

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



دانشکده حقوق و علوم سیاسی

پایان نامه‌ی کارشناسی ارشد در رشته‌ی حقوق - خصوصی

ضمانت اجرای تعهدات قراردادی در حقوق ایران و DCFR

به وسیله‌ی

محمد حسین کشتکار

استاد راهنما

دکتر محمد علی خورسندیان

اسفند ماه ۱۳۹۰

به نام خدا

اظهارنامه

اینجانب محمد حسین کشتکار دانشجوی کارشناسی ارشد رشته‌ی حقوق گرایش خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی اظهار می‌کنم که این پایان‌نامه حاصل پژوهش خودم بوده و در جاهایی که از منابع دیگران استفاده کرده‌ام، نشانی دقیق و مشخصات کامل آن را نوشته‌ام. همچنین اظهار می‌کنم که تحقیق و موضوع پایان‌نامه ام تکراری نیست و تعهد می‌نمایم که بدون مجوز دانشگاه دستاوردهای آن را منتشر ننموده و یا در اختیار غیر قرار ندهم. کلیه حقوق این اثر مطابق با آیین‌نامه مالکیت فکری و معنوی متعلق به دانشگاه شیراز است.

نام و نام خانوادگی: محمد حسین کشتکار

تاریخ و امضا:

۹۱/۱/۲۹

به نام خدا

ضمانت اجرای تعهدات قراردادی در حقوق ایران و DCFR

به کوشش

محمد حسین کشتکار

پایان نامه

ارائه شده به تحصیلات تکمیلی به عنوان بخشی از
فعالیت های تحصیلی لازم برای اخذ درجه کارشناسی ارشد

در رشته ی:

حقوق خصوصی

از

دانشگاه شیراز

شیراز

جمهوری اسلامی ایران

ارزیابی شده توسط کمیته داوران با درجه: **عالی**

دکتر محمد علی خورسندیان، استادیار بخش حقوق خصوصی (رئیس کمیته)

دکتر محمد امامی، دانشیار بخش حقوق عمومی و بین الملل

دکتر حبیب طالب احمدی، استادیار بخش حقوق خصوصی

اسفند ماه ۱۳۹۰

تقدیم به

پیشگاه فرازند دو ستاره آسمان صبر و شکیبایی، پدر و مادر عزیزم. آنان که در طی طریق روزگار
نوی یاریشان همواره در خاطر من طنین افکن است و در زلال عاطفه شان چیزی جز عشق و محبت
یافت نمی شود. به خواهر و برادران عزیزم و تمامی آنان که در مکتبشان علم آموختم.

سپاسگزاری

اینک که امیدوارانه با توشه ای از دانش به سوی فردا گام برمی دارم، لازم می دانم از زحمات دلسوزانه استاد عزیز و مهربانم، جناب آقای دکتر محمدعلی خورسندیان که همیشه مشوق و راهنمای اینجانب در امر تحصیل بوده و هستند و نیز از اساتید محترم جناب آقای دکتر محمد امامی و جناب آقای دکتر حبیب طالب احمدی که در تدوین و نگارش این پایان نامه از مشاوره مفید و مؤثرشان بهره مند بوده ام، کمال تشکر را داشته باشم.

در پایان به خانواده عزیزم که در تمام لحظات زندگییم از مهر بی دریغشان بهره مند بوده ام و همواره پشتیبانی مطمئن برای من بوده اند، صمیمانه ترین سپاس خود را تقدیم می کنم.

چکیده

ضمانت اجرای تعهدات قراردادی در حقوق ایران و DCFR

به کوشش

محمد حسین کشتکار

هدف اصلی از این تحقیق، تبیین و شناخت دقیق ضمانت اجرای تعهدات قراردادی، احکام، آثار و وجوه افتراق و اشتراک آنها در حقوق ایران، در مقایسه با سند DCFR (پیش نویس قانون مدنی اروپا، منتشره در سال ۲۰۰۸ میلادی)، با روش تحلیلی اسنادی، می باشد. در راستای دستیابی به این هدف، باید به این سؤال اصلی پاسخ داده شود که ضمانت اجرای تعهدات قراردادی در حقوق ایران، در مقایسه با DCFR، کدامند و این ضمانت اجراها در DCFR تا چه اندازه قابل تطبیق با حقوق ایران می باشند؟

ضمانت اجرای تعهدات قراردادی مهمترین بخش حقوق تعهدات را تشکیل می دهند؛ چون تعهدات و قراردادهای زمانی برای طرفین قرارداد دارای ارزش مطلوب و واقعی هستند که ضمانت اجرای مناسب و کارآمدی داشته باشند. با توجه به اهمیت ضمانت اجرای تعهدات قراردادی، فصل سوم کتاب سوم DCFR به طور مستقل به این موضوع اختصاص یافته است که شامل تقلیل ثمن به نسبت اجرای تعهد، الزام به اجرای تعهد، خودداری از اجرای تعهد متقابل، فسخ و خسارات می باشد. این ضمانت اجراها در عرض یکدیگر قابل اعمال هستند و امکان جمع آنها تا اندازه ای که با هم سازگار هستند وجود دارد. در این میان، جبران خسارت، به عنوان مهمترین ضمانت اجرای تعهد قراردادی، کمترین تعارض را با دیگر ضمانت اجراها دارد که با هدف قرار گرفتن متعده در وضعیت اجرای تعهد، می تواند در تکمیل هر یک از ضمانت اجراها مورد استفاده قرار گیرد.

در حقوق ایران، ضمانت اجرای تعهدات قراردادی بدون عنوانی مستقل، به طور پراکنده، موادی از قانون مدنی را به خود اختصاص داده است. الزام به اجرای تعهد، ضمانت اجرای اصلی و اولیه تعهد قراردادی می باشد به نحوی که فسخ در طول آن قابل اعمال می باشد. حق حبس، در عقد بیع که مهمترین و بارزترین فرد معامله معاوضی می باشد، به عنوان مصداقی از قاعده حاکم بر عقود معوض مطرح شده است. ارزش که به تبعیت از فقه امامیه، به حقوق ایران راه پیدا کرده است، مهمترین مصداق تقلیل ثمن می باشد که در صورت معیوب بودن مورد معامله قابل اعمال است، اما رابطه آن با جبران خسارت مورد توجه قرار نگرفته است. جبران خسارت، محدود به ضرر وارده به اقسام موجود دارایی، اعم از عین و منفعت، می باشد و عدم النفع که بخش مهمی از خسارات را تشکیل می دهد قابل مطالبه نیست.

واژگان کلیدی: ضمانت اجرا، تعهدات قراردادی، تقلیل ثمن، الزام به اجرا، خودداری از اجرا، فسخ، خسارت.

فهرست مطالب

عنوان
صفحه

فصل اول: مقدمه

الف) طرح موضوع	۲
ب) سابقه علمی.....	۷
ج) هدف تحقیق	۱۱
د) سؤالات تحقیق.....	۱۲
ه) روش تحقیق.....	۱۳
و) سازمان تحقیق	۱۳
ی) کلیات	۱۴
۱- رعایت اصل حسن نیت و رفتار منصفانه در اعمال ضمانت اجرای تعهدات قراردادی.....	۱۴
۲- اجرای غیر مطابق با تعهد قراردادی.....	۱۸
۳- شرط محدودیت یا سلب ضمانت اجرای تعهدات قراردادی.....	۲۲

فصل دوم: دستیابی به عوض قراردادی

مبحث اول: خودداری از اجرای تعهد متقابل.....	۲۴
گفتار اول: مفاد و مبانی خودداری از اجرای تعهد متقابل.....	۲۵
گفتار دوم: شرایط خودداری از اجرای تعهد متقابل	۲۹
گفتار سوم: تعلیق اجرای تعهد قراردادی	۳۵
بند اول: در DCFR.....	۳۵
بند دوم: در حقوق ایران.....	۴۰
گفتار چهارم : قلمرو خودداری از اجرای تعهد متقابل	۴۲
گفتار پنجم : چگونگی پایان دادن به تنازع ناشی از خودداری از اجرای تعهد متقابل	۴۸

۵۱	مبحث دوم: الزام به اجرای تعهد
۵۲	گفتار اول: مفاد و مبانی الزام به اجرای تعهد
۵۵	گفتار دوم: طرق الزام به اجرای تعهد
۵۶	بند اول: الزام مستقیم
۵۷	بند دوم: الزام غیر مستقیم
۵۷	الف: الزام مالی
۶۰	ب: الزام بدنی (حبس)
۶۲	گفتار سوم: شرایط الزام به اجرای تعهد پولی
۶۲	بند اول: اجرای تعهد متقابل متعهدله
	بند دوم: عدم امکان انجام معامله جایگزین توسط متعهدله در صورت
۶۳	عدم تمایل متعهد به اجرای وی
	بند سوم: متعارف بودن اجرای تعهد قراردادی متعهدله در صورت
۶۴	عدم تمایل متعهد به این اجرا
۶۵	گفتار چهارم: شرایط الزام به اجرای تعهد غیر پولی
۶۶	بند اول: ممکن بودن اجرای تعهد
۶۹	بند دوم: سنگین یا پرهزینه نبودن اجرای تعهد
۷۱	بند سوم: شخصی نبودن اجرای تعهد
	بند چهارم: درخواست اجرای تعهد ظرف یک زمان متعارف
۷۳	پس از آگاهی از عدم اجرا
۷۴	گفتار پنجم: امکان جمع الزام به اجرای تعهد و خسارت

فصل سوم : استرداد عوض قراردادی

۸۰	مبحث اول: تقلیل ثمن
۸۰	گفتار اول: مفهوم و مبانی تقلیل ثمن
۸۱	گفتار دوم: موارد تقلیل ثمن در حقوق ایران
۸۱	بند اول: ارش
۸۱	الف: ارش در فقه امامیه
۸۶	ب: ارش در حقوق ایران
۸۷	بند دوم: تقلیل ثمن در صورت بطلان یا انفساخ جزئی قرارداد
۸۹	بند سوم: تقلیل ثمن در صورت ایفاء غیرمطابق با تعهد قراردادی از لحاظ کمی
۹۰	گفتار سوم: تقلیل ثمن در DCFR
۹۵	گفتار چهارم: امکان جمع تقلیل ثمن و خسارت
۹۶	گفتار پنجم: حالات مختلف تقلیل ثمن همراه خسارت

۹۹ مبحث دوم: فسخ
۹۹ گفتار اول: مفاد و مبانی فسخ
۱۰۲ گفتار دوم: رابطه طولی فسخ با الزام به اجرای تعهد در حقوق ایران
۱۰۵ گفتار سوم: موارد فسخ
۱۰۶ بند اول: عدم اجرای اساسی تعهد قراردادی
۱۰۶ الف: محروم شدن اساسی متعهدله از دستیابی به منافع مورد انتظار
۱۱۰ ب: عمدی بودن عدم اجرای تعهد و عدم اتکا به اجرای آتی تعهد
۱۱۱ بند دوم: عدم اجرای تعهد قراردادی در مهلت اضافی تعیین شده برای اجرا
۱۱۳ بند سوم: پیش بینی عدم اجرای تعهد
۱۱۳ الف: در DCFR
۱۱۵ ب: در حقوق ایران
۱۱۸ گفتار چهارم: فسخ جزئی
۱۲۳ گفتار پنجم: لزوم ارسال اخطاریه فسخ به متعهد
۱۲۵ گفتار ششم: آثار فسخ
۱۲۵ بند اول: رهایی از اجرای آتی تعهدات
۱۲۷ بند دوم: استرداد عوض قراردادی
۱۳۳ بند سوم: عدم تأثیر فسخ بر بعضی شروط قراردادی
۱۳۶ بند چهارم: عدم تأثیر فسخ بر مطالبه خسارت قراردادی

فصل چهارم: ضمانت اجرای ضرر ناشی از نقض عهد

۱۴۳ مبحث اول: خسارت
۱۴۳ گفتار اول: انواع خسارت
۱۴۳ بند اول: خسارت مادی
۱۴۳ الف: ضرر وارده به ارقام موجود دارایی
۱۴۳ ۱- ضرر وارده به اموال مادی
۱۴۵ ۲- ضرر وارده به اموال غیرمادی
۱۴۶ ب: ضرر آینده
۱۴۶ ۱- تفویض منفعت (عدم النفع)
۱۴۸ ۲- از دست دادن فرصت
۱۴۹ بند دوم: خسارت غیر مادی
۱۵۰ گفتار دوم: قلمرو جبران خسارت
۱۵۰ بند اول: در DCFR

۱۵۴ بند دوم: در حقوق ایران
۱۶۰ گفتار سوم: شرایط جبران خسارت
۱۶۱ بند اول: مسلم بودن ضرر
۱۶۲ بند دوم: مستقیم بودن ضرر
۱۶۴ بند سوم: قابلیت پیش بینی ضرر
۱۶۸ بند چهارم: عدم قصور متعهدله در انجام وظیفه خود مبنی بر تقلیل خسارت
۱۷۲ مبحث دوم: سود
۱۷۲ گفتار اول: در DCFR
۱۷۶ گفتار دوم: در حقوق ایران
۱۸۱ مبحث سوم: وجه التزام
۱۸۱ گفتار اول : مفهوم و ماهیت وجه التزام
۱۸۵ گفتار دوم : اثر تعیین وجه التزام بر اصل تعهد
۱۸۸ نتیجه گیری و پیشنهاد
۱۹۴ پیوست
۲۰۳ فهرست منابع و مآخذ

فصل اول

مقدمه

الف) طرح موضوع

روند شکل گیری، ساختار و اهداف DCFR: روند رو به رشد تجارت، امروزه مرزهای ملی را کنار گذارده و به عنوان واقعیتی در حال تکوین و تکامل، با شتابی بی نظیر در حرکت است. جهانی شدن و گسترش روابط تجاری بین المللی، یکسان سازی و پیشرفت و تحول قواعد حاکم بر این روابط را از سوی قانونگذار ملی کشورها می طلبد؛ تفاوت و اختلاف میان قوانین داخلی و سنتی بودن آن، امنیت و سرعت روابط تجاری را به مخاطره می اندازد و به جای نظم بین المللی با ثبات و در عین حال پویا، تشویش و نگرانی و عدم پاسخگویی به نیاز های مطابق با مقتضیات روز طرفین روابط تجاری حاکم می گردد که چنین نتیجه ناعادلانه ای مانعی جدی در راه توسعه کشورها تلقی می گردد. در همین راستا، از اواخر قرن ۲۰ میلادی تلاشهای وسیع بین المللی، در حوزه حقوق قراردادهای، توسط سازمان های فراملی صورت پذیرفت و نهایتاً اسناد بین المللی را به عنوان قوانین الگو ارائه دادند که لزوم همگامی با تحولات بین المللی از یک سو و وجود قوانین داخلی سنتی و دست و پاگیر از سوی دیگر، تمایل استفاده قانونگذار داخلی کشورها از این اسناد بین المللی نمونه را به طور چشمگیر افزایش داده است. در سال ۱۹۶۴ میلادی بنا به پیشنهاد مؤسسه بین المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی^۱، در کنفرانس لاهه دو کنوانسیون تحت عنوان ULIS^۲ (قانون متحدالشکل بیع بین المللی کالا) و ULF^۳ (قانون متحدالشکل تشکیل قراردادهای بیع بین المللی کالا)، که جمعاً به عنوان «کنوانسیون های لاهه ۱۹۶۴»^۴ شناخته می شدند، تدوین شد. این کنوانسیون ها با وجود آنکه ارزش بنیادی داشتند، فراگیر و کامل نبودند و کشورهای زیادی نیز به آن نپیوستند. به همین جهت از سال ۱۹۶۸ میلادی به پیشنهاد مجمع عمومی سازمان ملل متحد، کمیسیون حقوق تجارت بین الملل سازمان ملل (آنسیترال)^۵ مأمور شد که با بررسی همه جانبه حقوق کشورهای جهان؛ به ویژه حقوق رمی- ژرمنی (حقوق نوشته) و کامن لا، به شناسایی نواقص و کاستی های کنوانسیون های لاهه و اصلاح و بهبود آن ها، جهت یکسان سازی قواعد حاکم بر بیع بین الملل کالا، پردازد. در نهایت،

^۱ - Institute International for the Unification of Private Law (UNIDROIT)

^۲ - Uniform Law on the International Sale of Goods

^۳ - Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods

^۴ - Hague Conventions

^۵ - United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)

حاصل جلسات مستمر راجع به تنظیم و نگارش مجموعه مقرراتی کامل و نمونه در زمینه بیع بین المللی کالا، تدوین سند CISG^۱ (کنوانسیون سازمان ملل متحد در مورد قراردادهای بیع بین المللی کالا) در سال ۱۹۸۰ میلادی بود. بیش از ۶۰ کشور عضو این کنوانسیون می باشند. ایران هیچ گونه تلاشی برای عضویت در آن صورت نداده است.

ضرورت وجود قواعدی که حاکم بر کلیه قراردادهای تجاری بین المللی باشد منجر به تنظیم سند UPICC^۲ (اصول قانونی قراردادهای تجاری بین المللی) توسط مؤسسه بین المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی^۴ در سال ۱۹۹۴ میلادی و بازنگری و ویرایش جدید این سند در سال ۲۰۰۴ و ۲۰۱۰ میلادی شد. تدوین این سند که در واقع چکیده حقوق قراردادهای تجاری کلیه نظام های بزرگ حقوقی معاصر در سطح جهانی می باشد، موفقیت عظیمی است که در نتیجه سال ها بررسی و مطالعه گسترده و متمرکز در حوزه حقوق قراردادها و حقوق تجارت بین الملل در سطح جهانی از سوی گروه تخصصی؛ مرکب از کارشناسان برجسته مربوط به این حوزه به ریاست پروفیسور «میشایل بونل»^۵، به دست آمده است. در به دست آمدن چنین موفقیتی، CISG نیز نقش مؤثری داشته است؛ به عنوان سندی که می تواند، تا حدی که قواعد آن قابلیت اعمال بر کلیه قراردادهای را دارد، اساس تطبیق با حقوق قرارداد های تجاری کشورهای جهان قرار گیرد و در نتیجه با تبیین نقاط قوت و ضعف آن، کمک کننده به حقوق قراردادهای تجاری بین المللی باشد.^۶

طی سالهای ۱۹۹۵، ۱۹۹۸ و ۲۰۰۱ میلادی، سند بین المللی دیگری تحت عنوان PECL^۷ (اصول حقوق قرارداد اروپا)، که حاصل تلاش های کمیسیونی به نام «کمیسیون حقوق قرارداد اروپا (کمیسیون لندو)»^۸ از سال ۱۹۸۲ میلادی می باشد، منتشر شد که در سال ۱۹۹۹ و ۲۰۰۲ مورد تجدید نظر و بازبینی قرار گرفت و تعلیقات رسمی (توضیحات رسمی راجع به هر یک از مواد قانونی) به آن اضافه شد. این سند با بررسی دقیق نقاط ضعف و قوت حقوق قراردادهای نظام حقوقی کامن لا

^۱ - United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods

^۲ - Schwenger, Ingeborg H & Fountoulakis, Christiana, International sales law, published in the Taylor & Francis e-Library, ۲۰۰۷, P ۲۱. Available online at: http://books.google.com/books?id=V۱DfC۶H-yu۸C&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=۰۰۱v=onepage&q&f=false.

^۳ - UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts

^۴ - اعضای این مؤسسه شامل ۶۰ کشور با سیستم های حقوقی، اقتصادی و سیاسی مختلف از پنج قاره متفاوت جهان می باشند. از کشورهای آسیایی، کشورهای مانند ایران، عراق، پاکستان، هند، چین و ژاپن عضو این مؤسسه می باشند. شایان ذکر است که ایران از سال ۱۹۶۴ میلادی (۱۳۴۳ ه.ش) عضو این مؤسسه بوده است. ر.ک: www.UNIDROIT.org

^۵ - michael joachim bonell

^۶ - Laborde, Carolina M, Electronic Signatures in International Contracts, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, ۲۰۱۰, P ۱۷۴. Available online at: <http://books.google.com/books?id=Cne-igPOkhgC&pg=PA۱۳۳&lpg=PA۱۳۳&dq=Electronic+Signatures+in+International+Contracts&source=bl&ots/۲۰۰۰-zJwpcjA۵۲&sig=M۰qC۲qNtFu۱۸KpvoXWmkIEuLRNM&hl=en&sa=X&ei=ZSngTsfyKa۳P۴QTny۶DICA&ved=۰CDwQ۶AEwAw#v=onepage&q=Electronic/۲۰Signatures/۲۰in/۲۰International/۲۰Contracts&f=false>.

^۷ - Principles of European Contract Law

^۸ - Commission on European Contract Law (LANDO Commission)

و رمی - ژرمنی تدوین شده و به ویژه تفکر و تعمق بر روی چهار سیستم حقوقی بزرگ اروپا؛ یعنی انگلیس، فرانسه، آلمان و ایتالیا، بوده است. این سند به جهت تأخر تدوین نسبت به اسناد پیشین، از وزانت و جامعیت برخوردار است و به عنوان یک قانون نمونه یا منعطف و در قالب طرح اولیه یا پیش نویس می تواند مورد تدبیر قانونگذاران داخلی قرار گیرد. به علاوه، این سند بر خلاف UPICC که تنها راجع به قراردادهای تجاری است، نسبت به تمامی قراردادها (اعم از تجاری و مدنی) قابل اعمال است (قراردادهای تجاری به قراردادهایی گفته می شود که طرفین آن تجار می باشد در حالی که قراردادهای مدنی یا مصرفی به قراردادهایی گفته می شود که طرفین آن یا یکی از آن ها مصرف کنند می باشد و برای رفع حوائج شخصی خود حاضر به انعقاد قرارداد شده اند). به هر حال، با توجه به این که ۵ نفر از اعضای که در تدوین UPICC شرکت داشتند در تدوین PECL نیز حضور داشتند و همچنین تأخر انتشار PECL، نمی توان تأثیر پذیری PECL از UPICC را انکار کرد، همچنانکه می توان گفت با توجه به این که UPICC نیز در سال ۲۰۰۴ و ۲۰۱۰ مورد اصلاح قرار گرفته؛ یعنی ۲ سال و ۴ سال بعد از انتشار آخرین نسخه PECL، از PECL تأثیر پذیری متقابل داشته است. به همین خاطر است که تا حد زیادی قواعد این دو سند مشابه یکدیگر می باشد.^۱

جهت هماهنگ سازی بیشتر حقوق خصوصی اروپا، «گروه مطالعاتی قانون مدنی اروپا»^۲ به ریاست پروفیسور «کریستین ون بار» آلمانی از سال ۱۹۹۸ میلادی و «گروه تحقیق روی حقوق خصوصی موجود اتحادیه اروپا»^۳ به ریاست «هانس شولتی نولکی»^۴ آلمانی از سال ۲۰۰۲ میلادی بر اساس تصمیم کمیسیون اروپا مأمور تدوین سند پیش نویسی برای قانون مدنی اتحادیه اروپا، با بررسی کامل دو نظام حقوقی کامن لا و رمی - ژرمنی، شدند. در نتیجه تلاشهای این دو گروه، DCFR^۵ (پیش نویس نویس چارچوب مشترک ارجاع) در سال ۲۰۰۸ میلادی تدوین و منتشر شد که در نهایت، نسخه بازننگری و اصلاح شده آن در سال ۲۰۰۹ میلادی منتشر شد. تدوین DCFR را باید گامی مهم در تعالی قواعد حاکم بر حقوق خصوصی دانست. این سند پیش نویس، مرجعی نوین و پویاست که در تدوین آن سعی شده است از اصول و قواعد بی طرف، منصفانه و عقلایی استفاده شود. طبق مقدمه این سند، بخش مربوط به حقوق قراردادهای آن مبتنی بر PECL می باشد که PECL خود نیز مشترکات زیادی با UPICC دارد.

^۱- See: Bush, Danny, Hondius, Ewoud; Van kooten, Hugo; Schelhaas, Harriet; Schrama, Wendy; The Principles of European Contract Law and Dutch Law, kluwer law international, the Hague/ London/ new York, ۲۰۰۲, p ۱۴ to ۱۸; Lando, Ole, Salient Features of the Principles of European Contract Law: a comparison with the UCC, School of Law, Pace International Law Review, ۲۰۰۱, P ۳۴۰. Available online at : <http://digitalcommons.pace.edu/pilr/vol13/iss24/>.

^۲- Study Group on a European Civil Cod (Study Group)

^۳- Christian von Bar

^۴- Research Group on Existing EC Private Law (Acquis Group)

^۵- Hans Schulte-Nölke

^۶- Draft Common Frame of Reference

اگرچه بخش مربوط به حقوق قراردادهای DCFR مبتنی بر PECL است، اما بسیار جامع تر از PECL می باشد. نواقصی که در PECL از سوی نویسندگان حقوقی مورد اشاره قرار گرفته، توسط مدونین DCFR برطرف گردیده است و همچنین حاوی قواعد نمونه بسیار گسترده تری در زمینه عقود معین؛ مثل رهن، بیع، اجاره، هبه، تراس و به طور کلی حقوق خصوصی؛ از جمله مداخله خیرخواهانه در امور دیگری، ضمان قهری، می باشد. در DCFR سعی شده است که جهت تبیین اصطلاحات حقوقی، این اصطلاحات به طور کامل تعریف و به طور صحیح بیان شوند به طوری که با تعریف آن تناقضی نداشته باشند. در این سند از اصطلاحات حقوقی به گونه ای استفاده شده است که اختصاص به حقوق کشور خاصی نداشته باشد تا از این طریق در سطح جهانی به راحتی قابل فهم باشند و تلقین کننده قواعد کشوری خاص پیرامون آن اصطلاحات نباشد. مثلاً در مورد «تقلیل خسارت» به جای اصطلاح «Mitigation» در حقوق انگلیس، از اصطلاح «Reduction of loss» استفاده شده است یا در مورد «الزام به اجرای تعهد» اصطلاح «Enforcement of obligation» مورد استفاده قرار گرفته و در این زمینه از به کار بردن اصطلاح مربوط به حقوق انگلیس؛ یعنی «Specific performance» پرهیز شده است. همچنین در این سند، اصولی اساسی مانند اصل آزادی قراردادها، اصل لزوم قراردادها، اصل حسن نیت و رفتار منصفانه، اصل داراشدن ناعادلانه، که مبنای تدوین بسیاری از قواعد نمونه حقوقی می باشند، به تفصیل مطرح شده اند.

مقدمه DCFR، اهداف تدوین آن را در سه دسته مطرح کرده است:

- ۱- مبنایی برای CFR^۱ (چارچوب مشترک ارجاع): مهمترین و اصلی ترین هدف از تدوین DCFR این است که این سند پیش نویس، به عنوان بهترین مدل یا الگو یا جعبه ابزار^۲ جهت یکسان سازی حقوق خصوصی اروپا به کار گرفته شود تا با لحاظ تعادلی منطقی بین حقوق رمی- ژرمنی و حقوق کامن لا که مدعی آن است، بتواند مبنای وضع قانون مدنی اروپا، تحت عنوان CFR، در آینده ای نزدیک شود.
- ۲- مرجعی برای آموزش و پژوهش حقوق خصوصی: DCFR به عنوان مرجعی استاندارد و نوین که قواعد آن با عباراتی ساده و روان بیان شده اند، نقشی اساسی در آموزش و پژوهش حقوق خصوصی دارد. این آموزش و پژوهش، از این جهت که سعی شده است DCFR بر مبنای اصول و قواعد بی طرف، منصفانه و عقلایی تدوین شود، محدود به اروپا نبوده و فراگیر است. مطالعه تطبیقی این سند، این فایده را دارد که نقاط قوت حقوق داخلی و نقاط منفی و ایرادات آن آشکار شده و خیزش به سمت تغییر آنچه هست به سمت آنچه مطلوب است را از طریق نوشته های حقوقی فراهم می نماید.
- ۳- منبع الهام بخش تقنینی و قضایی: DCFR الگویی مناسب برای قانونگذارانی که در پی تدوین یک قانون ملی جامع در زمینه حقوق خصوصی هستند، می باشد. همچنین منبعی الهام بخش برای قضات، داوران و وکلا، جهت تفسیر مقررات قوانین داخلی یا معاهدات بین المللی که می تواند منجر به رویه قضایی شود، می باشد.

^۱ - Common Frame of Reference

^۲ - toolbox

DCFR مشتمل بر ۱۰ کتاب می باشد. این کتاب ها به ترتیب شماره آن ها به موارد زیر اختصاص یافته است: ۱- مقررات عمومی ۲- قراردادهای و اعمال حقوقی ۳- تعهدات و حقوق مربوطه ۴- عقود معین و حقوق و تعهدات ناشی از آن ها ۵- مداخله خیرخواهانه در امور دیگری (اداره فصولی مال غیر) ۶- مسئولیت غیر قراردادی ناشی از ضرر وارده به دیگری ۷- دارا شدن ناعادلانه ۸- تحصیل و از دست دادن مالکیت کالا ۹- وثیقه اختصاصی در اموال منقول ۱۰- تراست.^۱

مفهوم ضمانت اجرای تعهدات قراردادی: موضوع تحقیق حاضر «ضمانت اجرای تعهدات قراردادی در حقوق ایران و DCFR» می باشد. قواعد مربوط به ضمانت اجرای تعهدات قراردادی در فصل سوم کتاب سوم DCFR، ذیل عنوان «ضمانت های عدم اجرا» (Remedies for non-performance) به طور مستقل بیان شده است که شامل تقلیل ثمن به نسبت اجرای تعهد، الزام به اجرای تعهد، خودداری از اجرای تعهد متقابل، فسخ و خسارات می باشد. این ضمانت اجرای تعهدات قراردادی، در واقع پشتوانه های اجرای تعهدات قراردادی هستند. یعنی ابزاری هستند که متعهد را به اجرای مفاد قرارداد سوق می دهند و به عبارت دیگر بازتاب حقوق متعهدله علیه تخلف یا عدم اجرای متعهد می باشند؛ عدم اجرا اعم است از اینکه شخص متعهد اصلاً تعهد خود را اجرا ننماید یا اینکه اجرای غیر مطابق با تعهد قراردادی (اجرای ناقص یا معیوب) داشته باشد یا تعهد خود را با تأخیر اجرا نماید. ضمانت اجرای تعهدات قراردادی مهمترین بخش حقوق تعهدات را تشکیل می دهند؛ زیرا اگر ضمانت اجرایی همراه قرارداد نباشد نمی توان به اجرای تعهد قراردادی نیز امیدوار بود. در حقوق ایران، ضمانت اجرای تعهدات قراردادی، بدون عنوانی مستقل، به طور پراکنده، موادی از قانون مدنی را به خود اختصاص داده است.

اصل قابل جمع بودن ضمانت اجراها در عرض یکدیگر، در اسناد و کنوانسیون های مرتبط با حقوق قراردادهای به رسمیت شناخته شده است؛ چنانکه در DCFR ماده ۱:۰۲-۳. III مقرر می دارد: «ضمانت اجرایی که با هم ناسازگار نیستند ممکن است با هم ترکیب شوند. به ویژه، متعهدله با توسل به هر ضمانت اجرایی، از حق جبران خسارت محروم نمی شود». بنابراین ممکن است متعهدله همزمان به چند ضمانت اجرا متوسل شود؛ برای مثال عقد را فسخ کرده و خسارت از دست دادن معامله را نیز

^۱ - برای مطالعه بیشتر در خصوص DCFR، ر.ک:

The Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR) Outline Edition. München: Sellier European Law Publishers ۲۰۰۹, Edited by Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke and Hugh Beale, Johnny Herre, Jérôme Huet, Peter Schlechtriem†, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano and Fryderyk Zoll, P ۲ to ۱۸. Available online at: http://www.storme.be/۲۰۰۹_۰۲_DCFR_OutlineEdition.pdf.

Wittaker, Simon, the Draft Common Frame of Reference: an assessment, commissioned by the Ministry of Justice, United Kingdom, ۲۰۰۸, P ۲ to ۱۰. Available online at:

http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=the%۲۰draft%۲۰common%۲۰frame%۲۰of%۲۰reference%۳A%۲۰an%۲۰assessment&source=web&cd=۱&ved=۰CBwQFjAA&url=http%۳A%۲F%۲Fwww.justice.gov.uk%۲Fpublications%۲Fdocs%۲FDraft%20Common%20Frame%20of%20Reference%20an%20assessment.pdf&ei=gN_sToDfNlSBAgOfwcWDCg&usg=AFQjCNGGTuF_Av۹mZm۶KcbwTc۹pdW۳uAng&cad=rja.

مطالبه نماید. همچنین امکان اعمال ضمانت اجراها به صورت پشت سر هم نیز وجود دارد؛ مثلاً متعهدله ابتدا به نوعی از ضمانت اجرا مثل الزام به اجرای تعهد متوسل شود و بعد از ناکامی از این ضمانت اجرا به ضمانت اجرای دیگری مثل حق فسخ یا خسارت متوسل شود. بنابراین امکان جمع و استفاده پشت سر هم ضمانت اجراها را باید به عنوان یک اصل مسلم در نظر گرفت. البته این اصل مسلم، استثنائاتی هم دارد. این استثنائات ناشی از طبیعت انواع ضمانت اجراهاست. طبیعت پاره ای از ضمانت اجراها، مثل حق فسخ و الزام به اجرای تعهد، با هم ناسازگار است به نحوی که نمی توان آن دو را با هم اعمال کرد، اما می توان این دو را در پی هم مورد استفاده قرارداد؛ یعنی متعهدله ابتدا الزام به اجرای تعهد را مطالبه کند و بعد در صورت ناامیدی، عقد را فسخ کند. در این میان جبران خسارت کمترین تناقض را با دیگر ضمانت اجراها دارد و می تواند به عنوان یک ضمانت اجرای تکمیلی در کنار هر یک از ضمانت اجراها، حتی حق خودداری از اجرای تعهد متقابل، مورد استفاده قرار گیرد. بر خلاف حقوق ایران که حق حبس ناظر به تعهدات قراردادی دارای موعده اجرای همزمان می باشد و بنابراین اعمال آن از سوی طرفین مصداق دارد و در نتیجه، مطالبه خسارت در کنار آن، با توجه به امتناع از اجرای تعهد از سوی هر دو طرف، امکان ندارد، در DCFR حق خودداری از اجرای تعهد متقابل، از سوی یک طرف که تعهد او نسبت به دیگری مؤجل است نیز مصداق دارد. بنابراین در کنار این حق خودداری از اجرا، خسارت نیز، در صورتی که متعهد، تعهد حال خود را نقض نماید قابل وصول است. در حقوق ایران نیز اگرچه امکان این امر وجود دارد، اما این حق خودداری از اجرای تعهد که از سوی یک طرف قابل اعمال است، حق حبس نمی باشد.

ب) سابقه علمی

با توجه به این که DCFR سند جدیدی می باشد که در سال ۲۰۰۸ میلادی منتشر شده است، هنوز در حقوق ایران هیچ کتاب یا مقاله ای در مورد بررسی تطبیقی ضمانت اجراهای موجود در این سند تدوین نشده است. با این وجود، مقالاتی انگلیسی در رابطه با DCFR وجود دارد که می توان از آنها جهت تجزیه و تحلیل قواعد حاکم بر ضمانت اجرای تعهدات قراردادی در سند DCFR بهره گرفت. همچنین چون سند DCFR تحت تأثیر حقوق کشورهای اروپایی تهیه و تدوین شده است، رجوع به کتب حقوقی انگلیسی که به عنوان کتب مبانی حقوق قراردادهای شناخته می شوند و همچنین مقالات انگلیسی که در رابطه با حقوق قرارداد کشورهای اروپایی وجود دارد، جهت غنی تر شدن، بررسی و تجزیه و تحلیل بهتر موضوع تحقیق مفید به نظر می رسد. در حقوق ایران، در اکثر کتب حقوقی، ضمانت اجرای تعهدات قراردادی به صورت جداگانه و دسته بندی شده بررسی نشده اند بلکه نویسندگان به تناسب مطلب به طرح مباحثی در این زمینه پرداخته اند.

۱- کتب حقوقی

ناصر کاتوزیان در «قواعد عمومی قراردادها»، جلد ۴ (چاپ چهارم، انتشار، ۱۳۸۳)، فصل چهارم با عنوان «اجرای عقد - مسئولیت قراردادی» را طی دو مبحث مورد بررسی قرار داده است؛ به این

صورت که مبحث اول با عنوان «اجرای مفاد عقد» را به «اجرای اختیاری (وفای به عهد)» و «اجرای اجباری عقد» و مبحث دوم را به «عهد شکنی و نتیجه آن - مسئولیت قراردادی» اختصاص داده اند. ایشان برخی از مواردی را که در سند DCFR عنوان ضمانت اجرای تعهدات قراردادی دارند را ذیل گفتار «اجرای اجباری عقد» (تحت عنوان حق حبس، قواعد عمومی اجبار) و مبحث «عهد شکنی و نتیجه آن - مسئولیت قراردادی» (تحت عنوان خسارات) و در خصوص موارد دیگر ضمانت اجرای تعهدات قراردادی؛ یعنی حق فسخ و ارش (تقلیل ثمن به نسبت اجرای تعهد)، به صورت پراکنده، به تناسب مطلب به طرح مباحثی در این زمینه پرداخته اند بدون اینکه مطالعه تطبیقی نیز داشته باشند. این در حالی است که ما قصد داریم ضمانت اجرای تعهدات قراردادی در حقوق ایران را به صورت دسته بندی شده، تحت عنوان مستقلی، با مطالعه تطبیقی نسبت به سند DCFR مورد بررسی قرار دهیم تا نقاط ضعف و قوت این ضمانت اجراها در حقوق ایران نسبت به سند DCFR آشکار شود.

حسین علی احمدی جشفقانی در «**اجرای تعهد قراردادی**» (چاپ اول، انتشارات برهمند، ۱۳۷۵) در فصل ۳ تحت عنوان «مختصات اجرای تعهد قراردادی» مبحث اول را به «شرایط، موانع و ضمانت اجرای تعهدات قراردادی» اختصاص داده اند و پس از گفتار اول (شرایط اجرای تعهد قراردادی) و دوم (موانع اجرای تعهد قراردادی)، در گفتار سوم با موضوع «ضمانت اجرای تعهد قراردادی»، حق حبس، حق الزام به اجرای عین تعهد، وجه التزام، وثیقه های اجرای تعهد و تقاص را بحث کرده اند، اما علاوه بر اینکه به بحث مد نظر ما که بررسی ضمانت اجرای موجود در سند DCFR می باشد اشاره ای ندارد، خسارات قانونی و انواع آن، حق فسخ، تقلیل ثمن به نسبت اجرای تعهد که در DCFR به عنوان ضمانت اجرای تعهدات قراردادی شناخته شده اند را مورد بررسی قرار نداده اند.

محمد مجتبی رودیجانی در کتاب «**مسئولیت قراردادی**» (ضمانت اجرای مفاد قرارداد) (شیراز: انتشارات کوشا مهر، ۱۳۸۷) اجرای تعهدات قراردادی و ضمانت اجرای آن مورد مقایسه تطبیقی جزئی قرار گرفته و در صفحه ۱۴۷ به بیان این مطلب می پردازد که اجرای اجباری عقد در حقوق ایران، به صورت یک اصل به عنوان ضمانت اجرای تعهد قراردادی پذیرفته شده است. این نویسنده، علاوه بر اینکه مواردی که در DCFR به عنوان ضمانت اجرای تعهدات قراردادی ذکر شده اند را به طور کامل مورد تجزیه و تحلیل قرار نداده اند، به بحث مد نظر ما که بررسی تطبیقی ضمانت اجرای موجود در سند DCFR می باشد، اشاره ای نکرده است.

پرویز نوین در «**حقوق مدنی ۳**» (در عقود و تعهدات) (چاپ اول، انتشارات تدریس، ۱۳۸۴) در فصل دوم، صفحه ۱۵۵ ضمانت اجرای تعهدات قراردادی؛ از جمله حق حبس، الزام به اجرای تعهد، خسارت، وجه التزام، وثیقه های اجرای تعهد را در ۱۲ بند به طور خیلی مختصر، با شرحی کوتاه، بیان می دارد بدون این که مقایسه ای با حقوق کشورهای دیگر یا اصول مدنظر ما صورت گیرد. البته پر واضح است که این کتاب صرفاً به بررسی مواد مربوط به قانون مدنی ایران پرداخته و در آن هیچ اثری از تطبیق و مقایسه نیست.

حشمت الله سماواتی در کتاب خسارت ناشی از عدم انجام تعهد در حقوق ایران و نظام های حقوقی دیگر (چاپ اول ، انتشارات مولوی ، ۱۳۶۸) پس از بررسی راه های جبران خسارت، در فصل هفتم خسارت عدم انجام تعهد را در نظام های حقوقی اسلام، انگلیس، آلمان و فرانسه مورد بحث تطبیقی قرار می دهد، ولی این بررسی در مقایسه بحث مورد نظر ما که ضمانت اجرای تعهدات قراردادی در حقوق ایران و DCFR می باشد نا کافی بوده و تنها بخشی از آن را مورد توجه قرار می دهد.

مهدی شهیدی در کتاب «اصول قراردادهای و تعهدات» (چاپ چهارم، مجد، ۱۳۸۵)، حسین صفایی در کتاب «دوره مقدماتی حقوق مدنی - جلد دوم - قواعد عمومی قراردادهای» (چاپ اول، میزان، ۱۳۸۲) و قاسم شعبانی در کتاب «تعیین خسارت در قراردادهای و تعهدات» (چاپ اول، انتشارات اطلاعات، ۱۳۸۵) به صورت پراکنده، مختصر و گذرا، موارد مربوط به ضمانت اجرای تعهدات قراردادی را بحث کرده اند و از این لحاظ تاب گستردگی موضوع ما را ندارد.

در کتب فقهی نیز، ضمانت اجرای تعهدات قراردادی به صورت پراکنده بحث شده اند. در المبسوط، مختلف الشیعه، مسالک الافهام، مصباح الفقاهه، حاشیة المکاسب (سید یزدی، شیخ الشریعه)، البیع و تحریر الوسیله امام خمینی (ره) و بسیاری کتب فقهی دیگر ضمانت اجرای تعهدات قراردادی به صورت پراکنده مورد بررسی قرار گرفته اند. در این تحقیق باید روشن شود که آیا موارد ذکر شده در این کتب فقهی و حقوقی جزء ضمانت اجرای تعهدات قراردادی هستند.

در حقوق انگلیس نیز کتب مهمی مثل (Law of Contract, Chechire, 18 th edition, London, 1996) و (Law of Contract, Treitel, G.H, ninth edition, London, 1995) و (Ansons Law of contract, Beatson, axford university press, 27 th, 1998) و مبحث اصلی راجع به ضمانت اجرای تعهدات قراردادی را تحت عنوان Remedies (وسایل جبران و ترمیم) مورد بررسی قرار داده اند و دو عنوان اصلی Damages (خسارات) و Specific performance (اجرای عین تعهد) را در این زمینه به کار برده اند و اظهار کرده اند که در حقوق انگلیس قاعده این است که به محض نقض تعهد از ناحیه متعهد، متعهدله حق دارد درخواست جبران خسارت نماید و اجرای عین تعهد در صورتی پذیرفته است که مطابق با قواعد انصاف باشد و جبران خسارت برای متعهدله نامناسب باشد. حال با بررسی تطبیقی ضمانت اجرای تعهدات قراردادی موجود در سند DCFR باید دید که موضع DCFR در این رابطه، نسبت به حقوق انگلیس به چه صورت است.

۲- مقالات

مهراب داراب پور در «ارزیابی تطبیقی ایفای عین تعهد» (مجله تحقیقات حقوقی تهران، دفتر خدمات حقوق بین الملل، شماره ۲۹، بهار و تابستان ۱۳۷۹) اجرای اجباری تعهد را به عنوان یک ضمانت اجرای تعهد قراردادی، در مقابل اجرای اختیاری تعهد، مورد بررسی تطبیقی قرار داده و به این نتیجه رسیده است که در حقوق کامن لا، بر خلاف حقوق ایران و حقوق رمی ژرمنی، اجرای اجباری تعهد، به عنوان یک اصل پذیرفته نشده است. پر واضح است که این بررسی در مقایسه بحث