

# تقاضای تضمین از متعهد پیش از حلول اجرای تعهدات قراردادی

میثم اکبری\*  
مرتضی شهبازی نیا\*\*  
محمدباقر پارساپور\*\*\*  
محمدحسین باوری\*\*\*\*

تاریخ وصول: ۹۱/۸/۹؛ تاریخ پذیرش: ۹۱/۱۱/۲۱

## چکیده

پیش از فرارسیدن زمان انجام تعهد، ممکن است طلبکار با پیش‌بینی‌های متعارف و معقول، به این نتیجه برسد که متعهد در موعد مقرر به تعهدات خود عمل نخواهد کرد. یکی از طرق مقابله با این پدیده که به نقض احتمالی، معروف است؛ مطالبه تضمین از متعهد برای عمل به تعهدات در موعد مقرر است. از این رو، راهکار مزبور، مطالبه تضمین از متعهد؛ پیش از فرا رسیدن تعهدات قراردادی، را باید در آن دسته از نظام‌های حقوقی جستجو کرد که نقض قابل پیش‌بینی را به رسمیت می‌شناسند. در حقوق ایران به متابعت از فقه، از نقض احتمالی و راهکارهای مقابله با آن سخنی به میان نیامده، لیکن در برخی قانونگذاران ضمن بهره‌گیری از مبنای نظریه نقض احتمالی، از تضمین برای مقابله با عهدشکنی احتمالی متعهد مدد گرفته است. تا زمان رفع خلاء قانونی در خصوص مقابله با عهدشکنی احتمالی متعهد؛ باید از این فرصت استفاده کرد؛ زیرا بهره‌گیری از این راهکار، علاوه بر تأمین اطمینان متعهد له، استحکام تعهدات قرارداد طرفین را نیز به همراه دارد. البته باید پیش‌بینی‌های متعارف و معقولی مبنای این راه حل قرار گیرد که بر عدم انجام تعهد از سوی متعهد در وعده مقرر دلالت کند افزون بر آن، می‌توان دادن اختیار به طلبکار برای فسخ قرارداد را ضمانت اجرای استتکاف متعهد از دادن تضمین دانست.

**کلیدواژه‌ها:** نقض احتمالی، مقابله با نقض احتمالی، تعهدات قراردادی، مطالبه تضمین، حقوق ایران.

## ۱- مقدمه

اطمینان به پایبندی متعهد به انجام تعهدات، یکی از عواملی است که اشخاص را برای انعقاد قرارداد با یکدیگر متقاعد می‌کند؛ زیرا طبق حکم عقل و بنای عقلاء، شخصی که به پایبندی، طرف مقابل به تعهد، اطمینان نداشته باشد قراردادی را منعقد نمی‌کند. حتی در فرض حصول شک و تردید؛ عقل حکم می‌کند که در هنگام انعقاد قرارداد، از متعهد برای پایبندی به تعهدات قرارداد تضمین اخذ گردد.

بطور کلی طلبکار از سه طریق می‌تواند به پایبندی متعهد به تعهدات اطمینان پیدا کند:

**الف)** گاه این اطمینان با تضمینی که قانونگذار در نظر گرفته حاصل می‌شود. آنچه قانونگذار در ماده ۱۲۹ قانون اجرای احکام مدنی پیش‌بینی نموده، مثالی واضح در راستای این نوع تضمین است؛ زیرا در این ماده قانونگذار پیش‌بینی کرده است که بعنوان تضمین «... برنده مزایده باید ده درصد از بها را فی المجلس به عنوان سپرده به قسمت اجرا تسلیم نماید...»<sup>۱</sup>

**ب)** از دیگر اقسام تضمین، تضمینی است که طرفین معامله با توافق همدیگر، برای متعهد له تدارک می‌بینند. ماده ۲۴۱ قانون مدنی بعنوان قاعده، حاکی از جواز چنین تضمینی در نظام حقوقی ایران است: «ممکن است در معامله شرط شود که یکی از متعاملین برای آنچه که بواسطه معامله مشغول‌الذمه می‌شود رهن یا ضامن بدهد».<sup>۲</sup>

**ج)** قسم سوم از تضمین که موضوع مقاله حاضر است تضمینی است که برای اطمینان از انجام بهنگام تعهدات متعهد از وی مطالبه می‌شود؟<sup>۳</sup> وجود نصوصی در حقوق موضوعه تعدادی از کشورها، نظیر: آمریکا و سوئیس و برخی از اسناد مهم بین‌المللی در حوزه تجارت بین‌الملل، نظیر: کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و اصول تجاری قراردادهای بین‌المللی بر پذیرش این شیوه از تضمین دلالت دارد.

برخلاف جواز تضمین قانونی و قراردادی؛ در حقوق ایران، قانونی که بطور شفاف و قاعده مند، بر جواز چنین تضمینی دلالت کند، وجود ندارد. در آراء فقها نیز نمیتوان چنین تضمینی را یافت؛ زیرا این حربه راهکاری برای مقابله با نقض احتمالی قرارداد<sup>۴</sup> است؛ و این در حالی است که فقهاء برای مقابله با عهدشکنی متعهد در تعهدات قراردادی، فرارسیدن زمان انجام

تعهد را لازم می‌دانند.<sup>۵</sup>

با این وجود، قانونگذار ایرانی در موارد قابل توجهی برای مقابله با عهدشکنی احتمالی متعهد در وعده مقرر، استحقاق متعهد له برای مطالبه تضمین از متعهد را پیش‌بینی کرده است. با این توضیح، این پرسش مطرح می‌شود که آیا میتوان در نظام حقوقی ایران از نظریه تضمین یکجانبه<sup>۶</sup> بعنوان راهکاری برای مقابله با نقض احتمالی قرارداد بهره گرفت؟ این مقاله می‌کوشد علاوه بر طرح نظریه تضمین یکجانبه - که از حقوق خارجی اخذ شده- با توجه به موارد طرح شده در کلام قانونگذار ایران، ظرفیت حقوق داخلی را برای طرح آن بررسی کند. این جستجو در سه بخش انجام می‌گیرد:

**الف)** مطالبه تضمین از متعهد؛ پیش از فرارسیدن موعد تعهدات قراردادی از منظر حقوق خارجی  
**ب)** مطالبه تضمین از متعهد؛ پیش از فرارسیدن موعد تعهدات قراردادی از منظر حقوق داخلی  
**ج)** مقایسه تضمین یکجانبه با دیگر نظام‌های مشابه

## ۲- مطالبه تضمین از متعهد؛ پیش از فرارسیدن موعد تعهدات قراردادی از منظر حقوق خارجی

در این بخش، ابتدا نصوصی که در آنها از راهکار تضمین سخن به میان آمده بررسی می‌شود و پس از آن به ذکر شرایط اصلی تمسک به تضمین در حقوق خارجی؛ و ارائه توضیحاتی در باب هر کدام از آنها می‌پردازیم، در ادامه فلسفه مطالبه تضمین از متعهد را مورد بحث قرار خواهیم داد.

### ۲-۱- بستر نظریه تضمین یکجانبه در نصوص خارجی

در حقوق خارجی در دو حوزه: اسناد مهم در عرصه تجارت بین‌الملل، قوانین موضوعه، به متعهد له برای مقابله با عهدشکنی احتمالی متعهد، اختیار مطالبه تضمین داده شده است:

۵. هر چند در فقه، کسی به مطالبه تضمین از متعهد در «تعهدات قراردادی» قائل نیست، اما در «تعهدات غیر قراردادی» در پاره‌ای از موارد فقهاء برای مقابله با عهدشکنی احتمالی متعهد به راهکار تضمین متمسک گردیده‌اند؛ که از آن جمله می‌توان به لزوم سپردن تضمین محکوم له برای اجرای حکم غیابی علیه محکوم علیه غایب (صاحب جواهر، ۱۴۱۵ ه. ق.، ج ۴۰، ص ۲۰۳ و شهید ثانی، ۱۳۷۹، ج ۴، ص ۶۵) و نیز اخذ تضمین از کسی که مدعی وارث منحصر متوفی است برای تسلیم ترکه به او (صاحب جواهر، پیشین، ج ۴۰، ص ۵۱۱) اشاره کرد.

۱. چنین تضمینی را میتوان تضمین قانونی نامید.

۲. چنین تضمینی را میتوان تضمین قراردادی نامید.

۳. در این نوشتار، چنین تضمینی را، تضمین یک جانبه می‌نامیم.

4. Anticipatory breach of contract

## ۱-۱-۲- جایگاه تضمین یک جانبه در اسناد مهم در عرصه تجارت بین الملل

### ۱-۱-۲-۱- اصول تجاری قراردادهای بین المللی<sup>۷</sup>

در ماده ۳-۴-۷ از این اصول که به مبحث تضمین، [برای] اجرای مقرر شده، اختصاص دارد، از تضمین یک جانبه برای مقابله با عهدشکنی احتمالی متعهد، این گونه استفاده شده:

«طرفی که به نحو متعارف و معقول، معتقد است که عدم اجرای اساسی تعهد از سوی طرف دیگر محقق خواهد شد، می تواند خواستار تضمین مناسب برای اجرای معهود باشد و در عین حال از اجرای تعهداتش خودداری کند؛ و در صورتیکه تضمین مزبور در مدت زمانی متعارف فراهم آورده نشود، به قرارداد را فسخ کند».

### ۱-۱-۲-۲- اصول حقوق قراردادهای اروپایی<sup>۸</sup>

در ماده ۱:۰۵: ۸ اصول حقوق قراردادهای اروپایی، که به مقوله تضمین اجرا اختصاص دارد در باب تضمین یک جانبه آمده است: **الف)** طرفی که به نحو معقول معتقد به عدم ایفاء اساسی تعهدات قراردادی توسط طرف دیگر است، ممکن است از او برای ایفاء [تعهدات] قرارداد [یا]ش [تقاضای تضمین مناسب بکند. مضافاً می تواند تا زمان باقی بودن بر این باور، از اجرای تعهدات قراردادی خود نیز خودداری کند.

ب) هنگامیکه این تضمین در مهلت متعارف فراهم تدارک نشود، چنانچه هنوز طرف متقاضی تضمین، معتقد به عدم ایفاء اساسی تعهدات قراردادی توسط طرف مقابل باشد، می تواند در یک مهلت متعارف با دادن اخطاریه‌های مبنی بر فسخ قرارداد [به ناقض احتمالی] قرارداد را فسخ کند.

### ۱-۱-۲-۳- کنوانسیون بیع بین المللی کالا<sup>۹</sup>

یکی از خصوصیات قابل توجه در کنوانسیون بیع بین المللی کالا، پیش بینی نقض قرارداد است که در مواد ۷۱ و ۷۲ به آن پرداخته شده است، در ماده ۷۱ کنوانسیون چنین می خوانیم:

«چنانچه پس از انعقاد قرارداد معلوم شود که یکی از طرفین به دلایل زیر، بخش اساسی تعهدات خود را ایفا نخواهد کرد طرف دیگر حق دارد اجرای تعهدات خود را معلق نماید:

**الف)** نقصان فاحش در توانایی متعهد به انجام تعهد یا در اعتبار او؛ یا ب) نحوه رفتار او در تمهید مقدمه اجرای قرارداد یا در اجرای آن.

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

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

و در ماده ۷۲ کنوانسیون، نیز آمده است:

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

«اگر وقت اقتضاء نماید، طرفی که قصد فسخ قرارداد را دارد باید اخطار متعارفی به طرف دیگر بدهد تا برای او این امکان فراهم آید که ضمانت کافی برای تعهداتش تدارک ببیند. «هنگامی که طرف دیگر اعلام کند که به تعهداتش عمل نمی نماید الزامات بند پیشین، اعمال نخواهد شد.

## ۱-۱-۲- جایگاه تضمین یکجانبه در قوانین

### موضوعه کشورهای خارجی

#### ۱-۱-۲-۱- قانون تجاری متحدهالکال آمریکا

در ماده ۶۰۹-۲ این قانون می خوانیم:

«قرارداد بیع، طرفین را ملتزم میکند که به توقع طرف مقابل در زمینه اجرای کامل قرارداد خدش‌های وارد نمایند. در صورت بروز قرائنی دال بر عدم انجام تعهد از سوی هریک از طرفین، طرف دیگر [طلبکار] می تواند بصورت کتبی از متعهد، برای اجرای تعهداتش تضمین مناسب طلب کند، و تازمانی که چنین تضمینی به وی داده نشده، وی می تواند به تعلیق اجرای تعهداتش مبادرت نماید.

#### ۱-۱-۲-۲- قانون مدنی آلمان<sup>۱۰</sup>

در ماده ۳۲۱ از این قانون آمده:

«چنانچه... بعد از تشکیل قرارداد تغییر چشمگیری دروضع مالی طرف مقابل به وجود آید که به موجب آن ایفاء تعهد متقابل به خطر بیفتد، [طلبکار] می تواند از اجرای تعهدات خود تا زمان انجام تعهدات متقابل، یا دادن تضمین امتناع کند».

#### ۱-۱-۲-۳- قانون تعهدات سوئیس

در ماده ۸۴ این قانون، در رابطه با کاهش ملائت متعهد چنین

7. The Principles of International Commercial Contracte 2010. "PICC"

8. The Principles of European Contracte Law 1989. "PECL"

9. The UN Convention on Contract for the International Sale of Good, 1980. "CCISG"

می‌خوانیم:

- چنانچه در یک قرارداد، حقوق [قراردادی] یکی از طرفین معامله... به خطر افتد، طرف مورد تهدید می‌تواند از اجرای تعهدات قراردادی خود تا زمان ارائه تضمین به او خودداری کند.  
- چنانچه تضمین مزبور ظرف مهلت مناسب - که توسط طرف مورد تهدید تعیین شده - ارائه نشود، طرف مورد تهدید می‌تواند قرارداد منعقد شده را فسخ نماید.

## ۲-۲-۲- شرایط تمسک به تضمین یک جانبه در حقوق خارجی

در حقوق خارجی، شرایط تمسک به تضمین یک جانبه، عبارتند از:

- الف) این طریق صرفاً راهکاری اطمینان بخش برای مقابله با عهدشکنی احتمالی متعهد است. از این رو، نباید با به میل و نظر شخصی طلبکار، در غیر از موارد مجاز به کار گرفته شود.
  - ب) تمسک به این راهکار، منوط به پیش‌بینی‌های متعارف و معقولی است که بر عدم انجام تعهد متعهد، در وعده دلالت دارد.
  - ج) متعهد له، تنها به استناد نقض عمده و اساسی احتمالی متعهد، می‌تواند از متعهد، تضمین مطالبه نماید.
  - د) این طریق، در حین انعقاد قرارداد، یا در زمان ایفای تعهدات اعمال می‌شود بلکه فقط پیش از سررسید انجام تعهدات اعمال شدنی است.
  - ر) افزون بر آن ضمانت اجرای استنکاف متعهد از دادن تضمین، دادن اختیار به طلبکار برای فسخ قرارداد است.
- در این بخش، توضیحات مربوط به شروط اساسی فوق؛ بیان می‌شود:<sup>۱۱</sup>

### ۲-۲-۱- نوعی بودن تصمیم متعهد له در مطالبه تضمین

گفته شد که مطالبه تضمین از متعهد نباید منوط به نظر شخصی متعهد له باشد. در جریان مذاکرات مقدماتی که برای تصویب کنوانسیون وین - کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا - صورت گرفت، میان کشورهای شرکت کننده در مذاکره گفتگوهای نسبتاً طولانی برای انتخاب یکی از معیارهای فوق صورت گرفت. موضع نمایندگان کشورهای در حال توسعه در این مذاکرات حول معیار

۱۱. از آنجا که مباحث مربوط به نقض احتمالی در حقوق ایران؛ با التفات حقوقدانان به کنوانسیون بیع بین‌المللی و مواد ۷۱ و ۷۲ شروع شد؛ مناسب دیده شد که غالب توضیحات، پیرامون شرایط اخذ تضمین با رویکرد این کنوانسیون مطرح شود.

نوعی و برون ذاتی متمرکز بود. استدلال اصلی این گروه، بر سوء استفاده احتمالی طرفی است که در موضع قوی‌تری نسبت به متعهد برخوردار است؛ زیرا هر لحظه این امکان وجود دارد که او با معلق نمودن تعهدات قرارداد، اجرای تعهدات را به اخذ تضمین از متعهد منوط کند. حال آنکه در حین انعقاد قرارداد از چنین تضمینی سخن به میان نیامده بود (جمعی از نویسندگان، ۱۳۷۴، صص - ۵۴ ۵۵). هرچند سرانجام نویسندگان کنوانسیون در ماده ۷۱ از این دیدگاه متابعت کردند. اما از آنجا که تصمیم‌گیری برای تعلیق قرارداد و بدنبال آن، اخذ تضمین متعهد برای رفع اثر از آن، منوط به قضاوت شخصی و نهایی طلبکار است، به ناچار معیار شخصی در این تصمیم‌گیری مؤثر خواهد بود (جمعی از نویسندگان، پیشین، صص ۶۳). یکی از شارحین مشهور کنوانسیون، در این مورد، معتقد است که بهتر است، از هر دو معیار شخصی و نوعی برای نقض قرارداد در آینده بهره گرفته شود؛ با این توضیح که در آن مواردی که متعهد به طور صریح اعلام می‌نماید که به تعهدات قرارداد عمل نمی‌کند، از معیار شخصی و در سایر موارد از معیار نوعی بهره گرفته شود (Liu, 2008, P.31-33).

تعلیق قرارداد، بدون مبنای معقول و متعارف، یک نقض اساسی قبل از موعد است،<sup>۱۲</sup> لیکن اگر مطالبه‌کننده تضمین، ثابت کند که اطلاعاتی که وی بر طبق آن اقدام کرده، درست بوده است، نمی‌توان مسئولیتی را متوجه او ساخت (Enderlein & Maskow, 1992, p.285 - 286).

شایان ذکر است، در نظام حقوقی برخی کشورهای پذیرنده تضمین یک جانبه، مانند آلمان مجال کمتری برای پیش‌بینی انجام نشدن تعهد به طلبکار داده شده است، و صرفاً بدی شرایط مالی متعهد که از ناتوانی وی در انجام به موقع تعهد حکایت می‌کند، ملاک تعلیق و مطالبه تضمین قرار داده می‌شود؛<sup>۱۳</sup> لیکن در کنوانسیون وین، امکان پیش‌بینی‌های طلبکار بیشتر است و محدود به بدی شرایط مالی متعهد نمی‌شود، برای مثال فروش ماشین آلاتی که متعهد، تعهد نموده بود مبیع را با آنها تولید نماید هرچند ارتباطی به تنزل تمکن مالی متعهد ندارد، اما می‌تواند مبنایی برای مطالبه تضمین قرار گیرد (Honnold, 1991, p.438).

### ۲-۲-۲- پیش‌بینی متعارف متعهد له در زمینه

#### عهدشکنی

۱۲. در ۳۱ ژانویه ۱۹۹۱، دادگاهی در فرانکفورت آلمان چنین ابراز می‌دارد که «...اگر تعلیق طبق ماده ۷۱ کنوانسیون تجویز نشده باشد، طرف تعلیق‌کننده با عدم ایفای تعهدات خود مرتکب نقض قرارداد شده است (UNCITRAL Digests, 2002, p.332- 333).

۱۳. «چنانچه... بعد از تشکیل قرارداد و خاتم چشمگیری در وضع مالی طرف دیگر رخ دهد...». ماده ۳۲۱ قانون مدنی آلمان

هر احتمال نقضی نمی‌تواند مبنایی برای مطالبه از متعهد باشد؛ زیرا ترتیب اثر دادن به هر احتمال نقضی، برخلاف اصل لازم‌الاتباع بودن مفاد عقد است. از این رو، رهایی از عقدی که احتمال نقض آن می‌رود به نحو مضیق و محدود تفسیر گردد و منحصرأً جواز فسخ منصرف به مورد منصوص؛ یعنی نقض واضح و آشکار شود. ملاک برای واضح بودن یا نبودن قرارداد در آینده همان معیار نوعی خواهد بود. مثالی که برای درک بهتر معیار واضح بودن، قابل ارائه است؛ جایی است که فروشنده، مواد اولیه‌های را که تعهد نموده، برای تولید مبیع از آنها استفاده کند به فروش برساند. (Honnold, Op. cit., p. 496-497)

در یک رأی، احتمال بالا برای عهدشکنی متعهد در زمان اجرای تعهدات ملاک قرار داده شده است.<sup>۱۴</sup>

### ۳-۲-۲- ضرورت اساسی بودن عدم اجرا

در مورد مفهوم نقض اساسی، برخی شارحین کنوانسیون وین به طور کلی گفته‌اند: اگر آنچه در قسمت الف و ب از بند ۱ ماده ۷۱ کنوانسیون آمده؛ جدیتر باشد، نقض اساسی صادق خواهد بود (Enderlein & Maskow, op. cit. p: 291)، برخی نیز با ملاک قرار دادن اصل کنوانسیون برای تفسیر مواد آن (بند ۲ از ماده ۷)، مراد از نقض اساسی را تعریف ارائه شده در ماده ۲۵ کنوانسیون دانسته‌اند که بر اساس آن: «نقض قرارداد توسط یکی از طرفین هنگامی نقض اساسی محسوب می‌شود که منجر به ورود چنان خسارتی به طرف دیگر شود که اساساً او را از استحقاق آنچه به موجب قرارداد انتظار داشته است محروم کند، مگر آنکه طرفی که مبادرت به نقض نموده است چنین نتیجه‌ای را پیش‌بینی نمی‌کرده است و یک فرد متعارف همانند او نیز، نمی‌توانسته است آنرا پیش‌بینی کند». نمونه بارز نقض اساسی قرارداد، جایی است که متعهد به طور صریح می‌گوید که تعهد خویش را در وعده انجام نخواهد داد (بند ۳ از ماده ۷۲ کنوانسیون) همچنین فروش کلایی که تحویل آن به خریدار تعهد شده است شروع روند ورشکستگی وی (Honnold, Op. cit., p: 496) و (Enderlein & Maskow, Op. cit., p. 496)، از نمونه‌های بارزی است که شارحان کنوانسیون برای رساندن مفهوم نقض اساسی بیان نموده‌اند.

شایان ذکر است اگر متعهد اعلام کند که دیرتر از موعد به تعهدات قراردادی خویش عمل می‌کند؛ با وجود نقض در وعده؛ به جهت اساسی نبودن نقض نمی‌توان حق مطالبه تضمین را برای

متعهد له به رسمیت شناخت (schelechtreim, 1996, p. 96).

### ۴-۲-۲- لزوم مطالبه تضمین؛ قبل از فرا رسیدن تعهدات قراردادی

باید این شرط از دو زاویه تحلیل شود:

#### ۱-۴-۲-۲- ضرورت موجد بودن قرارداد

هر چند که در منصوصات فوق، به لزوم موجد بودن تعهدات ناقض احتمالی اشاره نشده است، اما به دلایل عقلی، میتوان به لزوم این شرط پی برد؛ زیرا در فرض حال بودن قرارداد، با عهدشکنی متعهد، طلبکار چاره‌ای جز تمسک به ضمانت اجراهای پیشینی شده برای نقض واقعی قرارداد، نخواهد داشت. و با این استدلال، اگر در زمان انعقاد قرارداد، امکان انجام تعهد وجود نداشته باشد، قرارداد باطل خواهد بود. پس می‌توان گفت که طلبکار، فقط در قراردادهایی حق دارد از متعهد برای انجام تعهد تضمین مطالبه کند که متعهد به نحو موجد ملتزم به ایفای تعهد شده باشد. از این ویژگی می‌توان برخورداری تضمین یک جانبه از ضمانت اجرا را برداشت کرد (UNCITRAL Digests, 2002, pp. 332-334).

#### ۲-۴-۲-۲- حادث و یا عارض شدن علل مبنای تضمین

این سؤال مطرح می‌شود که آیا لازم است علل تعلیق و بدنبال آن تضمین، در جریان اجرای عقد حاصل شده باشد؟ به طوری که اگر این علل در حین انعقاد عقد حاصل بوده، لکن به هر دلیلی از نظر متعهد له دور مانده باشد، دیگر مجالی برای استناد نقض احتمالی و بهره‌گیری از راهکارهای آن نباشد؟ هر چند در قانون یکنواخت بیع بین‌المللی ۱۹۶۴ این تفسیر به دلیل وجود نص قانونی قابل قبول به نظر می‌رسید و مطالبه تضمین بدون مبنا می‌شد، اما در کنوانسیون وین ۱۹۸۰ این تفسیر پذیرفتنی نیست و معیار، «آشکار شدن نقض تعهد، بعد از انجام عقد است» در خصوص علل انجام نشدن تعهد که بعد از انعقاد عقد و در اثنای اجرا، عارض می‌گردد بحث خاصی نیست، اما مناسب است که در مورد علل انجام نشدن تعهد که در حین انعقاد قرارداد وجود دارد، سه صورت از هم تفکیک گردد:

**الف) علل انجام نشدن تعهد در حین انعقاد عقد محرز است،** با این وجود طلبکار همچنان مایل به انعقاد قرارداد است؛ بدیهی است که در این فرض، امکان استناد به نقض احتمالی وجود نخواهد داشت (Audit, 1990, p. 155).

**ب) علل انجام نشدن تعهد در حین انعقاد عقد از نظر طلبکار مخفی مانده است،** درحالی‌که این علل برای هر انسان متعارفی قابل شناسایی بودهاست؛ در این فرض نیز شارحین کنوانسیون بیع بین‌الملل به عدم جواز تمسک به تضمین از سوی متعهد اعتقاد

14. Berlin, Germany, 30 September 1992, "... very high probability rather than complete certainty required..." (UNCITRAL Digests, 2002:p:337).

با عنایت به بند ۲ از ماده ۷ کنوانسیون، ملاک را مهلت متعارف و معقول را ملاک می‌دانند، با این توجیه، میتوان گفت که متعهد باید در مدت متعارف و معقول تضمین ارائه کند.<sup>۱۷</sup> بعلاوه تضمینی که متعهد ارائه می‌کند باید متناسب باشد؛ از آنجا که مطالبه تضمین از متعهد، اصولاً با تعلیق قرارداد همراه است، بهتر است در اختاریهای که طلبکار امور مربوط به مطالبه تضمین، یا تعلیق قرارداد را به اطلاع متعهد می‌رساند، علت تعلیق نیز ذکر شود، تا در صورت تصمیم متعهد به رفع تعلیق، تناسب تضمین خویش با علت مطروحه در اختاریه را مدنظر قرار دهد (جمعی از نویسندگان، ۱۳۷۴، ص ۶۲). بعنوان قاعده در تناسب تضمین، میتوان ملاک را در اوضاع و احوالی دانست که منجر به تهدید عدم اجرا شده است. در نتیجه تضمین متعهد باید به گونه‌ای باشد که این تهدید را مرتفع کند (UNCITRAL Digest, Op. cit, p.337). به عنوان مثال، اگر علت تهدید عدم اجرا، تمام شدن مواد اولیه کارخانه متعهد باشد، تهیه مواد اولیه برای کارخانه می‌تواند تضمین مؤثری تلقی شود (صفایی و همکاران، پیشین، ص ۳۳۷)، یا اگر علت تعلیق، نقض در اعتبار متعهد باشد، ضمانت نامه بانکی می‌تواند تضمین مناسبی محسوب شود. بحثی دیگری که طرح آن بی‌فایده نیست، این است که آیا صرف اطمینان قولی متعهد مبنی بر اینکه «تعهد خویش را در وعده انجام خواهم داد» می‌تواند تضمینی کافی تلقی شود؟ شارحین کنوانسیون در تألیفات خویش مثال‌هایی را ذکر نموده‌اند که از معتبر بودن اطمینان قولی متعهد برای انجام تعهد حکایت می‌کند، از این رو، اعتقاد به احتمال دوم منطقی تر به نظر می‌رسد.<sup>۱۸</sup> پس از وصول تضمین، هر چند در نصوص فوق در باب لزوم اطلاع به متعهد درباره کفایت، یا عدم کفایت تضمین، چیزی بیان نشده- اما گفته شده که طلبکاری که قرارداد را تعلیق می‌کند، لازم است مراتب کفایت، یا عدم کفایت تضمین را به اطلاع متعهد برساند (Enderlein & Maskow, op. cit, p.290)؛ حال این سؤال مطرح می‌شود که اگر طلبکار تضمین متعهد را ناکافی بداند، نظر کدام یک باید بر دیگری تحمیل گردد؟ گفته شده که اگر طرفین نسبت به کفایت تضمین به توافق نرسیدند؛ شاید ضروری باشد که موضوع به دادگاه واگذار شود تا راجع به آن اتخاذ تصمیم

۱۷. به نظر می‌رسد که قائل شدن به پیش‌بینی قانون، مناسب‌ترین ملاک باشد.

۱۸. برای مثال، اگر علت تعلیق، بیان متعهد مبنی بر انجام ندادن تعهد در موقع است، صرف اطمینان قولی متعهد از این که از گفته پیشین خود پشیمان بوده و قصد انجام دادن تعهد در موقع را دارد می‌تواند یک تضمین کافی قلمداد شود (Enderlein & Maskow, Op. Cit, p.289 and Honnold, Op. Cit, p.492).

دارند. از این رو طلبکار نمیتواند با تعلیق تعهدات خود، رفع تعلیق را به ارائه تضمین از سوی متعهد منوط کند (Enderlein & Maskow, Op. cit, p. 285).

ج) علل انجام نشدن تعهد در حین انعقاد عقد موجود بوده، لکن این علل از دید هر انسان متعارفی پنهان میماند؛ در این حالت امکان مطالبه تضمین برای طلبکار وجود دارد (Honnold, Op. cit, p. 488). از این رو، هر چند علل انجام نشدن تعهد به نحو حادثی موجود بوده است، اما همچنان امکان تمسک به ضمانت اجرای تضمین وجود دارد. و این درحالی است که در نظریه تضمین یک جانبه قاعداً علل انجام نشدن تعهد، باید بعد از انعقاد قرارداد حاصل شده باشد (UNCITRAL Digest, Op. cit., p.335).

## ۵-۲-۲- مطالبه تضمین از متعهد؛ حائز ضمانت

### اجراست

با عدم ارائه تضمین از سوی متعهد در مهلت مقرر، یا متعارف نقض اساسی قرارداد توسط متعهد محقق شده و به همین جهت، طلبکار حق دارد معامله را باطل کند (UNCITRAL Digest, Op. cit, p.336)؛ اضافه می‌گردد در صورتی که متعهد، تضمینی ناکافی را به طلبکار داده باشد، ولی پس از ایراد موجه طلبکار، از کامل نمودن آن خودداری کند و نیز در فرضی که متعهد له تضمینی معین و معقول را از طرف مقابل مطالبه کند، لیکن وی ناقض احتمالی، از فراهم نمودن آن تضمین برای متعهدله امتناع نماید، ضمانت اجرای فوق اعمال خواهد بود (UNCITRAL Digest, 2012, p.337).<sup>۱۹</sup> در مورد مدتی که متعهد باید تضمین ارائه کند؛ اتفاق نظر وجود ندارد. می‌توان سه رویه را در این مورد مشاهده نمود:

- در بند ۲ از ماده ۸۳ قانون تعهدات سوئیس مهلت لازم برای ارائه تضمین، به اراده طلبکار وا گذاشته شده که در ضمن اختاریه تعلیق به اطلاع متعهد رسانده می‌شود.

- در ماده ۲-۶۰۹ قانون متحدالشکل تجاری آمریکا، مهلت قطعی ۳۰ روزهای از سوی قانونگذار پیش‌بینی شده است.

- در کنوانسیون بیع بین المللی کالا به این موضوع اشاره نشده است. در مقام توجیه، شاید بتوان گفت که تدوین کنندگان

۱۵. در یک رأی در جولای ۲۰۰۷ در سوئیس، فروشنده‌ای که نتوانست جهالت خویش به وضعیت مالی متعهد (خریدار) در هنگام انعقاد قرارداد را اثبات کند، برای تعلیق قرارداد و مطالبه تضمین مستحق شناسخته نشد (UNCITRAL Digest..., 2012, p. 335)

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



شود (جمعی از نویسندگان، پیشین، صص ۶۳-۶۴). شایان ذکر است که اگر متعهد له بواسطه عدم ارائه تضمین از سوی متعهد درصدد فسخ قرارداد باشد، لازم است، پیش از فرا رسیدن موعد اجرای تعهدات قراردادی قرارداد را فسخ کند (UNCITRAL Digest, Op. cit, p.338).

### ۳-۲- فلسفه مطالبه تضمین از متعهد

از جمله مباحث مبنایی مربوط به تضمین یک جانبه، یافتن پاسخی برای این سؤال است که آیا هدف از اخذ تضمین از متعهد آن است که صرفاً وی ملتزم شود که اگر در وعده، تعهد خویش را انجام ندهد اجرای قرارداد از محل تضمین برای طلبکار میسر گردد، یا اینکه در صورت عدم توفیق در اجرای تعهد، از محل تضمین ایداعی، خسارت طلبکار برداشت شود و یا در احتمال سوم فلسفه تضمین، آمیزهای از هر دو احتمال پیشین است؟ بدیهی است که قائل بودن به هریک از این احتمالات، میتواند در میزان تضمین مؤثر بوده باشد. در طریق تضمین توافقی، وجه التزام، احتمال دوم بیشتر می‌تواند با مبانی توافق طرفین، منطبق باشد (علی آبادی، ۱۳۸۱، ص ۵۲) ولی در طریق تضمین یک جانبه، احتمال اخیر بیشتر قابل دفاع است، به این معنی که هدف از تضمین مناسب، آن است که در صورت عدم اجرای قرارداد در موعد مقرر، میتوان از محل تضمین، امکان اجرای قرارداد و نیز جبران زیان‌های ناشی از این عهدشکنی را فراهم نمود (Liu, op. cit., p.28).

### ۳-۳- مطالبه تضمین از متعهد؛ پیش از فرارسیدن موعد تعهدات قراردادی از منظر حقوق داخلی

مطالب این گفتار در سه بخش ارائه می‌شود: در کلام آخر در قالب «شرط ضمنی اجرای کامل و به موقع قرارداد» و نیز «شرط ضمنی اعتماد به وضعیت مالی متعهد»، تکیه‌گاه نظریه تضمین یک جانبه را در حقوق داخلی بیان نمائیم:

#### ۳-۱- جایگاه نظریه تضمین یک جانبه در فقه

به لحاظ فقهی، آنچه در میان فقها شهرت دارد، این است که در تعهدات موجب، چنانچه متعهد در سررسید به تعهد خویش عمل نکند، در ابتدا برای متعهد له خیار فسخ حاصل نمی‌آید؛ زیرا او اول باید طریق الزام متعهد را در پیش گیرد، و اختیار فسخ

معامله تنها در صورتی است که الزام متعهد به ایفاء تعهد بی‌فایده باشد (صاحب جواهر، پیشین، ص ۲۱۹؛ شهید ثانی، ۱۴۱۲ هـ. ق، ص ۳۳۱).

شایان ذکر است، تعداد اندکی از فقیهان عقیده دارند که پیدایش ابتدایی خیار فسخ برای طلبکار است (شهید اول، ۱۴۱۰ هـ. ق، ص ۱۲۰) در میان همین عده نیز ثبوت خیار فسخ برای طلبکار، منوط به تحقق زمان ایفاء تعهد است و قبل از این تاریخ، حتی در صورت فرض پیش‌بینی نقض قرارداد، طلبکار حقی برای فسخ قرارداد ندارد.

#### ۳-۲- جایگاه نظریه تضمین یک جانبه در حقوق موضوعه

نظام حقوقی ایران به متابعت از فقه از جمله نظامهایی است که نظریه نقض احتمالی قرارداد را مورد شناسایی قرار نداده است،<sup>۱۹</sup> در نتیجه در شرایط کنونی نمی‌توان انتظار داشت این نظام، بصورت نظام‌مند و شفاف نظریه تضمین را بپذیرد. با این وجود در حقوق ایران میتوان مواردی را مشاهده کرد که از تضمین یک جانبه برای مقابله با عهدشکنی احتمالی متعهد استفاده شده است، که این امر نشان‌دهنده انعطاف قانون‌گذار ایرانی است.

##### ۳-۲-۱- سبقة نامطمئن برانگیر

در حقوق ایران، در مواردی به معنای دقیق از نظریه تضمین یک جانبه استفاده شده است. در ماده ۲۳۸ قانون تجارت سال ۱۳۱۱ می‌خوانیم: «اگر بر علیه کسی که برات را قبول کرده ولی وجه آنرا نپرداخته اعتراض عدم تأدیه شود دارنده براتی نیز که همان شخص قبول کرده ولی هنوز موعد پرداخت آن نرسیده است

۱۹. ایشان چنین می‌فرمایند: «و لا یسلط المشروط له علی الفسخ إلا مع تعذر... و للمصنف رحمه الله [مرحوم شهید اول] فی بعض تحقیقاته تفصیل و هو أن الشرط الواقع فی العقد اللازم إن كان العقد كافیاً فی تحققه [فسخ] (شهید ثانی، پیشین، ص ۳۳۱).  
۲۰. مرحوم شهید اول نظر خویش را در این باره، مختصراً اینگونه نوجیه می‌نماید: «کل شرط لم یسلم لمشترطه فأنه یفید تخیر... و إنما فائده جعل البیع عرضه للزوال عند عدم السلامة الشرط» (اللمعة الدمشقیة فی فقه الإمامیة، پیشین، ص ۱۲۰).

۲۱. احکام صادره زیر همگی موید این استنباط در رویه کنونی قضایی کشور ماست:

«... پرداخت تتمه ثمن موکول به تاریخ تنظیم سند رسمی است و خواسته خواهان مبنی بر مطالبه آن قبل از آن [تاریخ تنظیم سند] موجه نیست...» دادنامه شماره ۱۰/۷۹۱-۱۳۷۱/۱۲/۱۷-۱۰ شعبه ۱۰ دیوان عالی کشور (بازگیر، ۱۳۷۹، ص ۲۹۱).

«... در زمان تقدیم دادخواست مدت [قرارداد] منقضی نشده و اساساً موجبات استحقاق خواهان فراهم نگشته است... لذا دادگاه خواسته خواهان را مقتضی اجابت ندانسته و حکم به بدلان دعوا صادر می‌نماید...» دادنامه شماره ۵۶۸-۱۳۷۳/۹/۳۰ شعبه ۶۱ دادگاه حقوقی ۲ تهران

به فلسفه و علت وضع ماده فوق دست یافت و آن اینکه قانونگذار در مقام حمایت از طلبکاری بوده که عدم اجرای تعهد براتگیر را پیشبینی می‌کند، و از این رو، حق مطالبه تضمین از متعهد، براتگیر را برای او مقرر کرده است. حال به نظر می‌رسد، در صورتی که با پیش‌بینی متعارف و معقول، مانند: صدور چک‌های بلامحل از ناحیه وی، گواهی عدم پرداخت چک‌های صادره از ناحیه وی، زیان دیدن تجارت‌خانه دارنده برات - اگر بر ناتوانی وی دلالت کند - همان نتیجه برای دارنده برات حاصل شود، مطالبه تضمین به استناد ماده فوق می‌تواند موجه باشد.

پرسش بعدی این است که آیا راهکار پیش‌بینی شده در ماده فوق در همه اسناد تجاری قابلیت اجرا را دارد، یا اینکه این راهکار فقط در برات می‌تواند مورد استفاده قرار گیرد؟ حمایت از اسناد تجاری در گردش مبادلات اقتصادی، مجری شدن فلسفه ۲۳۸ قانون تجارت در سایر اسناد تجاری، حمایت بدون تبعیض قانونگذار از هر سه قسم از اسناد تجاری در سایر موارد نظیر بند ج ماده ۱۰۸ قانون آئین دادرسی مدنی، همگی می‌توانند به عنوان دلیلی برای تقویت احتمال اول در نظر گرفته شوند.<sup>۳۳</sup> ممکن است ایراد گرفته شود که در ماده ۳۰۹ قانون تجارت قانونگذار حکم پیش‌بینی شده در ماده ۲۳۸ قانون تجارت را جزء آن دسته از مقرراتی ندانسته که از برات به فته طلب تعمیم داده می‌شود. اما به نظر می‌رسد احکامی که قانونگذار از تسری آنها به سفته خودداری نموده است، غالباً احکامی هستند که به ذات برات اختصاص دارند و اساساً در باب سایر اسناد تجاری نمیتواند مصداق داشته باشند علاوه بر این، انگیزه اصلی قانونگذار از وضع ماده اخیر، پرهیز از ذکر مجدد موادی است که در مبحث برات مبادرت به طرح آنها نموده است و نه مخالفت صریح با عدم اجرای مقررات مسکوت مانده.

## ۲-۲-۳- واخواست دارنده برات نسبت به نکول

### برات

در صورتی که براتگیر از قبولی برات خودداری کند، دارنده برات می‌تواند در راستای ماده ۲۳۶ قانون تجارت نکول براتگیر را تسجیل کند و از امتیاز پیش‌بینی شده در ماده ۲۳۷ ق.ت. بهره‌مند شود. مطابق ماده ۲۳۷ قانون تجارت: «پس از اعتراض نکول ظهر نویس‌ها و برات دهنده به تقاضای دارنده برات باید ضامنی برای تأدیه وجه آن در سر وعده بدهند یا وجه برات را فوراً

می‌تواند از قبول کننده تقاضا نماید که برای پرداخت وجه آن ضامن دهد و یا پرداخت آنرا به نحو دیگری تضمین کند». طبق ماده ۲۳۰ قانون تجارت، قبول کننده برات ملزم است وجه آن را سر وعده در قبال دارنده برات تأدیه نماید. بنابراین در صورتی که براتگیر، برات صادره از ناحیه کشنده برات را قبول کند، ولی دارنده برات در حالیکه هنوز موعد پرداخت آن نرسیده است، با پیش‌بینی‌های متعارف و معقول، به این نتیجه برسد که به احتمال فراوان، قبول کننده، وجه برات وی را نیز پرداخت نخواهد کرد، وی به نحو یک جانبه، حق دارد از براتگیر برای انجام تعهد تضمین مطالبه کند.

در نتیجه همانند نظریه تضمین یک جانبه که برخاسته از حقوق خارجی بود در این ماده نیز: اولاً) تمسک به این راهکار منوط به پیش‌بینی‌های متعارف و معقولی است که بر عدم انجام تعهد متعهد، در وعده دلالت دارد؛ ثانیاً) متعهد له، تنها به استناد نقض عمده و اساسی احتمالی متعهد است که می‌تواند از متعهد مطالبه تضمین نماید؛ ثالثاً) اعمال این طریق؛ پیش از سررسید تعهدات متعهد ممکن است؛ رابعاً) حال شدن دین براتگیر، ضمانت اجرای استنکاف متعهد از دادن تضمین، است.<sup>۳۴</sup>

ممکن است این شائبه ایجاد شود که عدم پیش‌بینی ضمانت اجرا در ماده ۲۳۸، مستلزم بدون ضمانت اجرا مانند تضمین مطرح شده در آن ماده است، کما اینکه پاره‌ای از حقوق‌دانان عقیده دارند چنین مطالبه تضمینی، بی‌ضمانت اجرایی می‌ماند(به نقل از دکتر صقری، ۱۳۸۰، ص ۲۷۱) در حالی که نظریه تضمین یک جانبه در حقوق خارجی همراه با ضمانت اجراست. ولی همانگونه که اداره حقوقی در نظریه مورخه ۱۳۴۳/۱۱/۱۸ خود ابراز داشته است، حال شدن تعهد براتگیر در پرداخت وجه برات ضمانت اجرایی برای استنکاف براتگیر از پرداخت تضمین مناسب به دارنده برات است. در نتیجه داشتن ضمانت اجرا، باید به عنوان پنجمین وجه تشابه تضمین مذکور در ماده ۲۳۸ با تضمین یک جانبه در حقوق خارجی، در نظر گرفته شود.

پرسش اولی که در ارتباط با ماده یادشده مطرح می‌شود این است که آیا مطالبه تضمین، از براتگیر به استناد ماده فوق فقط با اعتراض عدم تأدیه است، یا به طرقی دیگر نیز امکان پذیر است؟ به بیان دیگر در مقام مطالبه تضمین، اعتراض عدم تأدیه موضوعیت دارد یا طریقت؟ با اندک تأملی در مفاد ماده می‌توان

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

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



تأدیه نماید». در این ماده، به وضوح مبانی و ارکان تضمین یک جانبه را می‌توان مشاهده نمود؛ زیرا اولاً نکول برات، پیش‌بینی معقولانه‌ای برای عدم ایفاء تعهدات براتکش در وعده است، ثانیاً این پیش‌بینی در حالی است که هنوز، موعد برات فرا نرسیده است.<sup>۲۴</sup> ثالثاً می‌توان قسمت دوم ماده را بعنوان ضمانت اجرای خودداری متعهد، براتکش، از سپردن تضمین در نظر گرفت.

### ۳-۲-۳- اعتراض طلبکاران شرکت سهامی، به کاهش سرمایه

به موجب ماده ۱۹۰ لایحه قانونی اصلاح قسمتی از قانون تجارت (۱۳۴۷)، شرکت سهامی می‌تواند در هر زمانی با رعایت تشریفات منصوص، سرمایه خویش را کاهش دهد. طبق قاعده کلی، دارایی بدهکار وثیقه عمومی طلبکاران است. در شرکت سهامی نیز، سرمایه شرکت وثیقه عمومی مطالبات طلبکاران است (تفرشی، ۱۳۹۰، ص ۷۶). بنابراین، اگر شرکت سهامی در صدد کاهش اختیاری سرمایه خویش باشد، بدون شک این تصمیم، به ضرر طلبکاران خواهد بود؛ زیرا می‌تواند امارهای بر ناتوانی شرکت در انجام تعهدات قراردادی خود باشد. از این رو، در ماده ۱۹۳ از لایحه فوق، حق اعتراض برای طلبکاران شرکت نسبت به این تصمیم، به رسمیت شناخته شده است: «در مورد کاهش اختیاری سرمایه شرکت، هریک از دارندگان اوراق قرضه و یا بستانکارانی که منشأ طلب آنها قبل از تاریخ نشر آخرین آگهی مذکور در ماده ۱۹۲ باشد می‌توانند ظرف دو ماه از تاریخ نشر آخرین آگهی اعتراض خود را نسبت به کاهش سرمایه شرکت به دادگاه تقدیم کنند» و در ماده ۱۹۴ «در صورتیکه به نظر دادگاه اعتراض نسبت به کاهش سرمایه وارد تشخیص داده شود و شرکت جهت تأمین پرداخت طلب معترض وثیقه‌ای که به نظر دادگاه کافی باشد نسپارد در این صورت آن دین، حال شده و دادگاه حکم به پرداخت آن خواهد داد». در این ماده نیز به وضوح، میتوان ارکان نظریه تضمین را مشاهده کرد: چه آنکه اولاً، تصمیم شخصی طلبکار نمی‌تواند مبنایی صحیح برای مطالبه تأمین تضمین از شرکت سهامی باشد؛ بلکه آنچه این مطالبه را توجیه می‌کند پیش‌بینی متعارف و معقولی است، که در بحث ما کاهش سرمایه توسط شرکت سهامی قبل از سررسید تعهدات است ثانیاً، اطلاق واژه طلب در ماده ۱۹۳ و ۱۹۴، مطالبات قراردادی و غیر قراردادی را شامل میشود. ثالثاً، حال

شدن دین شرکت سهامی، بعنوان ضمانت اجرای استنکاف از پرداخت تضمین در نظر گرفته شده است.

### ۴-۲-۳- معامله به قصد فرار از دین<sup>۲۵</sup>

با وضع ماده ۲۱۸ اصلاحی قانون مدنی و در شرایط کنونی صرف قصد بدهکار در زمینه فرار از دین، خللی را به معاملات او وارد نخواهد کرد (صفائی، ۱۳۸۲، صص- ۱۴۴- ۱۴۵ / کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۲۱۲ / شهیدی، ۱۳۸۱، ص ۳۷۷)،<sup>۲۶</sup> انجام چنین معاملاتی، عهدشکنی احتمالی متعهد را بر طلبکار نمایان می‌سازد، در چنین شرایطی قانونگذار امکان توقیف اموال مدیون را در راستای ماده ۲۱۸ قانون مدنی<sup>۲۷</sup> پیش‌بینی نموده است که البته منجر به اطمینان طلبکار از انجام تعهدات قراردادی او میشود. افزون بر آن، راهکار مندرج در ماده ۲۱۸ موجب شد، بعنوان یکی از مصادیق تضمین یک جانبه در حقوق ایران ذکر شود. به بیان دیگر این دو راهکار به لحاظ شالوده و مبنا که همانا واکنش طلبکار - در تعهدات موجد قراردادی -<sup>۲۸</sup> در مقابل عهدشکنی احتمالی متعهد است متحد و مشترک اند.<sup>۲۹</sup> با این وجود نباید از تفاوت‌های جزئی این دو راهکار غافل ماند؛ زیرا در این ماده، پیش‌بینی طلبکار در زمینه نقض احتمالی باید محدود به مورد منصوص، یعنی معامله به قصد فرار از دین شود و توسعه آن بر خلاف اصل صحت و قابل استناد بودن قراردادهاست، با وجود اینکه هر دو طریق حائز ضمانت اجرا است، اما پشتوانه این دو راهکار تا حدودی متفاوت است، زیرا صرف نظر از قهرآمیز

۲۵. گفته شده است که فرار از دین «هر عمل حقوقی متقلبانه‌ای است که منظور عامل آن فرار از دین باشد» (جعفری لنگرودی، ۱۳۷۶، ص ۴۹۶).

۲۶. شایان ذکر است که دکتر کاتوزیان و دکتر صفائی، معتقدند چنین قراردادی در مقابل طلبکار غیرقابل استناد است، از آنجایی که غیر قابل استناد بودن قرارداد به قرارداد صحیح نزدیکی بیشتری را داراست تا قرارداد غیر نافذ، مناسب دیده شد که به صحت آن اشاره نمائیم.

۲۷. ماده ۲۱۸ ق.م. «هرگاه طلبکار به دادگاه دادخواست داده دلایل اقامه نماید که مدیون برای فرار از دین قصد فروش اموال خود را دارد، دادگاه میتواند قرار توقیف اموال او را به میزان بدهی او صادر نماید که در این صورت بدون اجازه دادگاه حق فروش اموال را نخواهد داشت».

۲۸. در این ماده، اطلاق واژه دین هم تعهدات قراردادی و غیر قراردادی و هم دیون موجد و حال را شامل است. بدیهی است که به مقتضای نظریه تضمین یک جانبه، منحصراً از جنبه قراردادی بودن و موجد بودن آن صحبت میکنیم. البته در زمینه دیون مستند و غیر مستند به سند رسمی نیز واژه دین مطلق است. از آنجا که در نظریه تضمین یک جانبه دیون مستند به سند عادی نیز می‌تواند مطرح شود این اطلاق در کلام ما نمی‌تواند مدخلیت داشته باشد. دکتر کاتوزیان ذیل ماده ۲۱۸ قانون مدنی تمسک به ماده را برای طلبکاران دارای سند عادی را نیز ممکن دانسته‌اند (کاتوزیان، پیشین، صص ۲۱۱- ۲۱۲)

۲۹. دیوان عالی کشور در آراء متعددی «... مناط در فرار از دین را وجود واقعی دین و نه ثبوت آن در نظر گرفته است...» حکم شماره ۲۶۶۱- ۱۳۱۷/۱/۱۵ و نیز حکم شماره ۱۰۲۴- ۱۳۱۰/۸/۸- شعبه ۳ دیوان عالی کشور.

۲۴. متذکر می‌گردد که مفاد ماده در مورد بروات به رؤیت نمیتواند با نظریه تضمین یک جانبه همسو باشد؛ زیرا در مورد بروات به رؤیت، نکول به منزله عهدشکنی در اجل و موعد است. و این در حالی است که از نظریه تضمین، فقط قبل از حلول اجل می‌توان سود جست.

نبودن ضمانت اجرای تضمین یک جنبه و خلاف آن در ماده ۲۱۸، در تضمین یک جنبه، اطمینان طلبکار از طرق مختلفی حاصل می‌شود، اما در ماده ۲۱۸ صرفاً توقیف اموال مدیون پیش-بینی شده است.

### ۵-۲-۳- اخذ تضمین از مسئولین تأدیه وجه سند تجاری

با ورشکستگی صادرکننده سفته، یا براتکشی که براتش قبول نشده و همچنین براتگیری که مراتب قبولی برات را نوشته، امیدواری دارنده سند تجاری برای وصول وجه آن در سررسید رو به کاهش می‌نهد، به بیان دیگر، نقض احتمالی در کارسازی وجه سند تجاری در سررسید، نمایان می‌گردد. از این رو، قانونگذار در ماده ۴۲۲ قانون تجارت یکبار دیگر مراتب اخذ تضمین را برای مقابله با عهدشکنی احتمالی متعهد در دستور کار قرار داده است. طبق ماده مزبور: «هرگاه تاجر ورشکسته فته طلبی داده یا براتی صادر کرده که قبول نشده یا براتی را قبولی نوشته، سایر اشخاصی که مسئول تأدیه وجه فته طلب یا برات می‌باشند باید با رعایت تخفیفات مقتضیه نسبت به مدت، وجه آن را نقداً بپردازند یا تأدیه آن را در سر وعده تأمین نمایند».

در این ماده باید چپینش نابجای عبارات قسمت اخیر مورد توجه قرار گیرد؛ زیرا ورشکستگی صادرکننده، یا قبول کننده سند تجاری بدون اینکه در ابتدا دین ناشی از سند تجاری نسبت به سایر مسئولین حال شود، بر آنها لازم است که کاهش اطمینان دارنده سند تجاری را با تضمین خویش جبران نمایند و در غیر این صورت دین موجب سند تجاری نسبت به آنها حال می‌شود.<sup>۳۰</sup> (طالب احمدی، ۱۳۷۸، ص ۱۱۶). با این حال، در این ماده نیز می‌توان ارکان تضمین یک جنبه را ملاحظه نمود.

### ۳-۳- شرط ضمنی اجرای کامل و به موقع قرارداد

طبق حکم عقل و بنای عقلاء، شخصی که به پایبندی طرف مقابل به تعهد، اطمینان نداشته باشد قراردادی را منعقد نمی‌کند. به بیان دیگر، اطمینان معقولانه و عرفی به پایبندی متعهد به انجام

کامل و به موقع تعهدات یک شرط ضمنی است، که هر شخصی در حین انعقاد قرارداد آن را در نظر دارد. در فرض موجب بودن قرارداد این شرط ضمنی بهتر قابل فهم است؛ زیرا قوت این شرط ضمنی همراه با شرط ضمنی «استمرار وضعیت مالی متعهد تا سررسید»، مضاعف می‌شود.<sup>۳۱</sup>

با عنایت به مراتب فوق، در فرض نقض احتمالی قرارداد، این شروط ضمنی مختل شده و لاجرم به جهت رعایت اساس تراضی طرفین معامله، که بخشی از آن در قالب شروط ضمنی تجلی می‌نماید<sup>۳۲</sup>، باید راهکاری اندیشیده شود.

ماده ۲۲۰ قانون مدنی نیز که طرفین معامله را به کلیه نتایج حاصله از عرف و عادت ملزم می‌داند نیز گواهی دیگر بر این مطلب است که شروط ضمنی ذکر شده یکی از مهمترین نتایج عرفی حاصله از قرارداد است که نقض آنها در مورد نقض احتمالی، باید استحقاق طرف مقابل، برای اتخاذ واکنش مقتضی را در پی داشته باشد.

با اتخاذ این واکنش، یعنی همان فراهم شدن فسخ قرارداد برای طلبکار است؛ هم استحکام معاملاتی لحاظ شود؛<sup>۳۳</sup> و هم اطمینان کاهش یافته متعهد اعاده شود.<sup>۳۴</sup>

اضافه بر این، به لحاظ عهدشکنی احتمالی متعهد؛ تفسیر فوق همسو با نهاد تضمین یک جنبه است؛ امری که بعنوان یکی از راهکارهای مقابله با پیش‌بینی نقض قرارداد در نظام حقوقی ما دور از ذهن نبوده و نشانه‌های آن در این نظام به وضوح قابل شناسایی است.<sup>۳۵</sup>

### ۴- مقایسه تضمین یکجانبه با دیگر نهادهای مشابه

پس از شناخت جایگاه نظریه تضمین یک جنبه در حقوق خارجی و موارد مشابه آن در حقوق داخلی، لازم است برای شناسایی بهتر، آن را با نهادهای مشابه مقایسه کنیم:

۳۱. دکتر کاتوزیان در نظریه عمومی تعهدات، با استفاده از شرط ضمنی «اعتماد به وضعیت مالی بدهکار تا سررسید» علت اصلی حال شدن دیون موجهه ورشکسته راه، اختلال در این شرط ضمنی می‌دانند که اساس تراضی آن دو را مخدوش می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۱۴۱).

۳۲. در این باره بنگرید به: کاتوزیان، پیشین، ص ۱۱۹.

۳۳. چه آنکه نقض پیش از موعد طلبکار بدون جواب باقی نمی‌ماند.

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

۳۵. اشاره به پنج بند گفته شده در بخش دوم همین مقاله.

۳۰. چپینش غلط و نابجای عبارات به کار رفته در ماده ۴۲۲ ق. ت. عده‌ای از حقوقدانان را نیز مشتبه نموده؛ دکتر اسکینی در این مورد معتقد به حلول ابتدائی دین موجب ناشی از سند تجاری است، ایشان معتقدند که در ماده ۴۰۵ ق. ت. قانونگذار قاعده حال نشدن دین ضامن را در صورت حال نشدن دین مضمون عهه پیش‌بینی نموده است، و در این ماده خلاف این قاعده بیان شده است (اسکینی، ۱۳۷۸، ص ۶۴). و این در حالی است که در ماده ۴۲۲ ق. ت. حکمی استثنائی بیان نگردیده است و نهایتاً بعنوان ضمانت اجرای عدم سپردن تضمین، دین نسبت به آنها حال می‌شود.

#### ۴-۱-۴-۱ تضمین یکجانبه و تعدیل قرارداد

نظریه تعدیل قرارداد که پس از بحران‌های اقتصادی قرن اخیر بوجود آمده است، زمانی نمود پیدا می‌کند که پس از انعقاد قرارداد و در خلال عمل به تعهدات، تغییر اوضاع و احوال، آنچنان هزینه انجام تعهد را بر متعهد گران کند که ایفای تعهد در چنان شرایطی زیان هنگفتی را برای متعهد به بار آورد (کاتوزیان، پیشین، ص ۷۸). صرف‌نظر از برخی توجیها و اختلاف نظرها که درباره این نظریه وجود دارد، می‌توان شروطی را که حقوقدانان برای پیاده کردن آن ارائه کرده‌اند به شرح زیر بر شمرد:

**اولاً:** نظریه مزبور منحصرأ در آن دسته از قراردادهای معاوضی به کار می‌آید که در آن تعهدات طرفین باید به نحو مستمر اجرا شود.

**ثانیاً:** لازم است حادثه‌ای که اجرای تعهد متعهد را با مشقت همراه می‌کند پیش‌بینی نشدنی، زودگذر، خارجی و غیر منتسب به متعهد باشد.

**ثالثاً:** این حادثه در حین انعقاد عقد وجود نداشته باشد (عارضی بوده باشد).

رابعاً: حادثه مزبور، به طور کلی اجرای تعهد متعهد را غیر ممکن نکند.

حقوقدانانی که به بررسی نظریه تعدیل در حقوق داخلی پرداخته‌اند ضمانت اجرای مناسب را فسخ قرارداد توسط متعهد دانسته‌اند (صادقی مقدم، ۱۳۷۹، ص ۲۲۲ و کاتوزیان، پیشین، ص ۹۹).

#### ۴-۱-۱-۴-۱-۱ وجوه تشابه

صرف نظر از جدید و بدیع بودن مباحث مطروحه در باب تعدیل قرارداد و تضمین یک جانبه و اینکه تصور این دو طریق منحصرأ در قراردادهای معاوضی غیر مسامحه‌ای ممکن است.

در هر دو طریق به احتمال فراوان ایفای تعهد از سوی متعهد منتفی است. افزون بر آن، این عدم اجرا در هر دو طریق، بعد از زمان انعقاد عقد پدیدار می‌گردد.

ضمانت اجرای استفاده از هر دو طریق نیز مشابه است؛ زیرا در هر دو مورد طلبکار در فسخ قرارداد استحقاق دارد. با این تفاوت که اختیار فسخ قرارداد در تأسیس تضمین یک جانبه بعد از مطالبه تضمین از متعهد صورت می‌گیرد و این در حالی است که با حصول شرائط مربوط به تعدیل قرارداد، طلبکار اختیار دارد مستقیماً قرارداد را فسخ کند.

#### ۴-۱-۲-۴-۱-۲ وجوه تمایز

**الف) به لحاظ فلسفه وجودی:** همانگونه که گفته شد فلسفه

طرح نظریه تضمین یک جانبه حصول اطمینان طلبکار در خصوص پابندی متعهد به انجام تعهد است. لذا نظریه مزبور با هدف حمایت از منافع طلبکار مطرح شده است. و این در حالی است که فلسفه طرح نظریه تعدیل قراردادها حمایت از منافع متعهد بوده است.

**ب) به لحاظ شرایط طرح:** اساساً نظریه تعدیل، زمانی مطرح می‌گردد که به دلیل تغییر اوضاع و احوال حین قرارداد، اجرای تعهد برای متعهد ناعادلانه باشد. لکن نظریه تضمین، زمانی مجال ارائه شدن می‌یابد که طلبکار با پیش‌بینی‌های خود به عدم اجرای تعهد متعهد مشکوک گردد، هر چند که اوضاع و احوال، همان اوضاع و احوال حین قرارداد باشد.

**ج) به لحاظ زمان طرح:** نظریه تعدیل ممکن است هنگامی مطرح شود که زمان اجرای تعهد متعهد فرا رسیده باشد (خلال انجام تعهد)<sup>۳۶</sup> و این در حالی است که نظریه تضمین در همه حال قبل از فرا رسیدن موعد اجرای تعهد متعهد مطرح می‌گردد (نک. ۲-۲-۴ در همین نوشته).

#### ۴-۲-۴-۲-۲ تمایز تضمین یکجانبه از وجه التزام

در تعریف وجه التزام گفته شده است که مبلغ مقطوع خسارت ناشی از انجام تعهد است (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۲۴۳). پس این تأسیس زمانی مطرح می‌شود که طرفین در هنگام انعقاد عقد با تراضی همدیگر توافق نموده باشد که در صورت عهدشکنی متعهد وی ملزم باشد مبلغ معینی را بعنوان خسارت به متعهد پرداخت کند.

با توجه به توضیحات پیرامون نظریه تضمین یک جانبه این دو نهاد را اینگونه مقایسه می‌کنیم:

#### ۴-۲-۱-۴-۲-۱ وجوه تشابه

وضع و قرار دادن تضمین در هر دو تأسیس قبل از زمان ایفای تعهدات متعهد است. علاوه بر آن، بدین لحاظ که هر دو راهکار از یک سو، موجبات اطمینان طلبکار برای ایفای تعهد متعهد را فراهم می‌کند و از سوی دیگر، به طور غیر مستقیم، متعهد را ملزم به انجام تعهد می‌کند مشابه هستند. پس در هر دو راهکار، طلبکار می‌تواند متعهد را به ایفای تعهداتش ملزم نماید.

شعبه ۷ دیوان عالی کشور، در رأی شماره - ۲۵۴۴/۱۳۲۱/۱۲/۸ چنین ابراز می‌دارد که «... تعیین وجه التزام، مانع الزام به اجرای قرارداد و تنظیم سند معامله نخواهد بود.

۳۶. نظریه تعدیل قرارداد، غبن حادث، در قراردادهایی اعمال‌شدنی است که اجرای تعهد در آنها به نحو مستمر انجام می‌پذیرد (کاتوزیان، پیشین، ص ۹۶)

در ۸ نوامبر سال ۲۰۰۵ میلادی، دادگاهی در اتریش نیز چنین ابراز می‌دارد که «... با وجود تعلیق و مطالبه تضمین، حق الزام به اجرای تعهد برای طلبکار محفوظ است...» (UNCITRAL Digest, 2012, p.332)

عدم اعمال و به کارگیری وجه التزام بسته به توافق طرفین است. در راهکار تضمین نیز وضعیت به همین گونه است. به بیان دیگر، طرفین می‌توانند در هنگام انعقاد قرارداد اینگونه شرط نمایند:

«تا پیش از فرا رسیدن اجرای تعهدات قراردادی در حالیکه شرایط مربوط به نقض احتمالی نیز موجود است؛ امکان تعلیق و مطالبه تضمین برای هیچ کدام از طرفین وجود نداشته باشد.»<sup>۳۷</sup>

## ۲-۲-۴- وجوه تمایز

**الف) به لحاظ فلسفه وجودی:** گفته شده است که در غالب موارد، وجه التزام در قراردادها برای جبران خسارت ناشی از عهدشکنی متعهد است<sup>۳۸</sup> و در حالی که هدف از طرح نظریه تضمین حصول اطمینان طلبکار از انجام تعهد متعهد است (بنگرید به صفحه ۱۰).

**ب) به لحاظ زمان مطالبه:** اصولاً زمان مطالبه وجه التزام، لحظه‌ای است که عهدشکنی متعهد به فعلیت رسیده است. در حالی که زمان مطالبه تضمین، همان زمان پیش‌بینی نقض تعهد است، یعنی زمانی که عهدشکنی متعهد هنوز به فعلیت نرسیده است.<sup>۳۹</sup>

در پاره‌ای از موارد، ممکن است که مقصود طرفین از تعیین وجه التزام در قرارداد، استفاده از آن به عنوان نوعی تضمین باشد. این نوع بکارگیری از وجه التزام، مشابه با تضمین یک جانبه است. ولی با اندک دقتی تفاوت میان این دو روشن می‌گردد؛ زیرا در وجه التزام، تضمین برخاسته از توافق طرفین است، در حالی که در تضمین یک جانبه، مطالبه تضمین برخاسته از تصمیم یک جانبه طلبکار می‌باشد.

**ج) به لحاظ نوع تأمین:** نوع تأمین در وجه التزام غالباً بصورت مالی لحاظ می‌شود که به محض عهدشکنی متعهد بتوان از طریق آن به خسارت ناشی از عهدشکنی نائل آمد؛ اما آیا در طریق تضمین یک جانبه نیز همواره باید نوع تأمین بصورت مال قرار داده شود؟ به بیان دیگر آیا در طریق تضمین یک جانبه، بطور مثال: اطمینان قولی متعهد از انجام تعهد در وعده (یک امر غیر مالی) می‌تواند بعنوان تأمین به کار گرفته شود؟

شارحین کنوانسیون در تألیفات خود مثال‌های آورده‌اند<sup>۴۰</sup> که بر معتبر بودن اطمینان قولی متعهد برای انجام تعهد خویش در وعده دلالت دارد. از این رو، عدم نیاز به مالی بودن تأمین در تضمین یک جانبه بیشتر می‌تواند قابل دفاع باشد.<sup>۴۱</sup>

## ۳-۴- تضمین یکجانبه و تأمین خواسته

تأمین خواسته به معنای حفظ و در امنیت دادن خواسته است (شمس، ۱۳۸۹، ص ۴۳۱) بدین معنا که به خواهان اجازه داده، تحت شرایطی با بهره‌گیری از آن انگیزه خواننده را برای تأخیر در ادای حق به حداقل برساند. در ماده ۱۰۸ از قانون آیین دادرسی مدنی، قانونگذار طی ۴ بند مواردی را پیش‌بینی نموده است که دادگاه مکلف به صدور قرار تأمین خواسته است، این موارد عبارتند از: **الف)** دعوا مستند به سند رسمی باشد. **ب)** خواسته در معرض تضییع و تفریط باشد. **ج)** در مواردی از قبیل اوراق تجاری و احواس شده که به موجب قانون، دادگاه مکلف به صدور قرار تأمین خواسته باشد. **د)** خواهان خسارتی که ممکن است به طرف مقابل وارد آید را به صندوق دادگستری بپردازد. ضرورت دارد، در این قسمت، وجوه تشابه و وجوه تمایز این دو نهاد بررسی و ارائه گردد:

### ۱-۳-۴- وجوه تشابه

**الف)** طلبکار هر دو نهاد را به نحو یک جانبه به کار می‌گیرد.  
**ب)** فلسفه حمایت از حق طلبکار در هر دو نهاد پدیدار است.  
**ج)** پیش‌بینی طلبکار دایر بر تعلل بدهکار در انجام تعهد در

۳۷. در ۸ ژانویه ۱۹۹۷ دادگاهی در شهر کلن آلمان اینگونه رأی داد که «... با توافق بر عودت، تعمیر مبیع و دوباره بازگرداندن آن، فروشنده به طور ضمنی پذیرفته است که از ماده ۷۱ عدول نکند. بنابراین نمی‌تواند تعهدات خود را تا باز تحویل تدارکات به دلیل عدم اجرای تعهدات قبلی خریدار به تأخیر بیندازد. (UNCITRAL Digest, ۲۰۱۲, p. ۳۳۴)

۳۸. - «... نظر به اینکه در ضمن تعهد خسارت متصوره از عدم انجام تعهد پیش‌بینی شده دیگر [جهت مطالبه خسارت] حقی برای متعهد له جزء وجه التزام مقرر موجود نخواهد بود...» رأی شماره ۲۹۰۷-۱۳۲۱/۹/۲۵ شعبه ۶ دیوان عالی کشور  
۳۹. - در یک رأی در اتاق داوری بازرگانی بین‌المللی زوریخ سوئیس چنین بیان شد که «امکان تعلیق تعهدات پس از تحویل کالاها [اجرای تعهدات] وجود ندارد. (UNCITRAL Digest, ۲۰۱۲, p. ۳۳۳)

۴۰. برای مثال، اگر علت تعلیق، بیان متعهد مبنی بر انجام ندادن تعهد در موقع است، صرف اطمینان قولی متعهد از این که از گفته پیشین خود پشیمان است و قصد انجام دادن تعهد در موقع را دارد می‌تواند یک تضمین کافی قلمداد شود (- Enderlein & Maskow, op. cit, 289). (Honnold, Op. cit, p. 492)

۴۱. با وجود این، میان مفسران داخلی کنوانسیون در این زمینه اتفاق نظر وجود ندارد؛ پاره‌ای از مفسران کنوانسیون را عقیده دارند که مستنتظ از کنوانسیون این است که تضمین باید به شکل مدرک مستند و یا اقدام عملی متعهد باشد (صفایی و همکاران، پیشین، ص ۳۳۷ - مقدادی، پیشین: ص ۱۲۶). در مقابل عده‌ای دیگر، معتقدند که در مواردی حتی اطمینان قولی متعهد نیز می‌تواند، یک تضمین مناسب و کافی به حساب آید (جمعی از نویسندگان، پیشین: ص ۶۴).

هر دو نهاد حائز اهمیت است.

## ۲-۳-۴- وجوه تمایز

**الف)** تأمین خواسته مستلزم تقدیم دادخواست به دادگاه است، اما در تضمین یک جانبه، طلبکار به نحو شخصی و خصوصی از بدهکار تضمین مطالبه می‌کند.

**ب)** در تأمین خواسته، همان خواسته اصلی خواهان تضمین می‌شود، اما در تضمین یک جانبه، آنچه باعث حصول اطمینان طلبکار می‌شود علی‌الاصول چیزی غیر از خواسته اصلی است، یا به عبارت بهتر صرفاً حصول اطمینانی است برای نیل به خواسته اصلی.

**ج)** ضمانت اجرا و پشتوانه این دو نهاد نیز متفاوت است؛ در تأمین خواسته، در صورت امتناع بدهکار از تسلیم، تأمین، توسط مأمورین اجرای احکام صورت خواهد گرفت درحالی که در طریق تضمین یک جانبه، توسل به قوای قهریه برای اخذ تضمین از متعهد منتفی است. در صورتی که متعهد از سپردن تضمین امتناع کند، طلبکار حق دارد قرارداد را فسخ کند.

**د)** نظریه تضمین پیش از زمان فرارسیدن اجرای تعهدات متعهد اعمال می‌گردد، اما لزوم این شرط در تأمین خواسته منتفی است. در اغلب موارد خواهان بعد از فرارسیدن و زمان اجرای تعهدات متعهد درصدد تأمین خواسته خود می‌باشد (مهاجری، ۱۳۸۹، ص ۱۴۹). البته در مواردی قانونگذار به صراحت تأمین خواسته را حتی قبل از سررسید تعهد، جایز می‌داند.<sup>۴۲</sup> یکی از مباحث پیرامون ماده اخیر، که تفاوت‌های این دو تأسیس را بهتر نشان می‌دهد، رعایت ماده ۱۱۲ قانون فوق،<sup>۴۳</sup> در مقرر اخیر است. این است که آیا در صورت صدور قرار تأمین خواسته پیش از موعد و سر رسید دین، درخواست کننده تأمین کماکان ملزم است که ظرف ده روز از صدور قرار، دعوای خویش را در دادگاه مطرح کند؟ با توجه به اطلاق ماده ۱۱۲ پاسخ به سوال مزبور مثبت است (شمس، پیشین، ص ۴۳۹). بنابراین، تمسک به نهاد تأمین خواسته، قبل از سر رسید، دو محدودیت عمده دارد: از یک سو، مستند بودن طلب به سند رسمی، یا در معرض تضییع و تفریط بودن خواسته و از سوی دیگر، محدودیت زمانی با این توضیح که طلبکار فقط در ده روز پیش از سر رسید طلب، می‌تواند از تأمین خواسته استفاده نماید. این در حالی است که

۴۲ «نسبت به طلب یا مال معینی که هنوز موعد تسلیم آن نرسیده است، در صورتی که حق مستند به سند رسمی و در معرض تضییع و تفریط باشد می‌توان درخواست تأمین نمود». ماده ۱۱۴ قانون آئین دادرسی مدنی. ۴۳ «در صورتی که درخواست کننده تأمین تا ده روز از تاریخ صدور قرار تأمین نسبت به اصل دعوا دادخواست ندهد، دادگاه به درخواست خوانده قرار تأمین را لغو می‌نماید». ماده ۱۱۲ قانون آئین دادرسی مدنی.

اعمال این محدودیت‌ها در تضمین یک جانبه مطرح نمی‌باشد.<sup>۴۴</sup>

## ۵- نتیجه گیری

به تحقیق، یکی از شاخصه‌های تکامل حقوق قراردادها در هر نظام حقوقی را می‌توان در پذیرش نظریه نقض احتمالی قرارداد دانست، به نظر میرسد، متعادل‌ترین راهکار برای مقابله با نقض احتمالی قرارداد، گرفتن تضمین از متعهد برای انجام تعهدات در موعد مقرر است؛ زیرا علاوه بر ایجاد اطمینان خاطر برای متعهدله، استحکام و احترام به تعهدات قراردادی طرفین را نیز در پی خواهد داشت. پر واضح است که این مزایا در مورد دو راهکار دیگر، یعنی تعلیق قرارداد و فسخ قرارداد مصداق نمی‌یابد. شرایط اصلی اعمال نظریه تضمین یک جانبه را می‌توان این گونه برشمرد:

**اولاً)** اعمال این راهکار نباید منوط به میل و نظر شخصی طلبکار باشد.

**ثانیاً)** تمسک به این راهکار، بسته به پیش‌بینی‌های متعارف و معقولی است که بر عدم انجام تعهد متعهد، در وعده مقرر دلالت دارد.

**ثالثاً)** متعهد له، تنها به استناد نقض عمده و اساسی احتمالی متعهد است که می‌تواند از متعهد مطالبه تضمین نماید؛ **رابعاً)** اعمال این طریق؛ پیش از سر رسید تعهدات متعهد ممکن است.

**خامساً)** دادن اختیار طلبکار برای فسخ قرارداد، ضمانت اجرای استتکاف متعهد از دادن تضمین است.

بدنبال عدم پیش‌بینی نقض احتمالی در حقوق ایران، از نظریه تضمین یک جانبه بعنوان یک قاعده عام یاد نشده است. با این وجود می‌توان در قوانین موضوعه نصوصی را یافت که از تضمین به منظور مقابله نقض احتمالی استفاده شده است. علاوه بر آن، بدنبال اعتبار شروط ضمنی در حقوق ایران و تجلی این

۴۴ البته قائل شدن به نظر مخالف نیز فرض بعیدی نخواهد بود. قضات دادگستری در نظریه مورخ ۱۳۷۹/۱۰/۱۲ (بازگیر، ۱۳۸۱، صص ۵۷-۵۸) و نیز کمیسیون تخصصی آئین دادرسی مدنی معاونت آموزش قوه قضائیه (در سال‌های ۱۳۷۹ - ۱۳۸۲) در نظریه‌های متعددی قائل به نظر مخالف شده‌اند. بدین توضیح که با تسری ندادن حکم ماده ۱۱۲ ق. آ. د. م. به ماده ۱۱۴ همان قانون چنین بیان شده است که «... اگر فاصله صدور قرار تأمین خواسته تا موعد تسلیم مال یا مطالبه طلب، متجاوز از ده روز باشد، با توجه به فلسفه وضعی ماده ۱۱۴ معقول و منطقی است که معتقد باشیم، مهلت ده روزه برای تقدیم دادخواست از تاریخ حال شدن دین یا حق و حصول اقتدار قانونی برای طرح دعوا از ناحیه ذی حق احتساب و منظور شود و پس از این مهلت، چنان چه نسبت به اصل دعوا دادخواست تقدیم نشود، دادگاه به درخواست خوانده، قرار تأمین را لغا خواهد نمود...» (مجموعه نشست‌های قضائی، انتشارات جاودانه، صفحات: ۳۸۹، ۳۹۳)



## منابع

### الف) منابع فارسی

- اسکینی، ربیعا، (۱۳۷۸)، ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته، تهران، انتشارات سمت.
- بازگیر، یدالله، (۱۳۸۱)، آراء دیوان عالی کشور در امور حقوقی، چاپ اول، تهران، انتشارات فردوسی.
- بازگیر، یدالله، (۱۳۷۹)، تشریفات دادرسی مدنی در آئینه آراء دیوان عالی کشور، چاپ اول، تهران، انتشارات فردوسی.
- تفرشی، محمد عیسی، (۱۳۹۰)، مباحث تحلیلی از حقوق شرکت‌های تجاری، ج ۲ (با تجدید نظر و اصلاحات).
- حسین‌آبادی، امیر، (۱۳۸۱)، «بررسی وجه التزام مندرج در قرارداد»، مجله آموزه‌های فقهی، شماره ۱۴، صفحه ۶۰-۴۷.
- درمچیلی، محمد، علی حاتمی و محسن قرائی، (۱۳۸۹)، قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی، چاپ دهم، تهران، انتشارات دادستان.
- شمس، عبدالله، (۱۳۸۹)، آئین دادرسی مدنی، جلد ۱ و ۲، چاپ شانزدهم، تهران، انتشارات دراک.
- شهیدی، مهدی، (۱۳۸۰)، تشکیل قراردادها و تعهدات، جلد اول، چاپ دوم، تهران، انتشارات مجد.
- شیروی، عبدالحسین، (۱۳۷۹)، حقوق تطبیقی، چاپ نهم، تهران، انتشارات سمت.
- صادقی مقدم، محمد حسن، (۱۳۷۹)، مطالعه تطبیقی تأثیر تغییر اوضاع و احوال بر قرارداد و راه حل حقوق ایران، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۲۵، صفحه ۲۲۲-۱۶۱.
- صفایی، سید حسین، محمود کاظمی، مرتضی عدل و اکبر میرزا نژاد، (۱۳۸۴)، حقوق بیع بین‌المللی با مطالعه تطبیقی، چاپ اول، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
- صفائی، سید حسین، (۱۳۸۲)، قواعد عمومی قراردادها، چاپ اول، تهران، نشر میزان.
- صقری، محمد، (۱۳۸۴)، حقوق بازرگانی اسناد نظری و عملی، چاپ اول، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- طالب احمدی، حسین، (۱۳۷۸)، «مبانی و مصادیق حال شدن دیون در حقوق تجارت»، فصلنامه حقوقی دادگستری، شماره ۲۸ و ۲۹، صفحه: ۱۱۸-۱۰۷.
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۷)، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۳ و ۴، چاپ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۷)، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، چاپ یازدهم، تهران، نشر میزان، زمستان ۱۳۸۷.
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۹)، نظریه عمومی تعهدات، چاپ پنجم، تهران، نشر میزان.

اعتبار در ماده ۲۲۰ ق.م. باید، دو شرط ضمنی، «انجام کامل و به موقع قرارداد در وعده» و همچنین «استمرار وضعیت مالی متعهد تا سررسید»، نیز مورد توجه قرار گیرد به همین سبب اتخاذ راهکاری در این خصوص ضروری به نظر می‌رسد.

به عقیده ما انعطاف قانونگذار ایرانی و نیز دو شرط ضمنی لازم‌الاتباع فوق، می‌تواند:

**الف)** به لحاظ تقنینی، زمینه‌ساز تحولی برای پیشبینی نظریه نقض احتمالی، یا حداقل مطالبه تضمین از متعهد برای انجام تعهدات قرارداد در وعده باشد.<sup>۴۵</sup>

**ب)** به لحاظ قضائی، نیز رویه کارآمد و منعطف قضائی می‌تواند با عنایت به آنچه گذشت از این راهکار بهره گیرد.<sup>۴۶</sup>

پر واضح است که ثمرات مترقی این اقدام تقنینی و یا قضائی نیز پوشیده نخواهد ماند؛ زیرا:

**اولاً)** سرعت و دقت در معاملات تجاری اقتضای اتخاذ واکنش سریع و معقولانه نسبت به رفتار ناقضان متعهد را داراست.

**ثانیاً)** اجبار طلبکار به انتظار برای فرارسیدن موعد، و بعد از آن اتخاذ واکنش نسبت به عهدشکنی متعهد امری است که به طور مسلم ضرر طلبکار را در پی دارد. که البته تحمل این ضرر ناموجه بر طلبکار با مبانی شرع مقدس در تعارض است.

**ثالثاً)** همان گونه که گفته شد، با انتخاب راهکار تضمین می‌توان، همزمان چند هدف را دنبال کرد از یک سو، از منافع طلبکار حمایت می‌شود و از سوی دیگر، بی‌توجهی متعهد، به تعهدات مندرج قرارداد بدون اغماض باقی نمی‌ماند.

**رابعاً)** با درنظر گرفتن چنین اختیاری برای متعهد، له، معاملات نیز استحکام می‌یابد.

۴۵. شایان ذکر است که در پیش نویس پیشنهادی مرکز تحقیقات و توسعه قضایی قوه قضاییه، جهت اصلاح قانون مدنی، ماده‌های بدین شرح پیش‌بینی شد:

«چنانچه پس از انعقاد قرارداد از احوال و اوضاع و احوال مسلم شود که متعهد از انجام تعهد موجه خود ناتوان خواهد بود، متعهدله می‌تواند از متعهد درخواست تضمین نماید و در صورت امتناع از دادن تضمین معامله را فسخ نماید.»

با وجود این دیری نپایند که این طرح به بوته فراموشی سپرده شد.

۴۶. در آراء دادگاهها می‌توان مصادیقی، در زمینه بهره‌گیری از راهکار مطالبه تضمین برای مقابله با عهدشکنی احتمالی متعهد را یافت. بطور نمونه در پرونده کلاسه ۷۴۳/۶۵-۱۳۶۶/۷/۲۷ شعبه ۷ دادگاه حقوقی یک تهران؛ مشتری از فروشندگان برای حل مشکلات احتمالی آینده [و اطمینان از ایفای تعهدات آنان] مطالبه تضمین می‌نماید که با استنکاف ایشان مواجه می‌شود. دادگاه با این استدلال که «... اگر قبل از تسلیم در مبیع نقضی حاصل شود مشتری حق خواهد داشت که معامله را فسخ کند...» حکم به نفع خواهان صادر می‌کند (بازگیر، ۱۳۸۱، ص ۳۲۱).



- معاونت آموزش قوه قضائیه، (۱۳۹۰)، مسائل آئین دادرسی مدنی، جلد اول، تهران، انتشارات جاودانه.
  - مقدادی، محمد مهدی، (۱۳۸۶)، «بررسی پیش‌بینی نقض قرارداد در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا حقوق تطبیقی و ایران»، نشریه زبان و ادبیات دانشگاه سمنان، شماره ۱۹، صفحه: ۱۴۲-۱۱۷.
  - مهاجری، علی، (۱۳۸۹)، آئین قضاوت مدنی در محاکم، چاپ پنجم، تهران، انتشارات فکر سازان.
  - جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۷۸)، ترمینولوژی حقوق، چاپ هشتم، تهران، کتابخانه گنج دانش.
  - جمعی از نویسندگان، (۱۳۷۴)، تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی کالا، ترجمه مهرباب داراب پور، جلد ۳، چاپ اول، تهران، کتابخانه گنج دانش.
  - واحدی، جواد، (۱۳۸۵)، گزیده متون حقوقی (۵) قانون تعهدات سوئیس، چاپ اول، تهران، نشر میزان.
- ب) منابع عربی**
- شهید اول، (۱۴۱۰ هـ... ق.)، اللعة الدمشقیة فی فقه الإمامیة، دارالتراث الدارالاسلامیة، چاپ اول، بیروت.
  - شهید ثانی، (۱۴۱۲ هـ... ق.)، الروضة البهیة فی شرح اللعة الدمشقیة، ۲ جلد، چاپ اول، قم، انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
  - شهید ثانی، (۱۳۷۹)، حاشیة الارشاد، چاپ اول، بیروت، مطبعة المکتب الاسلامی.
- نجفی (ره)، شیخ محمد حسن، (۱۴۱۵ هـ. ق.)، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، جلد ۲۳ و ۴۰، چاپ هفتم، بیروت، دار الاحیاء تراث العربی.
- ج) منابع انگلیسی**
- Audit, Bernard, (1990), *La vante International de Merchandises*, L.G.D.J., Paris.
  - Enderlein, Fritz & Maskow, Dictrich, (1992), *International Sales law*, New YORK, Oceana Publications.
  - Honnold, John, (1991), *Uniform law for International Sales*, Boston.
  - Liu, Chengwei. *suspension or Avoidance due to Anticipatory Breach: Perspectives from Articles 71/72 CISG, the UNIDROIT principles, PECL and case law: Case annotated Update [May 2005] Available at: <http://www.cisgw3.law.pace.edu>.*
  - *UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, (2012), New York
  - Schlechtriem, Peter, (1986), *"uniform sale Law"*, Vienna, Manzschel Verlags- Und Universitätsbuch- Handlung wien.