

سلسله مراتب و تغییر ضمانت اجرای نقض قرارداد؛ رویکرد اسناد بین‌المللی و حقوق ایران

تاریخ پذیرش نهایی: ۱۴۰۰/۰۵/۱۱

تاریخ دریافت: ۹۹/۱۲/۲۷

ابراهیم شعاریان^۱
سارا صاحب‌جمع^۲

چکیده

یکی از موضوعات مهم نقض قرارداد، سلسله‌مراتب میان ضمانت اجراها و امکان تغییر آنها است. پژوهش حاضر بر پایه این پرسش بنا شده است که آیا سلسله‌مراتب و اولویتی میان ضمانت اجراها وجود دارد یا خیر و آیا زیان‌دیده استحقاق دارد پس از انتخاب ضمانت اجرای موردنظر خویش، آن را تغییر داده، ضمانت اجرای دیگری انتخاب کند؟ اسناد بین‌المللی راجع به قراردادهای مانند اصول حقوق قراردادهای اروپا و اصول یونیدروا، برخی از جنبه‌های موضوع را مورد توجه قرار داده‌اند؛ با این حال، قانون مدنی ایران در این خصوص ساکت است و اگرچه برخی نویسندگان دیدگاه‌هایی در مورد سلسله‌مراتب ضمانت اجراها مطرح نموده‌اند، اما تغییر ضمانت اجرا در حقوق ایران هیچ‌گاه موضوع تحقیق قرار نگرفته است. نگارندگان مقاله حاضر با مطالعه تطبیقی می‌کوشند تا موضوع تحقیق را نسبت به ضمانت اجرای الزام به ایفای تعهد، فسخ قرارداد، خسارت و تقلیل ثمن مورد تحلیل قرار دهند. بدیهی است که یافته‌های تحقیق حاضر در قلمرو قراردادهای داخلی و بین‌المللی کاربرد دارد و فواید عملی آن در دعاوی ناشی از قرارداد غیرقابل انکار است.

واژگان کلیدی: اسناد بین‌المللی، الزام، تغییر ضمانت اجرا، حقوق ایران، خسارت، سلسله‌مراتب ضمانت اجراها، فسخ.

مقدمه

ضمانت اجراهای نقض قرارداد یکی از مهم‌ترین مباحث حقوق قراردادهای است. در حقوق ایران ضمانت اجراهای معمول نقض قرارداد، الزام به انجام تعهد، فسخ قرارداد و مطالبه خسارت است. مواد ۲۳۷، ۳۹۵ و ۴۷۶ قانون مدنی مصادیق امکان الزام متعهد است. در خصوص فسخ قرارداد در باب قواعد عمومی معاملات حکمی ملاحظه نمی‌شود، اما برخی مقررات قانون مدنی مانند مواد ۲۳۹، ۳۷۹، ۳۹۵ و ۴۸۷، ۴۹۲ به بیان این ضمانت اجرا پرداخته است. مواد ۲۲۶ تا ۲۳۰ قانون مدنی نیز حاوی برخی از احکام مربوط به ضمانت اجرای مطالبه خسارت است؛ هرچند که قانون مدنی در خصوص اقسام خسارت قابل مطالبه و شرط قابل پیش‌بینی بودن ضرر ساکت است. تقلیل ثمن، ضمانت اجرای دیگری است که در قانون مدنی ایران به آن تصریح نشده است، اما به‌رغم مشابهت با نهاد ارزش مندرج در ماده ۴۲۲، تفاوت‌هایی با آن دارد.^۳ در اسناد بین‌المللی راجع به قراردادهای از جمله PICC^۴، PECL^۵، DCFR^۶ و CISG^۷، اقسام مختلف ضمانت اجراهای یادشده پیش‌بینی شده‌اند. تعلیق اجرای تعهد ضمانت اجرای دیگری است که تحت شرایط خاصی در فرض نقض قرارداد قابل اعمال است، اما ماهیتی موقت دارد^۸ و مانند سایر ضمانت اجراها، به صورت نهایی و قطعی نقض قرارداد را جبران نمی‌کند.

از مهم‌ترین احکام مربوط به ضمانت اجراها، مسئله سلسله‌مراتب میان آنها و همین‌طور امکان تغییر ضمانت اجرا است. سلسله‌مراتب ضمانت اجراها، به معنای تقدم و اولویت برخی از ضمانت اجراها بر بعضی دیگر است که با رویکردهای متفاوتی در نظام‌های مختلف حقوقی روبه‌رو است. اگرچه در آثار حقوقی ما مطالبی در خصوص تقدم الزام بر فسخ و دیدگاه‌های مخالف آن مطرح شده است، نگارندگان مقاله حاضر با تطبیق موضوع در اسناد

۳. برای مطالعه تفاوت ارزش و تقلیل ثمن، ر.ک. ربیعا اسکینی و علیرضا جعفریان، «بررسی ارزش در حقوق ایران و فقه امامیه و تفاوت آن با تقلیل ثمن در کنوانسیون بیع بی‌المللی»، نشریه پژوهشنامه حقوق اسلامی، ش ۳۱، ۱۲۸۹، ص ۶۷ به بعد.

4. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts

5. Principles of European Contract Law

6. Draft Common Frame of Reference

7. Convention on International Sale of Goods

8. Stefan, Vogenauer & Jan, Kleinheisterkamp (eds), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, (the USA: Oxford University Press, 2014), p. 838.

بین‌المللی می‌کوشند تا ضمن طرح رویکردهای یادشده، موضع حقوق ایران را راجع به فقدان سلسله‌مراتب میان الزام و فسخ با ارائه دلایلی جدید اثبات نمایند.

پرسش دیگری که در ادبیات حقوقی ما بی‌پاسخ مانده است، بررسی امکان تغییر ضمانت اجرا از سوی متعهدله است. آیا زیان‌دیده پس از توسل به ضمانت اجرای منتخب خود استحقاق تغییر و استناد به دیگر ضمانت اجراها را دارد؟ اکثر نظام‌های حقوقی و اسناد بین‌المللی مقرره‌ای در این خصوص ندارند و تحلیل موضوع اغلب از سوی حقوق‌دانان نیز مغفول مانده است. تنها فرشاد رحیمی دیزگوین بخشی از موضوع تغییر ضمانت اجرا در اسناد بین‌المللی را مورد تحلیل قرار داده است.^۹ دکترین حقوقی و رویه قضایی ایران نسبت به موضوع ساکت است و نوشتار حاضر نخستین پژوهش در خصوص امکان تغییر ضمانت اجرا تلقی می‌شود.

اگرچه موضوع مقاله حاضر بررسی سلسله‌مراتب و تغییر ضمانت اجراها است، اما به علت ارتباط نزدیک موضوع با مسئله ترکیب ضمانت اجراها، ضروری است تا قبل از ورود به موضوع سلسله‌مراتب و تغییر ضمانت اجراها، وضعیت حقوقی قابلیت ترکیب ضمانت‌اجراها بررسی شود، زیرا تا حدی که ضمانت اجراها با یکدیگر قابل جمع باشند، مسئله سلسله‌مراتب و تغییر ضمانت اجرا موضوعیت نخواهد داشت.

۲. ترکیب ضمانت اجراها^{۱۰}

۲.۱. شناسایی ترکیب ضمانت اجراها

منظور از قابلیت ترکیب این است که ضمانت اجرای سازگار که مصادیق آنها در ادامه بیان خواهد شد، با همدیگر قابل جمع هستند^{۱۱} و متعهدله می‌تواند در صورت نقض قرارداد به چند ضمانت اجرای در عرض هم متوسل شود. اما اگر ضمانت اجراها ناسازگار^{۱۲}

9. See: Farshad, Rahimi Dizgovin, "Foundations of Specific Performance in Investor-State Dispute Settlements: Is It Possible and Desirable?", *Florida Journal of International Law*, Vol. 28 (2016), pp. 44-50.

10. Accumulation of Remedies

11. Ole, Lando & Hugh, Beale, et al. (eds), *Principles of European Contract Law (Combined and Revised)*, (Netherlands: Kluwer Law International, 2000), p. 445.

12. Inconsistent Remedies

باشند، امکان جمع آنها وجود نخواهد داشت^{۱۳} و زیان دیده ملزم به انتخاب از میان ضمانت اجرای موجود خواهد بود^{۱۴}. شناسایی ضمانت اجرای ناسازگار و تکلیف خواهان به انتخاب از میان آنها، همسو با اصل منع جبران مضاعف^{۱۵} است^{۱۶}.

اسناد بین‌المللی به صورت صریح یا ضمنی مقرراتی در خصوص امکان جمع ضمانت اجراها پیش‌بینی نموده‌اند. ماده ۸:۱۰۲ PECL مقرر می‌دارد: «ضمانت‌های اجرایی که با یکدیگر ناسازگار نیستند، قابلیت ترکیب دارند. به‌ویژه با استناد زیان دیده به سایر ضمانت‌های اجرا، وی از حق مطالبه خسارت محروم نمی‌شود». مشابه همین مقرر در ماده ۳:۱۰۲ کتاب سوم DCFR بیان شده است^{۱۷}.

پیش‌نویس اولیه PICC مقرر و ویژه‌ای در خصوص ترکیب ضمانت‌های اجراها پیش‌بینی کرده بود، ولی سرانجام در تدوین مواد، این مقرر حذف شد^{۱۸}. اما برخی از مواد سند یادشده^{۱۹} متضمن نتایج مشابهی است^{۲۰}. شرح رسمی PICC تمام ضمانت‌های سازگار را قابل ترکیب دانسته است^{۲۱}؛ زیرا یکی از پایه‌های این سند، لزوم وجود رفتار سازگار و اجتناب از رفتار ناسازگار^{۲۲} است که در ماده ۱-۸ به آن تصریح شده است^{۲۳}. CISG نیز همانند PICC مقرر مستقلی در این خصوص ندارد، اما مطابق مواد ۴۵ (۲) و ۶۱ (۲)، طرفی که به ضمانت‌های اجرایی در دسترس به‌موجب قرارداد یا کنوانسیون استناد می‌کند، از

13. Liu, Chengwei, "Remedies Available: Comparison between the Provisions of CISG Articles 45 and 61 and the Counterpart Provisions of the PECL Articles 8:101 and 8:102", In: John Felemegas (ed), *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*, (the USA: Cambridge University Press, 2007), p. 370.

14. Stephen, Watterson, "Alternative and Cumulative Remedies: What Is the Difference?", *Restitution Law Review*, Vol. 11 (2003), p. 8.

15. Over Compensation

16. Andrew, Burrows, *Understanding the Law of Obligations: Essays on Contract, Tort and Restitution*, (the UK: Hart Publishing, Oxford University Press, 1998), p. 41.

۱۷. ماده ۱۲۱۷ قانون مدنی فرانسه (اصلاحی ۲۰۱۶) نیز اصل قابلیت ترکیب ضمانت‌های اجرایی سازگار را شناسایی نموده است.

18. Stefan, Vogenauer & Jan, Kleinheisterkamp (eds), *op. cit.*, p. 826.

۱۹. مانند مواد ۱-۷، ۵-۲، ۳-۷، ۵-۳، ۷-۴

20. *Ibid.*

21. Art. 7.1.1 PICC, Official Comment

22. Inconsistent Behavior

23. Bénédicte, Fauvarque-Cosson, & Denis, Mazeaud, *European Contract Law- Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, (Germany: Sellier- European Law Publisher, 2008), p. 566.

حق مطالبه خسارت محروم نمی‌شود.^{۲۴} در نتیجه، مطالبه خسارت با سایر ضمانت اجرای قابل جمع است.

در حقوق ایران، قانون مدنی و سایر قوانین مقررهای در خصوص قابلیت جمع ضمانت اجراها وجود ندارد؛ اما با استقرا در قوانین می‌توان به برخی نتایج دست یافت.^{۲۵}

۲.۲. مصادیق ضمانت اجرای سازگار و ناسازگار

ضمانت اجراها با یکدیگر یا سازگار و قابل ترکیب بوده یا ناسازگار و غیرقابل جمع هستند. اسناد بین‌المللی به بیان قاعده کلی امکان جمع ضمانت اجراها اکتفا نموده و مصادیق را بیان نکرده‌اند. در اسناد، اصل بر قابلیت ترکیب ضمانت اجراها است؛ مگر اینکه «ناسازگاری» آنها احراز شود.^{۲۶} این اسناد متضمن رویکرد یکسانی برای تشخیص سازگاری یا ناسازگاری ضمانت اجراها هستند. باید توجه داشت از آنجایی که تعلیق اجرای تعهد ضمانت اجرای موقت محسوب می‌شود، با برخی از ضمانت اجراها مانند الزام و خسارت قابل جمع است^{۲۷}؛ درحالی که امکان تعلیق اجرای تعهد و فسخ قرارداد به‌طور هم‌زمان متصور نیست.

الف) قابلیت جمع الزام با سایر ضمانت اجراها. همان‌گونه که پیش‌تر اشاره شد، CISG تلویحاً در مواد ۴۶ (۱) و ۶۲ (۱) امکان ترکیب ضمانت اجراها را به رسمیت شناخته است. مطابق این مقررات، خریدار یا فروشنده می‌تواند الزام را درخواست نماید، مگر اینکه قبلاً به ضمانت اجرایی ناسازگار با آن متوسل شده باشد. همراه با درخواست الزام به اجرا، خسارت تأخیر انجام تعهد، خسارات تبعی و تمام هزینه‌های وارده نیز قابل مطالبه است.^{۲۸}

24. Liu, Chengwei, "Remedies available: Comparison between the Provisions of CISG Articles 45 and 61 and the Counterpart Provisions of the PECL Articles 8:101 and 8:102", *op. cit.*, p. 370.

۲۵. ابراهیم، شعاریان و فرشاد، رحیمی، حقوق بیع بین‌المللی: شرح کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا در پرتو دکترین و رویه قضایی مطالعه تطبیقی با اسناد بین‌المللی و حقوق ایران، (تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، چ ۲، ۱۳۹۵)، صص ۵۴۹-۵۵۰؛ محمدباقر، پارساپور و همکاران، «قابلیت جمع شیوه‌های جبران خسارت قراردادی در حقوق اسلام و ایران در مقایسه با اسناد بین‌المللی»، فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، سال دوم، ش ۳ (۱۳۹۴)، ص ۱۴.

26. Stefan, Vogenauer & Jan, Kleinheisterkamp (eds), *op. cit.*, p. 915.

27. *Ibid.*, p. 826.

۲۸. ابراهیم، شعاریان و فرشاد، رحیمی، پیشین، ص ۵۵۲.

لکن درخواست الزام با خسارت عدم انجام تعهد قابل جمع نیست^{۲۹}؛ زیرا این نوع خسارت، بدل و جایگزین اصل تعهد محسوب شده، نمی‌توان هم‌زمان اصل و جایگزین تعهدی را مطالبه نمود^{۳۰}. الزام به اجرا هم‌زمان با فسخ قرارداد نیز نمی‌تواند درخواست شود؛ زیرا با فسخ و ترتب اثر قانونی بر آن، قرارداد به انتهای خود رسیده است و دیگر محملی برای اجرا باقی نمی‌ماند^{۳۱}. همچنین الزام به اجرا با ضمانت اجرای تقلیل ثمن قابل جمع نیست. مطابق ماده ۵۰ CISG، درخواست تقلیل ثمن به منزله پذیرش اجرای غیرمنطبق است و درخواست هم‌زمان اجرای صحیح و منطبق قرارداد با قبول اجرای غیرمنطبق همراه با ثمن تقلیل یافته مغایرت دارد^{۳۲}.

در حقوق ایران، وفق ماده ۳۶ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی لازم‌الاجرا مصوب ۱۳۸۷، وجه التزام تأخیر انجام تعهد مانع مطالبه اجرای تعهد نیست؛ اما چنانچه برای عدم انجام تعهد مقرر شده باشد، فقط یکی از آن دو قابل مطالبه است. این قاعده در مواردی که طرفین وجه التزامی پیش‌بینی نکرده باشند، در دعوی مطالبه خسارت جریان دارد^{۳۳}. همین رویکرد در رویه قضایی نیز پذیرفته شده است. برای مثال در دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۰۷۰۰۶۸۴ مورخ ۲۹ آبان ۱۳۹۲ شعبه ۷ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، مطالبه هم‌زمان خسارت عدم انجام تعهد و الزام به اجرا به جهت عدم امکان جمع میان آن دو، مورد پذیرش قرار نگرفته است. اصل عدم امکان جمع الزام و فسخ در حقوق ایران نیز صادق است، چراکه به حکم منطبق جمع این دو متصور نیست. همچنین جمع میان الزام و تقلیل ثمن ممکن نیست، زیرا با پذیرش اجرای غیرمنطبق از سوی متعهدله و تقلیل ثمن ضرر وارده جبران می‌شود.

۲۹. در حقوق فرانسه نیز همین رویکرد مبنی بر ممنوعیت جمع میان درخواست الزام به اجرا و خسارت عدم انجام تعهد پذیرفته شده است. ر.ک.

Ignacio, Marín García, "Enforcement of Penalty Clauses in Civil and Common Law: A Puzzle to Be Solved by the Contracting Parties", *European Journal of Legal Studies*, Vol. 5, No. 1 (2012), p. 114.

30. UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods, (the USA: United Nations, 2008), p. 151; Stefan, Vogenauer & Jan, Kleinheisterkamp (eds), *op. cit.*, p. 826.

31. Stefan, Vogenauer & Jan, Kleinheisterkamp (eds), *op. cit.*, pp. 826 & 915.

32. *Ibid.*

۳۳. سید حسین صفائی، «نقد آرای قضائی»، ماهنامه دادرسی، سال چهارم، ش ۲۲ (۱۳۷۹)، ص ۷۰؛ محمدباقر قربان‌وند، «تحلیل موقعیت وجه التزام در قراردادها»، ماهنامه کانون، ش ۱۸۸-۱۸۹ (۱۳۸۴)، ص ۳۵.

ب) قابلیت جمع فسخ با سایر ضمانت اجراها. به موجب اسناد بین‌المللی، فسخ قرارداد با برخی ضمانت اجراها مانند خسارت عدم انجام تعهد یا تأخیر انجام آن قابل ترکیب است.^{۳۴} مطابق ماده ۷-۳-۵ (۲) PICC زیان‌دیده با استناد به فسخ، از مطالبه خسارت محروم نمی‌شود. اما فسخ با برخی دیگر از ضمانت اجراها نمی‌تواند هم‌زمان مورد استناد قرار گیرد. پیش‌تر اشاره شد که مطالبه هم‌زمان الزام به اجرا و فسخ ممکن نیست.^{۳۵} همچنین، فسخ قرارداد با تقلیل ثمن نیز قابل جمع نیست.^{۳۶} زمانی که زیان‌دیده مهلت اضافی برای اجرا اعطا می‌کند، در طول دوره نمی‌تواند قرارداد را فسخ کند و این امر منوط به انقضای دوره است.^{۳۷}

به موجب حقوق ایران در صورت فقدان هرگونه توافق خاص، امکان ترکیب فسخ قرارداد با خسارت پیچیدگی خاصی دارد و بایستی میان فروض مختلف قائل به تفکیک شد. پس از فسخ قرارداد، زیان‌دیده می‌تواند خسارت وارده تا زمان تحقق فسخ را (البته در محدوده خسارات قابل جبران از جمله هزینه‌ها) مطالبه نماید. اما خسارت‌های بعد از فسخ علی‌القاعده قابل مطالبه نخواهند بود؛ چه اینکه اولاً ضمانت اجرای فسخ خصیصه جبرانی داشته، مانع ورود خسارات بیشتر در آینده و تداوم آن می‌شود. ثانیاً، مطالبه خسارت حسب ماده ۲۲۶ قانون مدنی منوط به انقضای موعد اجرای تعهد است. بنابراین در فرض فسخ قرارداد نسبت به تعهدات آینده، به‌ویژه در قراردادهای مستمر، امکان مطالبه خسارت با دو مانع عمده روبه‌رو است. نخست اینکه با وقوع فسخ، امکان انقضای موعد برای تعهدات

34. Liu, Chengwei, *Remedies for Non-performance - Perspectives from CISG, UNIDROIT Principles and PECL*, (SiSU on behalf of CISG Database: Pace Institute of International Commercial Law, 2003), p. 161; Stefan, Vogenauer & Jan, Kleinheisterkamp (eds), *op. cit.*, p. 827.

۳۵. البته ممکن است به‌رغم فسخ قرارداد، برخی از مقررات و مواد مربوطه مانند شرط داوری و شرط تحدید یا عدم مسئولیت همچنان قابل اجرا باقی بماند. بنابراین اجرای این قسم از شروط و مواد می‌تواند مورد مطالبه قرار گیرد، ولو اینکه قرارداد فسخ شده باشد. ر.ک.

Stefan, Vogenauer & Jan, Kleinheisterkamp (eds), *op. cit.*, p. 827.

36. Ole, Lando & Hugh, Beale, *et al.* (eds), *op. cit.*, p. 445.

37. Christian, von Bar and Eric, Clive, *et al.* (eds), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law, (Germany: Sellier- European Law Publishers, 2009), p. 806; Bénédicte, Fauvarque-Cosson, & Denis, Mazeaud, *op. cit.*, p. 567.

آینده منتفی است و از سوی دیگر در قانون مدنی ما مقرره‌ای در خصوص نقض قابل پیش‌بینی وجود ندارد.^{۳۸} در حقوق ایران نیز جمع فسخ و تقلیل ثمن امکان‌پذیر نیست و ملاک مواد ۴۲۱ و ۴۲۲ قانون مدنی مؤید این نظر است. همچنین، ماده ۷ قانون پیش‌فروش ساختمان امکان جمع فسخ و تقلیل ثمن را منتفی دانسته است؛ البته در ماده یادشده قانون‌گذار به جای اصطلاح تقلیل ثمن، به اشتباه از واژه خسارت استفاده کرده است، درحالی که ماهیت واقعی مبلغی که بابت کسر مساحت به خریدار تعلق می‌گیرد تقلیل ثمن است.^{۳۹}

ج) قابلیت جمع خسارت با دیگر ضمانت اجراها. بر اساس اسناد بین‌المللی، توسل به سایر ضمانت اجراها مانع مطالبه خسارت نیست.^{۴۰} مطابق ماده ۷-۴-۱ PICC، زیان‌دیده حق مطالبه خسارت را به صورت انحصاری یا همراه با سایر ضمانت اجراها دارد.^{۴۱} بنابراین، ترکیب این ضمانت اجراها به جبران مضاعف زیان‌دیده منجر نمی‌شود. البته نوع و میزان خسارت، به دیگر ضمانت اجرای مورد استناد بستگی دارد.^{۴۲} برای مثال، زیان‌دیده‌ای که به الزام به اجرا متوسل شده، نمی‌تواند خسارت عدم انجام تعهد را مطالبه کند، ولی این نوع خسارت با فسخ قرارداد قابل جمع است.^{۴۳} البته در موارد نقض تعهد پولی، مطالبه خسارت عدم انجام تعهد امکان‌پذیر نبوده، خسارت تأخیر نیز صرفاً زمانی قابل مطالبه است که

۳۸. همچنین اغلب خسارات بعد از فسخ در زمره عدم‌التفع قرار دارد که به‌موجب تبصره ۲ ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی و به پیروی از حقوق اسلام، به‌طور کلی امکان مطالبه آن در حال حاضر وجود ندارد.

۳۹. برخی با تکیه بر ظاهر واژگان به‌کاررفته در قانون، به ماهیت واقعی مبلغ قابل پرداخت توجه نکرده‌اند. ر.ک. سید یونس، نورانی مقدم؛ بیژن، حاجی عزیزی؛ محمدجواد، عیوضی، «جمع ضمانت اجراهای اصلی تخلف از اجرای قرارداد در فقه امامیه، حقوق ایران و انگلستان»، فصلنامه مجلس و راهبرد، ش ۹۲ (۱۳۹۶)، ص ۳۵۵.

40. Arts. 8:102 PECL, III 3:102 DCFR, 45 (2) & 61 (2) CISG.

۴۱. در کامن‌لا، دو نوع خسارت استرداد (Restitutionary Damages) و جبرانی (Compensatory Damages) شناسایی شده است. در حالت نخست، مبنای ارزیابی خسارت، میزان منافی است که نقض‌کننده تحصیل کرده است. در حالت دوم، میزان ضررهای وارده به زیان‌دیده معیار تعیین خسارت خواهد بود. در رویه قضایی آرای متعددی وجود دارد که بیانگر عدم امکان جمع این دو خسارت است، زیرا منجر به دارا شدن ناعادلانه زیان‌دیده می‌گردد. ر.ک.

Andrew, Burrows, *op. cit.*, pp. 42-43.

42. Harry, M. Flechtner, "Buyers' Remedies in General and Buyers' Performance-Oriented Remedies", *Journal of Law and Commerce*, Vol. 23 (2005-06), p. 341.

43. Stefan, Vogenauer & Jan, Kleinheisterkamp (eds), *op. cit.*, p. 827.

زیان دیده ورود خسارتی بیشتر از بهره مقرر در اسناد بین‌المللی را اثبات کند.^{۴۴}

در حقوق ایران، برخی^{۴۵} اشاره کرده‌اند که خسارت عدم انجام تعهد با اصل تعهد سازگاری ندارد و نمی‌توان الزام به اجرا را هم‌زمان با این خسارت مطالبه نمود، اما جمع میان خسارت تأخیر انجام تعهد با درخواست الزام به اجرا مانعی نخواهد داشت. باید توجه داشت که زیان دیده اگرچه می‌تواند خسارت تأخیر انجام تعهد را مطالبه نماید، اما اگر بعداً در صد مطالبه خسارت عدم انجام تعهد برآید، میزان خسارت تأخیری که قبلاً دریافت نموده است لحاظ و کسر خواهد شد تا از جبران مضاعف زیان دیده جلوگیری شود. درحالی که برخی با این استدلال که مبنای این دو نوع خسارت متفاوت است، آن دو را قابل جمع دانسته‌اند.^{۴۶}

د) قابلیت جمع تقلیل ثمن با سایر ضمانت اجراها. مطابق مواد ۹: ۴۰۱ (۳) PECL و ۳: ۶۰۱ (۳) DCFR، طرفی که مبادرت به تقلیل ثمن قرارداد می‌کند، نمی‌تواند خسارتی از بابت کاهش ارزش اجرا مطالبه کند، اما استحقاق مطالبه هرگونه خسارت دیگری را که متحمل شده دارد. بنابراین ضمانت اجرای تقلیل ثمن و خسارت کاهش ارزش اجرا نمی‌تواند به صورت هم‌زمان مطالبه شود.^{۴۷} ماده ۵۰ CISG اشاره‌ای به عدم امکان مطالبه خسارت کاهش ارزش ندارد، اما منطقی به نظر می‌رسد که کاهش ارزش نمی‌تواند به دو صورت تقلیل ثمن و خسارت مورد مطالبه قرار گیرد.^{۴۸} این رویکرد در یک رأی تحت شمول CISG تأیید شده است. دیوان عالی استرالیای غربی به سال ۲۰۰۳ در پرونده‌ای مقرر داشته است: «به موجب ماده ۴۵ CISG، خریدار امکان استناد هم‌زمان به ماده ۵۰ به منظور تقلیل ثمن و ماده ۷۴ برای خسارات را دارد؛ البته مشروط بر اینکه وی بتواند ورود خسارات

44. Christian, von Bar and Eric, Clive, *et al.* (eds), *op. cit.*, p. 934, Lord, Pentland and Caroline, Drummond, *et al. Discussion Paper on Remedies for Breach of Contract*, (Scotland: Scottish Law Commission, 2017), p. 131.

۴۵. ناصر، کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ج ۸، ۱۳۹۳)، صص ۲۰۸-۲۰۹.
۴۶. محمدباقر، پارساپور و همکاران، «قابلیت جمع شیوه‌های جبران خسارت قراردادی در حقوق اسلام و ایران در مقایسه با اسناد بین‌المللی»، پیشین، ص ۱۸.

47. Ole, Lando & Hugh, Beale, *et al.* (eds), *op. cit.*, p. 445.

48. Jarno, Vanto, "Remedy of Reduction of Price: Remarks on the Manner in which the Principles of European Contract Law May Be Used to Interpret or Supplement Article 50 of the CISG", In: John Felemegas (ed), *op. cit.*, p. 413.

بیشتر از کاهش ارزش اجرا را اثبات کند»^{۴۹}.

۳.۲. اثر توافق طرفین بر امکان جمع ضمانت اجراها

به استناد اصل حاکمیت اراده، طرفین می‌توانند راجع به ترکیب ضمانت اجراهای در دسترس توافق نمایند. به نظر می‌رسد که توافق طرفین در تحدید قلمرو ضمانت اجراهای در دسترس (توافق سلبی) معتبر است، مانند وضعیتی که طرفین قرارداد فقط یکی از ضمانت اجراهای قابل ترکیب را در دسترس زیان‌دیده قرار می‌دهند؛ اما اعتبار توافق ایجابی که قلمرو ضمانت اجراهای قابل استناد گسترش می‌یابد، محل تأمل است، زیرا توافق بر ترکیب ضمانت اجراهای غیرقابل جمع یا عقلاً غیرممکن است، مانند الزام و فسخ، یا همانند الزام و خسارت عدم انجام تعهد به جبران مضاعف منجر می‌گردد. البته عرف و عادت میان طرفین نیز می‌تواند در تشخیص امکان ترکیب ضمانت اجراها مورد استناد قرار گیرد.^{۵۰}

۳.۳. سلسله‌مراتب ضمانت اجراها^{۵۱}

مراد از سلسله‌مراتب آن است که ضمانت اجرای معینی بر سایر ضمانت اجراها اولویت داشته باشد و مادامی که ضمانت اجرای اولیه قابل استناد باشد، توسل به ضمانت اجراهای دیگر میسر نخواهد بود. بدیهی است اگر متعهدله از میان ضمانت اجراها حق انتخاب داشته باشد، دیگر سلسله‌مراتبی میان ضمانت اجراها وجود نخواهد داشت.^{۵۲}

۳.۳.۱. اولویت الزام به اجرای تعهد بر سایر ضمانت اجراها

در برخی نظام‌های حقوقی و اسناد بین‌المللی به تأسی از نظام رومی- ژرمنی، الزام به اجرا^{۵۳} از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. به همین دلیل گاهی قانون‌گذار ضمانت اجرای اولیه

49. Supreme Court of Western Australia, Australia, 17 Jan. 2003.

50. Liu, Chengwei, "Remedies Available: Comparison between the Provisions of CISG Articles 45 and 61 and the Counterpart Provisions of the PECL Articles 8:101 and 8:102", *op. cit.*, p. 371.

51. Hierarchy of Remedies

52. Sanne, Jansen, *Consumer Sales Remedies in US and EU Comparative Perspective*, (the UK: Intersentia, 2018), p. 13.

۵۳. در این بخش مفهوم اعم ضمانت اجرای الزام به اجرای عین تعهد در نظر گرفته شده است و علاوه بر الزام به اجرا به مفهوم اخص (Specific Performance)، ضمانت اجراهای تعمیر (Repair) و جایگزینی (Replacement) را نیز شامل می‌گردد. در اصطلاح این دسته از ضمانت اجراها «Performance- Oriented Remedies» نامیده می‌شوند.

در دسترس زیان دیده را ملزم به اجرا دانسته و آن را بر سایر ضمانت اجراها ترجیح داده است. مبانی متعددی مانند قاعده الزام آور بودن قرارداد^{۵۴} برای توجیه اولویت الزام عنوان شده است. به عقیده برخی، امکان الزام به اجرا مظهر اصل حسن نیت محسوب می شود^{۵۵}. مضافاً کارآمدی بازار و ملاحظات اقتصادی نیز مبنای این ترجیح بوده است. افزون بر آن، نتیجه الزام به اجرا دقیقاً همان چیزی است که متعهدله برای نیل به آن قرارداد را منعقد نموده است. برخی تقدم الزام را همراستا با عدالت معاوضی^{۵۶} دانسته اند، یعنی در صورت فقدان تعادل میان طرفین به جهت عدم اجرا، باید با اعطای ضمانت اجرای الزام، در صدد اصلاح این توازن بود^{۵۷}.

در مقابل، عده ای با دیدگاهی انتقادی معتقدند که حقوق بایستی رویکردی را مورد پذیرش قرار دهد که از زیان دیده حمایت بیشتری به عمل آورد. به پندار آنان، فقدان سلسله مراتب به تعادل حقوق طرفین می انجامد^{۵۸} و هنگامی متعهدله حمایت می شود که سلسله مراتبی وجود نداشته و وی قادر بر انتخاب ضمانت اجرا باشد^{۵۹}.

۳.۱.۱. رویکرد حقوق ایران

در قانون مدنی ایران، مقررۀ صریحی در خصوص وجود یا فقدان سلسله مراتب پیش بینی نشده و این موضوع همواره محل اختلاف بوده است. دکترین و رویۀ قضایی نیز با طرح استدلال هایی نظریات متفاوتی را ابراز نموده اند.

۳.۱.۱.۱. دیدگاه طرفدار تقدم الزام بر فسخ

در گذشته، نظر غالب به تاسی از دیدگاه حقوق دانان برجسته^{۶۰}، تقدم الزام بر فسخ بوده است. استدلال این دسته مبتنی بر سلسله مراتب ضمانت اجرای پیش بینی شده برای نقض

54. Pacta Sunt Servanda

55. Piia, Kalamees, "Hierarchy of Buyer's Remedies in Case of Lack of Conformity of the Goods", *Juridica International*, Vol. 18 (2011), p. 70.

56. Corrective Justice

57. Sanne, Jansen, *op. cit.*, p. 45.

58. Piia, Kalamees, *op. cit.*, p. 69.

59. *Ibid.*, p. 16.

۶۰ حسن، امامی، حقوق مدنی، ج ۱، (تهران: انتشارات اسلامی، چ ۳۳، ۱۳۹۱)، صص ۲۷۵-۲۷۶؛ ناصر، کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، (تهران: انتشارات گنج دانش، چ ۱، ۱۳۹۷)، ص ۲۳۵.

شروط ضمن عقد در قانون مدنی است. به موجب ماده ۲۳۷ قانون یادشده، الزام مشروط‌علیه به انجام شرط، مقدم بر فسخ معامله است. به عقیده این دسته، تقدم الزام نشئت گرفته از حقوق اسلامی و نظریات فقهایی است که بیشترین اولویت را برای انجام تعهد و وفای به قرارداد قائل هستند. این عده معتقدند که ماده ۲۱۹ قانون مدنی بیانگر اصل لزوم قراردادهای است که مطابق آن مادامی که امکان اجرای قرارداد وجود دارد، دلیل موجهی برای امکان فسخ عقد موجود نیست.^{۶۱} به علاوه، در توجیه این اولویت به ماده ۳۷۶ قانون مدنی^{۶۲} استناد شده است.^{۶۳} سالیان دراز رویه قضایی تحت تأثیر همین نظریات، الزام را ضمانت اجرای اولیه اولیه تلقی کرده و اجازه فسخ ابتدایی قرارداد را به متعهدله نداده است. با این حال، برخی به‌رغم تأیید موضع فعلی قانون‌گذار مبنی بر تقدم الزام بر فسخ، نسبت به رویکرد متخذه منتقد بوده، به استناد ادله‌ای مانند لزوم رعایت سرعت در معاملات تجاری، خواهان اصلاح مقررات مربوطه شده‌اند.^{۶۴}

۶۱. مهم‌ترین اشکال وارده، اختلاط دو مفهوم اصل لزوم و مفاد ماده ۲۱۹ قانون مدنی است. ماده یادشده ارتباطی به اصل لزوم که به‌عنوان یک اصل عملیه در موارد شک و تردید مورد استناد قرار می‌گیرد و تکلیف ماهیت عقد را از لحاظ لازم یا جایز بودن مشخص می‌سازد، نداشته، فقط بیانگر آن است که طرفین ملزم به مفاد قرارداد منعقد میان خود هستند و مادامی که قرارداد اقاله یا فسخ نشده باشد، نمی‌توانند از اجرای آن خودداری نمایند. تفسیر آقای جعفری لنگرودی در خصوص ماده ۲۱۹ قانون مدنی که مؤید همین معنی است، دقیق‌تر از استنباط سایر نویسندگان است. ماده ۲۱۹ از ماده ۱۱۳۴ قانون مدنی سابق فرانسه اقتباس شده است و ارتباطی با اصل لزوم ندارد. ر.ک. محمدجعفر، جعفری لنگرودی، مجموعه محسّی قانون مدنی، (تهران: گنج دانش، چ ۱، ۱۳۷۹)، ص ۱۸۹.

۶۲. ماده ۳۷۶ قانون مدنی: «در صورت تأخیر در تسلیم مبیع یا ثمن، ممتنع اجبار به تسلیم می‌شود».

۶۳. محمدعلی، خورسندیان و فرهاد، محمدی بصیر، «الزام به اجرای عین تعهدات قراردادی در حقوق ایران در مقایسه با اسناد نوین حقوق خصوصی»، دوفصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، ش ۷۹ و ۸۰ (۱۳۹۶)، ص ۷۱؛ علی، انصاری؛ حسن، بادینی؛ احد، شاهی، «انجام عین تعهد در تقابل با قابلیت جمع فسخ قرارداد و پرداخت خسارات: سنجش کارایی در نظام ضمانت‌اجراهی قراردادی»، حقوق خصوصی، دوره ۱۴، ش ۲ (۱۳۹۶)، ص ۱۸۵؛ عباس، مقدری امیری و حکمت‌اله، عسگری، «بررسی فقهی و حقوقی اجرای اجباری عین تعهد در حقوق ایران»، پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی، ش ۳۹ (۱۳۹۴)، ص ۱۲۷.

۶۴. سید حسین، صفایی و نعمت‌الله، الفت، «اجرای اجباری عین تعهد و تقدم آن بر حق فسخ قرارداد»، نامه مفید، ش ۷۹ (۱۳۸۹)، صص ۵۷-۵۸؛ ابوالفضل، علی دایی احمدی؛ محمدباقر، پارساپور؛ مرتضی، شهبازی‌نیا، «رابطه بین الزام به اجرای عین تعهد و فسخ عقد (مطالعه تطبیقی در فقه امامیه، حقوق ایران و انگلیس)»، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۲۳، ش ۴ (۱۳۹۸)، ص ۳۵؛ حسن، بادینی و فرناز، فروزان بروجنی، «نگرش تحلیلی به امکان فسخ قرارداد با وجود ممکن بودن اجرای عین تعهد در حقوق آلمان و ایران»، مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره ۱۰، ش ۱ (۱۳۹۷)، صص ۵۰ و ۵۴.

۳.۱.۱. دیدگاه طرفدار تخییر بین الزام و فسخ

به عقیده برخی دیگر، سلسله مراتبی میان الزام و فسخ وجود ندارد و زیان دیده می‌تواند دست به انتخاب زند. دلایل این گروه را می‌توان به شرح زیر دسته‌بندی کرد:

- برخی^{۶۵} معتقدند واژه «می‌تواند» در ماده ۲۳۷ قانون مدنی به معنای تخییر بین الزام و فسخ است و زیان دیده اختیار فسخ قرارداد یا الزام متعهد را دارد.^{۶۶}
- به جهت امکان ورود ضرر به متعهدله در اولویت الزام، به استناد قاعده لاضرر که حاکم بر اصل لزوم است، تخییر میان آن‌ها نتیجه گرفته می‌شود.^{۶۷}
- در خصوص تقدم الزام بر فسخ، اجماعی میان فقها وجود ندارد و حتی نظر مشهور مؤید چنین اولییتی نیست. برعکس، تعدادی از فقها تخییر را تأیید کرده‌اند.^{۶۸}
- عده‌ای قیاس ضمانت اجرای نقض تعهدات اصلی را با ضمانت اجرای نقض شرط فعل و وحدت ملاک از احکام شرط فعل (مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹) نادرست دانسته‌اند. زیرا اولاً احکام و ضمانت اجرای مربوط به تعهدات اصلی در مواد ۲۱۹ تا ۲۳۰ ذکر شده و ثانیاً تعهدات اصلی مقصود طرفین از انعقاد عقد است. قانون‌گذار در مواد ۲۲۱ و ۲۲۲ قانون مدنی، صحبتی از الزام به اجرا نمی‌کند و آنچه از متن مواد پیش‌گفته استنباط می‌شود، وجود حق فسخ ابتدایی است.^{۶۹}
- در مواردی تخییر بین الزام و فسخ در قوانین مورد تأیید قانون‌گذار قرار گرفته است. مواد ۲۴۳، ۳۷۹، ۴۷۶ و ۷۰۱ قانون مدنی، ماده ۱۴ قانون روابط مؤجر و مستأجر سال

۶۵. امیر، صادقی نشاط، «حق فسخ قرارداد با وجود امکان الزام به اجرا در حقوق ایران»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۹، ش ۴ (۱۳۸۸)، ص ۳۱۲؛ محمود، کاظمی و مرضیه، ربیعی، «نقض احتمالی قرارداد در حقوق ایران با نگاهی به کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰) و نظام‌های حقوقی خارجی»، دوفصلنامه علمی - پژوهشی دانش حقوق مدنی، ش ۱ (۱۳۹۱)، ص ۱۰۳.

۶۶. این استدلال چندان موجه به نظر نمی‌رسد؛ تمسک به واژه «می‌تواند» یادشده در ماده ۲۳۷ قانون مدنی، نمی‌تواند کمکی در حل موضوع بنماید؛ زیرا اولاً سیاق عبارتی و ترتب احکام مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ بر ماده ۲۳۹ قانون مدنی روشن است و ثانیاً منطقی نبود که قانون‌گذار در ماده ۲۳۷ به جای واژه «می‌تواند» از واژه «باید» استفاده نماید.

۶۷. امیر، صادقی نشاط، پیشین، ص ۳۱۱؛ رضا، حسین گندم‌کار، «بررسی تطبیقی ضمانت اجرای تخلف متعهد از انجام تعهد (مطالعه در حقوق ایران و نظام کامن‌لا و رومی ژرمنی)»، پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، ش ۱۴ (۱۳۹۶)، ص ۱۵۷.

۶۸. سید حسین، صفایی و نعمت‌الله، الفت، پیشین، صص ۵۷-۵۸؛ امیر، صادقی نشاط، پیشین، ص ۳۱۲.

۶۹. عباسعلی، دارویی، «فسخ به جهت نقض قرارداد (فسخ ابتدایی)»، مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ش ۱۰ (۱۳۹۳)، صص ۱۳۵-۱۳۶.

۱۳۵۶ و قسمت اخیر ماده ۶ و ماده ۱۶ قانون پیش‌فروش ساختمان مصوب ۱۳۸۹ مؤید همین رویکرد است.^{۷۰} برخی نیز با تمسک به احکام خیارات مانند خیار تأخیر ثمن، در صدد شناسایی حق فسخ ابتدایی بوده‌اند.^{۷۱}

■ برخی به بنای عقلانی خیارات اشاره نموده و قرارداد معوض را حاوی شرط ضمنی دانسته‌اند که وفق آن در صورت نقض تعهد متقابل، امکان فسخ برای متعهدله وجود دارد.^{۷۲}

۳.۱.۱. نظریه مختار

به‌رغم آنکه در مقایسه نظریات، دیدگاه قائل بر تخییر بین الزام و فسخ به اندازه کافی از پشتوانه منطقی برخوردار است، اما برخی از دلایل اثبات رابطه تخییری چندان موجه نیست و برعکس دلایل دیگری نیز می‌توان در رد نظریه اولویت الزام مطرح نمود.

هیئت عمومی شعب حقوقی دیوان عالی کشور در رأی اصراری شماره ۱۷ مورخ ۳ آذر ۱۳۷۷ با ارائه تفسیری دقیق و هوشمندانه از ماده ۳۹۵ قانون مدنی، تخییر بین الزام و فسخ قرارداد را در عقد بیع استنباط نموده و فسخ موضوع ماده یادشده را مستقل از ماده ۴۰۲ قانون مدنی در باب خیار تأخیر ثمن تلقی کرده است.^{۷۳} با توجه به سیاق قانون‌گذاری مدنی (مقتبس از فقه اسلامی) که احکام عقد بیع معمولاً بیانگر قاعده کلی است، تصمیم دیوان عالی کشور را می‌توان به نقض سایر قراردادها تسری داد.

تحلیل ضمانت اجرای نقض شروط ضمن عقد اغلب از نظرها مغفول مانده است. طرح بحث به این جهت اهمیت دارد که طرف‌داران اولویت الزام به احکام شروط ضمن عقد توسل جسته‌اند، بی‌آنکه مقایسه‌ای دقیق میان موضوع قرارداد (تعهدات اصلی) و شروط ضمن آن به عمل آورند. تنها یکی از نویسندگان^{۷۴} به این نکته ظریف توجه داشته است.

۷۰. همان، صص ۱۳۷-۱۳۸؛ حسن، بادی و فرناز، فروزان بروجنی، پیشین، ص ۴۹.

۷۱. عباس، مقدری امیری و حکمت‌اله، عسگری، پیشین، ص ۱۳۳.

۷۲. حسن، بادی و فرناز، فروزان بروجنی، پیشین، ص ۵۲.

۷۳. مذاکرات و آرای هیئت عمومی دیوان عالی کشور سال ۱۳۷۷، (تهران: اداره وحدت رویه و نشر مذاکرات هیئت عمومی دیوان

عالی کشور، ج ۱، ۱۳۸۰)، ص ۴۳۴.

۷۴. عباسعلی، داروئی، پیشین، صص ۱۳۵-۱۳۶.

شروط ضمن عقد (مطابق قاعده کلی)، از تعهدات فرعی و ثانوی به‌شمار می‌رود و هدف اصلی از انعقاد قرارداد تلقی نمی‌شود. از این رو، اهمیت شروط ضمن عقد کمتر بوده و نقض تعهد اصلی شدیدتر از نقض شروط ضمن عقد است و اصولاً شروط ضمن عقد از دیدگاه طرفین اهمیت کمتری دارد، حال آنکه تعهد اصلی هدف اصلی و غایی از انعقاد قرارداد است؛ بنابراین، نقض تعهد اصلی در مقایسه با نقض شروط ضمن عقد آثار زیان‌بارتری در پی دارد. اگرچه اولویت الزام بر فسخ در نقض شروط ضمن عقد موجه است، در نقض تعهد اصلی چنین توجیهی وجود ندارد. اهمیت تعهد اصلی مانع از قیاس یا تنقیح مناط و در نتیجه، تسری سلسله‌مراتب ضمانت اجرای تعهدات فرعی به تعهدات اصلی خواهد بود. قانون مدنی صریحاً به سلسله‌مراتب یا تخییر ضمانت اجرای نقض تعهد اصلی اشاره‌ای نکرده است، هرچند که برخی استدلال نموده‌اند مفاد ماده ۲۲۱ دلالت ضمنی بر تخییر دارد، زیرا یکی از فروض مطالبه خسارت در ماده وضعیتی است که به‌واسطه نقض تعهد اصلی، قرارداد به صورت ابتدایی فسخ شده باشد.^{۷۵} حتی اگر ادعای فقد چنین دلالت ضمنی در ماده ۲۲۱ مطرح شود، خلاً قانون‌گذاری از طریق استقرا در قوانینی که مؤید تخییر بین الزام و فسخ است از یکسو و رجوع به منابع معتبر فقهی از سوی دیگر پر می‌شود. تفکیک میان تعهدات اصلی و فرعی می‌تواند ایراد وارد بر دیدگاهی که تخییر را به صورت مطلق (اعم از تعهدات اصلی یا فرعی) می‌نگرد و حکمی یکسان ارائه می‌کند، مرتفع سازد؛ زیرا شایسته نیست که رویکرد قانون‌گذار به نقض تعهد اصلی و فرعی یکسان باشد. تمامی اسناد بین‌المللی به پیروی از رویکرد منطقی کامن‌لا، تخییر بین ضمانت اجراها را در فرض نقض اساسی پیش‌بینی نموده‌اند؛ حال آنکه در نقض غیراساسی، ضمانت‌اجرای اولیه با رعایت سلسله‌مراتب، الزام به اجرا است. پذیرش استدلال مبتنی بر دو رویکرد متفاوت نسبت به نقض تعهدات اصلی و فرعی می‌تواند نقض قانون مدنی را رفع نموده، نهاد نقض اساسی و غیراساسی را که شناسایی آن در هر سیستم حقوقی از توجیه کافی برخوردار است، تأیید نماید و رهگشای رویه قضایی در صدور احکام منطقی و عادلانه باشد.

۳.۱.۲. رویکرد اسناد بین‌المللی

در اسناد بین‌المللی مقررۀ مستقلی در خصوص سلسله‌مراتب ضمانت اجراها پیش‌بینی نشده، اما در تفسیر این اسناد، مصادیقی از سلسله‌مراتب مانند تقدم تعمیر یا جایگزینی کالا که نمودی از الزام به اجرا است^{۷۶}، بر فسخ یا تقلیل ثمن مورد توجه قرار گرفته است.

سند PICC سلسله‌مراتبی میان ضمانت اجراها مقرر نکرده است و متعهدله می‌تواند در صورت تحقق شرایط رجوع به هریک از ضمانت اجراها، دست به انتخاب زند؛ اما با لحاظ تفاوت پیش‌شرط‌های مراجعه به هریک از ضمانت اجراها، ممکن است انتخاب وی محدود شود.^{۷۷}

وفق مقررۀ PECL^{۷۸}، اگر زیان‌دیده از قصد طرف دیگر مبنی بر جبران اجرای غیرمنطبق ظرف مدت متعارف آگاه باشد یا دلیلی بر علم او موجود باشد، برای حفظ حق فسخ خود، بایستی اخطاری مبنی بر عدم پذیرش هرگونه جبران اجرای غیرمنطبق به طرف مقابل ارسال نماید. عدم ارسال چنین اخطاری حق فسخ را از دسترس زیان‌دیده خارج کرده، فرصت را برای جبران اجرای غیرمنطبق فراهم می‌سازد. بنابراین با عدم ارسال اخطار یادشده، سلسله‌مراتبی به نفع جبران اجرای غیرمنطبق در برابر فسخ وجود دارد.^{۷۹}

مطابق شرح رسمی DCFR، برخی محدودیت‌های کلی برای دسترسی به ضمانت اجراها وجود دارد. برای مثال نتیجهٔ مقررات قسمت ۲ بخش ۳ کتاب سوم این سند در خصوص جبران عدم انطباق، وجود سلسله‌مراتب میان ضمانت اجراها است و متعهدله بایستی پیش از استناد به هر ضمانت اجرایی، فرصت جبران اجرای غیرمنطبق را اعطا کند.^{۸۰}

۷۶. به‌موجب مواد ۷-۲-۳ PICC و ۴۶(۲)(۳) CISG مقررات راجع به ضمانت اجرای الزام در خصوص این موارد نیز جریان می‌یابد.
77. Stefan Vogenauer & Jan Kleinheisterkamp (eds), *op. cit.*, p. 825.
78. Art. 9:303(3)(b)

۷۹. همین رویکرد در برخی از نظام‌ها مورد پذیرش قرار گرفته است؛ برای مثال در حقوق بیع آلمان، حق مطالبۀ اجرای تکمیلی ضمانت اجرای مقدم در دسترس زیان‌دیده است. به‌طور کلی در حقوق آلمان حق فسخ قرارداد متعاقب عدم جبران عدم انطباق از سوی نقض‌کننده، در دسترس متعهدله قرار می‌گیرد. ر.ک.

Reinhard, Zimmermann, "Liability for Non-Conformity: The New System of Remedies in German Sales Law and Its Historical Context," 10th John Maurice Kelly Memorial Lecture, Dublin (2004), pp. 38-39.

80. Christian, von Bar and Eric, Clive, *et al.* (eds), *op. cit.*, p. 1366.

از همین رو، اظهار شده که این سند همانند CISG، رویکردی به نفع متعهد را پذیرفته است.^{۸۱} البته برخی در تحلیل ماده ۳:۵۰۲ (۱) کتاب سوم این سند بیان داشته‌اند که در موارد نقض اساسی، زیان‌دیده حق فسخ ابتدایی قرارداد را خواهد داشت و نیازی به طرح دعوی مقدماتی تعمیر یا جایگزینی یا اعطای مهلت اضافی برای اجرا نیست؛ لذا مشروط به تحقق ملزومات هر ضمانت اجرا، زیان‌دیده می‌تواند به آنها متوسل شود.^{۸۲}

ماده ۴۹ CISG حق فسخ خریدار را در فرض عدم انطباق کالا پیش‌بینی کرده است. ماده ۴۸ نیز حق جبران^{۸۳} و رفع عدم انطباق را برای فروشنده شناسایی کرده است. برخی معتقدند اعمال ماده ۴۸ مقدم بر حق خریدار برای فسخ است و سلسله‌مراتبی میان تعمیر یا جایگزینی کالا و فسخ وجود دارد.^{۸۴} از این رو، اظهار شده که مقررات CISG بیشتر به نفع فروشنده است، زیرا امکان فسخ محصور در نقض اساسی وجود دارد و بدون لحاظ ترجیح خریدار، به فروشنده حق جبران اجرای غیرمنطبق اعطا می‌کند.^{۸۵} در مقابل، عده‌ای بر این باورند که عبارت‌پردازی این مواد و سایر مقررات CISG به نحوی است که لزوم اقدام ابتدایی برای تعمیر یا جایگزینی احراز نمی‌شود، بلکه فسخ می‌تواند به‌عنوان ضمانت اجرای اولیه مورد استناد قرار گیرد. البته فروشنده با اعمال حق جبران اجرای غیرمنطبق خود، امکان استناد خریدار به فسخ را محدود می‌سازد.^{۸۶}

به‌موجب دستورالعمل بیع مصرف‌کننده ۲۰۱۹/۷۷۱ مصوب ۲۰۱۹ پارلمان اروپا، در موارد عدم انطباق کالا، مصرف‌کننده بایستی به فروشنده فرصت جبران اجرای غیرمنطبق اعطا کند. مطابق ماده ۱۳ این سند، مصرف‌کننده صرفاً زمانی استحقاق فسخ یا تقلیل ثمن را خواهد داشت که تعمیر و جایگزینی غیرممکن گردد یا در مدت زمان متعارف انجام نشود یا

81. Hans, Schulte-Nölke, Fryderyk, Zoll & Shaun, Charlton, "Remedies for Buyers in B2C Contracts: General Aspects", European Parliament (2012), p. 14.

82. Piia, Kalamees, *op. cit.*, p. 68.

83. Right to Cure

84. Jonathan, Yovel, *op. cit.*, p. 388.

85. Hans, Schulte-Nölke, Fryderyk, Zoll & Shaun, Charlton, *op. cit.*, p. 14.

86. Piia, Kalamees, *op. cit.*, p. 68.

موجب ورود ضرر شدید^{۸۷} به مصرف‌کننده شود^{۸۸}. بنابراین سلسله‌مراتب ضمانت اجراها در دستورالعمل پیش‌بینی شده^{۸۹} و ضمانت اجرای تعمیر یا جایگزینی نه‌تنها حق مصرف‌کننده بوده، بلکه حق فروشنده نیز محسوب می‌شود^{۹۰}.

۳.۲. اولویت خسارت بر سایر ضمانت اجراها

برخلاف اسناد بین‌المللی که خسارت را به‌عنوان ضمانت اجرای مقدم تلقی نمی‌کند و آن را در کنار سایر ضمانت اجراها در دسترس زیان‌دیده قرار می‌دهد، در نظام کامن‌لا جبران خسارت بر دیگر ضمانت اجراها مقدم بوده^{۹۱}، در مقایسه با الزام به اجراء سلسله‌مراتب آشکاری به نفع خسارت^{۹۲} ترسیم شده است^{۹۳}. لذا به‌منظور تکمیل مباحث مطروحه شایسته است که رویکرد نظام کامن‌لا از این جهت مورد ارزیابی قرار گیرد.

در کامن‌لا از دیرباز دو دسته ضمانت اجرا پیش‌بینی شده است. دسته نخست که شامل جبران خسارت است اصطلاحاً «ضمانت اجراهای حقوقی»^{۹۴} و ضمانت اجرای اولیه و عادی نامیده می‌شوند. در مقابل، دسته دیگر از ضمانت اجراها با عنوان «ضمانت اجراهای مبتنی

۸۷. تنها ورود ضرر شدید به مصرف‌کننده می‌تواند توجیه‌گر عدم استناد به تعمیر و جایگزینی باشد و امکان ورود خسارت به فروشنده نمی‌تواند مبنایی برای عدول از این ضمانت اجراها تلقی شود. همچنان که در پرونده Weber v. Puts دادگاه عدالت اروپا (CJEU) به مصرف‌کننده اجازه توسل به تعمیر و جایگزینی را حتی در حالتی که موجب ورود هزینه غیرمتعارف به فروشنده می‌شد، داده است. ر.ک.

Sanne, Jansen, *op. cit.*, p. 15.

88. Marco, Loos, "Consumer Sales Law in the Proposal for a Consumer Rights Directive", *European Review of Private Law*, Vol. 18, Issue 1 (2010), p. 39.

۸۹. کشورهای اتحادیه اروپا در پذیرش دستورالعمل آزاد بوده، می‌توانند مواضعی را که بیشتر به نفع مصرف‌کننده است اتخاذ نمایند. اکثریت کشورهای عضو، سلسله‌مراتب مقرر در دستورالعمل را پذیرفته‌اند. از معدود استثناءها، حقوق یونان و پرتغال است که رویکرد آن‌ها بیشتر به نفع مصرف‌کننده است و اختیار بیشتری در انتخاب ضمانت اجرا اعطا شده است. ر.ک.

Sanne, Jansen, *op. cit.*, p. 18; Hans, Schulte-Nölke, Fryderyk, Zoll & Shaun, Charlton, *op. cit.*, p. 14.

90. Sanne, Jansen, *op. cit.*, p. 15.

91. G. C., Cheshire, C. H. S., Fifoot and M. P., Furmston, *The Law of Contract*, 8th ed., (England: Butterworth, 1972), p. 606.

۹۲. در توجیه تقدم خسارت به ادله‌ای از جمله ملاحظات اقتصادی استناد و اظهار شده است که هدف اصلی ضمانت اجراها در کامن‌لا جبران خسارت است (Sanne, Jansen, *op. cit.*, pp. 48 & 58). تقدم خسارت از نقطه نظر اجرایی نیز توجیه شده است.

در برخی شرایط، الزام متعهد یا نظارت بر اجرای صحیح تعهد، دشوار است (Ewan, McKendrick and Iain, Maxwell, "Specific Performance in International Arbitration", *The Chinese Journal of Comparative Law*, (Vol. 1, No. 2 (2013), p. 200).

93. Theodore, Eisenberg & Geoffrey, P. Miller, "Damages versus Specific Performance: Lessons from Commercial Contracts", *Journal of Empirical Legal Studies*, Vol. 12, Issue 1 (2015), p. 29.

94. Legal Remedies

بر انصاف»^{۹۵} یا ضمانت اجرای ثانویه و استثنایی شناخته می‌شوند^{۹۶} که شامل ضمانت اجرای الزام و قرار منع^{۹۷} است. این ضمانت اجراها صرفاً زمانی می‌توانند مورد استناد قرار گیرند که نقض قرارداد به نحو مناسبی با ضمانت اجرای دسته نخست جبران نشود^{۹۸}؛ مثلاً در قرارداد با موضوع عین معین^{۹۹}، خسارت نمی‌تواند نقض را به نحو مناسبی جبران کند، زیرا تعیین میزان خسارت در چنین موردی بسیار دشوار و احتمالی است^{۱۰۰}. این رویکرد به استناد قاعده ضرر جبران‌ناپذیر^{۱۰۱} بیانگر سلسله‌مراتب ضمانت اجراها است که مطابق آن خسارت بر درخواست الزام برتری دارد^{۱۰۲}.

در این نظام حقوقی، قاعده ضرر جبران‌ناپذیر به ایجاد قدرت و اختیار برای قاضی می‌انجامد. در نتیجه، الزام به اجرا حق زیان‌دیده محسوب نمی‌شود، بلکه موضوع اختیار دادرس است^{۱۰۳}. البته دادگاه به هنگام اعمال این اختیار، خواسته‌های طرفین را نیز در نظر خواهد گرفت^{۱۰۴}.

در سال‌های اخیر تلاش شده است که از قدرت قاعده ضرر جبران‌ناپذیر کاسته شده، دادگاه‌ها اختیار بیشتری در صدور حکم به الزام داشته باشند^{۱۰۵}؛ برای مثال در بخش ۲-

95. Equitable Remedies

۹۶. ضمانت اجرای انصاف نخستین بار در سال ۱۸۲۴ در دعوی Adderly v. Dixon مطرح گردید و در آن John Leach چنین استدلال نمود: «دادگاه‌های انصاف حکم بر الزام به اجرا می‌دهند، زیرا خسارت، به‌ویژه در شرایط خاص نمی‌تواند ضمانت اجرای مناسبی باشد».

97. Injunction

۹۸. Sanne, Jansen, *op. cit.*, pp. 48- 50; Douglas Laycock, "The Death of the Irreparable Injury Rule", *Harvard Law Review*, Vol. 103 (1990), p. 695; David, Wright, "Discretion with Common Law Remedies", *Adelaide Law Review*, Vol. 23 (2002), p. 244.

۹۹. مثلاً زمانی که یک زمین مورد معامله است، خسارت نمی‌تواند زیان‌های متعهدله را به نحو مناسبی جبران نماید. از همین رو، در چنین مواردی الزام به اجرا در مقایسه با خسارت ارجحیت دارد. ر.ک. G. C., Cheshire, *et. al.*, *op. cit.*, p. 606.

100. Sanne, Jansen, *op. cit.*, p. 48.

101. Irreparable Injury Rule

102. Jessica, Freiheit, "The Breakdown of Hierarchy: Damages at Law versus Damages in Equity", *Manitoba Law Journal*, Vol. 27, No. 2 (2000), p. 186.

103. G. H., Treitel, *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account*, (the USA: Oxford-Carleton Press, 1988), P. 63; Ewan, McKendrick and Iain, Maxwell, *op. cit.*, p. 200.

104. Sanne, Jansen, *op. cit.*, p. 48.

۱۰۵. در کامن‌لا فسخ قرارداد ضمانت اجرایی استثنایی محسوب می‌شود و استحقاق زیان‌دیده نسبت به آن منوط به تحقق شرایطی است. همانند اسناد بین‌المللی، متعهد برای فسخ قرارداد لزوماً بایستی مرتکب نقض اساسی قرارداد شده و نیز مدت اعطاشده برای جبران نقض سپری شده باشد. ر.ک. *Ibid.*, p. 70.

۷۱۶(۱) UCC^{۱۰۶} بیان شده است که در مواردی که موضوع قرارداد عین معین است یا در اوضاع و احوال مناسب، دادگاه می‌تواند متعهد را ملزم به اجرای تعهد کند. این بخش بیانگر تمایل دادگاه‌های امریکا برای حکم به الزام به‌عنوان ضمانت اجرای اولیه است. در چنین حالتی، تأکید دادگاه به‌جای عدم تناسب خسارت، بر تناسب الزام خواهد بود.^{۱۰۷}

۳.۳. اثر توافق طرفین

در اکثر نظام‌های حقوقی و اسناد بین‌المللی به‌موجب اصل حاکمیت اراده، طرفین می‌توانند ضمانت‌اجراهای نقض را در قراردادهای بازرگانی پیش‌بینی نمایند^{۱۰۸}، سلسله‌مراتب را کنار نهاده، ترتیب ویژه‌ای را برای خود طراحی کنند.^{۱۰۹}

در کامن‌لا در خصوص توافق طرفین نسبت به ضمانت اجراها اختلاف نظر وجود دارد و برخی توافق طرفین مبنی بر اولویت الزام را معتبر تلقی می‌کنند.^{۱۱۰} برخی دیگر معتقدند دادگاه ملزم به چنین توافقی نبوده، ضمانت اجرای اولیه همان خسارت خواهد بود.^{۱۱۱}

باید توجه داشت که در برخی سیستم‌ها، هرگونه مقرره‌ای که ترتیب ضمانت اجراها را به ضرر مصرف‌کننده تغییر دهد، باطل است. مواد ۲۱۱-۲۱۷ L. قانون مصرف‌فرانسه چنین رویکردی را اتخاذ کرده است. در حقوق بلژیک، شروطی که سلسله‌مراتب ضمانت اجراها را به نفع مصرف‌کننده کنار نهاده و آزادی عمل بیشتری برای وی قائل شود، معتبر است، اما چنانچه شرط مقرر، ترتیب ضمانت اجراها را در جهت تحدید اختیار مصرف‌کننده تغییر دهد، فاقد اثر است.^{۱۱۲}

۴. تغییر ضمانت اجرا^{۱۱۳}

ممکن است زیان‌دیده پس از توسل به ضمانت اجرایی بنابه دلایل متعددی از جمله

106. Uniform Commercial Code

107. G. H., Treitel, *op. cit.*, p. 64

108. Stefan, Vogenauer & Jan, Kleinheisterkamp (eds), *op. cit.*, p. 828.

109. Pii, Kalamees, *op. cit.*, p. 64.

110. Sales, Uniform Commercial Code 50, (2009-2010), p. 189.

111. Theodore, Eisenberg & Geoffrey, P. Miller, *op. cit.*, p. 31.

112. Christian, von Bar and Eric, Clive, *et al.* (eds), *op. cit.*, p. 1365.

113. Change of Remedy

ناکارآمدی ضمانت اجرای نخست مورد استناد، در صدد تغییر موضع خویش برآید. اکنون این پرسش مطرح می‌شود که آیا زیان‌دیده پس از انتخاب ضمانت اجرا، اختیار تغییر آن و توسل به ضمانت اجرای دیگر را دارد یا خیر. اکثر قوانین ملی مقررهای در این خصوص ندارند^{۱۱۴}، اما در حقوق برخی از کشورها به‌اختصار موضوع مطرح شده است. در حقوق هند اظهار شده است که در صورت فقدان شرط خلاف، زیان‌دیده تا قبل از صدور حکم اختیار تغییر ضمانت اجرای مورد استناد خود را خواهد داشت^{۱۱۵}. مطابق حقوق سوئد اگر فروشنده به‌رغم درخواست خریدار، از تحویل کالای جایگزین امتناع نماید، خریدار حق تغییر و استناد به سایر ضمانت اجراها از جمله فسخ قرارداد و خسارت را خواهد داشت^{۱۱۶}. در حقوق امریکا سابقاً به‌موجب نظریه انتخاب ضمانت اجراها^{۱۱۷} زیان‌دیده‌ای که یکی از ضمانت اجراها را انتخاب می‌کرد، به آن ملزم بود و از استناد به دیگری منع می‌شد^{۱۱۸}، لذا امکان تغییر ضمانت اجرا مورد تردید قرار گرفته بود و به‌رغم پذیرش چنین امکانی در برخی از تصمیمات محاکم^{۱۱۹}، در برخی دیگر از آرا استدلال شده بود که امکان تغییر وجود ندارد؛ فارغ از اینکه تغییر ضمانت اجرا منجر به ایراد ضرر به طرف مقابل بشود یا خیر^{۱۲۰}. اکنون برخی^{۱۲۱} با استناد به مواد UCC از جمله ماده ۲-۶۰۸ معتقدند که نظریه یادشده منسوخ گردیده، در نتیجه، امکان تغییر ضمانت اجرا وجود دارد.

114. Farshad, Rahimi Dizgovin, *op. cit.*, p. 48.

115. *Ibid.*; Lars, Meyer, *Non-Performance and Remedies under International Contract Law Principles and Indian Contract Law: A Comparative Survey of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, the Principles of European Contract Law, and Indian Statutory Contract Law*, (Germany: Peter Lang Pub, 2010), p. 134.

116. Jan, Hellner, "Specific Performance in Swedish Contract Law", *Scandinavian Studies in Law, Legal Issues of the Late 1990 s*, Vol. 38 (2009), p. 18.

117. Election of Remedies

118. Paul, L. Larsen, "Election of Remedies: When Is Election Irrevocable in Contract-Fraud Situations?", *California Law Review*, Vol. 36, No. 4 (1948), p. 636; Amos, S. Deinar & Benedict, S. Deinar, "Election of Remedies", *Minnesota Law Review*, Vol. 6, No. 5 (1922), p. 341.

119. *Commercial Centre Realty Co. v. Superior Court*, 7 Cal. (2d) 121 (1936).

120. *Belding v. Whittington*, 154 Ark. 561 (1922).

121. Richard R.W, Brooks and Alexander, Stremitzer, "Remedies On and Off Contract", *Yale Law School Faculty Scholarship* (2011), p. 701.

از میان اسناد بین‌المللی، تنها ماده ۷-۲-۵ PICC به‌صراحت مقرره‌ای را به تغییر ضمانت اجرا اختصاص داده است.^{۱۲۲} همچنین قانون متحدالشکل اوهادا راجع به قراردادها^{۱۲۳} در ماده ۱۲ فصل هفتم به تغییر ضمانت اجرا اشاره نموده است.^{۱۲۴} اسناد DCFR و PECL مقرره‌ای در این خصوص ندارند، اما در شرح مقررۀ مربوط به ترکیب ضمانت اجراها، به این موضوع توجه شده است. سند CISG در این خصوص ساکت است؛ اگرچه می‌توان حکم مشابه را از طریق بند ۲ ماده ۷ کنوانسیون و با استناد به PICC نتیجه گرفت.^{۱۲۵} از دیدگاه شارحان اسناد مورداشاره، زیان‌دیده با انتخاب ضمانت اجرا، از تغییر به ضمانت اجرای دیگر منع نمی‌شود^{۱۲۶}، ولو آنکه ضمانت اجرای بعدی با ضمانت اجرای سابق ناسازگار باشد.^{۱۲۷} تعبیر یادشده در بیان مفهوم تغییر ضمانت اجرا قابل انتقاد به‌نظر می‌رسد، زیرا این موضوع ناظر به فرضی است که زیان‌دیده در صدد رجوع به ضمانت اجرای ناسازگار باشد، وگرنه در ضمانت اجراهای سازگار یعنی قابل ترکیب، در واقع، تغییر ضمانت اجرا موضوعیت نمی‌یابد، بلکه می‌توان آن را افزودن ضمانت اجرای دوم و استرداد ضمانت اجرای اول دانست؛ بنابراین در ضمانت اجراهای سازگار اصولاً نیازی به صدور مجوزی برای تغییر ضمانت اجرا وجود ندارد و مثال‌های یادشده در اسناد بین‌المللی نیز صرفاً ناظر بر تغییر ضمانت اجراهای ناسازگار است.

تغییر ضمانت اجرا در فرضی متصور است که این تغییر نسبت به یک نقض واحد صورت گرفته باشد، وگرنه در حالتی که متعهد مرتکب نقض جدیدی شود، امکان استناد به تمام

۱۲۲. بخش مقررات مرکز مالی قطر (Qatar Financial Centre) که برگرفته از PICC است، در ماده ۹۹ عیناً مقرره ۷-۲-۵ را تکرار کرده است.

123. OHADA Uniform Act on Contract Law

۱۲۴. OHADA واژه اختصاری سازمان یکسان‌سازی حقوق بازرگانی افریقا است. قانون متحدالشکل اوهادا راجع به قراردادها، بر اساس PICC تنظیم شده و صرفاً چارچوب قراردادی PICC به چارچوب قانونی تبدیل شده است.

125. John, Y. Gotanda, "Using the Unidroit Principles to Fill Gaps in the CISG", Villanova University Charles Widger School of Law (2007), p. 25.

۱۲۶. اگرچه امکان تغییر ضمانت اجرا در اسناد بین‌المللی را می‌توان به‌عنوان یک اصل شناسایی نمود، اما این رویکرد در تمام سیستم‌ها یکسان نیست؛ برای مثال به‌موجب بند ۲ بخش ۳۸۱ American Law Institute's Restatements of the Law of Contracts، علی‌الاصول تغییر ضمانت اجرا منع شده است، مگر اینکه زیان‌دیده دلایل معقولی برای این تغییر داشته باشد.

127. Stefan, Vogenauer & Jan, Kleinheisterkamp (eds), *op. cit.*, p. 827; Ole, Lando & Hugh, Beale, *et al.* (eds), *op. cit.*, p. 363; Christian, von Bar and Eric, Clive, *et al.* (eds), *op. cit.*, p. 802.

ضمانت‌های اجرای در دسترس را خواهد داشت^{۱۲۸}. این فرض ناظر به موردی است که تعهد قراردادی و ضمانت اجرای آن قابل تجزیه باشد. برای مثال، فروشنده کالا در مقاطع زمانی مختلف ملزم به تسلیم کالا است و مرتکب نقض‌های مکرر می‌شود^{۱۲۹}. همچنین، به نظر می‌رسد تغییر ضمانت اجرا از سوی زیان‌دیده اختصاص به مرحله دادرسی ندارد^{۱۳۰} و حتی قبل از طرح دعوی نیز زیان‌دیده تحت شرایطی قادر بر تغییر و استناد به ضمانت اجرای دیگر خواهد بود. برای مثال، زیان‌دیده‌ای که با ارسال اظهارنامه اجرای تعهد را مطالبه نموده است، در صورت وجود شرایط می‌تواند قبل از طرح دعوی، ضمانت اجرای مورد استناد خویش را تغییر دهد.

باید توجه داشت اگر برخی ضمانت‌ها به جهت عدم تحقق ملزومات قابل رجوع نباشد، ولی به اشتباه از سوی زیان‌دیده مورد استناد قرار گیرد، این امر مانعی برای تغییر ضمانت اجرا نخواهد بود. این قاعده حتی هنگامی که استناد به ضمانت اجرای غیرقابل رجوع منتهی به رد ادعا شده باشد، اعمال می‌شود^{۱۳۱}. افزون بر این، بدیهی است تغییر ضمانت اجرا صرفاً در صورت تحقق ملزومات آن امکان‌پذیر خواهد بود؛ برای مثال، زیان‌دیده‌ای که مایل به تغییر از الزام به فسخ قرارداد است، در صورت تحقق پیش‌شرط‌های فسخ قادر به اینکار خواهد بود^{۱۳۲}، ولو آنکه در زمان انتخاب ضمانت اجرای اول، ملزومات مربوط به ضمانت اجرای دوم فراهم نشده باشد.

۴.۱. اقسام تغییر ضمانت اجرا

۴.۱.۱. تغییر داوطلبانه ضمانت اجرا

به موجب بند اول ماده ۷-۲-۵ PICC زیان‌دیده‌ای که اجرای تعهد غیرپولی را

128. Stefan, Vogenauer & Jan, Kleinheisterkamp (eds), *op. cit.*, p. 854.

۱۲۹. در نظام‌هایی که فسخ جزئی پذیرفته شده، این وضعیت صادق است. همچنین اعمال این روش به توافق طرفین نیز بستگی دارد، زیرا ممکن است طرفین امکان فسخ جزئی را سلب نموده باشند.

۱۳۰. در ماده ۹۸ قانون آیین دادرسی مدنی ایران، امکان تغییر خواسته از سوی خواهان تحت شرایطی پذیرفته شده است. اگرچه یکی از مصادیق تغییر خواسته در این ماده می‌تواند تغییر ضمانت اجرا باشد، اما نمی‌توان اصل قابل تغییر بودن ضمانت اجرا در حقوق ایران را از طریق آن شناسایی نمود.

131. James, D. McGuire, "The Election of Remedies", *Rocky Mountain Law Review*, Vol. 9, No. 3 (1937), p. 275.

132. Stefan, Vogenauer & Jan, Kleinheisterkamp (eds), *op. cit.*, p. 827.

درخواست کرده و اجرا را در مدت زمان مقرر یا متعارف دریافت نکرده است، می‌تواند به سایر ضمانت اجراها متوسل شود. چنین تغییری حتی ممکن است پس از طرح دعوی الزام به اجرا از سوی زیان‌دیده و صدور حکم از طرف دادگاه و قبل از اجرای آن انجام گیرد.^{۱۳۳} بنا به مفهوم مخالف ماده یادشده، در صورتی که زیان‌دیده اجرا را در مدت زمان مقرر یا متعارف دریافت نموده باشد، دیگر امکان تغییر ضمانت اجرا را نخواهد داشت. البته در یکی از دعاوی، دیوان عالی کارولینای جنوبی استدلال کرده است که اگر روند رسیدگی به ضمانت اجرایی به مراحل پایانی خود رسیده و آماده صدور رأی باشد، خواهان دیگر استحقاق تغییر داوطلبانه ضمانت اجرا را نخواهد داشت.^{۱۳۴} تغییر داوطلبانه به دلایل متعددی توجیه‌پذیر است. مثلاً ممکن است زیان‌دیده پس از درخواست الزام، به عدم توانایی متعهد در اجرا پی ببرد یا اینکه اجرای واقعی ضمانت اجرای مورد مطالبه مؤثر نباشد، زیرا موفقیت زیان‌دیده به اراده متعهد وابسته است.^{۱۳۵} قراردادهای بلندمدت و ارائه خدمات چنین خصیصه‌ای داشته، الزام اغلب به نتیجه مطلوب منتهی نمی‌شود. برخی حکم مقرر در ماده ۷-۲-۵ PICC را به قیاس در سایر اسناد بین‌المللی تأیید نموده‌اند.^{۱۳۶}

البته زیان‌دیده در تغییر ضمانت اجرا از اختیار مطلق برخوردار نیست، زیرا چنین آزادی عملی نامعقول است و می‌تواند منافع طرف دیگر را تحت تأثیر قرار دهد. به همین جهت است که مطابق بند یادشده، زیان‌دیده صرفاً زمانی استحقاق تغییر ضمانت اجرا را خواهد داشت که نقض‌کننده تعهد خود را ظرف مدت مقرر یا در صورت فقدان چنین مهلتی، داخل در مدت متعارف^{۱۳۷} اجرا نکند. بنابراین زمانی که زیان‌دیده مهلت اضافی برای اجرا به متعهد

۱۳۳. این رویکرد در تمام سیستم‌ها جریان ندارد و در برخی از آنها صدور حکم در ماهیت به‌عنوان مانع تغییر به ضمانت اجرای دیگر است (Paul, L. Larsen, *op. cit.*, p. 640). البته به‌نظر می‌رسد چنین رویکردی در خصوص تغییر داوطلبانه ضمانت اجرا است؛ وگرنه در حالتی که رأی دادگاه یا داور غیرقابل اجرا باشد، زیان‌دیده چاره‌ای جز تغییر ضمانت اجرا نخواهد داشت.

134. McMahan v. McMahon, 122 S.C. 336 (1922).

135. John, Felemegas, "The Right to Require Specific Performance: Comparison between the Provisions of the CISG (Arts. 28, 46, and 62) and Counterpart Provisions of the UNIDROIT Principles (Arts. 7.2.1-7.2.5)", In: John, Felemegas (ed), *op. cit.*, p. 157; Stefan Vogenauer & Jan Kleinheisterkamp (eds), *op. cit.*, p. 913.

136. Liu, Chengwei, "Specific Performance: Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles, PECL and Case Law", 2nd edition, Case annotated update (2005), p. 26.

۱۳۷. تعیین دقیق مدت متعارف برای اجرا امکان‌پذیر نیست و به شرایط متعددی از جمله دشواری اجرا بستگی دارد. ر.ک. Art. 7.2.5 PICC, Official Comment No. 2.

اعطا می‌کند، در این دوره، حق تغییر و استناد به ضمانت اجرای دیگری را نخواهد داشت^{۱۳۸}. این قید منافع نقض‌کننده را در نظر گرفته، چراکه ممکن است در طول دوره اقداماتی را در راستای اجرای قرارداد انجام داده باشد^{۱۳۹}.

۴.۱.۲. تغییر ناشی از عدم امکان اجرا

بهموجب بند دوم ماده ۷-۲-۵ PICC هنگامی که رأی دادگاه برای اجرای تعهد غیرپولی قابل اجرا نیست، زیان‌دیده حق دارد به سایر ضمانت‌اجراها متوسل شود. این فرض صرفاً زمانی تحقق می‌یابد که در زمان صدور رأی امکان الزام وجود داشته، لکن بعداً امکان اجرای رأی منتفی شده باشد^{۱۴۰}. تغییر ضمانت اجرا پس از عدم امکان اجرا در مقایسه با حالت نخست این ماده، سهل‌تر بوده، فوراً می‌توان به ضمانت اجرای دیگری استناد کرد^{۱۴۱}. دلیل چنین سهولتی را می‌توان به محدودیت‌های تغییر داوطلبانه ضمانت اجرا نسبت داد. البته به نظر می‌رسد عدم امکان اجرا در دو حالت دائمی یا موقت قابل تحلیل است. در فرضی که عدم امکان اجرا مطلق و دائمی است، زیان‌دیده چاره‌ای جز تغییر ضمانت اجرا ندارد؛ اما در فرض عدم امکان اجرای موقت، زیان‌دیده در کنار اختیار برای تغییر ضمانت اجرا، می‌تواند به انتظار رفع مانع و اجرای رأی بماند.

مقایسه بندهای یک و دو ماده ۷-۲-۵ PICC نشان می‌دهد که بند نخست ارتباطی به تصمیم مرجع رسیدگی ندارد و تغییر ضمانت اجرا قبل از صدور رأی و حتی قبل از اقامه دعوی (در فرضی که زیان‌دیده خطاری مبنی بر اجرای تعهد به متعهد ارسال کرده باشد) متصور است.

۴.۲. مصادیق تغییر ضمانت اجرا

تغییر هریک از اقسام ضمانت اجرا به نوع دیگر تابع شرایط ویژه‌ای است که موضوع

۱۳۸. مطابق ماده ۱۲۲۶ قانون مدنی فرانسه، اگر زیان‌دیده با ارسال اخطار اعطای مهلت اضافی برای اجرا به دنبال حفظ حق فسخ آتی باشد، مکلف به تصریح این امر در اخطار است؛ وگرنه حق فسخ وی زایل می‌گردد.

139. Stefan, Vogenauer & Jan, Kleinheisterkamp (eds), *op. cit.*, p. 914.

140. John, Felemegas, *op. cit.*, p. 157; Stefan, Vogenauer & Jan, Kleinheisterkamp (eds), *op. cit.*, p. 915.

141. Liu, Chengwei, "Specific Performance: Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles, PECL and Case Law", *op. cit.*, p. 26.

مباحث آتی را به خود اختصاص داده است. با این حال، گفتنی است که ضمانت اجرای تعلیق اجرای تعهد با توجه به ماهیت موقتی آن به طور معمول به یکی از ضمانت‌اجراهای اصلی دیگر مانند الزام یا فسخ تغییر می‌یابد.^{۱۴۲}

۴.۲.۱. تغییر الزام به سایر ضمانت‌اجراها

در اسناد بین‌المللی، یکی از مصادیق تغییر، تغییر الزام به سایر ضمانت‌اجراها است. اگر زیان‌دیده پس از درخواست الزام متوجه شود که احتمال اجرا از سوی متعهد اندک است یا قابل اجرا نیست، تحت شرایطی استحقاق تغییر و توسل به دیگر ضمانت‌اجراها از جمله فسخ یا خسارت را خواهد داشت.^{۱۴۳} تغییر الزام به فسخ از سوی زیان‌دیده تنها در صورتی متصور است که ملزومات فسخ از جمله نقض اساسی قرارداد برآورده شود.^{۱۴۴} همچنین نظر به محدودیت زمانی مقرر برای ارسال اخطار فسخ در اسناد بین‌المللی^{۱۴۵}، در فرض تغییر الزام به فسخ، مدت یادشده به تناسب افزایش خواهد یافت.^{۱۴۶}

در خصوص تغییر ضمانت‌اجرای الزام به خسارت بایستی میان دو فرض قائل به تفکیک شد. به جهت سازگاری و قابلیت جمع ضمانت‌اجرای الزام با خسارت تأخیر، تغییر در چنین فرضی موضوعیت نمی‌یابد و این دو به‌عنوان ضمانت‌اجراهای مکمل می‌توانند مورد استناد قرار گیرند.^{۱۴۷} بنابراین تغییر ضمانت‌اجرا در فرضی متصور است که زیان‌دیده پس از انصراف از ضمانت‌اجرای الزام به دنبال مطالبه خسارت عدم انجام تعهد باشد که در این صورت باید بر آن بود که قرارداد به‌طور ضمنی فسخ شده است. در چنین وضعیتی خواهان نه‌تنها ملزم به اثبات ملزومات خسارت است، بلکه بایستی تحقق شرایط فسخ قرارداد را نیز اثبات نماید، زیرا صریح یا ضمنی بودن فسخ قرارداد تأثیری در این قضیه ندارد. مبرهن است که فرض یادشده در خصوص تغییر درخواست الزام تعهدات غیرپولی به خسارت است،

142. JW, Carter, "Suspending Contract Performance for Breach", In: Jack, Beatson & Daniel, Friedman (eds), *Good Faith and Fault in Contract Law*, (UK: Oxford Scholarship Online, 2012), p. 486, footnote 10.

143. Ole, Lando & Hugh, Beale, *et al.* (eds), *op. cit.*, p. 363; Christian, von Bar and Eric, Clive, *et al.* (eds), *op. cit.*, p. 802.

144. Stefan, Vogenauer & Jan, Kleinheisterkamp (eds), *op. cit.*, p. 827.

145. Art. 7.3.2(2) PICC, Art. 9:303(2) PECL & Arts. III. 3:507 and III. 3:508 DCFR

146. Stefan, Vogenauer & Jan, Kleinheisterkamp (eds), *op. cit.*, p. 915.

147. James, D. McGuire, *op. cit.*, p. 273.

چراکه در تعهدات پولی امکان مطالبه خسارت عدم انجام تعهد وجود ندارد.

در حقوق ایران به امکان تغییر ضمانت اجرای الزام به سایر روش‌های جبران اشاره‌ای نشده است. تنها ماده ۴۰۳ قانون مدنی در باب خیار تأخیر ثمن بیان کرده است که اگر بائع به نحوی از انحا مطالبه ثمن نماید و به قرائن معلوم گردد که التزام به بیع مقصود بوده است، خیار او ساقط خواهد شد. با مطالبه ثمن در این ماده که مصداقی از الزام به اجرا است و همچنین التزام به بیع به نحوی که بیانگر انصراف از حق فسخ باشد، بائع حق تغییر و استناد به فسخ را نخواهد داشت. مبنای عدم امکان استناد به حق فسخ در ماده یادشده، اسقاط ضمنی حق خیار است^{۱۴۸} که به نظر می‌رسد در سایر خیارات هم می‌توان به همین مبنا توسل جست. به این معنی که با التزام به عقد به نحوی که دلالت بر انصراف از خیار نماید، حق فسخ زایل می‌گردد. البته صرف مطالبه اجرای تعهد بدون آنکه دلالتی بر اسقاط خیار نماید، مانع تغییر به فسخ نخواهد بود؛ بنابراین قاعده کلی در حقوق ایران با آنچه در اسناد بین‌المللی جریان دارد، همسو است. در خصوص تغییر الزام به خسارت عدم انجام تعهد نیز چنان‌که گفته شد فسخ ضمنی قرارداد محقق می‌شود و احراز شرایط تحقق آن ضرورت دارد.

۲.۲.۴. تغییر فسخ به سایر ضمانت اجراها

در بررسی امکان تغییر ضمانت اجرای فسخ به سایر روش‌های جبران، تحلیل رویکردهای متفاوت سیستم‌های حقوقی از جنبه ماهیت تأسیسی یا اعلامی رأی فسخ ضرورت دارد. در برخی از نظام‌ها، رأی مرجع رسیدگی جنبه تأسیسی داشته^{۱۴۹}، در برخی دیگر جنبه اعلامی دارد^{۱۵۰} و صرفاً با ارسال اخطار، فسخ قرارداد تحقق می‌یابد^{۱۵۱}.

۱۴۸. حسن، امامی، پیشین، ص ۵۵۳؛ سید علی، حائری شاهباغ، شرح قانون مدنی، ج ۱، (تهران: انتشارات گنج دانش، چ ۳، ۱۳۸۷)، ص ۳۹۲.

۱۴۹. در حقوق بلژیک و ایتالیا علی‌القاعده برای تحقق فسخ قرارداد، وجود رأی دادگاه ضرورت دارد. ر.ک.

Christian, von Bar and Eric, Clive, *et al.*, (eds), *op. cit.*, p. 899.

۱۵۰. در نظام حقوقی فرانسه مطابق ماده ۱۲۲۴ اصلاحی قانون مدنی، هر دو نوع فسخ شناسایی شده است.

151. Section 349 of the German CC; Art. 436(1) of the Portuguese CC; Dutch CC Art. 6:267. See: Christian, von Bar and Eric, Clive, *et al.* (eds), *op. cit.*, p. 899.

بر اساس رویکرد پذیرفته شده در اسناد بین‌المللی، به محض اعمال حق فسخ از سوی زیان‌دیده، تغییر ضمانت اجرا به الزام ممکن نخواهد بود؛ زیرا با ارسال اخطار فسخ، حیات قرارداد خاتمه یافته است.^{۱۵۲} نظر به اینکه در PICC برای نقض‌کننده حق جبران اجرای غیرمنطبق پس از وصول اخطار فسخ نیز محفوظ است^{۱۵۳}، ممکن است استدلال شود که قرارداد هنوز منحل نشده و زیان‌دیده حق تغییر از فسخ به الزام را خواهد داشت. در پاسخ به این ابهام استدلال شده که تحقق فسخ منوط به اعمال حق فسخ از طریق ارسال اخطار است و نقض‌کننده با ارسال اخطار جبران اجرای غیرمنطبق، صرفاً قادر به تعلیق آثار فسخ قرارداد خواهد بود.^{۱۵۴}

در خصوص تغییر ضمانت اجرای فسخ به خسارت عدم انجام تعهد یا تأخیر انجام آن، انصراف از ادعای فسخ با توجه به رویکردهای متفاوت نظام‌های حقوقی، جداگانه قابل ارزیابی است. در سیستم‌هایی که فسخ با ارسال اخطار محقق می‌شود، انصراف از آن ممکن نیست و تغییر ضمانت اجرا موضوعیت نمی‌یابد. اما در سیستم‌هایی که فسخ با حکم دادگاه واقع می‌شود، امکان انصراف وجود دارد؛ البته در این حالت نیز تغییر ضمانت اجرا از فسخ به خسارت (اعم از خسارت عدم انجام تعهد یا تأخیر آن) به سبب قابلیت جمع آنها^{۱۵۵} بی‌معنی خواهد بود.

در حقوق ایران نیز فسخ با ارسال اخطار محقق می‌شود و رأی دادگاه یا داور در تأیید آن صرفاً جنبه اعلامی دارد.^{۱۵۶} بنابراین با ارسال چنین اخطاری در حقیقت قرارداد منحل شده، دیگر محملی برای تغییر به ضمانت اجرای الزام وجود ندارد. با این حال، پرسشی به ذهن متبادر می‌گردد که اگر متعهدله اخطار فسخ را به متعهد ارسال نماید و متعهد ادعا کند که ملزومات فسخ تحقق نیافته است یا اصلاً ادعایی نداشته باشد، آیا متعهدله می‌تواند موضع خود را تغییر داده، الزام به اجرا را مطالبه نماید؟ به نظر می‌رسد مرجع رسیدگی در بررسی

152. Stefan, Vogenauer & Jan, Kleinheisterkamp (eds), *op. cit.*, p. 915; Ole, Lando & Hugh, Beale, *et al.* (eds), *op. cit.*, p. 363; Christian, von Bar and Eric, Clive, *et al.* (eds), *op. cit.*, p. 802.

153. Art. 7.1.4 (2)

154. Stefan, Vogenauer & Jan, Kleinheisterkamp (eds), *op. cit.*, p. 914.

155. *Ibid.*, pp. 1350-1351.

۱۵۶. ناصر، کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، (تهران: انتشارات گنج دانش، چ ۱، ۱۳۹۷)، ص ۶۸.

امکان الزام به اجرا، مقدماً مکلف به احراز بقای قرارداد و همین‌طور اثر اخطار فسخ خواهد بود؛ زیرا به‌موجب ماده ۴۴۹ قانون مدنی ایران با ارسال اخطار، فسخ محقق می‌شود. در تأیید همین رویکرد، شعبه ۲۹ دادگاه عمومی حقوقی تبریز در رسیدگی به دعوی ابطال رأی دآوری به‌موجب دادنامه شماره ۴۱۲۲۲۴۵/۱۳۹۰/۳ مورخ ۳ شهریور ۱۴۰۰ مقرر داشته است: «... نظر بر اینکه داوران در صدور رأی متنازع‌فیه مرقوم نموده‌اند که «...صرفنظر از وقوع یا عدم وقوع فسخ که مورد ادعای خواهان است...» و در خصوص اصل دعوی تأیید فسخ اثباتاً یا نفیاً اظهار نظر نکرده‌اند و این در حالی است که در صورت احراز صحت وقوع فسخ قرارداد و تأیید آن، سخن از تعهدات قراردادی بین طرفین سالبه به انتفای موضوع بوده و قانوناً ممکن نیست و داوران به این مهم توجه نکرده‌اند...». در خصوص تغییر فسخ به خسارت با لحاظ تحقق اثر فسخ با ارسال اخطار، امکان عدول از فسخ منتفی است.

۳.۲.۴. تغییر خسارت به سایر ضمانت اجراها

اسناد بین‌المللی موردبحث به تغییر خسارت به سایر ضمانت اجراها اشاره‌ای ندارند. دو فرض در این خصوص متصور است. اگر زیان‌دیده در آغاز خسارت تأخیر انجام تعهد را مطالبه نموده باشد، با توجه به قابلیت جمع آن با ضمانت اجرای الزام یا فسخ قرارداد، می‌تواند متعاقباً به یکی از این دو ضمانت اجرا نیز متوسل شود و نیازی به تغییر ضمانت اجرا وجود نخواهد داشت. با این حال، اگر زیان‌دیده پس از مطالبه این نوع از خسارت به‌دنبال مطالبه خسارت عدم انجام تعهد باشد، به نظر مانعی برای چنین تغییری وجود ندارد.

در فرضی که زیان‌دیده در ابتدا خسارت عدم انجام تعهد را مطالبه نموده و اکنون به‌دنبال تغییر به ضمانت اجرای الزام است، بایستی وضعیت بقای قرارداد را تحلیل نمود. از دیدگاه CISG و PICC خسارت عدم انجام تعهد بدل اصل تعهد است و با درخواست الزام قابل جمع نیست. بنابراین می‌توان استدلال کرد زیان‌دیده‌ای که خسارت عدم انجام تعهد را مطالبه کرده، قرارداد را به‌طور ضمنی فسخ نموده است^{۱۵۷} و در نتیجه امکان تغییر به

۱۵۷. به‌نظر می‌رسد این وضعیت در تمام نظام‌های حقوقی یکسان نیست، برای مثال تقسیم‌بندی خسارت در کامن‌لا به خسارت عدم انجام تعهد و تأخیر انجام آن صورت نمی‌پذیرد (G. H., Treitel, *op. cit.*, P.130); بنابراین نمی‌توان حکم یادشده را به این سیستم تسری داد.

درخواست الزام وجود ندارد. برخی معتقدند که برای تحقق فسخ ضمنی بایستی ادله قوی و روشنی وجود داشته باشد^{۱۵۸}. در فرض یادشده مطالبه خسارت عدم انجام تعهد به روشنی دلالت بر فسخ قرارداد می‌نماید. چنین استدلالی با پذیرش امکان فسخ ضمنی در اسناد بین‌المللی نیز تقویت می‌گردد. با توجه به اصل غیرتشریفاتی بودن قرارداد در ماده ۱۱ CISG، فسخ ضمنی قرارداد نیز ممکن تلقی شده است^{۱۵۹} و به همین جهت در برخی پرونده‌های تحت شمول کنوانسیون، فسخ ضمنی قرارداد معتبر دانسته شده است^{۱۶۰}. در سایر اسناد مورد بحث اشاره‌ای به امکان فسخ ضمنی نشده است، اما با مد نظر قراردادن برخی مقررات و ترتب اثر بر رفتارهای ضمنی می‌توان به نتیجه مشابهی دست یافت^{۱۶۱}. همچنین با توجه به اینکه CISG و PICC مکمل یکدیگرند^{۱۶۲}، می‌توان در تفسیر هریک از آنها و خلأهای موجود به سند دیگر رجوع نمود؛ بنابراین می‌توان فسخ ضمنی قرارداد را در PICC و سایر اسناد شناسایی کرد. اگرچه از دیدگاه برخی از نویسندگان، تغییر خسارت به الزام تحت شرایطی امکان‌پذیر است (مانند دشواری محاسبه خسارت در قراردادهای طولانی‌مدت)^{۱۶۳}، لیکن باید توجه داشت که مشروعیت چنین تغییری به نظام حقوقی حاکم بر قرارداد وابسته است. اگر فسخ از نوع قضایی باشد، چنین تغییری ممکن است و چنانچه فسخ به اراده زیان‌دیده وابسته باشد، تغییر خسارت به الزام به لحاظ تحقق فسخ ضمنی قرارداد ممکن نخواهد بود.

158. Christopher, M. Jacobs, "Notice of Avoidance under the CISG: A Practical Examination of Substance and Form Considerations, the Validity of Implicit Notice, and the Question of Revocability", *University of Pittsburgh Law Review*, No. 64 (2003), p. 413.

159. UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods, *op. cit.*, p. 30.

160. Case No. VIII ZR 300/96 [Bundesgerichtshof, Germany, 25.06.1997].

۱۶۱. برای مثال در PICC ماده ۱-۲-۱ (تشکیل قرارداد به وسیله رفتار)، ماده ۱-۲-۴ (رجوع ضمنی از اجاب) و ۱-۲-۶ (قبولی به طور ضمنی) ماده ۳-۳-۹ (تأیید ضمنی قرارداد از طریق رفتار) و ماده ۵-۱-۱ (تعهدات قراردادی ضمنی)؛ در PECL ماده ۲: ۱۰۱ (تشکیل قرارداد به وسیله رفتار)، ماده ۴: ۱۱۴ (تأیید ضمنی قرارداد از طریق رفتار) و ماده ۶: ۱۰۲ (تعهدات قراردادی ضمنی)؛ در DCFR ماده ۴: ۱۰۱ کتاب دوم (تشکیل قرارداد به وسیله رفتار)، ماده ۷: ۲۱۱ کتاب دوم (تأیید ضمنی قرارداد از طریق رفتار) و ماده ۹: ۱۰۱ (۲) کتاب دوم (تعهدات قراردادی ضمنی) مؤید شناسایی اعمال حقوقی ضمنی و ترتب اثر بر آنها است.

162. Michael, Joachim Bonell, *An international restatement of contract law- The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, 3rd ed., (the USA: Transnational Publishers, Inc., 2005), p. 314.

163. Farshad, Rahimi Dizgovin, *op. cit.*, p. 50.

با توجه به اینکه در حقوق ما خسارت عدم انجام تعهد بدل اصل تعهد است، مطالبه چنین خسارتی به منزله انصراف از حق رجوع به تعهد اصلی است و لذا امکان تغییر از خسارت عدم انجام تعهد به درخواست الزام وجود نخواهد داشت. در دادنامه شماره ۹۳۰۹۹۷۰۲۷۰۱۰۰۷۳۵ مورخ ۱۴ مهر ۱۳۹۳ شعبه ۵۶ دادگاه تجدیدنظر استان تهران استدلال شده است که «تغییر خواسته از خسارت عدم انجام تعهد قراردادی به الزام به ایفای تعهد همان قرارداد به علت برخورداری از ارتباط کامل و منشأ واحد بلامانع است». استدلال یادشده قابل پذیرش نبوده و درخور نقد است، زیرا در فرض پرونده یادشده، خواهان با مطالبه خسارت عدم انجام تعهد به صورت ضمنی از حق مطالبه اصل تعهد انصراف داده است و دیگر محملی برای درخواست اجرای اصل تعهد باقی نمی‌ماند.

۴.۲.۴. تغییر از تقلیل ثمن به سایر ضمانت اجراها

در خصوص امکان تغییر ضمانت اجرای تقلیل ثمن، بایستی میان دو فرض قائل به تفکیک شد. فرض نخست حالتی است که زیان دیده به جهت عدم انطباق کیفی مورد معامله به تقلیل ثمن مبادرت می‌نماید، و در فرض دوم، اقدام به تقلیل ثمن به علت عدم مطابقت کمی کالای تحویلی با قرارداد است.^{۱۶۴} در فرض نخست منعی برای تغییر به سایر روش‌های جبران به نظر نمی‌رسد. برای مثال زیان دیده‌ای که پس از درخواست تقلیل ثمن درمی‌یابد پذیرش کالای معیوب همراه با تقلیل ثمن دربردارنده نفعی برای وی نیست و او نمی‌تواند این کالا را در بازار بفروشد، می‌تواند با تغییر موضع در صدد درخواست الزام برآید. در چنین وضعیتی حتی تغییر به ضمانت اجرای فسخ نیز تحت شرایطی از جمله برآورده شدن ملزومات فسخ ممکن است. با توجه به قابلیت ترکیب تقلیل ثمن با خسارت (به جز خسارت ناشی از کاهش ارزش کالا)، تغییر این دو ضمانت اجرا فاقد موضوعیت است.

در فرض دوم، درخواست تقلیل ثمن ناشی از تسلیم ناقص کالای موضوع قرارداد است و برای مثال، متعهدله به جای ۱۰۰ دستگاه مورد معامله، ۵۰ عدد دریافت کرده است. در چنین حالتی، درحقیقت زیان دیده با توسل به ضمانت اجرای تقلیل ثمن، قرارداد را به عقود

164. Ole, Lando & Hugh, Beale, *et al.* (eds), *op. cit.*, p. 430; Christian, von Bar and Eric, Clive, *et al.* (eds), *op. cit.*, p. 929.

متعدد تبعیض کرده، نسبت به برخی از آنها با فسخ ضمنی قرارداد مبادرت به تقلیل ثمن نموده است^{۱۶۵}. با لحاظ فسخ ضمنی، امکان تغییر به ضمانت اجرای الزام در چنین فرضی وجود نخواهد داشت. این استدلال با رویکرد متخذه در PICC نیز تقویت می‌شود که زیان دیده با توسل به فسخ جزئی، مبادرت به تقلیل ثمن می‌کند و در نتیجه پس از این اقدام، استحقاق تغییر و استناد به ضمانت اجرای الزام را ندارد^{۱۶۶}.

۳.۴. تغییر مکرر ضمانت اجرا

بررسی این نکته ضرورت دارد که آیا زیان دیده قادر به تغییر چندباره ضمانت اجرای مورد استناد است یا خیر. اسناد بین‌المللی و شارحان اشاره‌ای به این موضوع نکرده‌اند. به نظر می‌رسد که مطابق اصل کلی، زیان دیده علی‌الاطلاق ممنوعیتی در تغییر مجدد ضمانت اجرا نخواهد داشت، مگر اینکه چنین اقدامی با یکی از موانع تغییر که در ادامه مورد بررسی قرار گرفته است، مواجه شود. به نظر می‌رسد که احتمال مواجهه با ممنوعیت‌ها در فرض تغییر مکرر بیشتر است؛ چراکه احتمال ورود ضرر به متعهد در چنین فرضی به مراتب بیشتر خواهد بود. برای مثال زیان دیده‌ای که با گمانه‌زنی در خصوص نوسانات بازار، ابتدا به سراغ مطالبه اجرای تعهد می‌رود و سپس با ملاحظه کاهش قیمت کالا در بازار، ضمانت اجرا را به فسخ تغییر می‌دهد و مجدداً به جهت افزایش قیمت بازار خواهان الزام به اجرا می‌گردد، رفتار وی از مصادیق سوءاستفاده از حق تلقی شده، موجب ایراد خسارت به متعهد می‌شود. البته باید توجه داشت قواعد کلی تغییر در چنین فرضی نیز اعمال خواهد شد. بنابراین اگر زیان دیده با تغییر الزام به سراغ فسخ برود و این فسخ غیرقضایی باشد، دیگر حق رجوع مجدد به الزام را نخواهد داشت.

باید توجه داشت که تغییر مکرر ضمانت اجرا در دو فرض امکان‌پذیر است. فرض نخست حالتی است که زیان دیده پس از تغییر به ضمانت اجرای دوم، در صدد توسل به ضمانت اجرای نوع سوم است؛ برای نمونه، زیان دیده‌ای که در ابتدا الزام را درخواست نموده،

۱۶۵. در عدم انطباق کیفی کالا امکان جمع فسخ و تقلیل ثمن وجود ندارد. ر.ک.

Ole, Lando & Hugh, Beale, *et al.* (eds), *op. cit.*, p. 445.

166. Eckart, Brödermann, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: An Article-by-Article Commentary*, (Netherlands: Kluwer Law International, 2018), p. 217.

سپس آن را به تقلیل ثمن تغییر داده، اکنون در صدد تغییر به ضمانت اجرای فسخ است. و فرض دوم ناظر به حالتی است که زیان دیده پس از ترک ضمانت اجرای دوم مجدداً به دنبال مطالبه نخستین ضمانت اجرای مورد استناد است؛ برای مثال، پس از تغییر الزام به تقلیل ثمن، اکنون مجدداً در صدد درخواست اجرا است.

در تحلیل قضیه، بررسی قواعد شکلی رسیدگی اهمیت دارد. انصراف از دعوی به دو صورت تحقق می‌یابد. بیشتر اوقات خواهان با انصراف از دعوی، به دنبال حفظ موقعیت طرح مجدد دعوی است؛ به این معنی که قصد وی صرفاً خاتمه بخشیدن به روند رسیدگی فعلی است و در آینده مجدداً خواهان می‌تواند همان دعوی را مطرح نماید. این نوع از انصراف، اصطلاحاً «انصراف با امکان طرح مجدد»^{۱۶۷} نامیده می‌شود. در چنین فرضی، نظر به تأثیر انصراف بر حقوق خواننده دعوی، تحصیل رضایت وی ضروری است.^{۱۶۸}

در مقابل، در نوع دوم از انصراف که اصطلاحاً «انصراف بدون امکان طرح مجدد»^{۱۶۹} نامیده می‌شود و به ندرت اتفاق می‌افتد، خواهان به طور کلی و قطعی از دعوی خود صرف نظر می‌کند و در آینده امکان طرح مجدد همان دعوی را در داوری یا دادگاه نخواهد داشت. با لحاظ اثر چنین انصرافی که به نفع خواننده است، در فرض حاضر نیازی به تحصیل رضایت وی نیست. اگرچه انصراف از دعوی اقدامی صرفاً شکلی است، لکن انصراف به صورت قطعی (اعراض از دعوی) حقوق ماهوی خواهان را نیز تحت تأثیر قرار می‌دهد.^{۱۷۰} بنابراین، اگر زیان دیده در آغاز دعوی الزام به اجرا را مطرح نموده، سپس با انصراف قطعی و اعراض از آن، به دنبال تقلیل ثمن باشد، در صورت ترک دعوی پیش گفته، استحقاقی برای مطالبه اجرای تعهد نخواهد داشت.

به موجب بند «ج» ماده ۱۰۷ قانون آیین دادرسی ایران، چنانچه خواهان پس از ختم مذاکرات طرفین، درخواست استرداد دعوی را بنماید، ولی خواننده به این استرداد رضایت

167. Withdrawal without Prejudice

168. Heiko, Haller & Annette, Keilmann, "In Claimant's Hands? Admissibility and Consequences of a Withdrawal of Claim in International Arbitration", *Journal of International Arbitration*, Vol. 35, Issue 6 (2018), p. 650.

169. Withdrawal with Prejudice

170. Heiko, Haller & Annette, Keilmann, *op. cit.*, pp. 650-651.

نداشته باشد، خواهان می‌تواند از دعوای خود به کلی انصراف دهد که در این حالت قرار سقوط دعوی صادر می‌گردد. با صدور این قرار، دعوی به طور کلی زایل شده، امکان طرح مجدد آن وجود نخواهد داشت^{۱۷۱}. چنین فرضی مشابه اعراض از دعوی است؛ بنابراین اگر خواهان ضمانت اجرایی مانند اجرای تعهد را مطالبه کند و سپس دعوی خود را مسترد نماید و قرار سقوط دعوا صادر گردد، در صورت مراجعه به سایر ضمانت اجراها دیگر حق تغییر و برگشت مجدد به دعوی الزام را نخواهد داشت.

۴.۴. موانع تغییر ضمانت اجرا

۴.۴.۱. اصل حسن نیت و منع سوءاستفاده از حق

بهموجب اصل کلی حاکم بر اسناد بین‌المللی، طرفین مکلف به رعایت حسن نیت در تمام مراحل قرارداد اعم از انعقاد، اجرا و حتی نقض آن هستند^{۱۷۲}. بر همین اساس، زیان دیده در توسل به ضمانت اجراها باید با حسن نیت اقدام نماید^{۱۷۳}. این اصل به‌عنوان یکی از موانع تغییر ضمانت اجرا نیز محسوب می‌شود و زیان دیده نمی‌تواند پس از توسل به ضمانت اجرایی، با سوءنیت در صدد تغییر آن برآید. همچنین، ممنوعیت تغییر ضمانت اجرا بر پایه منع سوءاستفاده از حق^{۱۷۴} نیز توجیه شده است^{۱۷۵}. بنابراین اگر منافع نقض‌کننده مورد حمایت قرار نگرفته باشد، امکان تغییر ضمانت اجرا وجود نخواهد داشت. برای مثال، اگر نقض‌کننده، دعوی الزام را پذیرفته و مقدمات اجرا را در مدت متعارف فراهم آورده باشد،

۱۷۱. عبدالله، شمس، *آیین دادرسی مدنی*، ج ۱، (تهران: انتشارات دراک، چ ۳۳، ۱۳۹۴)، ص ۲۷۹.

۱۷۲. ماده ۱: ۲۰۱ PECL، ماده ۱: ۱۰۳ کتاب سوم DCFR و ماده ۷-۱ PICC بیانگر اصل کلی حسن نیت و معامله منصفانه است.

173. Christian, von Bar and Eric, Clive, *et al.* (eds), *op. cit.*, p. 854.

۱۷۴. اصل حسن نیت و قاعده منع سوءاستفاده از حق با یکدیگر در ارتباط هستند و حتی اظهار شده است که حسن نیت نتیجه قاعده منع سوءاستفاده از حق است (Joseph, Perillo, "Abuse of Rights: A Pervasive Legal Concept", *Pacific Law Journal*, Vol. 27 (1995), p. 75). همچنین استدلال شده است که قاعده منع سوءاستفاده از حق فی‌نفسه قاعده مستقلی نبوده، صرفاً بیانگر حالت خاصی از اصل حسن نیت است (Michael, Byers, "Abuse of Rights: An Old Principle, A New Age", *McGill Law Journal*, Vol. 47 (2002), p. 411). دیوان عالی کانادا استدلال کرده است که فقدان حسن نیت تنها ضابطه ارزیابی سوءاستفاده از حق نیست (Banque Nationale du Canada v. Houle, [1990] 3 S.C.R. 122).

175. Peter, Schlechtriem & Ingeborg, Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3rd ed., (the UK: Oxford, 2008), p. 695.

زیان دیده نمی‌تواند با تغییر موضع در صدد فسخ به جهت نقض اساسی باشد^{۱۷۶}. همچنین، زیان دیده‌ای که با گمانه‌زنی در خصوص قیمت بازار و نوسانات آن به دنبال تغییر ضمانت اجرا است، به استناد اصل حسن نیت و منع سوءاستفاده از حق، از تغییر منع می‌شود.

اگرچه لزوم رعایت حسن نیت در قانون مدنی ایران مورد تصریح قرار نگرفته، اما با استقرا در قوانین و اصول حقوقی دیگر چنین اصلی در حقوق ایران قابل شناسایی است و قاعده منع سوءاستفاده از حق که از مبانی حسن نیت محسوب می‌شود^{۱۷۷} مبتنی بر اصل ۴۰ قانون اساسی است.

۲.۴.۴. نظریه اتکا^{۱۷۸}

از دیگر موانع تغییر، اتکای متعهد به ضمانت اجرای مورد استناد و منع ورود ضرر^{۱۷۹} به او است. به موجب این نظریه اگر نقض کننده به نخستین ضمانت اجرای مورد استناد اتکا نموده، تغییر ضمانت اجرا به ورود ضرر به وی منجر گردد، مثلاً در موردی که متعهد با تحمل هزینه‌هایی در حال آماده‌سازی مقدمات اجرا است، اقدام به تغییر با مانع مواجه خواهد شد^{۱۸۰}. برای نمونه در یکی از دعاوی^{۱۸۱}، خواهان دعوی متقابل در ابتدا خسارت ناشی از انکار قرارداد را مطالبه نموده بود و خوانده دعوی متقابل نیز به اتکای این ضمانت اجرا بخشی از اجناس را بازفروش کرده بود. پس از مدتی، خواهان با تغییر ضمانت اجرای اولیه، اجرای عین قرارداد را درخواست کرد. دادگاه درخواست الزام به اجرا را رد و استدلال نمود که «خریدار نمی‌تواند هر دو ضمانت اجرا را داشته باشد و هنگام انتخاب یکی از آنها، در صورتی که تغییر منجر به ایراد ضرر به طرفین گردد، از استناد به دیگری منع

176. Stefan, Vogenauer & Jan, Kleinheisterkamp (eds), *op. cit.*, p. 914; Christian, von Bar and Eric, Clive, *et al.* (eds), *op. cit.*, p. 802; Ole, Lando & Hugh, Beale, *et al.* (eds), *op. cit.*, p. 363.

۱۷۷. علی، انصاری، *تئوری حسن نیت در قراردادها - مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و نظام‌های حقوقی معاصر*، (تهران: انتشارات جنگل، چ ۱، ۱۳۸۸)، ص ۱۱۸.

178. Reliance Theory

۱۷۹. ضرر نامشروعی که به جهت اتکای متعهد ایجاد شود، مانع تغییر ضمانت اجرا است؛ بنابراین ضرر مشروع مانع چنین تغییری نیست.

180. Christian, von Bar and Eric, Clive, *et al.* (eds), *op. cit.*, p. 802.

181. Buckmaster v. Bertram, 186 Cal. 673, 200 Pac. (1921).

می‌شود»^{۱۸۲}. همین رویکرد مبنی بر ممنوعیت تغییر ضمانت اجرا به استناد تئوری اتکا در دعاوی دیگری نیز تأیید شده است^{۱۸۳}.

در حقوق ایران مطابق قاعده فقهی لاضرر، اقدامی که به ورود ضرر به دیگری منجر گردد، ممنوع است. یکی از مصادیق اقدام مستلزم ورود ضرر، می‌تواند تغییر ضمانت اجرایی باشد که در نهایت به ورود خسارت به طرف دیگر خواهد انجامید.

۳.۴.۴. نظریه استاپل

از دیگر موانع تغییر ضمانت اجرا که در برخی از منابع مورد اشاره قرار گرفته، نظریه استاپل است^{۱۸۴}. مطابق این قاعده، هیچ‌کس نمی‌تواند موضع خود را به نحوی تغییر دهد که با موضع قبلی وی ناسازگار باشد و به ورود ضرر به دیگری منجر گردد^{۱۸۵}. در یکی از دعاوی استدلال شده است که نظریه انتخاب ضمانت اجراها در حقیقت کارکردی ویژه از قاعده استاپل است^{۱۸۶} و تغییر ضمانت اجرا به منزله انتخاب آن نیست، مگر اینکه به ورود زیان به دیگری بینجامد^{۱۸۷}. البته اثبات ورود ضرر به استناد قاعده استاپل برای ممانعت از تغییر با دشواری‌هایی همراه است. از همین رو، برای مثال در اکثر پرونده‌های مطروحه در ایالت کالیفرنیا امریکا اظهار شده است که خواننده (نقض‌کننده) متحمل ضرری از تغییر ضمانت اجرا نمی‌شود و بنابراین زیان دیده در تغییر آن مختار است^{۱۸۸}.

۴.۴.۴. توافق طرفین و اسقاط حق تغییر

به موجب اصل آزادی اراده، طرفین می‌توانند نسبت به ضمانت اجراهای قابل استناد توافق نمایند^{۱۸۹}. ممکن است طرفین در قرارداد یا حتی پس از حدوث اختلاف،

182. Duane, W. Dresser, "Procedural Control of Damages by Election of Remedies", The Hastings Law Journal, Vol. 12, Issue 1 (1960), p. 176.

183. Grant, Alexander & Co. v. Savannah, Griffin & North Alabama Railroad, 51 Ga. 348 (1874).

184. Paul, L. Larsen, *op. cit.*, p. 639.

185. Henry, Campbell Black, M. A., *Black's Law Dictionary*, (the USA: West Publishing Co., 1968), p. 633.

186. Mansfield v. Pickwick Stages, 191 Cal. 129, 215 P. 389 (Cal. 1923).

187. Commercial Centre Realty Co. v. Superior Court, 7 Cal. (2d) 121 (1936).

188. Paul, L. Larsen, *op. cit.*, p. 639.

189. Stefan, Vogenauer & Jan, Kleinheisterkamp (eds), *op. cit.*, p. 828.

محدودیت‌هایی را برای تغییر مقرر کنند. در برخی از قراردادها شرط عدم مسئولیت متعهد پیش‌بینی می‌شود.^{۱۹۰} این شرط به‌طور ضمنی بیانگر عدم امکان تغییر ضمانت اجرای مورد استناد به خسارت است.^{۱۹۱} همچنین ممکن است طرفین به نحو صریحی توافق نمایند که پس از انتخاب ضمانت اجرایی، زیان‌دیده حق تغییر آن را نخواهد داشت. بدیهی است که چنین مقرره‌ای باید صریحاً دلالت بر قصد طرفین مبنی بر ممنوعیت یا محدودیت تغییر ضمانت اجرا نماید.

افزون بر این، زیان‌دیده ممکن است حق تغییر ضمانت اجرا را به صورت یک‌جانبه از خود به‌نحو صریح یا ضمنی سلب نماید. برای مثال، زمانی که زیان‌دیده به‌طور قطعی از دعوی انصراف دهد، به‌طور ضمنی امکان تغییر مجدد به ضمانت اجرای مورد استناد را اسقاط می‌نماید.^{۱۹۲} در کامن‌لا نیز اسقاط صریح یا ضمنی حق استناد به ضمانت اجرا مورد پذیرش قرار گرفته است.^{۱۹۳}

در حقوق ایران طرفین می‌توانند ضمانت‌اجراهای قابل استناد را در رابطه قراردادی خویش طراحی کنند و محدودیت‌هایی برای تغییر ضمانت اجرا در نظر بگیرند. همچنین زیان‌دیده نیز به‌طور صریح یا ضمنی می‌تواند اختیار خود در تغییر ضمانت اجرا را زایل سازد. برای مثال، ماده ۴۰۳ قانون مدنی در باب خیار تأخیر ثمن بیانگر یکی از مصادیق اسقاط ضمنی حق فسخ است^{۱۹۴} که نتیجه آن عدم امکان تغییر ضمانت اجرا است.

۱۹۰. البته در حقوق چک، قاعده کلی عدم امکان توافق طرفین نسبت به استثنای مسئولیت و ضمانت اجراها است؛ با این حال، تحت شرایطی شروط تحدید مسئولیت نقض‌کننده معتبر خواهد بود. ر.ک.

Christian, von Bar and Eric, Clive, *et al.* (eds), *op. cit.*, p. 825.

۱۹۱. به‌موجب اسناد بین‌المللی، شرط عدم مسئولیت در مواردی از قبیل نقض عمدی قرارداد یا غفلت غیرقابل اغماض قابل استناد نیست. ر.ک.

Christian, von Bar and Eric, Clive, *et al.* (eds), *op. cit.*, p. 818; Stefan, Vogenauer & Jan, Kleinheisterkamp (eds), *op. cit.*, p. 858.

۱۹۲. ر.ک. ش ۳-۴ این مقاله.

193. G. H., Treitel, *op. cit.*, P. 397.

۱۹۴. ناصر، کاتوزیان، عقود معین، ج ۱، (تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۲، ۱۳۹۲)، ص ۲۱۶.

نتیجه

اسناد بین‌المللی راجع به قراردادها به صورت صریح یا ضمنی دربردارنده مقرره‌ای ناظر بر قابلیت ترکیب ضمانت اجراها هستند. در حقوق ایران مقرره‌ای صریح در این خصوص وجود ندارد؛ با این حال، با استقرا در قوانین می‌توان به نتایج مشابهی دست یافت. وفق قاعده کلی، درخواست الزام به اجرا با فسخ قرارداد، تقلیل ثمن و خسارت عدم انجام تعهد ناسازگار بوده، قابل جمع نیست، اما مطالبه هم‌زمان الزام و خسارت تأخیر انجام تعهد امکان‌پذیر است. فسخ قرارداد با تقلیل ثمن ناسازگار است، اما قابل ترکیب با خسارت است. استناد به تقلیل ثمن، مانع مطالبه خسارت ناشی از کاهش ارزش کالا خواهد بود؛ با این حال، زیان‌دیده در صورت اثبات ورود خسارت بیشتر، استحقاق مطالبه آن را خواهد داشت.

مراد از سلسله‌مراتب، تقدم و اولویت ضمانت اجرای معین بر سایر ضمانت‌اجراهای نقض قرارداد است. وفق قاعده اولیه مندرج در اسناد بین‌المللی مورد مطالعه، سلسله‌مراتبی میان ضمانت اجراها وجود ندارد و زیان‌دیده در صورت تحقق ملزومات هر ضمانت اجرا در انتخاب آن آزاد است؛ با این حال، اسناد یادشده در برخی شرایط از جمله وجود حق جبران اجرای غیرمنطبق برای متعهد، به‌نوعی قائل بر وجود سلسله‌مراتب و تقدم این ضمانت اجرا بر فسخ قرارداد است. در خصوص رویکرد حقوق ایران نسبت به موضوع، اگرچه نظریات متفاوتی ابراز شده است و برخی به استناد مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی قائل بر وجود سلسله‌مراتب میان ضمانت اجراها هستند، اما بنابه ادله متعددی از جمله اینکه مواد یادشده صرفاً ناظر بر شروط ضمن عقد می‌باشند و نمی‌توان حکم مندرج در آنها را به تعهدات اصلی تسری داد و همچنین رأی اصراری شماره ۱۷ مورخ ۳ آذر ۱۳۷۷ هیئت عمومی شعب حقوقی دیوان عالی کشور، می‌توان فقدان سلسله‌مراتب میان ضمانت اجراها در حقوق ایران را، همانند رویکرد اسناد بین‌المللی، شناسایی نمود. پر واضح است که در صورت تخلف از تعهدات فرعی و شروط ضمن عقد، زیان‌دیده قبل از مطالبه اجرای تعهد، قادر بر فسخ قرارداد نخواهد بود؛ بنابراین در چنین وضعیتی سلسله‌مراتبی میان ضمانت اجراها به نفع الزام به اجرای تعهد وجود خواهد داشت.

از میان اسناد بین‌المللی مورد مطالعه، تنها در ماده ۷-۲-۵ PICC به بیان یکی از فروض تغییر ضمانت اجرا یعنی تغییر از الزام به دیگر شیوه‌های جبران پرداخته شده و در سایر اسناد، مقرره‌ای در این خصوص پیش‌بینی نشده است. تغییر داوطلبانه ضمانت اجرا از سوی زیان‌دیده تحت شرایطی از جمله در نظر گرفتن منافع نقض‌کننده امکان‌پذیر است. همچنین در فرضی که رأی صادره از مرجع رسیدگی در خصوص ضمانت اجرایی قابلیت اجرا ندارد، زیان‌دیده بر تغییر و توسل به سایر ضمانت اجراها قادر خواهد بود. بایستی در نظر داشت که تغییر ضمانت اجرا به عوامل مختلفی از جمله ضمانت اجرای نخست مورد استناد بستگی دارد. زمانی که زیان‌دیده در ابتدا به ضمانت اجرای الزام متوسل می‌شود، تغییر به سایر ضمانت اجراها مانند فسخ قرارداد یا تقلیل ثمن، علی‌القاعده با ممنوعیتی مواجه نخواهد بود؛ اما زیان‌دیده‌ای که در مواجهه با نقض در ابتدا قرارداد را فسخ نموده است، دیگر استحقاقی برای تغییر ضمانت اجرا و توسل به الزام به اجرا یا تقلیل ثمن نخواهد داشت. در قانون مدنی ایران و سایر قوانین موضوعه مقرره‌ای در خصوص امکان تغییر ضمانت اجرا پیش‌بینی نشده است؛ با این حال، همانند رویکرد اسناد بین‌المللی، چنین تغییری در حقوق ایران نیز تحت شرایطی توجیه‌پذیر خواهد بود. با توجه به اینکه فسخ قرارداد در حقوق ایران با اعلام اراده محقق می‌شود و حکم دادگاه در این خصوص جنبه اعلامی دارد، زیان‌دیده پس از فسخ قرارداد، استحقاق تغییر و توسل به دیگر ضمانت اجراها مانند الزام را نخواهد داشت. باید توجه داشت که اختیار زیان‌دیده در تغییر ضمانت اجرا، چه در حوزه اسناد بین‌المللی و چه در حقوق ایران، مطلق نبوده، محدودیت‌ها و موانع متعددی از جمله اصل حسن‌نیت، تئوری اتکا و نظریه استاپل و منع ورود ضرر، بر سر راه این تغییر قرار دارد.

منابع و مأخذ

الف) فارسی

- کتابها

۱. امامی، سید حسن، *حقوق مدنی*، ج ۱، (تهران: انتشارات اسلامی، چ ۳۳، ۱۳۹۱).
۲. انصاری، علی، *تئوری حسن نیت در قراردادها - مطالعه تطبیقی در حقوق ایران و نظامهای حقوقی معاصر*، (تهران: انتشارات جنگل، چ ۱، ۱۳۸۸).
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *مجموعه محشی قانون مدنی*، (تهران: انتشارات گنج دانش، چ ۱، ۱۳۷۹).
۴. حائری شاهباغ، سید علی، *شرح قانون مدنی*، ج ۱، (تهران: انتشارات گنج دانش، چ ۳، ۱۳۸۷).
۵. شعاریان، ابراهیم و رحیمی، فرشاد، *حقوق بیع بین المللی: شرح کنوانسیون بیع بین المللی کالا در پرتو دکترین و رویه قضایی مطالعه تطبیقی با اسناد بین المللی و حقوق ایران*، (تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش، چ ۲، ۱۳۹۵).
۶. شمس، عبدالله، *آیین دادرسی مدنی*، ج ۱، (تهران: انتشارات دراک، چ ۳۳، ۱۳۹۴).
۷. شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی - آثار قراردادها و تعهدات*، ج ۳ (تهران: نشر مجد، چ ۲، ۱۳۸۳).
۸. کاتوزیان، ناصر، *عقود معین*، ج ۱، (تهران: شرکت سهامی انتشار، چ ۱۲، ۱۳۹۲).
۹. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۴، (تهران: شرکت سهامی انتشار، چ ۸، ۱۳۹۳).
۱۰. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۵، (تهران: انتشارات گنج دانش، چ ۱، ۱۳۹۷).
۱۱. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۳، (تهران: انتشارات گنج دانش، چ ۱۱، ۱۳۹۷).
۱۲. *مذاکرات و آرای هیأت عمومی دیوان عالی کشور سال ۱۳۷۷*، (تهران: اداره وحدت رویه و نشر مذاکرات هیئت عمومی دیوان عالی کشور، چ ۱، ۱۳۸۰).

- مقالات

۱۳. انصاری، علی؛ بادینی، حسن؛ شاهی، احد، «انجام عین تعهد در تقابل با قابلیت جمع فسخ قرارداد و پرداخت خسارات: سنجش کارایی در نظام ضمانت اجراهای قراردادی»، *حقوق خصوصی، دوره ۱۴، ش ۲ (۱۳۹۶)*.
۱۴. بادینی، حسن و فروزان بروجنی، فرناز، «نگرش تحلیلی به امکان فسخ قرارداد با وجود ممکن بودن اجرای عین تعهد در حقوق آلمان و ایران»، *مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره ۱۰، ش ۱ (۱۳۹۷)*.
۱۵. پارساپور، محمدباقر و همکاران، «قابلیت جمع شیوه‌های جبران خسارت قراردادی در حقوق اسلام و ایران در مقایسه با اسناد بین‌المللی»، *فصلنامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، سال دوم، ش ۳ (۱۳۹۴)*.
۱۶. حسین گندم‌کار، رضا، «بررسی تطبیقی ضمانت اجرای تخلف متعهد از انجام تعهد (مطالعه در حقوق ایران و نظام کامن‌لا و رومی ژرمنی)»، *پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، ش ۴ (۱۳۹۶)*.
۱۷. خورسندیان، محمدعلی و محمدی بصیر، فرهاد، «الزام به اجرای عین تعهدات قراردادی در حقوق ایران در مقایسه با اسناد نوین حقوق خصوصی»، *دوفصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی، ش ۷۹ و ۸۰ (۱۳۹۶)*.
۱۸. داروئی، عباسعلی، «فسخ به جهت نقض قرارداد (فسخ ابتدایی)»، *مجله مطالعات حقوقی معاصر (فقه و حقوق اسلامی سابق)*، ش ۱۰ (۱۳۹۳).
۱۹. صادقی نشاط، امیر، «حق فسخ قرارداد با وجود امکان الزام به اجرا در حقوق ایران»، *فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۹، ش ۴ (۱۳۸۸)*.
۲۰. صفایی، سید حسین، «نقد آرای قضائی»، *ماهنامه دادرسی، سال چهارم، ش ۲۲ (۱۳۷۹)*.
۲۱. صفایی، سید حسین و الفت، نعمت‌الله، «اجرای اجباری عین تعهد و تقدم آن بر حق فسخ قرارداد»، *نامه مفید، ش ۷۹ (۱۳۸۹)*.
۲۲. علی دایی احمدی؛ ابوالفضل، پارساپور، محمدباقر؛ شهبازی‌نیا، مرتضی، «رابطه بین الزام به

- اجرای عین تعهد و فسخ عقد (مطالعه تطبیقی در فقه امامیه، حقوق ایران و انگلیس)، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۲۳، ش ۴ (۱۳۹۸).
۲۳. کاظمی، محمود و ربیعی، مرضیه، «نقض احتمالی قرارداد در حقوق ایران با نگاهی به کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰) و نظام‌های حقوقی خارجی»، *دوفصلنامه علمی-پژوهشی دانش حقوق مدنی*، ش ۱ (۱۳۹۱).
۲۴. قربان‌وند، محمدباقر، «تحلیل موقعیت وجه التزام در قراردادها»، *ماهنامه کانون*، ش ۹-۱۸۸ (۱۳۸۴).
۲۵. مقدری امیری، عباس و عسگری، حکمت‌اله، «بررسی فقهی و حقوقی اجرای اجباری عین تعهد در حقوق ایران»، *پژوهش‌های فقه و حقوق اسلامی*، ش ۳۹ (۱۳۹۴).
۲۶. نورانی مقدم، سید یونس؛ حاجی عزیزی، بیژن؛ عیوضی، محمدجواد، «جمع ضمانت اجراهای اصلی تخلف از اجرای قرارداد در فقه امامیه، حقوق ایران و انگلستان»، *فصلنامه مجلس و راهبرد*، ش ۹۲ (۱۳۹۶).

(ب) انگلیسی

- Books

27. Bonell, Michael Joachim, *An international restatement of contract law- The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, (the USA: Transnational Publishers Inc., 3rd ed., 2005).
28. Brödermann, Eckart, *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts: An Article-by-Article Commentary*, (Netherlands: Kluwer Law International, 2018)
29. Burrows, Andrew, *Understanding the Law of Obligations: Essays on Contract, Tort and Restitution*, (the UK: Hart Publishing, Oxford University Press, 1998).
30. Campbell Black, M. A., Henry, *Black's Law Dictionary*, (the USA: West Publishing Co., 1968).
31. Chengwei, Liu, *Remedies for Non-performance - Perspectives from CISG, UNIDROIT Principles and PECL*, (SiSU on behalf of

- CISG Database, Pace Institute of International Commercial Law, 2003).
32. Cheshire, G. C., Fifoot, C. H. S. and Furmston, M. P., *The Law of Contract*, (England: Butterworth, 8th ed., 1972).
 33. Fauvarque-Cosson, Bénédicte & Mazeaud, Denis, *European Contract Law- Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, (Germany: Sellier-European Law Publisher, 2008).
 34. Felemegas, John (ed), *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*, (the USA: Cambridge University Press, 2007).
 35. Jansen, Sanne, *Consumer Sales Remedies in US and EU Comparative Perspective*, (the UK: Intersentia, 2018).
 36. Lando, Ole & Beale, Hugh, *et al.* (eds), *Principles of European Contract Law (Combined and Revised)*, (Netherlands: Kluwer Law International, 2000).
 37. Meyer, Lars, *Non-Performance and Remedies under International Contract Law Principles and Indian Contract Law: A Comparative Survey of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, the Principles of European Contract Law, and Indian Statutory Contract Law*, (Germany: Peter Lang Pub, 2010).
 38. Pentland, Lord and Caroline, Drummond, et al., *Discussion Paper on Remedies for Breach of Contract*, (Scotland: Scottish Law Commission, 2017).
 39. Sales, Uniform Commercial Code 50, (2009-2010).
 40. Schlechtriem, Peter & Schwenzer, Ingeborg, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, (the UK: Oxford, 3rd ed., 2008).
 41. Stefan Vogenauer & Jan Kleinheisterkamp (eds), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, (the USA: Oxford University Press, 2014).

42. Treitel, G. H., *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account*, (the USA: Oxford University Press, 1988).
43. *UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods*, (the USA: United Nations, 2008).
44. Von Bar, Christian and Clive, Eric, *et al.* (eds), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law, (Germany: Sellier- European Law Publishers, 2009).

- Articles

45. Brooks, Richard R.W and Stremitzer, Alexander, “Remedies On and Off Contract”, *Yale Law School Faculty Scholarship* (2011).
46. Byers, Michael, “Abuse of Rights: An Old Principle, A New Age”, *McGill Law Journal*, Vol. 47 (2002).
47. Carter, JW, “Suspending Contract Performance for Breach”, In: Beatson, Jack & Friedman, Daniel, (eds), *Good Faith and Fault in Contract Law*, (UK: Oxford Scholarship Online, 2012),
48. Chengwei, Liu, “Specific Performance: Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles, PECL and Case Law”, 2nd edition, Case annotated update (2005).
49. Chengwei, Liu, “Remedies available: Comparison between the Provisions of CISG Articles 45 and 61 and the Counterpart Provisions of the PECL Articles 8:101 and 8:102”, In: Felemegas, John (ed), *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*, (the USA: Cambridge University Press, 2007).
50. Deinard, Amos S. & Deinard, Benedict S., “Election of Remedies”, *Minnesota Law Review*, Vol. 6, No. 5 (1922).
51. Dresser, Duane W., “Procedural Control of Damages by Election of Remedies”, *The Hastings Law Journal*, Vol. 12, Issue 1 (1960).

52. Eisenberg, Theodore & Miller, Geoffrey P., “Damages versus Specific Performance: Lessons from Commercial Contracts”, *Journal of Empirical Legal Studies*, Vol. 12, Issue 1 (2015).
53. Felemegas, John, “The Right to Require Specific Performance: Comparison between the Provisions of the CISG (Arts. 28, 46, and 62) and Counterpart Provisions of the UNIDROIT Principles (Arts. 7.2.1–7.2.5)”, In: Felemegas, John (ed), *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*, (the USA: Cambridge University Press, 2007).
54. Flechtner, Harry M., “Buyers’ Remedies in General and Buyers’ Performance-Oriented Remedies”, *Journal of Law and Commerce*, Vol. 23 (2005-6).
55. Freiheit, Jessica, “The Breakdown of Hierarchy: Damages at Law versus Damages in Equity”, *Manitoba Law Journal*, Vol. 27, No. 2 (2000).
56. Gotanda, John Y., “Using the Unidroit Principles to Fill Gaps in the CISG”, *Villanova University Charles Widger School of Law* (2007).
57. Haller, Heiko & Keilmann, Annette, “In Claimant’s Hands? Admissibility and Consequences of a Withdrawal of Claim in International Arbitration”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 35, Issue 6 (2018).
58. Hellner, Jan, “Specific Performance in Swedish Contract Law”, *Scandinavian Studies in Law, Legal Issues of the Late 1990s*, Vol. 38 (2009).
59. Jacobs, Christopher M., “Notice of Avoidance under the CISG: A Practical Examination of Substance and Form Considerations, the Validity of Implicit Notice, and the Question of Revocability”, *University of Pittsburgh Law Review*, No. 64 (2003).
60. Kalamees, Piia, “Hierarchy of Buyer’s Remedies in Case of Lack of Conformity of the Goods”, *Juridica International*, Vol. 18 (2011).

61. Larsen, Paul L., "Election of Remedies: When Is Election Irrevocable in Contract-Fraud Situations?", *California Law Review*, Vol. 36, No. 4 (1948).
62. Laycock, Douglas, "The Death of the Irreparable Injury Rule", *Harvard Law Review*, Vol. 103 (1990).
63. Loos, Marco, "Consumer Sales Law in the Proposal for a Consumer Rights Directive", *European Review of Private Law*, Vol. 18, Issue 1 (2010).
64. Marín García, Ignacio, "Enforcement of Penalty Clauses in Civil and Common Law: A Puzzle to Be Solved by the Contracting Parties", *European Journal of Legal Studies*, Vol. 5, No. 1 (2012).
65. McGuire, James D., "The Election of Remedies", *Rocky Mountain Law Review*, Vol. 9, No. 3 (1937).
66. McKendrick, Ewan and Maxwell, Iain, "Specific Performance in International Arbitration", *The Chinese Journal of Comparative Law*, Vol. 1, No. 2 (2013).
67. Perillo, Joseph, "Abuse of Rights: A Pervasive Legal Concept", *Pacific Law Journal*, Vol. 27 (1995).
68. Rahimi Dizgovin, Farshad, "Foundations of Specific Performance in Investor-State Dispute Settlements: Is It Possible and Desirable?", *Florida Journal of International Law*, Vol. 28 (2016).
69. Schulte-Nölke, Hans, Zoll, Fryderyk & Charlton, Shaun, "Remedies for Buyers in B2C Contracts: General Aspects", *European Parliament* (2012).
70. Vanto, Jarno, "Remedy of Reduction of Price: Remarks on the Manner in which the Principles of European Contract Law May Be Used to Interpret or Supplement Article 50 of the CISG", In: Felemegas, John (ed), *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*, (the USA: Cambridge University Press, 2007).
71. Watterson, Stephen, "Alternative and Cumulative Remedies: What Is the Difference?", *Restitution Law Review*, Vol. 11 (2003).

72. Wright, David, "Discretion with Common Law Remedies", *Adelaide Law Review*, Vol. 23 (2002).
73. Yovel, Jonathan, "Cure after Date for Delivery: Comparison between Provisions of the CISG (Seller's Right to Remedy Failure to Perform: Article 48) and the Counterpart Provisions of the PECL (Articles 8:104 and 9:303)", In: Felemegas, John (ed), *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*, (the USA: Cambridge University Press, 2007).
74. Zimmermann, Reinhard, "Liability for Non-Conformity: The New System of Remedies in German Sales Law and Its Historical Context", *10th John Maurice Kelly Memorial Lecture, Dublin* (2004).

- Cases

75. Banque Nationale du Canada v. Houle, [1990] 3 S.C.R. 122.
76. Belding v. Whittington, 154 Ark. 561 (1922).
77. Buckmaster v. Bertram, 186 Cal. 673, 200 Pac. (1921).
78. Case No. VIII ZR 300/96 [Bundesgerichtshof, Germany, 25.06.1997]
79. Clutha v Millar (No.3) [2002] NSWSC 642, at [20] per Austin J.
80. Commercial Centre Realty Co. v. Superior Court, 7 Cal. (2d) 121 (1936)
81. Grant, Alexander & Co. v. Savannah, Griffin & North Alabama Railroad, 51 Ga. 348 (1874)
82. Mansfield v. Pickwick Stages, 191 Cal. 129, 215 P. 389 (Cal. 1923)
83. McMahan v. McMahan, 122 S.C. 336 (1922)