تخلف مواجه گردد، از این رو در متون حقوقی، قصور نسبت به انجام تعهد که منجر به تخلف از آن شود، در شمار نقض فرضی آمده است (Carter, 2007: 15).

برخی از دکترین، تهدید به نقض قرارداد را مجوزی برای اقامه‌ی دعوا و تحصیل رأی مبنی بر اجرای عین قرارداد، جهت حفاظت خود به دلیل نقض آینده می‌دانند (Ballantine, 1993: 336). برخی نیز تصریح کرده‌اند که در نقض فرضی نیز، همانند نقض واقعی، زیان دیده می‌تواند از انواع ضمانت اجراها، از جمله الزام به انجام تعهد، به شرطی که با یکدیگر تعارض نداشته باشند، استفاده کند (Vold, L., 1997: 308). حتی برخی از مخالفان نظریه، گفته‌اند که اگر قرار باشد چنین نظریه‌ای پذیرفته شود، تنها زمانی صحیح است که نتیجه‌ی دعوا، الزام به انجام تعهد باشد (Williston, 1999: 434).

۲-۲. مبانی نظریه و ارتباط آن با الزام به انجام عین تعهد پیش از موعد در حقوق اسلام

نظریه‌ی نقض فرضی قرارداد هر چند که در حقوق اسلام _ که پایه و اساس حقوق ایران را تشکیل می‌دهد _ مشخصاً مورد توجه فقها قرار نگرفته و مطلبی نیز در خصوص آن در ابواب مختلف فقهی دیده نمی‌شود، اما ریشه‌ها و مبانی آن در حقوق اسلام دیده می‌شود که اجمالاً به آنها اشاره می‌کنیم:

۲-۲-۱. بنای عقلا

بنای عقلا که به معنای روش عملی خردمندان بر انجام یا ترک عملی بدون تأثیر عوامل زمانی، مکانی، نژادی و دینی است (مظفر، بی تا: ۱۵۳) و با تعابیر دیگری نظیر؛ سیره‌ی عقلا، عرف عقلا، و ... بکار رفته است (فیض، ۱۳۹۱: ۲۲۴)، در فرآیند استنباطها و قواعد فقهی و





اصولی (از قبیل قاعده‌ی لاضرر و مقدمه‌ی وجودیه‌ی عقلیه) نقش بسزایی داشته و حتی برخی فقها آن را به عنوان دلیل فقهی بسیاری از احکام از جمله صحت معامله‌ی معاطاتی و لزوم تعادل عوضین دانسته‌اند (نجفی، ۱۳۸۰: ۲۱۸؛ بجنوردی، ۱۴۲۹: ۹۴) و اکثر ایشان از آن جهت که مبتنی بر فطرت اجتماعی عقلایی است، بر اساس قاعده‌ی ملازمه حکم به مشروعیت آن داده‌اند (خمینی، ۱۳۸۴: ۱۳۰؛ اصفهانی، ۱۴۰۸: ۳۰). از منظر این گروه، بنای عقلا به طور کلی مستند به حکم بدیهی عقل و طبع عقلایی است، عقلی که در شمار منابع استنباط احکام شرعی و همطراز کتاب و سنت است (فاضل لنکرانی، ۱۳۷۹: ۵۷۶).

اما در رابطه با اعمال ضمانت اجرای مذکور در صورت نقض فرضی قرارداد، به نظر می‌رسد که عقل سلیم و بنای عقلا، انجام تعهد توسط یک طرف (متعهدله) و متعاقب آن، الزام او به رعایت و انتظار فرا رسیدن زمان انجام تعهدات قراردادی متعهد _ حداقل در مواردی که متعهد قبل از موعد مقرر در قرارداد صراحتاً اعلام می‌دارد که تمایلی به اجرای تعهدات قراردادی خویش ندارد _ تأیید نخواهد کرد و قائل نشدن به چنین حقی برای متعهدله، برخلاف سیره‌ی عقلا، وجدان اخلاقی، انصاف و شهود حقوقی است.

۲-۲-۲. قاعده‌ی لاضرر

بنا بر نظر مشهور فقهای امامیه، بر اساس نفی حکم ضرری، حکمی که متضمن ضرر _ مادی یا معنوی _ باشد، تشریح نشده و بالذات چنین حکمی نفی شده است (مامقانی، ۱۳۷۵: ۳۳۲؛ نایینی، ۱۴۲۷: ۲۰۱؛ اصفهانی، ۱۴۰۸: ۱۰۰؛ موسوی کماری، ۱۴۱۵: ۷۲). این قاعده از قواعد عام و فراگیر در همه‌ی نظام‌های حقوقی است و اختصاص به جامعه‌ی اسلامی و مسلمانان ندارد (محقق داماد، ۱۳۸۹: ۱۳۴)؛ چون از مستقلات عقلی است و فطرت بشری آن را می‌پذیرد (نراقی، ۱۴۱۷: ۵۱). عقل آدمی حکم می‌کند که انسان معقول در صورت فرض احتمال ورود ضرر قریب الوقوع، به انتظار وقوع آن ننشیند و سپس در صدد چاره‌جویی جهت خسارات وارده برآید؛ بلکه قبل از ورود خسارت، تمام اقدامات لازم جهت دفع آن انجام دهد (انصاری، ۱۳۹۰: ۱۲۱) در همین راستا، الزام به انجام عین تعهد پیش از موعد در نقض فرضی، یکی از راههای مقابله با نقض فرضی قرارداد (ضرر قریب الوقوع) محسوب





می‌گردد؛ چرا که با استنباط از قاعده‌ی لاضرر، هیچ ضرری نباید بدون تدارک و جبران باقی بماند و چون وقتی که عقل سلیم جبران ضرر مسلم آتی را لازم می‌داند، لزوم پیشگیری از ورود آن ضرر از طریق اعمال حق مذکور، عقلایی تر خواهد بود. حتی برخی از فقهای معاصر (خمینی، ۱۳۷۸: ۵۶۵؛ خویی، ۱۴۱۹، ۶۳۴؛ طباطبایی یزدی، ۱۳۸۳: ۱۷۲) معتقدند که در صورت اثبات استنکاف متعهد از انجام تعهد، طرف مقابل نیز محق است که خود را از قید تعهدات قراردادی رها سازد؛ چون با استناد به قاعده‌ی مذکور، لزوم عقد بیع برداشته می‌شود. زیرا هر چند که اصل لزوم، طرفین را ملزم به حفظ قرارداد می‌نماید اما نه در هر شرایطی؛ در واقع التزام طرفین به مفاد قرارداد و اجرای تعهدات ناشی از آن نیز تا حدی مورد قبول انصاف، قانون و عرف است که حقوق طرفین و عدالت معاوضی رعایت شود. پس هرگاه وجود حکمی موجب بروز ضرر گردد، به دلیل حکومت قاعده‌ی لاضرر بر احکام اولیه (به عنوان مثال، حکم أوفوا بالعقود که مبنای اصل لزوم وفای به قراردادها می‌باشد) باید آن حکم را در خصوص مورد، منتفی و کأن لم یکن تلقی نمود (اسماعیلی، ۱۳۸۷: ۶۲).

۲-۲-۳. شرط ضمنی

شرط ضمنی یا غیر صریح، که از اقسام شروط ضمن عقد محسوب می‌گردد، شرطی است که نه به دلالت صریح و مطابقی بلکه به دلالت التزامی از عقد فهمیده می‌شود (انصاری، ۱۳۹۰: ۲۴۸). به عبارتی شروط ضمنی نه همانند شروط تبانی یا بنایی قبل از عقد و نه همانند شروط صریح در ضمن عقد به صراحت مورد توافق قرار نمی‌گیرد بلکه عرف و عادت و بنای عقلا وجود آن را مسلم فرض می‌کند (محقق داماد، ۱۳۸۹: ۱۶۵).

از نظر برخی از دکترین، مبنای ارتباط شرط ضمنی با مفاد عقد، یکی از این سه عامل است: (۱) عقل و بدهت (۲) عرف و عادت (۳) قانون. لذا ایشان بر اساس این مبنا، شرط مذکور را به واقعی، عرفی و قانونی تقسیم کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۲۱۲-۲۱۴). در شرط ضمنی واقعی، عقل آشکارا و بدون هیچ تردیدی وجود شرط را از لوازم عقد به شمار می‌آورد به طوری که حتی بدون تصریح، قرارداد در بر دارنده‌ی آن می‌باشد هر چند که متعاقدين نسبت به آن توجه نداشته باشند؛ به عنوان مثال وجوب انفاق زوجه از جمله شروط ضمنی واقعی





عقد نکاح است (سیستانی، ۱۴۲۵: ۲۹۶). در شرط ضمنی عرفی هم که عرف، التزام و پابندی به آن را بر متعاقدین تحمیل می‌کند - مگر آن که خلاف آن تصریح شده باشد - اگر یکی از طرفین برخلاف چنین شرطی عمل کند، مرتکب نقض شرط ضمنی عرفی و متعاقب آن نقض قرارداد شده هرچند که موعد اجرای تعهد اصلی قرارداد نرسیده باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۲۱۴).

التهایه با این نحوه‌ی استدلال می‌توان در تحلیل یکی دیگر از مبانی الزام به انجام عین تعهد پیش از موعد در نقض فرضی قرارداد به شرط ضمنی (اعم از واقعی و عرفی) ضمن عقد استناد نمود که بر اساس آن متعاقدین حق تخلف از مفاد قرارداد را ندارند پس وقتی متعهد مفاد عقد را پیشاپیش رد کند، در واقع با این اقدام از مفاد شرط ضمنی تخلف نموده فلذا بر خلاف اصل لزوم قراردادها، سرنوشت عقد به دست متعهدله رقم می‌خورد و مشارالیه می‌تواند نسبت به اعمال ضمانت اجرای مذکور اقدام نماید.

۳. بررسی نظری الزام متعهد به انجام عین تعهد پیش از موعد در نقض فرضی قرارداد در نظام حقوق عرفی انگلیس و آمریکا

۳-۱. دلایل عدم قابلیت الزام به انجام عین تعهد پیش از موعد در نقض فرضی

۳-۱-۱. عدم امکان عقلی و بی ثمر بودن آن: الزام به انجام تعهد پیش از موعد، بدین معنا است که از طرف مرجع قضایی، متعهد «باید» تعهدات خود را قبل از موعد اجرا کند، در حالی که عقلاً، امکان صدور چنین حکمی در نقض فرضی وجود ندارد. ضمناً در نقض فرضی، اگر دادگاه قبل از موعد، حکم به انجام تعهد در موعد قرارداد بدهد، این حکم فاقد اثر می‌باشد چون این تکلیف، در قرارداد نیز برای متعهد وجود داشته و کمکی به تغییر وضعیت و اجرای قرارداد نمی‌کند (Russia, 1998: 238).

۳-۱-۲. مخالفت با اصول معاملات تجاری: با توجه به اصل کسب سود، گاهی انجام تعهد بعد از نقض قرارداد (فرضی یا واقعی) مطلوب طرفین نیست و در مواردی حتی عقلانی نیست؛ چون فرآیند طولانی پیش‌بینی شده برای این امر، چه بسا موجب ورشکستگی متعهدله





می‌شود که کمتر قابل تدارک است و به همین ترتیب اگر این اتفاق برای سایر تجار رخ دهد، اقتصاد جامعه متزلزل می‌شود. (اسکینی، ۱۳۹۰: ۴۵؛ عرفانی، ۱۳۸۶: ۱۵). از سویی دیگر، به خاطر بُعد مسافت متعاقدین در این نوع قراردادها، اجرای عین تعهد با مشکلات خاص اجرایی مواجه است؛ ضمن اینکه در قراردادهای تجاری بین‌المللی، تعارض قوانین و اختلاف در صلاحیت دادگاه، فرآیند اجرای عین تعهد را طولانی‌تر می‌نماید. در تجارت بین‌الملل _ همانگونه که بحث شد _ یا اجرای عین تعهد اصلاً مطرح نمی‌شود و یا حداقل، دادگاه مخیر می‌گردد بین صدور حکم به اجرای عین تعهد و اخذ خسارت؛ بنابراین صدور حکم به الزام به اجرا، یک استثناء است (Schlechtriem, 2008: 62). لذا در این موارد، عدم الزام به انجام تعهد، منطقی، اقتصادی و به نفع متعهدله و جامعه است که اصرار بیش از حد بر انجام تعهد، با اصول اولیه حقوق تجارت سازگاری ندارد (ستوده تهرانی، ۱۳۸۵: ۱۸).

۳-۱-۳. تعارض با قاعده‌ی همبستگی، تقابل و تعادل عوضین: نظریه‌ی نقض فرضی، معمولاً ناظر به زمانی است که زمان انجام تعهدات یک طرف، پیش از موعد اجرای تعهدات طرف مقابل است و طرف اول با این خطر مواجه می‌شود که اگر تعهداتش را انجام دهد، طرف دوم به قرارداد عمل ننماید و او متحمل خسارت گردد. در چنین مواردی، صدور حکم مبنی بر اجرای عین تعهد، صحیح نیست؛ زیرا در این حالت، هیچ یک از طرفین، تعهدات خود را انجام نداده و صدور این حکم، بدین معنا است که نفر دوم، حتماً باید تعهداتش را انجام دهد، در حالی که خود متعهدله نیز تکالیفی دارد که حتی ممکن است زمان اجرای آن، پیش از زمان اجرای تعهدات طرف مقابل او و انجام آنها پیش شرط لازم برای انجام تعهدات از سوی طرف مقابل او باشد. صدور این حکم، در حالی که خود متعهدله نیز تعهداتی دارد که باید انجام دهد، تعادل قرارداد را به هم زده و به متعهدله، این اجازه را می‌دهد که حتی، اگر خود او به تعهداتش عمل نکرد، بتواند طرف مقابل را به اجرای تعهداتش وادار سازد.





به تعبیر فقها، یکی از دلایل عدم وجوب اجرای پیش از موعد این است که تعجیل، مانند آن است که زیادتى به عنوان مجانی اداء می‌شود. به این معنی که هرگاه متعهد پیش از رسیدن موعد به تعهد خویش عمل کند، به منزله‌ی آن است که منفعتی و امتیازی را به طور مجانی به متعهدله ارائه نموده است (کمپانی، ۱۴۲۸: ۳۴۱).

۳-۱-۴. ضرری بودن اجرا و ایجاد عسر و حرج: در نظام حقوقی عرفی، صدور حکم دایر بر اجبار به انجام تعهد، کلاً به نظر دادگاه بستگی دارد که در صدور این گونه حکم، به عوامل متعددی از قبیل عدم ایجاد ضرر برای متعهدله، متعهد و جامعه، عدم ایجاد عسر و حرج برای طرفین و... توجه می‌شود (میرمحمد صادقی، ۱۳۸۷: ۲۱۵).

در نظام‌های حقوق موضوعه‌ای چون ایران هم با توجه به طولانی بودن و پرهزینه بودن دادرسی‌ها و مشکلات عملی _ که خود علت و عللی دارد _ الزام متعهدله جهت رجوع به دادگاه و تقاضای الزام متعهد، چه بسا باعث عسر و حرج متعهدله می‌شود و دادگاه راه حل را در مطالبه‌ی خسارت اعلام می‌کند. فرض کنید شخصی برای مراسم خود با رستورانی قرارداد می‌بندد که در تاریخ معینی از مهمانان او پذیرایی نماید. چند روز مانده به متعهدله اعلام می‌گردد که در تاریخ مقرر رستوران تعطیل است حال آیا در چنین فرضی اصرار به انجام عین تعهد، منطقی و ممکن است؟ با عنایت به این که از نظر فقه امامیه^۱، ادله قاعده‌ی لاضرر (الحرر العاملی، بی تا: ۱۶۱) و قاعده‌ی لاجرح (حج، ۷۸) بر ادله‌ی اولیّه و مقررات وارد بر موضوعات، مقدمند و به نحوی عسر و حرج و ضرر برای هر یک از متعهد یا متعهدله صحیح، قانونی و مشروع نیست، فقهای عظام هم در این چنین مواردی که اعمال یک حکم یا نظریه، منجر به ورود ضرر و خسارت بیشتری می‌شود، آن را غیر منطقی و غیر جایز می‌دانند و آن حکم را با قاعده‌ی لاضرر، نفی می‌کنند (انصاری، ۱۴۲۰، ج ۵: ۱۶۱).

۳-۱-۵. عدم تناسب با فلسفه و اهداف نظریه: یکی از مهم‌ترین دلایل ایجاد نظریه‌ی نقض فرضی، جلوگیری از اتلاف منابع و ورود خسارت به واسطه‌ی معطل ماندن منابع انسانی



۱. رک به قسمت ۲-۲-۲ این پژوهش.



و مالی در گیر در قرارداد است. این نظریه، این امکان را به وجود می آورد که بدون این که نیاز باشد طرفین تا رسیدن موعد صبر کنند و منابع انسانی و مالی در گیر قرارداد را معطل نمایند، با پایان دادن به قرارداد، از معطل ماندن این منابع و ورود خسارات بیشتر جلوگیری کنند و اجزای استفاده از این منابع را در سایر فعالیت های تجاری بدهند. بنابراین صدور حکم مبنی بر اجرای عین تعهد، در تعارض با فلسفه و اهداف نظریه ی نقض فرضی و مغایر با آن است

۳-۱-۵. تعارض با مبانی مطروحه در کامن لا^۱ با توجه به مبنای پیشنهادی نظریه ی نقض فرضی، درخواست صدور حکم به اجرای عین تعهد در موعد مقرر در قرارداد، بدین معناست که متعهدله با حذف شرط مدت و حال شدن قرارداد و در نهایت نقض قرارداد مخالفت کرده است؛ به عبارت دیگر اگر شرط مدت، حذف و قرارداد حال شده و سپس نقض گردیده باشد، دادگاه باید حکم به اجرای عین تعهد در همان زمان را بدهد در حالی که دادگاه حکم به اجرای عین تعهد در موعد مقرر در قرارداد را می دهد؛ این بدین معناست که قرارداد، حال نشده و نقض نگردیده است. و اگر قرارداد نقض نشده باشد، صدور حکم مبنی بر اعمال ضمانت اجرای نقض، بی معنی و هیچ محمل قانونی ندارد.

۳-۲. دلایل قابلیت الزام به انجام عین تعهد پیش از موعد در نقض فرضی

۳-۲-۱. امکان عقلی و مثمر ثمر بودن آن: تقاضای الزام متعهد به انجام عین تعهد پیش از موعد در نقض فرضی قرارداد از سوی خواهان (متعهدله) به معنای صدور حکم و اجرای همزمان آن نیست؛ بلکه بدین معنا است که دادگاه حکم کند که متعهد در موعد مقرر، به تعهدات خود عمل کند و الا متعهدله بتواند فوراً با استناد به حکم صادره پیش از موعد، او را مکلف به این کار نماید. ضمن اینکه به لحاظ منطقی، مشکلی برای صدور چنین حکمی وجود ندارد؛ چرا که موضوع حکم، انجام تعهدات در موعد مقرر قراردادی است که متعهدله می تواند بدون فوت وقت و بی آنکه قربانی اطاله ی دادرسی گردد، حکم صادره ی قبلی را





به اجرا گذارد (Soinco v. NKAP Zurich Arbitration proceeding Switzerland 31 May 1996). ممکن است گفته شود متعهدله می‌تواند تا موعد اجرا منتظر بماند و پس از آن، اقامه‌ی دعوا کند. در این حالت نیز باید گفت؛ اولاً، از زمان اقامه‌ی دعوا تا زمان بررسی ادله و صدور حکم و پیدا کردن قابلیت اجرا، مدت مدیدی به طول می‌انجامد. ثانیاً، ممکن است با گذشت زمان، انجام عین تعهد غیر ممکن شود. (مثلاً ساخت دستگاهی در موعد معین) یا دیگر نتوان خساراتی را که به علت عدم انجام به موقع تعهدات وارد شده است، بدین وسیله، جبران نمود؛ در حالی که با پذیرش امکان صدور حکم مبنی بر انجام عین تعهد، تمام این مشکلات برطرف می‌شود و تعهدات طرفین در موعد اجرا، یا به فاصله‌ی اندکی از آن، اجرا می‌شود و از اتلاف منابع جلوگیری می‌گردد (Russia, 1998: 238).

۳-۲-۲. سنخیت با اصول تجارت و قاعده‌ی تعادل عوضین: در فرضی که کالا به دلیل منحصر به فرد بودن مورد نیاز ضروری خریدار باشد و جبران خسارت مالی در صورت عدم تحویل کالا برای او کافی نباشد، اعمال این ضمانت اجرا بسیار سودمند است (Schlechtriem, 2008: 61). و همانند نظام حقوق عرفی، عدالت اقتضا می‌کند امکان محکوم کردن متعهد، به انجام عین تعهد، وجود داشته باشد کما این که این مطلب، در نقض واقعی نیز به خوبی دیده شده و در قوانین مختلف آمده است (Switzerland 31 May 1996 Zurich Arbitration proceeding (Soinco v. NKAP)). علاوه بر این با لحاظ این نکته که در معاملات تجاری، عنصر زمان از عناصر اساسی و تأثیرگذار محسوب می‌شود، اگر در نقض واقعی، این ضمانت اجرا قابل اعمال باشد، در نقض فرضی، اجرای آن اولویت دارد؛ زیرا در اولی، نتیجه‌ی استفاده از این ضمانت اجرا، اجرای قرارداد با فاصله‌ی زمانی زیاد پس از موعد انجام تعهدات قراردادی است، اما در دومی، نتیجه‌ی اعمال آن، اجرای تعهدات در موعد مقرر یا به فاصله‌ی زمانی کمی از آن است. همچنین مشخص است که اعمال این ضمانت اجرا و اجرای آن در مراجع قضای، منوط به کامل بودن تمام شرایط، از جمله





انجام تعهدات متقابل طرف مقابل است و مشکلی در مورد قاعده‌ی تعادل عوضین به وجود نمی‌آید.

۳-۲-۳. تناسب با فلسفه‌ی نظریه و لزوم پذیرش آن: فلسفه‌ی نظریه‌ی نقض فرضی این است که با مشخص شدن عدم اجرای قرارداد در موعد مقرر، از معطل ماندن و اتلاف منابع انسانی و مالی جلوگیری به عمل آید. این کار، به دو طریق ممکن است: طریق اول، دادن حق فسخ قرارداد به متعهدله در پایان بخشیدن به قرارداد و به کارگیری منابع مالی و انسانی خود در قراردادهای دیگر است. اما طریق دوم، صدور حکم قطعی بر لزوم اجرای قرارداد در موعد مقرر و قطعیت اجرای قراردادی است که از ابتدا با توافق طرفین منعقد گردیده است؛ البته باید توجه داشت در مواردی که نقض قرارداد ناشی از عدم توانایی متعهد یا وجود یک مانع قانونی باشد، الزام به اجرا میسر نخواهد و موضوع تابع قواعد عمومی قراردادهاست که از بحث ما خارج است.

۴-۲-۳. هماهنگی با اصل لزوم و استحکام معاملات: یکی از مهمترین ایرادات وارد بر نظریه‌ی نقض فرضی آن است که همواره این امکان را به وجود می‌آورد که قراردادی که موعد آن نرسیده، در میانه‌ی راه منتفی شود. اما ضمانت اجرای الزام پیش از موعد، این نظریه را از این تعارض خارج کرده و آن را کاملاً همسو با اصل استحکام قرار می‌دهد. وقتی این ضمانت اجرا پذیرفته می‌شود، نتیجه آن است که نه تنها قرارداد هم چنان قابل اجرا است، بلکه متعهدله حکمی را در دست دارد که در صورت تخطی متعهد از انجام تعهداتش، می‌تواند با استناد به آن، مستنکف را مجبور به اجرای تعهدات کند. نتیجه‌ی این ضمانت اجرا، تضمین اجرای تعهداتی است که بر استحکام معامله می‌افزاید. (کاظمی، ۱۳۸۹: ۲۵۱)

۵-۲-۳. همراهی انجام تعهد با ریشه‌های تاریخی: اگر چه این نظریه اساساً از نظام حقوق عرفی گرفته شده و در این نظام حقوقی ضمانت اجرای فسخ و مطالبه‌ی خسارت بسیار پر رنگ‌تر از سایر ضمانت‌اجراهای قراردادی است (Honnold, 1999: 225)، اما در این نظام هم الزام به انجام عین تعهد پیش از موعد در موارد خاصی پذیرفته شده است؛ به عنوان مثال

پایزایی معادل با نقض فرضی قرارداد بر مبنای راهکار الزام بر اجرای عین تعهد در نظام حقوق عرفی (المخیر و آمریکان و حقوق اسلام)





در یک دعوی مطروحه در آمریکا، دادگاه درخواست اعمال ضمانت اجرا مبنی بر اجرای عین تعهد پیش از موعد قراردادی را صحیح و تمام شرایط را فراهم دانسته و بدان حکم داده است (Djakhongir Saidov, 2008: 109). در این دعوا، شرکت توزیع کننده آمریکایی، مذاکراتی را با تاجر آلمانی، برای انعقاد قراردادی برای خرید میله‌های فولادی، از یک شرکت تولیدکننده ی اوکراینی، انجام داد. در خلال این مذاکرات، طرفین بر روی مسائلی مانند واسطه بودن فروشنده، کیفیت کالا، ثمن قرارداد و چگونگی پرداخت آن به توافق رسیدند. با این حال، در زمان اجرا، پس از آن که خریدار، از اصلاح اعتبار اسنادی که برای پرداخت ثمن صادر کرده بود خودداری نمود، فروشنده تهدید به اقدام فروش کالا به خریدار دیگری نمود. خریدار نیز، با طرح دعوی نقض فرضی، خواستار صدور حکم مبنی بر اجرای عین تعهد شد که در نهایت دادگاه بخش آمریکا ضمن تصریح به این موضوع که تهدید فروشنده مبنی بر عدم اجرای تعهدات، در صورت عدم اصلاح اسناد اعتباری گشایش یافته، نقض پیش از موعد است چون فروشنده به صراحت، قصد خود مبنی بر نقض قرارداد را قبل از موعد اجرای تعهدات اعلام کرده است، خواهان را نسبت به خواسته‌ی مطروحه محق دانست (Djakhongir Saidov, 2008: 109).

همچنین در پرونده‌ای دیگر در آمریکا که طبق قرارداد می‌بایست کالا در سه محموله تحویل خریدار می‌شد و مبلغ از طریق اعتبار اسنادی پرداخت می‌گردید، به دلیل مغایرت زیاد اسناد گشایش یافته با شرایط قرارداد، در محموله‌ی اول و دوم، خود خریدار مبلغ را واریز نمود اما در مورد محموله‌ی سوم، از پرداخت ثمن خودداری کرد. فروشنده نیز، با استناد به ماده‌ی ۷۱ کنوانسیون، قرارداد را معلق و از دیوان، الزام خریدار به پرداخت ثمن و سود آن و همچنین تحویل گرفتن کالا را خواستار شد.

وقتی خریدار به عدم رعایت جدول زمانی تحویل کالا استناد کرد، فروشنده استدلال نمود که اولاً؛ این تأخیر، نتیجه‌ی عملکرد خود خریدار در عدم پرداخت ثمن در موعد معین





بوده است، و ثانیاً؛ خریدار می‌توانسته با دادن تضمین مناسب، کالا را دریافت کند، در حالی که این کار را انجام نداده است.

دیوان در این دعوا بدون این که ماده‌ی ۲۸ کنوانسیون را مطرح سازد، به ماده‌ی ۵۳ کنوانسیون، که می‌گوید «خریدار باید مطابق قرارداد و این عهدنامه، ثمن کالا را پرداخت کرده و آن را تحویل بگیرد» استناد نمود و خریدار را به پرداخت ثمن کالا و سود آن، محکوم کرد (Djakhongir Saidov, 2008: 171).

بنابراین با ملاحظه‌ی آرای مذکور و آن چه که در بخش دوم این پژوهش گفته شد محرز می‌گردد که در همان آغاز مراحل شکل‌گیری نظریه‌ی نقض فرضی، ضمانت اجرای الزام به انجام عین تعهد پیش از موعد در کنار مطالبه‌ی خسارت، در دسترس متعهدله قرار داشته است (Williston, 1999: 434; Vold, 1997: 308; Ballantine, 1993: 337). و با وجود شرایط، اجرای عین تعهد نیز امکان‌پذیر بوده است و هیچ دلیل و مبنایی برای خارج نمودن اجرای عین تعهد از مجموعه‌ی ضمانت اجرای نقض فرضی در بستر تاریخ شکل‌گیری آن نمی‌توان یافت.

با این تحلیل، کاملاً مشهود است که این نقض، از لحاظ نتایج و آثار نیز، نباید هیچ تفاوتی با نقض واقعی داشته باشد و اگر در نقض واقعی، دلایل مختلف ایجاب می‌کند که متعهدله بتواند از ضمانت اجرای مختلف، برای استیفای حق خود استفاده کند، در این نقض نیز لازم است همان ضمانت اجراها، وجود داشته باشد؛ زیرا هر دو دارای ماهیت یکسان هستند، لذا لازم است هر دو دارای عملکرد و اثر یکسان نیز باشند و نباید میان آنها تفاوت قائل شد.

۳-۲-۶. دلالت ضمنی مقررات بین‌المللی: به نظر می‌رسد مهمترین استدلال در مورد امکان استناد به اجرای عین تعهد در نقض فرضی، نحوه‌ی بیان مقررات بین‌المللی و دلالت ضمنی آن است. ماده‌ی (۲۸) کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا که به ضمانت اجرای انجام عین تعهد اختصاص دارد می‌گوید: «چنانچه طبق مقررات این کنوانسیون یکی از طرفین حق داشته باشد اجرای تعهدی را از طرف دیگر بخواهد، دادگاه مکلف به صدور حکم نسبت به





اجرای عین تعهد نیست، مگر اینکه مطابق قانون متبوع خود، نسبت به قراردادهای بیع مشابهی که مشمول مقررات این کنوانسیون نیستند حکم به اجرای عین تعهد دهد. این مقررّه که حکم اجرای عین تعهد را در کنوانسیون بیان می‌کند مرجع داوری به شرطی می‌تواند این درخواست را بررسی کرده و مورد حکم قرار دهد که تحت قانون خود، توانایی و تکلیف به چنین امری داشته باشد (Enderlein&Maskow, 2008: 122). بنابراین:

اولاً؛ این نوع از برخورد، تنها مختص به این ضمانت اجرا است و برخلاف آن، سایر ضمانت اجراها به طور مجزا و موردی تعیین و تکرار شده‌اند، برای مثال، ضمانت اجرای فسخ قرارداد، یک بار برای خریدار و یک بار برای فروشنده، به طور مجزا در نظر گرفته شده‌اند. با این حال، هیچ کس منکر آن نیست که اگر شرایط مذکور در ماده‌ی (۲۸) کنوانسیون مهیا باشد، ضمانت اجرای عین تعهد نیز، برای هر دوی آنها، قابل اجرا است. ثانیاً؛ علی‌رغم عدم تکرار موردی ضمانت اجرای عین تعهد و براساس همان ماده‌ی کلی، این ضمانت اجرا، همواره قابل اعمال است؛ یعنی یک نظریه‌ی کلی است که با وجود شرایط، همیشه قابلیت استناد دارد. بنابراین، در هر نوع نقض قرارداد، چه واقعی و چه فرضی، می‌توان به این ضمانت اجرا استناد کرد (Russia, 1998: 239). لازم به ذکر است که مواد (۴۶ و ۶۲) نیز مصادیق خاصی از اعمال این نظریه هستند.

نتیجه گیری

در حقوق موضوعه‌ی ایران و حقوق اسلام برخلاف نظام حقوق عرفی، با توجّه به مبنای توافق اراده‌ی طرفین و قواعد الزام آور تضمین‌کننده‌ی نظم عمومی جامعه و همچنین ادله‌ی صحت، لزوم عقد و التزام به مفاد آن، اصل بر انجام عین تعهد است مگر در موارد مصرّحه در قانون. اما الزام متعهد به انجام تعهد قبل از موعد در نقض فرضی قرارداد غیرممکن نیست و بناء عقلاء، قاعده‌ی لاضرر، شرط ضمنی عدم تعارض این ضمانت اجرا با اصول تجارت و قاعده‌ی تعادل عوضین، تناسب با فلسفه‌ی نظریه و لزوم پذیرش آن، عدم تعارض با مبنای «پیشنهادی» نظریه، هماهنگی با اصل لزوم و استحکام معاملات، دلالت ضمنی مقررات





بین‌المللی و همچنین آراء صادره در دعاوی تجاری بین‌المللی، بر سازگاری و امکان الزام به عین تعهد در نقض فرضی صحه می‌گذارد.

هر چند که اهمّیت و ضرورت پذیرش حقّ مذکور بر اساس اصل (۱۶۷) قانون اساسی و دلایل مذکور در فقه امامیه (بنای عقلا، قاعده‌ی لاضرر و ...)، واضح و مبرهن و همچنین اعمال این ضمانت اجرا، مطابق با سیره‌ی عقلا، وجدان اخلاقی و انصاف است، اما پذیرش اعمال آن در حقوق داخلی _ هم به لحاظ تقنینی و هم قضایی _ در قالب اصول و قواعد ماهوی موجه و معقول، لازم و ضروری است لذا قانونگذار در مقام تقنین، می‌بایست ضمن تصریح به این مقوله، به تعیین ضوابط آن اقدام نماید و اسناد بین‌المللی مورد مطالعه می‌تواند مبنای خوبی برای قانون‌گذاری آتی باشد.

لازم به ذکر است که نظریه‌ی نقض فرضی، نه به عنوان یک قاعده‌ی خاص، بلکه به عنوان یکی از مصادیق خاصّ نقض واقعی مطرح است که تنها پیش از موعد اقامه می‌شود و ورود آن به قوانین ملی و کنوانسیون‌های بین‌المللی همراه با تقویت بعد پیشگیرانه‌ی این نظریه، بر مبنای حمایت از انتظار معقول متعهدله، تسهیل و تسریع عملی امور، ممانعت از اتلاف منابع، کاهش خسارات و همچنین توجه به قاعده‌ی همبستگی و تقابل عوضین، قاعده‌ی لاضرر و اراده‌ی ضمنی طرفین که مفروض عرفی قرارداد است صورت گرفته که این مبانی براساس تفسیر اراده‌ها و اقتضائات تراضی طرفین هنگام انعقاد قرارداد و همچنین ارائه‌ی تفسیری نوین از اصل لزوم که به معنای برآوردن انتظارات معقول و متعارف طرفین حین عقد است مطرح گردیده است؛ پس اگر در نقض واقعی، دلایل مختلف ایجاب می‌کند که متعهدله بتواند از ضمانت اجراهای مختلف برای استیفای حقّ خود استفاده کند، در این نقض نیز لازم است همان ضمانت اجراها، از جمله اجرای عین تعهد، وجود داشته باشد؛ چون هر دو نوع نقض، دارای ماهیت یکسان بوده پس لازم است هر دو دارای عملکرد و اثر یکسان نیز باشند و نباید میان آنها تفاوت قائل شد.





منابع

۱. قرآن کریم.
۲. اسکینی، ربیعاً، ۱۳۹۰ش، حقوق تجارت، تهران، انتشارات سمت، ج ۱.
۳. اسماعیلی، محسن، ۱۳۸۷ش، نظریه‌ی خسارت، تهران، موسسه‌ی انتشارات امیرکبیر.
۴. امامی، سیدحسن، ۱۳۸۸ش، حقوق مدنی، تهران، کتابفروشی اسلامیة، ج ۱.
۵. انصاری، مرتضی، ۱۴۲۵ق، مکاسب، قم، نشر کنگره‌ی جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ج ۶.
۶. _____، ۱۳۹۰ش، مکاسب، تبریز، به قلم طاهر خوشنویس، اطلاعات.
۷. انصاری، شیخ مرتضی، ۱۴۲۰ق، کتاب مکاسب، تحقیق: لجنه تحقیق تراث الشیخ الاعظم الاولی، قم، المؤتمر العالمی بمناسبتہ الذکری المثوبہ الثانیہ لمیلاد الشیخ انصاری، ج ۵.
۸. الحر العاملی، محمدبن‌الحسن، بی‌تا، الوسائل الشیعه، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ج ۱۷.
۹. حسینی السیستانی، السید علی، ۱۴۲۵ق، منهاج الصالحین، قم، مکتب آیه الله العظمی السید السیستانی، ج ۲.
۱۰. خراسانی، ملامحمد کاظم، ۱۳۸۹ش، کفایه الاصول، حواشی ابوالحسن مشکینی، تهران، کتاب فروشی اسلامیة.
۱۱. خوانساری نجفی، موسی، ۱۴۲۱ق، منیه الطالب (تقریرات درس میرزای نایینی)، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ج ۲.
۱۲. خویی، السید ابوالقاسم، ۱۴۱۱ق، مصباح الفقاهه، مقرر: محمد علی التوحیدی التبریزی، قم، مکتبه الداوری، ج ۵.
۱۳. داراب پور، مهرباب، ۱۳۷۹ش، ارزیابی تطبیقی ایفای عین تعهد، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۹ و ۳۰.
۱۴. ستوده تهرانی، حسن، ۱۳۸۵ش، حقوق تجارت، تهران، نشر داد گستر، ج ۱.





۱۵. سنهوری، عبدالرزاق احمد، ۱۹۹۸م، الوسيط في شرح القانون المدني، بيروت، داراحياء التراث العربي، ج ۱.

۱۶. شمس، عبدالله، ۱۳۹۰ش، آئين دادرسی مدنی، تهران، نشر میزان، ج ۱.

۱۷. شهید ثانی، حسن بن زین الدین بن علی الجبعی العاملی، ۱۳۸۵ش، شرح لمعه، قم، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه، ج ۳.

۱۸. شهید اول، محمد بن مکی بناحمد عاملی، ۱۳۹۱ش، لمعه الدمشقیه، ترجمه‌ی علی شیروانی و محسن غروی، قم، دارالفکر، ج ۲.

۱۹. شهیدی، مهدی، ۱۳۸۹ش، آثار قراردادها و تعهدات، تهران، انتشارات مجد.

۲۰. شیروی، عبدالحسین، ۱۳۷۸ش، «فسخ قرارداد در صورت امتناع متعهد از انجام تعهد در حقوق ایران»، مجله‌ی مجتمع آموزش عالی قم، شماره اول.

۲۱. صفایی، سید حسین و همکاران، ۱۳۹۲ش، حقوق بیع بین المللی، تهران، نشر دانشگاه تهران.

۲۲. صفایی، سید حسین، ۱۳۸۲ش، دوره مقدماتی حقوق مدنی، تهران، میزان.

۲۳. طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، ۱۳۸۳ش، حاشیه مکاسب، قم، مؤسسه اسماعیلیان.

۲۴. عرفانی، محمود، ۱۳۸۶ش، حقوق تجارت، تهران، نشر میزان.

۲۵. عسکری، سید حکمت اله، ۱۳۹۰ش، تعیین زمان انتقال مالکیت مبیع توسط طرفین، تهران، انتشارات مجد.

۲۶. عسگری، جعفر، ۱۳۹۳ش، نقض قابل پیش بینی قرارداد در فقه امامیه و حقوق ایران، رساله دکتری حقوق خصوصی دانشگاه امام صادق (ع).

۲۷. علامه حلی، جمال الدین حسن بن یوسف بن مطهر، بی تا، تذکره الفقهاء، قم، چاپ سنگی.

۲۸. فیض، علیرضا، ۱۳۹۱ش، مبادی فقه و اصول، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.





۲۹. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۹۱ش، عقود معین، تهران، نشر انتشار، ج ۱.
۳۰. _____، ۱۳۸۶ش، قواعد عمومی قراردادها، تهران، شرکت سهامی انتشار، ج ۳.
۳۱. _____، ۱۳۸۹ش، اعمال حقوقی - قرارداد، ایقاع - تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار.
۳۲. _____، ۱۳۹۰ش، قواعد عمومی قراردادها، تهران، شرکت سهامی انتشار، ج ۴.
۳۳. _____، ۱۳۹۴ش، نظریه عمومی تعهدات، تهران، نشر یلدا.
۳۴. کاظمی، عباس، ۱۳۸۹ش، نقض قابل پیش بینی در حقوق تجارت بین الملل، رساله دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی.
۳۵. کمپانی، محمد حسین، ۱۴۲۸ق، حاشیه کتاب مکاسب، قم، نشر أنوار الهدی، ج ۵.
۳۶. گرجی، ابوالقاسم، ۱۳۸۷ش، مقالات حقوقی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
۳۷. مامقانی، ملاعبده، ۱۳۷۵ش، حاشیه علی رساله لاضرر، قم، مجمع الذخائر الاسلامیه.
۳۸. محقق حلی، جعفر، ۱۴۱۳ق، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، تهران، انتشارات استقلال.
۳۹. محقق داماد، سید مصطفی، ۱۳۸۹ش، حقوق قراردادها در فقه امامی، تهران، انتشارات سمت، ج ۱.
۴۰. محقق کرکی، علی بن حسین، ۱۴۲۳ق، جامع المقاصد، قم، مؤسسه آل البیت، ج ۴.
۴۱. مقدس اردبیلی، احمد بن محمد، ۱۳۸۷ش، مجمع الفوائد و البرهان فی شرح ارشاد الازهان، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ج ۳.
۴۲. موسوی خمینی، روح الله، ۱۳۷۸ش، کتاب البیع، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
۴۳. موسوی بجنوردی، سید حسن، ۱۴۲۹ق، القواعد الفقهیّه، تحقیق: مهدی المهریزی و محمد حسین الدرایتی، قم، نشر الهادی، ج ۵.





۴۴. موسوی کماری، مهدی، ۱۴۱۵ق، رساله فی قاعده‌ی لاضرر ولاضرار، تهران، پیام.

۴۵. میرمحمدصادقی، حسین، ۱۳۸۷ش، مروری بر حقوق قراردادها در انگلستان، ترجمه

و توضیحات کتاب رابرت داکسبری، تهران: نشر حقوق دان.

۴۶. نایینی، میرزا محمد حسن، ۱۴۲۷ق، رساله فی قاعده نفی الضرر، ضمیمه منیه الطالب

فی حاشیه المکاسب، تقریر موسی خوانساری، تهران، المکتبه المحمّديه، ج ۳.

۴۷. نجفی، محمد حسن، ۱۳۸۰ش، جواهر الکلام، تهران، دار الکتب الاسلامیه، ج ۲۳.

48. Akaddaf Fatima (2007), Application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) to Arab Islamic Countries: Is the CISG Compatible with Islamic Law Principles?, 13 Pace Int'l L. Rev. 1 Available at: <http://digitalcommons.pace.edu/pilr/vol13/iss1/1>

49. Audi, Bernard (2010) "La vente internationale de marchandises", L. G. J., Paris.

50. Ballantine, Henry Winthrop, Anticipatory Breach and the Enforcement of Contract Duties, Michigan Law Review, 1993-1994, vol. 52, pp. 329-352.

51. Carter, J. W.(2007) , Breach of Contract, Sydney: The Law Book Company Limited,ed. 2th.

52. Djakhongir Saidov (2008), THE LAW OF DAMAGES IN INTERNATIONAL, SALES, Hart publishing.

53. Duxbury, Robert (2004), Contract law in a Nutshell, London, sweet & Maxwell, Third edition.

54. Enderlein, Fritz &Maskow, Dictrech (2008) "International Sales Law", Available on line at:[http:// www.Cisg.Law.pace.edu/>2016/9/5](http://www.Cisg.Law.pace.edu/>2016/9/5)

55. Honnold, John (1999), "Uniform Law for International Sales Under the 1980. United Nations Convention" Available on line at:<http://www.Cisg.Law.Pace.edu/>2016/12/13>

56. Rowley, Keith A., A Brief History of Anticipatory Repudiation in American Contract Law, University of Cincinnati Law Review, 2000-2001, vol. 69, pp. 565-639.

57. Russia 7 June 1999 Arbitration proceeding 238/1998 [Cite as: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990607r1.html>]

58. Schlechtriem Peter (2008), "Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (English translation by Geoffrey Thomas)", Second Edition Oxford, Clarendon Press.



59. Switzerland 31 May 1996 Zürich Arbitration proceeding (Soinco v. NKAP) [Cite as: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960531s1.html>]
61. Vold, L., Reputation of Contract, Nebraska Law Bulletin, 1997, vol. 50, pp. 269-323.
62. Williston, Samuel, Repudiation of Contract II, Harvard Law Review, 1998-1999, vol. 74, num.7, pp. 421 441.





پروہشگاہ علوم انسانی و مطالعات فرہنگی
پرتال جامع علوم انسانی