

مقابله با عهدشکنی احتمالی متعهد بر مبنای راهکار تضمین

میثم اکبری دهنو* - مرتضی شهبازی نیا** - محمد باقر پارساپور***

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۶/۱۹ - تاریخ پذیرش: ۹۳/۱۱/۲۵)

چکیده

بهره‌مندی از راهکار تضمین، به‌منظور حصول اطمینان از اجرای به‌هنگام تعهدات قراردادی متعهد، یکی از راهکارهای مناسب برای مقابله با عهدشکنی احتمالی متعهد است. برخلاف کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا در حقوق داخلی، تصور جایگاهی قانونی و البته قاعده‌مند برای نقض احتمالی، مشکل است؛ با وجود این در موارد قابل توجهی، در حقوق ایران می‌توان مصادیقی را یافت که ضمن استفاده از مبانی نظریه نقض احتمالی، از راهکار تضمین برای مقابله با عهدشکنی احتمالی متعهد استفاده شده است. به عقیده نگارندگان، تا زمان رفع خلأ قانونی در این زمینه (مقابله با عهدشکنی احتمالی متعهد)؛ می‌بایست از این فرصت به نفع خود سود جست؛ و با بهره‌گیری از مبانی مطالبه تضمین جهت ایفای به‌هنگام تعهدات قراردادی در حقوق داخلی، به مقابله با این پدیده پرداخت.

واژگان کلیدی: نقض احتمالی قرارداد، تضمین، کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا،

حقوق ایران

meysam.dehno@gmail.com

* پژوهشگر گروه حقوق مدنی پژوهشگاه قوه قضاییه (نویسنده مسئول)

shahbazinia@yahoo.com

** دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه تربیت مدرس

mb.parsapor@gmail.com

*** استادیار گروه حقوق خصوصی دانشگاه تربیت مدرس

۱. مقدمه

بدون تردید میزان اطمینان از انجام تعهدات توسط طرف مقابل، یکی از محرکاتی است که اشخاص را برای انعقاد قرارداد و امی دارد، به سخن دیگر، در رهگذر یک قرارداد (خواه در مرحله انعقاد و خواه در مرحله اجرا)، با نگاهی اجمالی به تفکرات و رفتاری که از متعاملین بروز می‌یابد می‌توان به درستی به این نکته نائل آمد که هر کدام از آنها در پی طریقی برای حصول اطمینان جهت اجرای تعهدات قراردادی توسط طرف مقابل است. از این رو هر یک از طرفین قرارداد، با اطمینان از اجرای تعهدات قراردادی طرف مقابل مبادرت به انعقاد قرارداد می‌نماید.

همانگونه که گفته شده، حکم عقل و بنای عقلاء، هیچ‌گاه به انعقاد قراردادی که اجرای تعهد متقابل آن مشکوک و مورد تردید است؛ مهر تأیید نمی‌زند (فارسانی، ۱۳۸۶، ص ۲۳۶). این اطمینان از سه راه می‌تواند تحصیل گردد:

- گاه این اطمینان ناشی از تضمینی است که به وسیله مقنن در نظر گرفته شده است. ماده ۱۱۴ لایحه قانونی اصلاح قانون تجارت (۱۳۴۷) می‌تواند مثالی برای این قسم از تضمین باشد. مطابق با آن: «مدیران باید تعداد سهامی را که اساسنامه شرکت مقرر کرده است، دارا باشند ... این سهام برای تضمین خسارتی است که ممکن است از تقصیر مدیران منفرداً یا مشترکاً به شرکت وارد شود».

مسئولیتی که مقنن برای مدیران به عنوان متعهد در نظر گرفته است؛ همان اداره کلی شرکت است (ستوده تهرانی، ۱۳۷۶: ص ۲/۱۶۴)، متقابلاً کسی که از اجرای صحیح این مسئولیت منتفع می‌شود، سهام‌دارانند، که مقنن سهام وثیقه‌ای را برای آنان پیش‌بینی نموده است؛ زیرا در صورت حدوث اقدامات و اعمالی که مسئولیت‌های مدیران را در پی دارد، در صورت نیاز می‌توان از محل سهام وثیقه‌ای به تدارک جبران خسارت مبادرت نمود.

- قسم دیگر تضمین، تضمین قراردادی است که طرفین قرارداد با توافق همدیگر، برای متعهدله تدارک می‌بینند. ماده ۲۳۰ قانون مدنی، حاکی از جواز چنین تضمینی در نظام حقوقی ایران است. به موجب این ماده: «... [ممکن است] در ضمن معامله شرط شده باشد که در صورت تخلف، متخلف مبلغی را به عنوان خسارت تأدیه نماید...». وانگهی در صورت بروز عهد شکنی از ناحیه متعهد از محل وجه التزام می‌توان تدارک جبران خسارت مبادرت نمود.

• قسم سوم از تضمین، حالتی است که تضمین جهت ایفای به‌هنگام تعهدات، نه به موجب توافق طرفین و حکم قانون، بلکه صرفاً به اراده متعهدله است؟ پرسش مطرح این است که آیا ممکن است مطالبه تضمین از متعهد در اثنای قرارداد و صرفاً بنا به اراده متعهدله باشد؟ به بیان دیگر آیا متعهدله می‌تواند در اثنای قرارداد با استناد به پدیدار گشتن قرائنی مبنی بر عهدشکنی احتمالی متعهد؛ مطالبه تضمین از وی جهت ایفای التزامات قراردادی را خواستار باشد؟

در حقوق خارجی، در مقررات پاره‌ای از کشورها (نظیر آمریکا و سوئیس) و نیز کنوانسیون‌های بین‌المللی (نظیر کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و اصول تجاری قراردادهای اروپا) این شیوه از تضمین مورد پذیرش واقع شده است.

در حقوق داخلی، مقرره‌ای که به نحو «قاعده مندی» چنین تضمینی را مورد شناسایی قرار داده باشد وجود ندارد. در فقه نیز انتظار طرح نظریه تضمین، انتظار نابجایی خواهد بود، زیرا این حربه، راهکاری جهت مقابله با نقض احتمالی قرارداد است، حال آنکه فقها برای مقابله با عهد شکنی متعهد در تعهدات قراردادی، حلول مسلم اجل را لازم دیده‌اند.^۱

با این توضیح؛ پرسش مطرح این است که آیا در نظام حقوقی ایران می‌توان از «نظریه تضمین»^۲ بعنوان راهکاری برای مقابله نقض احتمالی قرارداد بهره گرفت؟

آیا ایرادهایی که فقها با محوریت قاعده «تعجیل العقوبه لم یتبث موجبها»^۳ مطرح کرده‌اند خواهد توانست همچون سدی رسوخ ناپذیر مانع از شناسایی این نظریه در حقوق داخلی شود؛ و یا اینکه تأمین حرکت و پرورش حقوق داخلی و نیز پیشروی به سوی پیوستگی (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۱۵) می‌تواند موجبات انعطاف قاعده فوق با همه قوت شود؛ امروزه، در مبادلات پیچیده اقتصادی، کشورهای جهان می‌بایست در گام نخست با قوانین و رویه‌های دیگر کشورها آشنایی یابند و در گام بعدی از نهادهای مناسب یکدیگر در جهت اصلاح وضعیت نظام حقوقی داخلی خویش منتفع شوند، باری این ترتیب همان چیزی است که در کلام

۱. با وجود اینکه در فقه اخذ تضمین از متعهد در تعهدات قراردادی قائل ندارند، اما در پاره‌ای موارد فقها برای مقابله با عهد شکنی احتمالی متعهد در تعهدات غیر قراردادی به راهکار تضمین متمسک گردیده‌اند. از جمله می‌توان به لزوم ایداع تضمین محکوم‌له برای اجرای حکم غیابی علیه محکوم علیه غایب (صاحب جواهر، ۱۴۱۵، ص ۲۰۳/۴۰ و شهید ثانی، ۱۳۷۹، ص ۴-۶) و نیز اخذ تضمین از کسی که مدعی وارث منحصر متوفی است برای تسلیم ترکه به او (صاحب جواهر، پیشین، ص ۴۰-۵۱۱) اشاره کرد.

2. Unilateral Assurance

۳. در این زمینه بنگرید به: کاشف الغطاء، أنوار الفقاهة (کتاب البیع)، نجف، ۱۴۲۲ هـ.ق، مؤسسه کاشف الغطاء، صفحه: ۱۰۳

حقوق دانان به عنوان مهم ترین کارکرد حقوق تطبیقی شمرده شده است (شیروی، ۱۳۸۹، صص ۴۰-۴۱).

قریب به اتفاق مباحث مربوط به اخذ تضمین در مورد نقض احتمالی قرارداد مطرح می شود، یعنی زمانی که طلبکار با پیش بینی های متعارف و معقول، درمی یابد که متعهد در وعده به تعهد خویش عمل نمی کند؛ از این رو با به تعلیق انداختن اجرای تعهدات خود، به متعهد اعلام می دارد که جهت بازگشت به روال عادی قرارداد لازم است که تضمینی جهت انجام تعهدات در موعد مقرر ارائه نماید.

در حقوق پاره ای از کشورها راهکارهای متنوعی در مقابله با پیش بینی نقض قرارداد مورد پیش بینی واقع شده است، از باب نمونه در حقوق امریکا، در ماده ۶۰۹-۲ قانون متحدالشکل تجاری آمریکا (UCC)^۱ چنین پیش بینی شده که در صورت به وجود آمدن زمینه های معقولی دایر بر عدم انجام تعهد از سوی متعهد، طلبکار خواهد توانست به ترتیب از ضمانت اجراهای تعلیق، مطالبه تضمین و در نهایت فسخ قرارداد بهره ببرد (مستنبط از مواد ۶۰۹-۲ و ۶۱۰-۲ همان قانون).

از آنجا که مباحث مربوط به «نقض احتمالی» در حقوق ایران؛ با التفات حقوق دانان به کنوانسیون بیع بین المللی و مواد ۷۱-۷۲ شروع شد؛ مناسب دیده شد که بررسی نظریه مزبور با محوریت کنوانسیون بیع بین المللی کالا انجام شود؛^۲ در این رهگذر، عندالاقضاء از قوانین مرتبط در نظام های حقوقی که تضمین را به عنوان یکی از ضمانت اجراهای پیش بینی نقض قرارداد پذیرفته اند سخن به میان آید.

۲- جایگاه نظریه تضمین یک جانبه در کنوانسیون بیع بین المللی کالا

در مواد ۷۱ و ۷۲^۳ کنوانسیون بیع بین المللی کالا؛ ضمن به رسمیت شناخته شدن مقوله «نقض احتمالی قرارداد»؛ راهکارهای سه گانه ای تعلیق؛ مطالبه تضمین؛ فسخ قرارداد؛ جهت مقابله با آن پیش بینی شده است.

1. Uniform Commercial Code, "UCC"

2. The UN Convention on Contract for the International Sale of Good, 1980. "CISG"

۳. در ماده ۷۱ چنین می خوانیم:

۱. چنانچه پس از انعقاد قرارداد معلوم شود که یکی از طرفین به علل زیر، بخش اساسی تعهدات خود را ایفا نخواهد کرد طرف دیگر حق خواهد داشت اجرای تعهدات خود را معلق نماید: الف) نقصان فاحش در توانایی متعهد به انجام تعهد یا در اعتبار او؛ یا ب) نحوه رفتار او در تمهید مقدمه اجرای قرارداد یا در اجرای قرارداد.

راهکارهای تدارک دیده شده برای حفظ حقوق طلبکار در ماده یاد شده به ترتیب از قرار زیر است:

۱. تعلیق قرارداد از سوی متعهدله و اطلاع دادن تعلیق به متعهد. ۲. ارائه تضمین از سوی متعهد، جهت مرتفع شدن آثار تعلیق. ۳. فسخ قرارداد از سوی طلبکار در صورت عدم ارائه تضمین مناسب از سوی متعهد. (در این ماده به صراحت از حق فسخ متعهدله در صورت عدم ارائه تضمین متعهد صحبت به میان نیامده است اما از آنجا که تکلیف بدون ضمانت اجرا بدون معنی بوده و همچنین با استفاده از تنقیح مناط موجود در ماده ۷۲ کنوانسیون، می توان به این حقیقت نائل آمد).^۱

با این مقدمه، بترتیب اوصاف و خصوصیات تضمینی را که بعنوان راهکار مقابله با نقض احتمالی قرارداد در مواد ۷۱ و ۷۲ کنوانسیون، پیش بینی شده است را از نظر می گذرانیم:

۲-۱- فلسفه تضمین

از جمله مباحث مبنایی مربوط به تضمین در کنوانسیون، یافتن پاسخی برای این سوال است که هدف از اخذ تضمین از متعهد آن است که صرفاً وی ملتزم شود که چنانچه در وعده، تعهد خویش را انجام ندهد، اجرای قرارداد از محل تضمین برای طلبکار میسر گردد؟ و یا آنکه در صورت عدم توفیق در اجرای تعهد، از محل تضمین ایداعی، خسارت طلبکار برداشت شود؟

۲. چنانچه بایع پیش از ظهور جهات موصوف در بند پیشین، کالا را ارسال نموده باشد، می تواند از تسلیم آن به مشتری جلوگیری نماید هرچند مشتری دارای سندی باشد که او را محق به وضع ید بر کالا می داند.

۳. طرفی که اجرای تعهدات خود را، خواه قبل از ارسال کالا و خواه بعد از آن، معلق می نماید مکلف است فوراً اخطار تعلیق را برای طرف دیگر ارسال نماید، و در صورتی که طرف مزبور در زمینه ایفای تعهد خود تضمین کافی ارائه دهد اجرای تعهد خود را از سر گیرد

در ماده ۷۲ چنین می خوانیم:

۱. چنانچه قبل از تاریخ اجرای قرارداد واضح شود که یکی از طرفین مرتکب نقض اساسی قرارداد خواهد شد طرف دیگر می تواند قرارداد را اجتناب (فسخ) نماید:

۲. چنانچه وقت اقتضاء نماید طرفی که قصد فسخ قرارداد را دارد می بایست اخطار متعارفی به طرف دیگر بدهد تا برای او این امکان فراهم آید که تضمین کافی برای تعهداتش تدارک ببیند.

۳. الزامات مذکور در بند پیشین در موقعی که طرف دیگر اعلام کرده باشد که تعهداتش را عمل نمی نماید، اعمال نخواهد شد.

۱. گفته خواهد شد که یکی از اوصاف اصلی نظریه یک جانبه، حائز ضمانت اجرا بودن و پشتوانه بودن این نظریه است.

و یا اینکه در احتمال سوم فلسفه تضمین آمیخته‌ای از هر دو احتمال پیشین است؟ در طریق تضمین توافقی (وجه التزام)، احتمال دوم بیشتر می‌تواند با مبانی توافق طرفین، منطبق باشد (حسین آبادی، ۱۳۸۱، ۵۲)؛ ولی به نظر می‌رسد که در نظریه تضمین یک جانبه، احتمال اخیر بیشتر می‌تواند قابل دفاع باشد به این معنی که هدف از تضمین مناسب، آن است که در صورت عدم اجرای قرارداد در موعد خود، می‌توان از محل تضمین، امکان اجرای قرارداد و نیز زیان‌های ناشی از این عهد شکنی را فراهم نمود (Liu, 2008, p28).

۲-۲- مقید بودن تضمین به حق متعهد و یا متعهدله

پرسش مطرح پیرامون تضمین مندرج در ماده ۷۱ آن است که تضمین، حق کدام یک از طرفین قرارداد است؟ حق طلبکار برای مطالبه تضمین و یا حق متعهد در ارائه تضمین؟ ظاهر ماده مؤید برداشت دوم است، زیرا تضمین راهکاری است که متعهد به مدد آن از قرارداد معلق شده رفع اثر می‌کند، و موجب می‌شود که اجرای تعهدات طرف مقابل از سر گرفته شود (بند ۳ از ماده ۷۱ کنوانسیون).

با این وجود آنچه در عمل اتفاق می‌افتد خلاف این تفسیر است؛ با این توضیح که تضمین حق طلبکار است که با تمسک به تعلیق درصدد دستیابی به آن است. محاکم کشورهای عضو کنوانسیون نیز عملاً در آراء خویش به مقید بودن تضمین به حق متعهدله قائل گشته‌اند (UNCITRAL Digest, 2012, 332).

با وجود این، تعلق تضمین به حق متعهد در پاره ای از آراء صادره از محاکم کشورهای عضو کنوانسیون مورد پیش بینی واقع شده است، بطور مثال در ۳۰ ژوئن ۱۹۹۸ میلادی، دادگاه تجدیدنظر هلسنکی فنلاند هدف از تضمین را، دادن فرصتی مجدد به متعهد برای ادامه قرارداد می‌داند (UNCITRAL Digest, 2012, p338).^۱

۲-۳- حادث و یا عارض شدن علل مبنای تضمین

بحث بر سر این است که می‌بایست موجبات (تعلیق و بدنبال آن) تضمین، در جریان اجرای عقد حاصل شده باشد؟ به طوری که اگر این علل در حین انعقاد عقد حاصل بوده، لکن به هر

1. Helsinki Court of Appeal, Finland, 30 June 1998 «... in order to permit the other side a chance to provide adequate assurances that he will perform ...».

دلیلی از التفات متعهدله دور مانده باشد، دیگر مجالی برای استناد به ماده ۷۱ کنوانسیون و بهره‌گیری از راهکارهای آن نباشد؟

هرچند که در قانون یکنواخت بیع بین‌المللی ۱۹۶۴ این تفسیر به دلیل وجود نص، قابل قبول به نظر می‌رسید، اما در کنوانسیون وین ۱۹۸۰ این تفسیر پذیرفتنی نیست و معیار «آشکار شدن نقض تعهد، بعد از انجام عقد» می‌باشد. اما مناسب است که در مورد علل انجام نشدن تعهد که در حین انعقاد قرارداد وجود دارد، سه صورت را از هم تفکیک شود:

۱. علل انجام نشدن تعهد در حین انعقاد عقد محرز بوده، با وجود این طلبکار همچنان مایل به انعقاد قرارداد می‌باشد، بدیهی است که در این فرض، امکان استناد به ماده ۷۱ وجود نخواهد داشت (Audit, op. cit., 155).

۲. علل انجام نشدن تعهد در حین انعقاد عقد موجود بوده، لیکن از نظر طلبکار مخفی مانده است، ولی این علل برای هر انسان متعارفی قابل شناسایی بوده است. شارحان کنوانسیون در این فرض معتقدند که نمی‌توان مجالی برای تمسک به ماده ۷۱ متصور شد، پس طلبکار نخواهد توانست با تعلیق تعهدات خود، رفع تعلیق را منوط به ارائه تضمین از سوی متعهد کند (Enderlein & Maskow, 1992, p285).

۳. علل انجام نشدن تعهد در حین انعقاد عقد، موجود بوده لکن این علل از دید هر انسان متعارفی پنهان می‌مانده است، در این حالت امکان تمسک به ماده ۷۱ و تعلیق قرارداد و ارائه تضمین برای رفع تعلیق وجود دارد (Honnold, 1991, p488). پس در این حالت با وجود آنکه علل انجام نشدن تعهد به نحو حادث و در زمان انعقاد قرارداد موجود بوده است، اما همچنان امکان تمسک به ضمانت اجرای تضمین وجود دارد. این درحالی است که علل مزبور قاعدتاً می‌بایست به نحو عارضی مطرح گردد.^۱

۲-۴- نوعی و یا شخصی بودن تصمیم طلبکار

نویسندگان کنوانسیون در ماده ۷۱، از معیار نوعی و برون ذاتی متابعت نموده‌اند (مقدادی، ۱۳۸۶، ۱۲۴)، با این توضیح که صرفاً با استناد به اوضاع و احوالی قرارداد خویش را معلق، و از متعهد مطالبه تضمین کند که نوعاً گواه عهدشکنی احتمالی متعهد باشد. شایان ذکر است که

۱ دادگاهی در سوئیس، فروشنده‌ای که نتوانست جهالت خویش به وضعیت مالی متعهد (خریدار) در هنگام انعقاد قرارداد را اثبات کند، برای تعلیق قرارداد و مطالبه تضمین مستحق شناخته نشد. (UNCITRAL Diges, 2012, p335)

تعلیق قرارداد بدون چنین مبنایی، خود یک نقض اساسی قبل از موعد است،^۱ لیکن اگر مطالبه کننده تضمین ثابت کند که اطلاعاتی که وی بر طبق آن اقدام نموده درست بوده باشد، مسئولیتی را نمی توان متوجه او ساخت (Enderlein & Maskow, op. cit, pp285-286).

در نظام حقوقی پاره‌ای از کشورها مانند آلمان، مجال کمتری برای پیش بینی انجام نشدن تعهد به طلبکار داده شده است، و صرفاً وخامت مالی متعهد که کاشف از ناتوانی وی در انجام به موقع تعهد است ملاک تعلیق و مطالبه تضمین قرار داده می شود؛^۲ در ماده ۳۲۱ قانون مدنی آلمان^۳ چنین می خوانیم: «چنانچه ... بعد از تشکیل قرارداد وخامت چشمگیری در وضع مالی طرف دیگر رخ دهد، که به موجب آن ایفای تعهد متقابل به خطر بیافتد (طلبکار) خواهد توانست از اجرای تعهدات خود تا انجام تعهدات متقابل و یا دادن تضمین امتناع کند». با وجود این در کنوانسیون امکان پیش بینی های طلبکار وسیع تر بوده و محدود به وخامت مالی متعهد نمی شود. برای مثال فروش ماشین آلاتی که متعهد، تعهد نموده بود مبیع را بوسیله آنها تولید نماید هرچند ارتباطی به تنزل تمکن مالی متعهد ندارد، اما می تواند مبنایی برای مطالبه تضمین قرار گیرد (Honnold, op. cit.p438).^۴

۲-۵- ضرورت موجد بودن قرارداد

هرچند که در مواد ۷۲ (و ۷۱) کنوانسیون، برای تمسک به ضمانت اجراهای پیش بینی شده به لزوم موجد بودن تعهدات نقض کننده اشاره‌ای نشده، اما به دلایل عقلی می توان به لزوم این شرط پی برد؛ زیرا در فرض حال بودن قرارداد، با انجام نشدن تعهد، طلبکار چاره‌ای جز تمسک به ضمانت اجراهای پیش بینی شده برای نقض واقعی قرارداد را نخواهد داشت. با این استدلال اگر در زمان انعقاد قرارداد، امکان انجام تعهد وجود نداشته باشد قرارداد باطل خواهد بود.

۱. در ۳۱ ژانویه ۱۹۹۱ میلادی، دادگاهی در فرانکفورت آلمان چنین ابراز می دارد که «... اگر تعلیق طبق ماده ۷۱ کنوانسیون تجویز نشده باشد، طرف تعلیق کننده با عدم ایفای تعهدات خود مرتکب نقض قرارداد شده است (UNCITRAL Digests, 2002, pp332-333).

۲. قانون مدنی آلمان (BGB) این رویه را ملاک قرار می دهد. در ماده ۳۲۱ از این قانون چنین می خوانیم: «چنانچه ... بعد از تشکیل قرارداد وخامت چشمگیری در وضع مالی طرف دیگر رخ دهد که به موجب آن ایفای تعهد متقابل به خطر بیافتد (طلبکار) خواهد توانست از اجرای تعهدات خود تا انجام تعهدات متقابل و یا دادن تضمین امتناع کند».

3. BGB

۴ مضافاً شارحین کنوانسیون مطالبه تضمین از متعهد بر مبنای عهدشکنی متعهد در سایر قراردادها و حتی کاهش اعتبار مالی ضامنین متعهد، را موجه دانسته اند (Enderlein & Maskow, op. cit, p287).

با عنایت به مراتب فوق، صرفاً در قراردادهایی تمسک به تضمین از سوی متعهدله ممکن است، که متعهد ملتزم شده باشد که به نحو موجد تعهد خویش را انجام دهد.^۱ در قراردادهای اقساطی^۲ که متعهد، تعهد خویش را نه بصورت دفعی و واحد، بلکه به دفعات و در سرسیدهای تعیین شده به اجرا می‌گذارد؛ می‌بایست شرط «موجد بودن قرارداد» در ارتباط به اقساط آینده در نظر گرفته می‌شود. رویه عملی محاکم کشورهای عضو کنوانسیون نیز بر این پایه شکل گرفته است.^۳ (UNCITRAL Digest, 2012, p332)

۲-۶- لزوم مناسب و کافی بودن تضمین

در بند ۳ از ماده ۷۱، رفع تعلیق قرارداد، منوط به ارائه تضمین مناسب و کافی از سوی متعهد شده است. اینکه چه تضمینی کافی است، بستگی به علت تعلیق دارد. پس بهتر است در اختطاریه‌ای که طلبکار به متعهد ارسال می‌دارد علت تعلیق نیز ذکر شود تا متعهد در صورت تصمیم به رفع تعلیق، تناسب تضمین خویش با علت مطروحه در اختطاریه را نیز مدنظر قرار دهد (رحیمی، پیشین، ۱۲۴)، در هر حال، می‌توان ملاک در کفایت و تناسب تضمین را در همه حال، اوضاع و احوالی دانست که منجر به تهدید عدم اجرا شده است. فلذا تضمین متعهد می‌بایست به کیفیتی باشد که این تهدید را مرتفع کند.^۴

بحث دیگر آن است که آیا صرف اطمینان‌قولی متعهد مبنی بر اینکه «تعهد خویش را در وعده انجام خواهم داد» می‌تواند تضمینی کافی تلقی شود؟ پاره‌ای از مفسران کنوانسیون معتقدند، مستنبط از کنوانسیون این است که تضمین می‌بایست به شکل مدرک مستند و یا اقدام

۱. البته پاره‌ای از حقوق‌دانان چنین نظر داده‌اند که چنانچه زمان اجرای تعهد فرارسیده؛ ولی متعهد هنوز به تعهد خود عمل ننموده باشد باز هم از باب نقض قابل پیش بینی، امکان متمسک شدن به راهکارهای مقابله قضی احتمالی قرارداد وجود دارد (رحیمی، ۱۳۸۴، ص ۱۲۲). لیکن، تعلیق قرارداد در این زمان نه از بابت پیش بینی نقض قرارداد، بلکه از باب استحقاق متعهدله برای استناد به حق حبس خواهد بود (موضوع ماده ۵۸ کنوانسیون).

2. Instalment contracts

۳. بطور مثال، در ۲۷ جولای سال ۱۹۹۹ میلادی، دادگاهی در روسیه اینگونه رأی داد: «... با توجه به احتمال معقول و عرفی که حاکی از عهد شکنی متعهد در سرسید است، متعهدله می‌تواند از راهکارهای موجود در ماده ۷۱ کنوانسیون استفاده نماید...» (UNCITRAL Digest, 2012, p334)

۴. پس به عنوان مثال اگر علت تهدید عدم اجرا، تمام شدن مواد اولیه کارخانه متعهد بوده باشد تهیه مواد اولیه برای کارخانه می‌تواند تضمین مؤثری تلقی شود (صفایی و همکاران، پیشین، ۳۳۷) و یا اگر علت تعلیق، نقض در اعتبار متعهد بوده است، ضمانت نامه بانکی خواهد توانست تضمین مناسبی محسوب شود.

عملی متعهد باشد (صفایی و همکاران، پیشین، ۳۳۷؛ مقدادی، پیشین، ۱۲۶). در مقابل عده‌ای دیگر، معتقدند در مواردی که حتی اطمینان قوی متعهد نیز خواهد توانست، یک تضمین مناسب و کافی به حساب آید (جمعی از نویسندگان، پیشین، ۶۴).^۱

۲-۷- عدم ارائه تضمین از سوی متعهد

عدم ارائه تضمین از سوی متعهد در مهلت مقرر خود گویای آن است که متعهد مرتکب نقض اساسی قرارداد شده است و از این رو طبق ماده ۷۲ کنوانسیون، طلبکار حق برهم زدن معامله را خواهد داشت (Enderlein & Maskow, Op. cit, p494 - جمعی از نویسندگان، پیشین، صص ۶۵-۶۶).

شایان ذکر است چنانچه متعهد در مهلت متعارف، تضمینی ناکافی را به طلبکار داده باشد ولی پس از ایراد طلبکار، از کامل نمودن آن خودداری کند، ضمانت اجرای فوق قابل اعمال خواهد بود.

همچنین در فرضی که متعهدله تضمینی معین و معقول را از طرف مقابل مطالبه نموده باشد، لیکن وی (ناقص احتمالی) از فراهم نمودن آن تضمین برای متعهدله امتناع نموده باشد، ضمانت اجرای فوق قابل اعمال خواهد بود (UNCITRAL Digest, 2012, 337).^۲

۲-۸ - اعلام قصد فسخ به متعهد برای ارائه تضمین

بر طبق قاعده کلی «واصل شدن کلیه اعلامات اراده است»^۳ در کنوانسیون (امینی و همکاران، ۱۳۹۰، ص ۳۹)، ارسال اختاریه ای به متعهد مبنی بر فسخ قرارداد، با فرض وجود زمان کافی برای ارسال ضروری است.

۱. شارحین کنوانسیون در تألیفات خویش مثال‌هایی را ذکر نموده‌اند که حاکی از معتبر بودن اطمینان قوی متعهد برای انجام تعهد است، از این رو قائل بودن به احتمال دوم می‌تواند منطقی‌تر باشد.
دیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی نیز (ژانویه ۱۹۹۷) در یکی از آراء خود با این استدلال که در کفایت تضمین «... لزومی به ارسال ضمانت از سوی متعهد نیست... عملاً احتمال دوم، را مرجح دانسته است. (UNCITRAL Digestm, 2012, p337)

۲. در ۲۹ ماه می، دادگاهی در نیویورک، با همین استدلال، حکم به استحقاق متعهدله برای فسخ داد (UNCITRAL Digest, 2012, p.338)

۳. ماده ۲۶ کنوانسیون در این زمینه اشعار می‌دارد اعلام بطلان (و فسخ) قرارداد صرفاً در صورتی نافذ است که طی بادداستی به طرف دیگر به عمل آید. بعضی از شارحین کنوانسیون معتقدند، یکی از اصولی که در کنوانسیون به نحو

با وجود این مطالبه تضمین در ماده ۷۲ کنوانسیون فرع بر وجود زمان کافی است. به همین جهت دادگاهی در آلمان، خریداری را که با وجود زمان کافی فرصت فراهم نمودن تضمین کافی برای ادامه قرارداد را از فروشنده سلب کرده بود را مقصر شناخت.^۱ همچنین متعارف بودن چنین خطاری، بنحوی که پس از ابلاغ آن به متعهد، برای وی فرصت کافی برای تدارک و ارائه تضمین کافی وجود داشته باشد (Enderlein & Maskow, op. cit. p.291)، ضروری است. علاوه بر این حصول اطمینان از وصول اخطار به طرف مقابل نیز لازم دانسته شده است (Honnold, op. cit., p.581).

شایان ذکر است که در UCC نیز ارسال اخطاریه به متعهد پیش بینی شده است، با این تفاوت که مضمون اخطاریه در کنوانسیون اعلام قصد فسخ قرارداد و در UCC مطالبه مستقیم تضمین از متعهد است (ماده ۶۰۹-۲).

در مواردی که متعهدله، از تکلیف خویش دایر بر آگاه کردن متعهد از تعلیق و فسخ سربازند و متعاقباً متعهد ابراز دارد که در صورت آگاهی وی از قصد طلبکار، می‌توانست تضمین کافی را تدارک ببیند، برای وی حق مطالبه خسارت از طلبکار وجود خواهد داشت (Schlechtriem, 1986, p94). البته رویه عملی محاکم کشورهای عضو کنوانسیون متعهدله را حداکثر تا پیش از فرا رسیدن موعد اجرای تعهد، ملزم به اعلام مراتب فسخ قرارداد به متعهد می‌داند.^۲

۳- شرایط تمسک به تضمین در حقوق خارجی

با التفات به آنچه گفته شد می‌توان شرایط اصلی اعمال نظریه تضمین را به شرح ذیل خلاصه نمود:

تلویحی مورد شناسایی واقع شده، اصل « لزوم آگاه کردن طرف مقابل از تصمیمات اساسی تصمیم گیرنده است » (Audit, op. ci., p.51- 52).

1. Germany, 14 January 1994: « ...under article 72 (2) is to allow the recipient an opportunity to provide adequate assurance of performance ... » (UNCITRAL Digests, 2002, p.338).

2. Germany, 3 April 1996: “ ... buyer who has not declared the contract avoided before the date for performance may not avoid the contract under article 72 ... ” (UNCITRAL Digests, 2002, p336).

- این طریق صرفاً راهکاری است اطمینان بخش، جهت مقابله با عهد شکنی احتمالی متعهد، از این رو نباید بسته به میل و نظر شخصی طلبکار در غیر از مورد جایز خود به کار گرفته شود.
- تمسک به این راهکار منوط به پیش بینی های متعارف و معقولی است که حاکی از عدم انجام تعهد متعهد در وعده است.
- متعهدله، تنها به استناد نقض عمده و اساسی احتمالی متعهد است که می تواند از متعهد مطالبه تضمین نماید.
- این طریق نه در حین انعقاد قرارداد و نه در زمان ایفای تعهدات، بلکه فقط پیش از سر رسید انجام تعهدات متعهد قابل اعمال است.
- ضمانت اجرای استتکاف متعهد از دادن تضمین، حصول سلطنت طلبکار بر فسخ قرارداد است.

۴. جایگاه نظریه تضمین در حقوق داخلی

در این گفتار مطالب را در دو بخش ارائه می دهیم:

- ابتدا نظریه تضمین را از بعد فقهی مورد ارزیابی قرار می دهیم،
- دوم، جایگاه آنرا در حقوق موضوعه داخلی مورد بررسی قرار می دهیم.

۴-۱- جایگاه نظریه تضمین در فقه^۱

از زمره مباحث بحث برانگیز فقها در زمینه تعهدات قراردادی، پیش بینی حق فسخ ابتدائی برای متعهدله، به جهت عهد شکنی متعهد است. به بیان دیگر، آیا متعهدله خواهد توانست به جهت عهدشکنی متعهد، ابتدائاً (و بدون الزام متعهد) قرارداد را فسخ نماید؟
تبع در آرای فقها، حاکی از اختلاف اساسی، میان صاحب نظران، در این زمینه است، جمعی از فقها معتقدند که در صورت نقض تعهد و عدم انجام تعهدات اصلی قرارداد، حق فسخی برای متعهدله پدید نمی آید، و لزوم عقد کماکان باقی می ماند،^۲ به بیان دیگر با تمکن به ایفای عین تعهد، دلیلی بر جعل بی مورد حق خیار برای متعهدله وجود ندارد زیرا، متعهدله در ابتدا می بایست طریق الزام متعهد را در پیش گیرد و اختیار فسخ معامله تنها در صورتی است که الزام

۱. ن. ک. به زیرنویس شماره ۱ در ص ۲ از مقاله حاضر.

۲. بدیهی است که احتجاج به باقی ماندن لزوم عقد، به معنای بقاء حکم لزوم به ایفای تعهدات ناشی از قرارداد است.

متعهد به ایفاء تعهد سودی نبخشند^۱ (صاحب جواهر، پیشین، صص ۲۳-۲۱۹؛ شهید ثانی، ۱۴۱۲، ۳۳۱/۱؛ شیخ انصاری، ۱۴۱۵، صص ۶-۷۱).^۲

جمعی دیگر از فقها معتقدند که در این مورد، متعهدله مخیر است که قرارداد را فسخ نموده و یا وفای به عهد را از متعهدله بخواهد؛ زیرا با در معرض زوال قرار داده شدن عقد بواسطه عهدشکنی متعهد، حق فسخ برای متعهد ممکن می‌شود (علامه حلی، ۱۴۰۸، ۲۷۹/۱؛ شهید اول، ۱۴۱۰، ص ۱۲۰؛ خمینی (ره)، ۱۴۲۱، صص ۵-۲۲۵).^۳

در میان همین عده نیز ثبوت خیار فسخ برای طلبکار منوط به حلول مسلم اجل است، و قبل از این تاریخ ولو در فرض پیش بینی نقض قرارداد، برای طلبکار تسلطی بر فسخ قرارداد نیست؛ به نظر می‌رسد که عدم التفتات فقها به مقوله پیش بینی نقض قرارداد را می‌بایست در شرط اجلی جویا شد که فقها عمل بدان را از باب عمل به مضمون نبوی مشهور «المومنون عند شروطهم» لازم دانسته‌اند (شهید ثانی، ۱۴۱۳، صص ۴-۱۸۸).

۲-۴- جایگاه نظریه تضمین در حقوق موضوعه

نظام حقوقی ایران (به تبعیت از فقه) از جمله نظام‌های حقوقی است که نظریه پیش بینی نقض قرارداد را به رسمیت نمی‌شناسد، پس در شرایط کنونی انتظار پذیرش نظریه تضمین یکجانبه در نظام حقوقی ایران انتظار نابجایی خواه بود. با وجود این در تعهدات قراردادی می‌توان مواردی را شاهد بود که از نظریه تضمین یک‌جانبه مدد گرفته شده است، که از آن می‌توان انعطاف قانون‌گذار ایرانی (در مقایسه با فقه) و همچنین مهیا بودن این نظام حقوقی، برای تحولی در این زمینه استفاده کرد:

۱. صرف نظر از خلاف قاعده بودن حق فسخ؛ دلایل دیگر قائلین به این نظر را می‌توان بدین شرح خلاصه نمود: اولاً: حکم ناشی از «اوفوا بالعقود» (مانده ۹۱)؛ موید این نکته است که بر متعهد لازم است که به تعهدات قراردادی خویش جامه عمل بپوشاند. ثانیاً: در فقه امامیه عقد بیع عقدی است تملیکی، از این رو در این دسته از عقود تعهدی متصور نیست تا در صورت تخطی از آن حق فسخی را برای متعهدله متصور نمود (برای نقد این نظر و نیز مطالعه بیشتر این بحث؛ بنگرید به: شیروی، ۱۳۷۷، ۶۸-۶۴)

۲. شهید ثانی (ره) در این زمینه چنین می‌نگارند: «و لا يتسلط المشروط له على الفسخ إلا مع تعذر ... و للمصنف رحمه الله [مرحوم شهید اول] فی بعض تحقیقاته تفصیل و هو أن الشرط الواقع فی العقد اللازم إن كان العقد كافياً فی تحقیقه [فسخ] (شهید ثانی، ۱۴۱۲، ه. ق. ص ۱-۳۳۱).

۳. شهید اول (ره) نظر خویش را در این باره، مختصراً اینگونه توجیه می‌نماید: «کل شرط لم یسلم لمشرطه فأنه یفید تخیره ... و إنما فائدته جعل البیع عرضه للزوال عند عدم السلامة الشرط» (اللمعة الدمشقیة فی فقه الإمامیة، ۱۴۱۰، ه. ق. ص ۱۲۰).

۴-۲-۱- تأمین خواسته پیش از حلول سررسید

تأمین خواسته به معنی حفظ و در امنیت دادن خواسته است (شمس، ۱۳۸۹، صص ۳-۴۳۱) بدین معنا که به خواهان اجازه داده شده که تحت شرایطی با بهره‌گیری از این راهکار، انگیزه خواننده را برای تأخیر در ادای حق به حداقل برساند.

در ماده ۱۰۸ از قانون آیین دادرسی مدنی مقرر است طی ۴ بند مواردی را پیش بینی نموده، که دادگاه مکلف به صدور قرار تأمین خواسته است که به ترتیب عبارتند از ۱) دعوا مستند به سند رسمی باشد. ۲) خواسته در معرض تضییع و تفریط باشد. ۳) در مواردی از قبیل اوراق تجاری وخواست شده که به موجب قانون، دادگاه مکلف به صدور قرار تأمین خواسته باشد. ۴) خواهان خسارتی را که ممکن است به طرف مقابل وارد آید را به صندوق دادگستری بپردازد.

می‌توان شباهت‌های بی بدیلی میان این دو را متصور گشت، چه آنکه در هر دو نهاد:

- از سوی طلبکار و به نحو یک‌جانبه به کار گرفته می‌شود.
- فلسفه حمایت از حق طلبکار در هر دو نهاد پدیدار است.
- پیش بینی طلبکار دایر بر تعلل بدهکار در انجام تعهد در هر دو نهاد حائز اهمیت است.
- اما آنچه موجب برشماری تأمین خواسته به‌عنوان یکی از راهکارهای مشابه با طریق تضمین گشت؛ جواز متمسک گشتن به تأمین خواسته قبل از سرسید ایفای تعهدات متعهد است؛ با این توضیح که در ماده ۱۱۴ ق. آ. د. م. چنین اشعار داشته شده است که «نسبت به طلب یا مال معینی که هنوز موعد تسلیم آن نرسیده، در صورتی که حق مستند به سند رسمی و در معرض تضییع یا تفریط باشد می‌توان درخواست تأمین نمود»^۱.
- با وجود این، نمی‌بایست از تفاوت جزئی ولی مهم این دو مغفول ماند؛ چه آنکه در تأمین خواسته همان خواسته اصلی که مورد مطالبه خواهان است مورد تضمین قرار می‌گیرد و این در حالی است که در تضمین یک‌جانبه، آنچه با حصول اطمینان طلبکار می‌شود علی‌الاصول غیر از خواسته اصلی است، و صرفاً برای حصول اطمینانی است، جهت نیل به خواسته اصلی. همچنین

۱. یکی از مباحث بحث برانگیز پیرامون ماده ۱۱۴، رعایت ماده ۱۱۲ در این ماده است عده ای از حقوق‌دانان با عنایت به اطلاق ماده ۱۱۲ قانون مزبور و نیز خلاف قاعده بودن تأسیس تأمین خواسته (که می‌بایست به مورد یقینی آن اکتفاء شود)، پاسخ منفی را به سوال مزبور تحمیل می‌نمایند (شمس، پیشین، صص ۳-۴۳۹)؛ با وجود این، عده ای دیگر از حقوق‌دانان رعایت ماده ۱۱۲ را در ماده ۱۱۴ لازم ندانسته‌اند (مهاجری)، نیز آنکه رویه قضائی نیز همسو با نظر اخیر است.

تأمین خواسته مستلزم تقدیم دادخواست به دادگاه است و این در حالی است که در تضمین یک‌جانبه طلبکار به نحو شخصی و خصوصی از بدهکار خویش مطالبه تضمین می‌کند.

۴-۲-۲- سببه نا مطمئن برات‌گیر

در مواردی در نظام حقوقی ایران به معنای دقیق و صحیح کلمه از نظریه‌ی تضمین یک‌جانبه استفاده شده است. در ماده ۲۳۸ قانون تجارت سال ۱۳۱۱ چنین می‌خوانیم: «گر برعلیه کسی که برات را قبول کرده ولی وجه آنرا نپرداخته اعتراض عدم تأدیه شود دارنده براتی نیز که همان شخص قبول کرده ولی هنوز موعد پرداخت آن نرسیده است می‌تواند از قبول کننده تقاضا نماید که برای پرداخت وجه آن ضامن دهد و یا پرداخت آنرا به نحو دیگری تضمین کند».

طبق ماده ۲۳۰ از قانون تجارت، قبول کننده برات ملزم است وجه آن را سر وعده در قبال دارنده برات تأدیه نماید. بنابراین در صورتی که برات‌گیر، برات‌اصداری از ناحیه کشنده برات را قبول، ولی دارنده برات در حالیکه هنوز موعد پرداخت آن نرسیده است، با پیش‌بینی‌های متعارف و معقول خود بر این امر وقوف یابد که به احتمال فراوان، قبول کننده وجه برات وی را نیز پرداخت نخواهد کرد، برای وی، به نحو یک‌جانبه، حق مطالبه تضمین از برات‌گیر جهت انجام تعهد وجود خواهد داشت. پس به مانند نظریه تضمین یک‌جانبه که برخاسته از حقوق خارجی بود در این ماده نیز اولاً) مطالبه تضمین به نحو یک‌جانبه از سوی متعهدله به عمل می‌آید. ثانیاً) این مطالبه، قبل از سررسید انجام تعهد برات‌گیر صورت خواهد گرفت. ثالثاً) این مطالبه به پشتوانه پیش‌بینی‌های متعارف و معقول طلبکار به عمل می‌آید. رابعاً) تعهد برات‌گیر مستند به یک قرارداد می‌باشد.^۱

ممکن است این شائبه ایجاد شود که عدم پیش‌بینی ضمانت اجرا در ماده ۲۳۸، مستلزم بدون ضمانت اجرا ماندن تضمین مطروحه در آن ماده است، کما اینکه در متن ماده نیز تصریحی به ضمانت اجرای این ترتیب به میان نیامده است، این در حالی که نظریه تضمین یک‌جانبه در حقوق خارجی همراه با ضمانت اجراست؛ همانگونه که اداره حقوقی در نظریه

۱. خواه نفس رابطه حقوقی صدور و قبول برات را یک قرارداد تلقی کنیم و خواه تعهد پایه منجر به صدور برات را قرارداد بدانیم، این ادعا صادق خواهد بود. هرچند که در این باره بین حقوق‌دانان اختلاف نظر است (دمرجیلی و همکاران، ۱۳۸۹، ص ۴۸۷).

مورخه ۱۳۴۳/۱۱/۱۸ خود ابراز داشته است، «حال شدن تعهد برات گیر در پرداخت وجه برات» ضمانت اجرایی برای استنکاف برات گیر از پرداخت تضمین مناسب به دارنده برات است. پس باید انصاف داد که واجد ضمانت اجرا بودن، می‌بایست به عنوان پنجمین وجه تشابه تضمین مذکور در ماده ۲۳۸ با نظریه تضمین در حقوق خارجی در نظر گرفته شود.

پرسش اولی که در ارتباط با ماده فوق مطرح شده این است که آیا مطالبه تضمین از برات گیر به استناد ماده فوق فقط با اعتراض عدم تأدیه است و یا به طرقی دیگر نیز امکان پذیر است؟ به بیان دیگر در مقام مطالبه تضمین، اعتراض عدم تأدیه موضوعیت دارد یا طریقت؟ با اندک تأملی در مفاد ماده می‌توان به فلسفه وضع ماده فوق دست یافت و اینکه مقنن در جهت حمایت از طلبکاری بوده که پیش بینی عدم اجرای تعهد را از جانب متعهد می‌کند، و از این رو حق مطالبه تضمین از متعهد (برات گیر) را برای او مقرر کرده است. حال به نظر می‌رسد، چنانچه به پیش بینی متعارف و معقول، (مانند صدور چک‌های بلامحل از ناحیه وی، و یا گواهی عدم پرداخت چک‌های اصداری از ناحیه وی، و یا زیان دیدن تجارخانه دارنده برات البته اگر کاشف از ناتوانی وی باشد و...) همان نتیجه برای دارنده برات حاصل شود، مطالبه تضمین به استناد ماده فوق می‌تواند موجه باشد.

پرسش بعدی این است که آیا راهکار پیش بینی شده در ماده فوق در همه اسناد تجاری قابلیت اجرا، را دارا می‌باشد و یا اینکه این راهکار تأمینی، فقط در برات می‌تواند مورد استفاده قرار گیرد؟ حمایت از اسناد تجاری در گردش مبادلات اقتصادی، مجری شدن فلسفه ۲۳۸ ق.ت. در سایر اسناد تجاری، حمایت بدون تبعیض مقنن از هر سه قسم از اسناد تجاری در سایر موارد نظیر بند ج ماده ۱۰۸ قانون آئین دادرسی مدنی، همگی می‌توانند به عنوان دلایلی برای تقویت احتمال اول در نظر گرفته شوند.^۱

ممکن است ایراد شد که در ماده ۳۰۹ ق.ت. مقنن حکم پیش بینی شده در ماده ۲۳۸ ق.ت. را جزء آن دسته از مقرراتی ندانسته که از برات به فته طلب تعمیم داده می‌شود. اما به نظر می‌رسد احکامی که مقنن از تسری آنها به سفته خودداری نموده است، غالباً احکامی هستند که به ذات برات اختصاص دارند و اساساً در باب سایر اسناد تجاری نمی‌تواند مصداق داشته باشند

۱. در شرایط کنونی، کاربرد مضاعف و روزافزون چک (و به نحو ضعیف تری سفته) به نسبت برات، در دادو سندهای اقتصادی، مؤید این نظر است. به گونه‌ای که در پاره‌ای از مواد نظیر ماده ۲ قانون صدور چک، حمایت قابل توجه‌تری از چک نسبت به برات بعمل آمده است.

مضاف به آنکه انگیزه اصلی مقنن از وضع ماده اخیر پرهیز از ذکر مجدد موادی است که در مبحث برات مبادرت به طرح آنها نموده، نه مخالفت صریح با عدم اجرای مقررات ساکت مانده. شایان ذکر است که در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا نیز، تعهدات اجرا نشده متعهد در قراردادهای دیگر (خواه قراردادهای مرتبط با قرارداد موضوع تعلیق و یا قراردادهای غیر مرتبط با قرارداد موضوع تعلیق)، می‌تواند دستاویزی برای طلبکار جهت تعلیق و مطالبه تضمین از متعهد باشد.^۱ البته پاره‌ای از محاکم کشورهای عضو کنوانسیون معتقدند که عدم اجرای تعهدات دیگر می‌بایست مربوط به تعهدات مرتبط با قراردادی که طلبکار درصدد تعلیق آن است باشد و نه سایر تعهدات نامرتبط (UNCITRAL Digest, 2012, p332).^۲

۴-۲-۳- و اخواست دارنده برات نسبت به نکول برات

چنانچه برات گیر از قبولی برات سرباز زند، دارنده برات می‌تواند در راستای ماده ۲۳۶ ق. ت. نکول برات گیر را تسجیل و از امتیاز پیش بینی شده در ماده‌ی ۲۳۷ ق. ت. بهره‌مند شود. مطابق ماده ۲۳۷ ق. ت. «پس از اعتراض نکول ظهر نویس‌ها و برات دهنده به تقاضای دارنده برات باید ضامنی برای تأدیه وجه آن در سر وعده بدهند یا وجه برات را ... فوراً تأدیه نمایند». وانگهی، در این ماده، به وضوح می‌توان مبنای و ارکان تضمین را مشاهده نمود؛ چه آنکه، اولاً: نکول برات، پیش بینی معقولانه‌ای جهت عدم ایفاء تعهدات برات کش در وعده است. ثانیاً: این پیش بینی در حالی است که هنوز، موعد برات فرا نرسیده باشد.^۳ ثالثاً: می‌توان قسمت دوم ماده را بعنوان ضمانت اجرای خودداری متعهد (کشنده برات) از ابداع تضمین در نظر گرفت.

۱. دادگاهی در ۲۶ آوریل سال ۲۰۰۰ در بلژیک چنین استدلال نمود که «... نامه‌ای از خریدار که حاکی شکایت خریدار از کالای معیوب است که در قراردادهای متفاوت از قرارداد اولی تحویل داده شده و می‌خواهد در قراردادهای دیگری که نسبت به آن ادعای تعلیق و مطالبه تضمین شد، به نحو صحیح اجرا می‌شود...» (UNCITRAL Digest, 2012, p332-335).

۲. دادگاهی در ۲۹ جولای سال ۲۰۰۹ در هلند چنین حکم داد: «... طرفی که از بابت امتناع متعهد از پرداخت‌های قبلی‌اش، اجرای تعهدات خویش را معلق می‌نماید... مستحق است» (UNCITRAL Digest, 2012, p334).

۳. متذکر می‌گردد که مفاد ماده در مورد بروات به رویت نمی‌تواند با نظریه تضمین همسو باشد. زیرا در مورد بروات به رویت، نکول به منزله عهد شکنی در اجل و موعد است. و این در حالی است که از نظریه تضمین، فقط قبل از حلول اجل می‌توان سود جست.

۴-۲-۴- اعتراض طلبکاران شرکت سهامی، به کاهش سرمایه

به موجب ماده ۱۹۰ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت (۱۳۴۷)، شرکت سهامی می‌تواند در هر زمانی با رعایت تشریفات منصوص، سرمایه خویش را کاهش دهد. طبق قاعده کلی، دارایی بدهکار و وثیقه عمومی طلبکاران است. در شرکت سهامی نیز، سرمایه شرکت و وثیقه عمومی مطالبات طلبکاران است، بنابراین اگر شرکت سهامی در صدد کاهش اختیاری سرمایه خویش باشد، بدون شک این تصمیم، به ضرر طلبکاران خواهد بود، چه آنکه می‌تواند اماره‌ای بر ناتوانی شرکت در انجام تعهدات قراردادی خود باشد. از این رو در ماده ۱۹۳ از لایحه فوق، حق اعتراض برای طلبکاران شرکت نسبت به این تصمیم، به رسمیت شناخته شده است:

«در مورد کاهش اختیاری سرمایه شرکت، هر یک از دارندگان اوراق قرضه و یا بستانکارانی که منشأ طلب آنها قبل از تاریخ نشر آخرین آگهی مذکور در ماده ۱۹۲ باشد می‌توانند ظرف دو ماه از تاریخ نشر آخرین آگهی اعتراض خود را نسبت به کاهش سرمایه شرکت به دادگاه تقدیم کنند» و در ماده ۱۹۴ «در صورتی که به نظر دادگاه اعتراض نسبت به کاهش سرمایه وارد تشخیص داده شود و شرکت جهت تأمین پرداخت طلب معترض و وثیقه ای که به نظر دادگاه کافی باشد نسیار در این صورت آن دین، حال شده و دادگاه حکم به پرداخت آن خواهد داد».

در دو ماده فوق، به وضوح می‌توان ارکان نظریه تضمین را مشاهده نمود، اولاً این مطالبه تأمین (تضمین) قبل از حلول اجل طلبکار است. ثانیاً مطالبه تضمین به نحو یک‌جانبه، توسط طلبکار صورت می‌گیرد. ثالثاً دلیل مطالبه تضمین، پیش‌بینی متعارف و معقول، یعنی کاهش سرمایه شرکت سهامی است. رابعاً اطلاق واژه طلب در ماده ۱۹۳ و ۱۹۴، مطالبات قراردادی و غیر قراردادی را شامل می‌شود. خامساً حال شدن دین شرکت سهامی، بعنوان ضمانت اجرای استنکاف از پرداخت تضمین در نظر گرفته شده است.

۴-۲-۵- اخذ تضمین از مسئولین تأدیه وجه سند تجاری

با ورشکستگی صادرکننده سفته و یا برات کشی که براتش قبول نشده و همچنین برات‌گیری که مراتب قبولی برات را نوشته، امید دارنده سند تجاری برای وصول وجه آن در سررسید رو به افول می‌نهد؛ به بیان دیگر نقض احتمالی در کارسازی وجه سند تجاری در سررسید، نمایان

گشته و از این رو قانون‌گذار در ماده ۴۲۲ ق. ت. یک‌بار دیگر مراتب اخذ تضمین را برای مقابله با عهد شکنی احتمالی متعهد در دستور کار قرار داده است. طبق این ماده: «هرگاه تاجر ورشکسته فته طلبی داده یا براتی صادر کرده که قبول نشده یا براتی را قبولی نوشته، سایر اشخاصی که مسئول تأدیه وجه فته طلب یا برات می‌باشند باید با رعایت تخفیفات مقتضیه نسبت به مدت، وجه آن را تقدماً پردازند یا تأدیه آن را در سر رسید تأمین نمایند». در این ماده می‌بایست چینی نابجای عبارات قسمت اخیر را ملحوظ نمود، زیرا با ورشکستگی صادرکننده و یا قبول کننده سند تجاری بدون اینکه ابتدائاً دین ناشی از سند تجاری نسبت به سایر مسئولین حال شود، بر آنها لازم است که اطمینان افول یافته دارندنده سند تجاری را با تضمین خویش جبران نمایند و در غیر اینصورت دین موجد سند تجاری نسبت به آنها حال می‌شود.^۱ (طالب احمدی، ۱۳۷۸، ص ۱۱۶).

۴-۲-۶- شرط ضمنی اجرای کامل و به موقع قرارداد

مطابق حکم عقل و بنای عقلاء، تا زمانی که اطمینان کافی از انجام تعهد توسط طرف مقابل وجود ندارد، نمی‌بایست مبادرت به انعقاد قرارداد نمود. به بیان دیگر اطمینان معقولانه و عرفی انجام کامل و به موقع تعهدات توسط متعهد یک شرط ضمنی است، که هر شخصی در حین انعقاد قرارداد آن را در نظر دارد. در فرض موجد بودن قرارداد این شرط ضمنی بهتر قابل فهم است، زیرا قوت این شرط ضمنی با آمیختن با شرط ضمنی «استمرار وضعیت مالی متعهد تا سر رسید»، مضاعف می‌شود.^۲

با عنایت به مراتب فوق؛ در فرض نقض احتمالی قرارداد، این شروط ضمنی مختل شده و لاجرم به جهت مرعی نمودن اساس ترازی متعاملین، (که بخشی از این ترازی در قالب شروط

۱. چینی غلط عبارات ماده ۴۲۲ ق. ت. عده ای از حقوق دانان را نیز مشتبه نموده، دکتر اسکینی در این مورد معتقد به حلول ابتدائی دین موجد ناشی از سند تجاری است، ایشان معتقدند که در ماده ۴۰۵ ق. ت. قانون‌گذار قاعده حال نشدن دین ضامن را در صورت حال شدن دین مضمون عنه پیش‌بینی نموده است، و در این ماده خلاف این قاعده بیان شده است (اسکینی، ۱۳۷۵، ص ۶۴). و این در حالی است که در ماده ۴۲۲ ق. ت. حکمی استثنائی بیان نگردیده است و نهایتاً بعنوان ضمانت اجرای عدم ایداع تضمین، دین نسبت به آنها حال می‌شود.

۲. دکتر کاتوزیان در نظریه عمومی تعهدات، با استفاده از شرط ضمنی «اعتماد به وضعیت مالی بدهکار تا سر رسید»؛ علت اصلی حال شدن دیون موجه ورشکسته را، اختلال در این شرط ضمنی می‌داند که اساس ترازی آن دو را مخدوش می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۱۴۱).

ضمنی تجلی می‌نماید)، می‌بایست راهکاری اندیشیده شود. ماده ۲۲۰ قانون مدنی نیز که متعاملین را به کلیه نتایج حاصله از عرف و عادت ملزم می‌داند نیز گواهی دیگر بر این مطلب است که شروط ضمنی فوق‌الاشعار یکی از مهم‌ترین نتایج عرفی حاصله از قرارداد است که نقض آنها در مورد نقض احتمالی، می‌بایست استحقاق طرف مقابل برای اتخاذ واکنش مقتضی را در پی داشته باشد. این راهکار می‌بایست به گونه‌ای باشد که از یک سو هم استحکام معاملاتی ملحوظ شود و هم اطمینان افول یافته متعهد اعاده شود،^۱ و از سوی دیگر در نظام حقوقی ما بیگانه نباشد و ردپای آن در این نظام قابل شناسایی باشد.^۲

۵. نتیجه‌گیری

نظریه نقض احتمالی قرارداد که پذیرش آن در هر نظام حقوقی، خود گواهی بر تکامل حقوق قراردادها در آن نظام حقوقی است، به لحاظ تاریخی برخاسته از حقوق کامن لاس و در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا که یکی از مهم‌ترین اسناد در حوزه تجارت بین‌الملل است و همچنین در حقوق پاره‌ای از کشورها، نظیر آمریکا و سوئیس به رسمیت شناخته شده و سه راهکار تعلیق قرارداد بوسیله متعهدله - تضمین متعهد برای رفع تعلیق - اختیار فسخ طلبکار در صورت عدم تضمین، تدارک دیده شده است؛ به نظر می‌رسد که متعادل‌ترین راهکار برای مقابله با نقض احتمالی قرارداد، گرفتن تضمین از متعهد جهت انجام تعهدات خویش در موعد است. زیرا علاوه بر ایجاد اطمینان خاطر برای متعهدله، استحکام و احترام به تعهدات قراردادی طرفین را نیز در پی خواهد داشت. پر واضح است که این مزایا در مورد دو راهکار دیگر مصداق نمی‌یابند.

شرایط اصلی اعمال نظریه تضمین را می‌توان به قرار زیر بر شمرد: اولاً اعمال این راهکار نمی‌بایست منوط به میل و نظر شخصی طلبکار باشد. ثانیاً تمسک به این راهکار بسته به پیش‌بینی‌های متعارف و معقولی است که حاکی از عدم انجام تعهد متعهد، در وعده است. ثالثاً متعهدله، تنها به استناد نقض عمدۀ و اساسی احتمالی متعهد است که می‌تواند از متعهد مطالبه

۱. با عنایت به دو شرط ضمنی گفته شده، اطمینان طلبکار از دو جهت تنزل یافته: اول از جهت انجام کامل و به موقع قرارداد در وعده و دوم از جهت تنزل استمرار وضعیت مالی متعهد تا سررسید.

۲. اشاره به چهار مورد گفته شده در بخش «۲-۲» همین مقاله.

تضمین نماید. رابعاً اعمال این طریق، فقط در قراردادهای موجل و نیز پیش از سر رسید تعهدات متعهد ممکن است. خامساً سلطنت طلبکار بر فسخ قرارداد ضمانت اجرای استنکاف متعهد از دادن تضمین، است قانون‌گذار ایرانی از نظریه تضمین یک‌جانبه به عنوان یک قاعده عام و فراگیر یاد نکرده است. هر چند که در ارتباط با تعهدات قراردادی به‌طور پراکنده مقرراتی وجود دارد که در آنها حق مطالبه تضمین از متعهد به منظور مقابله با عهدشکنی احتمالی وی، مورد شناسایی قرار گرفته است. به عقیده ما انعطاف مقنن ایرانی در آن موارد مطروحه، و نیز دو شرط ضمنی لازم الاتباع ۱. «اجرای کامل و به موقع قرارداد» ۲. «اعتماد به وضعیت مالی متعهد»، خود می‌تواند، به لحاظ تقنینی زمینه ساز تحولی برای پیش‌بینی نظریه نقض احتمالی و یا دست کم مطالبه تضمین از متعهد جهت انجام تعهدات قراردادی اش در وعده باشد. به لحاظ قضائی نیز رویه کارا و منعطف قضائی می‌تواند با عنایت به آنچه گذشت از این راهکار بهره گیرد؛ البته حسب مورد ثمرات مترقی این اقدام تقنینی و یا قضائی نیز مکتوم نخواهد ماند زیرا، اولاً سرعت و دقت در معاملات تجاری اقتضای اتخاذ واکنش سریع و معقولانه نسبت به رفتار ناقضانه متعهد را داراست. ثانیاً پای‌بند نمودن طلبکار به انتظار برای حلول اجل، و بعد از آن اتخاذ واکنش نسبت به عهدشکنی متعهد امری است که ضرر مسلم طلبکار را در پی دارد. که البته تحمل این ضرر ناموجه بر طلبکار با مبانی شرع مقدس در تعارض است. ثالثاً همان گونه که گفته شد با انتخاب راهکار تضمین می‌توان با یک تیر چند نشانه را هدف قرار داد، چون از یک سو، منافع طلبکار مورد حمایت قرار گرفته و از سوی دیگر، بی‌توجهی متعهد به تعهدات قراردادی اش بدون اغماض باقی نمی‌ماند. رابعاً با در نظر گرفتن چنین اختیاری برای متعهدله، استحکام معاملات را تقویت نموده‌ایم.^۱

۱. شایان ذکر است که در پیش نویس پیشنهادی مرکز تحقیقات و توسعه قضایی قوه قضاییه، جهت اصلاح قانون مدنی، ماده‌ای بدین شرح پیش‌بینی شد «چنانچه پس از انعقاد قرارداد از اوضاع و احوال مسلم شود که متعهد از انجا تعهد موجل خود ناتوان خواهد بود، متعهدله می‌تواند از متعهد درخواست تضمین نماید و در صورت امتناع از دادن تضمین معامله را فسخ نماید». با وجود این، دیری نپائید که این طرح به بوته فراموشی سپرده شد.

منابع

فارسی

۱. امینی، منصور، همایون مافی و حسین اعظمی (۱۳۹۰)، «بررسی حق فسخ ناشی از پیش بینی نقض قرارداد در کنوانسیون بیع بین المللی کالا و حقوق ایران»، مجله مطالعات حقوقی، شماره اول. صفحه ۳۵ تا ۵۲
۲. اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت: ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته، انتشارات سمت تهران، سال ۱۳۷۵، چاپ دوم
۳. حسین آبادی، امیر، ۱۳۸۱، «بررسی وجه التزام مندرج در قرارداد»، مجله آموزه های فقهی، شماره ۱۴، صفحه ۴۷ تا ۶۰
۴. دمرچیلی، محمد، علی حاتمی و محسن قرائی، قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی، انتشارات دادستان، تهران، سال ۱۳۸۹، چاپ دهم
۵. رحیمی حبیب اله، ۱۳۸۴، «پیش بینی نقض قرارداد، فصلنامه پژوهش حقوق و سیاست»، شماره ۱۵ و ۱۶، صفحه ۱۱۵ تا ۱۴۴
۶. ستوده تهرانی حسن، حقوق تجارت، جلد ۲، انتشارات دادگستر، تهران، ۱۳۷۶، چاپ سوم.
۷. شمس عبدالله، آئین دادرسی مدنی، ج ۱ و ج ۲، انتشارات دراک، تهران، ۱۳۸۹، چاپ شانزدهم.
۸. شیروی عبدالحسین، حقوق تطبیقی، انتشارات سمت، تهران، ۱۳۷۹، چاپ نهم
۹. صفایی حسین، محمود کاظمی، مرتضی عدل و اکبر میرزا نژاد، حقوق بیع بین المللی با مطالعه تطبیقی، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، سال ۱۳۸۴
۱۰. غفاری فارسانی بهنام، ۱۳۸۸، «اثر نقض قابل پیش بینی بر روابط قراردادی»، فصلنامه حقوق، دوره ۲۹، شماره ۲، صفحه ۲۳۳ تا ۲۵۶
۱۱. کاتوزیان ناصر، الزام های خارج از قرارداد، ج ۱، انتشارات دانشگاه تهران، تهران، ۱۳۸۹، چاپ نهم.
۱۲. کاتوزیان ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۳ و ۴، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۸۷، چاپ پنجم

۱۳. کاتوزیان ناصر، نظریه‌ی عمومی تعهدات، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۹
۱۴. مهاجری علی، آئین قضاوت مدنی در محاکم، تهران انتشارات فکر سازان، ۱۳۸۹ چاپ پنجم
۱۵. مقدادی محمد مهدی، ۱۳۸۶، «بررسی پیش بینی نقض قرارداد در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا»: حقوق تطبیقی و ایران، نشریه زبان و ادبیات دانشگاه سمنان، شماره ۱۹، صفحه ۱۱۷ تا ۱۴۲
۱۶. ناطق نوری سوده، ۱۳۸۸، «پیش بینی نقض قرارداد و حق فسخ ناشی از آن شرح ماده ۷۲ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا»، مجله عدالت آراء، شماره ۱۲، صفحه ۱۷۷ تا ۱۴۴
۱۷. نصیری مرتضی، محمد عیسائی تفرشی، عباداله رستمی، ۱۳۸۴، «مطالعه تطبیقی حق تعلیق و حق حبس در حقوق داخلی و قرارداد نمونه فیدیک»، مجله مدرس علوم انسانی، شماره ۴۱، صفحه ۱۳۷ تا ۱۵۸
۱۸. هیجده نفر از دانشمندان حقوق دانشگاه‌های معتبر جهان، ۱۳۷۴، تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی کالا، ترجمه مهراب داراب پور، جلد ۳، کتابخانه گنج دانش، تهران
۱۹. همت کار حسین، ۱۳۸۴، «نظریه مقابله با نقض احتمالی قرارداد»، مجله دانشکده علوم اداری و اقتصاد، شماره ۲

(ب) عربی

۱. خمینی (ره) روح ا...، کتاب البیع، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، تهران، ۱۴۲۱ هـ ق
۲. عاملی محمد بن مکی (شهید اول)، اللعنه الدمشقیه فی فقه الإمامیه، دارالتراث الدارالاسلامیه، بیروت، ۱۴۱۰ هـ ق.
۳. عاملی زین الدین (شهید ثانی)، الروضه البهیة فی شرح اللعنه الدمشقیه، جلد ۲، قم، مجمع الفکر الاسلامی، چاپ دوم، سال ۱۴۲۶ هـ ق
۴. عاملی زین الدین (شهید ثانی)، حاشیه الارشاد، مطبعه المکتب الاسلامی، قم، ۱۳۷۹ هـ ش
۵. عاملی زین الدین (شهید ثانی)، مسالک الأفهام إلى تنقیح شرائع الإسلام، مؤسسه المعارف الإسلامیه، قم، ۱۴۱۳ هـ ق
۶. انصاری مرتضی (شیخ اعظم)، کتاب المکاسب، جلد ۶، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ انصاری، ۱۴۱۵ هـ ق

۷. علامه حلی (ره)، *شرائع الإسلام فی مسائل الحلال و الحرام*، مؤسسه اسماعیلیان، قم، چاپ دوم، ۱۴۰۸ ه ق
۸. عاملی سید جواد، *مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه*، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه، قم ۱۴۱۹ ه ق
۹. نجفی (ره) شیخ محمد حسن، *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*، دار احیاء تراث العربی، بیروت، چاپ هفتم، ۱۴۱۵ ه ق

ج) لاتین

1. Audit Bernard, *La vante International de Merchandises*, L.G.D.J., Paris 1990
32. Corbin Arthur Linton, *Corbin of contracts*, West publication Co., 1992
2. Enderlein Fritz & Maskow, *Dictrich, International Sales law*, New YORK, Oceana Publications, 1992
3. Honnold, John *Uniform law for International Sales*, Boston, 1991
4. Liu, Chengwei. *suspension or Avoidance due to Anticipatory Breach: Perspectives from Articles 71/72 CISG, the UNIDROIT principles, PECL and case law: Case annotated Update [May 2005] Available at: <http://www.cisgw3.law.pace.edu>*.
5. Rowley Keith A. *A Brief History of Anticipatory Repudiation in American Contract Law*", *University of Cincinnati Law Review*; available: at:<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rowley.html>. Winter 2001
6. Whittaker Simon, *How Does French Law Deal With Anticipatory Breaches Of Contract? The International and Comprative Law Quaterl*, Vol. 45, NO. 3.
7. Strub M. Gilbey: "The Convention on the International Sale of Goods: Anticipatory Repudiation Provisions and Developing Countries", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 38, No. 3. (Jul, 1989).
8. Schlechtriem Peter. *uniform sale Law*, Vienna, Manzsche Verlags - Und Universitatsbuch - Handlung wien 1986
9. Koch Robert, "The concept of Fundamental Breach of Contract Under the United Nation Convention on Contract for The International Sale of Good (CISG)" available at: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/koch.html>.
10. *UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, New York, (2012)