

باقافله عدالت

یادنامه دکتر ناصر کاتوزیان

دکتر ابراهیم شعاریان

چاپ اول ۱۳۹۳

تیراژ ۵۰۰ جلد

شماره نشر، ۱۶۶

لینتوگرافی، نگین فیلم

صفحه آرایی، تاراگرافیک

چاپ و صحافی، علی

شابک ۹۷۸-۶۰۰-۳۲۵-۰۴۱-۳

۶۵۰۰۰ تومان



انتشارات ستوده، شماره ۲۵، خیابان ارک جدید، خیابان طالقانی، تبریز

کد پستی ۵۱۳۷۷۷۸۷۷۱

تلفن ۳۵۵۶۷۸۱۸

فاکس ۳۵۵۵۲۴۵۸

E-mail: sotodeh.pub@gmail.com

سرشناسه	شعاریان ستاری، ابراهیم ۱۳۴۳-
عنوان و نام پدیدآور	باقافله عدالت یادنامه دکتر ناصر کاتوزیان/ به خواستاری دانشکده حقوق
و علوم اجتماعی دانشگاه تبریز، به اهتمام ابراهیم شعاریان.	
مشخصات نشر	تبریز: ستوده، ۱۳۹۳
مشخصات ظاهری	۱۱۹۶:
شابک	۹۷۸-۶۰۰-۳۲۵-۰۴۱-۳:
وضعیت فهرست نویسی: فیپا	
موضوع	ناصر، کاتوزیان، ۱۳۱۰-۱۳۹۳
موضوع	نویسندگان ایرانی - قرن ۱۴-- سرگذشتنامه
شناسه افزوده	دانشکده حقوق و علوم اجتماعی / دانشگاه تبریز
شناسه افزوده	شعاریان، ابراهیم ۱۳۴۳-
رده بندی کنگره	۱۳۹۳: ۸۶/۳۵۲۶ و PIR ۸۲۲۳/
رده بندی دیویی	۸۶۲/۸۸۸
شماره کتابشناسی ملی	۳۴۳۵۶۹۴:

تمام حقوق محفوظ است

خسارت ناشی از قرارداد جایگزین و مفاهیم مشابه^۱

مطالعه تطبیقی در اسناد بین‌المللی و حقوق ایران

دکتر ابراهیم شعاریان^۲

دانشیار دانشکده حقوق و علوم اجتماعی دانشگاه تبریز

چکیده

حقوق خسارت در ادبیات حقوقی ما به اندازه‌ای که در نظامهای حقوقی دیگر و اسناد بین‌المللی رشد و توسعه یافته، تحول لازم را نیافته است. نه رویه قضایی دست به ابتکار زده است و نه تلاش‌های حقوقدانان ثمری در پی داشته است. به یقین اوضاع اقتصادی نیز در این خصوص مزید بر علت بوده است، چرا که دعاوی خسارت در کشورهای با اقتصاد پیشرفته بستر مناسبتری برای رشد و شکوفایی دارد. سطح آگاهی‌های عمومی نیز در توسعه برخی از مفاهیم خسارت بی‌تأثیر نیست و بسیاری از شهروندان از حقوق قانونی خود در مطالبه اقسام خسارت بی‌اطلاع هستند. پس همه عوامل دست به دست هم داده و توسعه نیافتگی حقوقی را در عمل رقم زده است. از میان موضوعاتی که در مقوله خسارت به نحو تفصیلی مورد نظر قرار نگرفته است، خسارت ناشی از قرارداد جایگزین است. هنگامی که متعهدله، قرارداد را به علت نقض آن از سوی طرف مقابل، فسخ می‌کند و به انعقاد قرارداد جایگزین مبادرت می‌نماید، احتمال دارد از حیث مبلغ قرارداد دوم، متحمل ضرر شود. تفاوت قیمت دو قرارداد اول و جایگزین عرفاً ضرر تلقی می‌شود و اگر شرایط خاص مقرر، فراهم باشد، زیان‌دیده مستحق وصول خسارت ناشی از قرارداد جایگزین خواهد بود. مقاله حاضر می‌کوشد موضوع یاد شده را با تأکید بر اسناد بین‌المللی مورد بحث قرار دهد و آن را با مفاهیم مرتبط و مشابه نیز مقایسه نماید. بی‌تردید در نظام حقوقی

۱- مقاله حاضر به مناسبت بزرگداشت استاد ممتاز حقوق مدنی و پدر علم حقوق ایران، دکتر ناصر کاتوزیان در دانشگاه تبریز تدوین شده است. کار تحریر این مقاله هنگامی آغاز شد که استاد در قید حیات بودند و در خیال نمی‌گنجید که مراسم بزرگداشت در فراق آن استاد علم و اخلاق برگزار شود. اینک مقاله را به استاد همیشه زنده و بی‌همتا تقدیم می‌کنم. بی‌تردید جامعه حقوقی سالیان سال وامدار زحمات و تلاش‌های ایشان در غنی‌سازی دانش حقوق ایران خواهد بود.

ایران که بسیاری از محاکم، قانون را محور اصلی اتخاذ تصمیم خود تلقی می‌کنند که البته چنین رویکردی قابل انتقاد به نظر می‌رسد، تصویب قانون خاص در زمینه موضوع بحث می‌تواند رهگشای یکی از مشکلات مربوط به دعاوی خسارت باشد.

واژگان کلیدی:

قرارداد جایگزین، مبنای حقوقی، شرایط، خسارت بر مبنای قیمت رایج، باز فروش، اسناد بین‌المللی، حقوق ایران

۱- مقدمه

مطالبه خسارت یکی از طرق جبران ناشی از نقض قرارداد به شمار می‌رود و متعهدله این امکان را دارد تا در ارتباط با قراردادی که مورد نقض واقع شده با اثبات ورود ضرر، حسب مورد خسارت عدم انجام تعهد یا تأخیر انجام تعهد را مطالبه کند. با آنکه در ماده ۲۲۶ قانون مدنی به عنوان قاعده کلی مطالبه خسارت ناشی از عدم انجام تعهد مورد شناسایی قرار گرفته است، اما مقررات کاملی در این خصوص وضع نشده است و بسیاری از قواعد راجع به پرداخت خسارت مسکوت مانده است.

هر چند تعیین تمام مصادیق خسارات قابل مطالبه دشوار است و اصولاً لزومی نیز برای طرح آن وجود ندارد، چرا که خسارت مفهومی عرفی است و تعیین مصادیق آن ارتباطی به قانونگذار ندارد، اما در برخی موارد ضرورت اقتضاء می‌کند تا از طریق قانونگذاری نسبت به تدوین قوانین خاص در زمینه جبران خسارت و شرایط و آثار آن اقدام لازم به عمل آید. امروزه در قانونگذاریهای جدید احکام و قواعد متعددی در این خصوص تدوین شده است، از جمله قاعده تقلیل خسارت، لزوم پرداخت خسارت تنبیهی در وضعیت نقض عمدی و با سوءنیت قرارداد یا لزوم قابلیت پیش‌بینی ضرر و نظایر آن، در حالی که قانون مدنی نسبت به این موضوعات ساکت است.

یکی از احکامی که در اسناد بین‌المللی در ارتباط با موضوع خسارت مورد تصریح قرار گرفته است، امکان مطالبه خسارت ناشی از «قرارداد جایگزین» است که به عنوان یکی از طرق خاص جبران خسارت مورد شناسایی قرار گرفته است.

در مواردی که نقض قرارداد برای متعهدله ایجاد حق فسخ می‌کند، احتمال دارد که متعهدله پس از فسخ معامله، قرارداد جایگزین منعقد نماید و متصور است که در قرارداد

دوم از حیث قیمت متضرر گردد. به عنوان مثال، هرگاه شخصی مکانی را برای سکونت اجاره کند، ولی به جهت تخلف مالک از تحویل مورد اجاره، قرارداد را فسخ و سپس قرارداد اجاره دیگری را با اجاره بهای بیشتری منعقد نماید، تحت شرایط و ضوابطی که در این تحقیق به آن اشاره خواهد شد، می‌تواند تفاوت مبلغ قرارداد اصلی و قرارداد جایگزین را به عنوان خسارت مطالبه کند.

در برخی اسناد بین‌المللی راجع به قراردادها نظیر کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا^۱، اصول قراردادهای بازرگانی بین‌المللی^۲، اصول حقوق قراردادهای اروپا^۳ و طرح چارچوب مشترک مرجع^۴ به امکان مطالبه خسارت ناشی از قرارداد جایگزین اشاره شده است که می‌تواند ما را در شناخت این مفهوم و آثار آن یاری دهد.^۵

اگرچه مبنای فسخ قرارداد جلوگیری از ضرر است و در حقیقت فسخ قرارداد یکی از طرق جبران نقض قرارداد به شمار می‌رود، اما باید توجه داشت که منعی در امکان مطالبه توأم خسارت و فسخ قرارداد وجود ندارد. این دو ضمانت اجرا تحت شرایطی، با یکدیگر قابل جمع می‌باشند و نباید تصور کرد که با فسخ قرارداد دیگر امکانی برای مطالبه خسارت وجود ندارد. هر چند قانون مدنی ما در زمینه امکان جمع ضمانت اجرای نقض قرارداد ساکت است، اما همانگونه که برخی از نویسندگان^۶ نیز اشاره نموده‌اند، امکان جمع مطالبه توأم خسارت و فسخ عقد در حقوق ایران وجود دارد.^۷

1- United Nations Convention on International Sale of Goods (CISG) 1980.

2- UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UPICC)

3- Principles of European Contract Law (PECL)

4 -Draft Common Frame of Reference (DCFR)

۵- قرارداد جایگزین در CISG با عبارت Substitute Transaction و در UPICC با واژه Replacement Transaction

و در PECL و DCFR با واژه Cover Transaction و نیز Substitute Transaction به کار رفته است.

۶- ناصر کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، چاپ چهارم، تهران، نشر انتشار، ۱۳۸۳، ص ۳۶۴.

۷- در ارتباط با حقوق مصرف، ماده ۲ قانون حمایت از مصرف‌کنندگان راجع به تسلیم کالای معیوب و غیرمنطبق مقرر داشته است که: «... اگر موضوع معامله کلی باشد، در صورت وجود عیب یا عدم انطباق کالا با شرایط تعیین شده، مشتری حق دارد صرفاً عوض سالم را مطالبه کند و فروشنده باید آن را تأمین کند. اگر موضوع معامله جزئی (عین معین) باشد مشتری می‌تواند معامله را فسخ کند یا ارزش کالای معیوب و سالم را مطالبه کند و فروشنده موظف است، پرداخت کند. در صورت فسخ معامله از سوی مشتری، پرداخت خسارت از سوی عرضه‌کننده متفی است. تبصره: چنانچه خسارت وارده ناشی از عیب یا عدم کیفیت باشد و عرضه‌کنندگان به آن آگاهی داشته

در ماده ۴۵ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا نیز به چنین امکانی تصریح شده است و برخلاف برخی از طرق جبران که مطالبه توأم آنها ممکن نیست، مانند درخواست مطالبه اجرای عین تعهد و فسخ قرارداد، حق مطالبه خسارت طریقه جبرانی است که همواره برای خریدار در صورت نقض قرارداد و مشروط بر ورود خسارت به وی قابل حصول است و این حق می‌تواند در کنار سایر ضمانت‌اجراهای ناشی از نقض به منظور جبران خساراتی که با وجود سایر طرق جبران اتفاق می‌افتد، مورد استناد قرار گیرد.^۱ بنابراین خریدار می‌تواند ضمن مطالبه تعهد اصلی، خسارات ناشی از نقض قرارداد (مانند خسارات ناشی از تأخیر انجام تعهد) را مطالبه نماید. همین وضعیت در خصوص امکان درخواست توأم فسخ قرارداد و مطالبه خسارت صادق است. در هر حال، مقدار خسارت منوط به سایر طرق جبرانی خواهد بود که خریدار به آنها متوسل شده است.^۲ همین وضعیت در بند ۲ ماده ۵-۳-۷ اصول قراردادهای بازرگانی بین‌المللی^۳ و ماده ۱۰۲-۸ اصول حقوق قراردادهای اروپا^۴ و ماده ۱۰۲-۳ کتاب سوم طرح چار چوب مشترک مرجع^۵ (پیش‌نویس قانون مدنی آینده اروپا) ملاحظه می‌شود.

مفهوم قرارداد جایگزین در ادبیات حقوقی ما به ندرت و به اختصار مورد توجه قرار

باشند، علاوه بر جبران خسارت، به مجازات مقرر در این قانون محکوم خواهند شد. چنانچه اقدام آنان واجد عناوین مجرمانه دیگر باشد، مشمول همان قانون خواهند بود». با آنکه در حوزه حقوق مصرف، مسئولیت‌های عرضه‌کنندگان کالا و خدمات افزایش یافته است. حکم مزبور از این جهت که فسخ قرارداد از سوی مصرف‌کننده را مشروط به آگاهی عرضه‌کننده دانسته است، قابل انتقاد به نظر می‌رسد و از آنجایی که قانون یاد شده ناظر به موارد خاص است، نایستی به سایر قراردادها تسری داده شود.

- 1- J. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Kluwer Law International, 3rd ed, 1999, p. 302.
- 2- UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (2012 ed), p. 225.
- 3- Article 7.3.5 (2) UPICC: Termination does not preclude a claim for damages for non-performance.
- 4- Article 8:102 PECL : Cumulation of Remedies : Remedies which are not incompatible may be cumulated. In particular, a party is not deprived of its right to damages by exercising its right to any other remedy.
- 5- III. 3:102 DCFR: Cumulation of remedies : Remedies which are not incompatible may be cumulated. In particular, a creditor is not deprived of the right to damages by resorting to any other remedy.

گرفته است^۱، اما با مراجعه به اسناد بین‌المللی می‌توان مفهومی از آن ارائه داد.

ماده ۷۵ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مقرر داشته است که: «چنانچه قرارداد فسخ شود و اگر به طریق معقول و ظرف مدت معقولی پس از فسخ، خریدار کالای جایگزین خریداری نموده باشد یا فروشنده کالا را بازفروش کند، طرفی که مدعی خسارت است می‌تواند تفاوت بین قیمت قرارداد و معامله جایگزین را به علاوه سایر خسارت قابل مطالبه طبق ماده ۷۴ را وصول نماید»^۲.

همچنین در ماده ۵-۴-۷ اصول قراردادهای بازرگانی بین‌المللی نیز مقرر شده است که «هنگامی که طرف زیان دیده به قرارداد خاتمه داده و در مدتی متعارف و به طریقی معقول قرارداد جایگزین منعقد کرده باشد، می‌تواند مابه‌التفاوت مبلغ قراردادی و مبلغ قرارداد جایگزین، و نیز خسارات ناشی از هر زیان دیگری را وصول کند»^۳.

ماده ۵۰۶-۹ اصول حقوق قراردادهای اروپا نیز به طریق مشابه با اصول قراردادهای بازرگانی بین‌المللی مقرر داشته است: «در صورتی که طرف متضرر به قرارداد خاتمه داده باشد و در مدتی متعارف و به طریقی معقول قرارداد جایگزین را منعقد نموده است، می‌تواند تفاوت مبلغ قرارداد و مبلغ قرارداد جایگزین را به علاوه خسارات دیگر را تا حدی که به موجب مقررات این گفتار قابل مطالبه باشد، وصول نماید»^۴.

در ماده ۷۰۶-۳ از کتاب سوم طرح چارچوب مشترک مرجع نیز مقرر شده است که:

۱- ابراهیم شعاریان و ابراهیم ترابی، اصول حقوق قراردادهای اروپا و حقوق ایران، چاپ اول، انتشارات فروزش، تبریز، ۱۳۸۹، ص ۳۵۱؛ محسن صادقی، شیوه‌های جبران خسارات ناشی از نقض قراردادی در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، مجله پژوهش‌های حقوقی (شهر دانش)، ش ۵، ۱۳۸۳، ص ۱۶۹.

2- Article 75 CISG: If the contract is avoided and if, in a reasonable manner and within a reasonable time after avoidance, the buyer has bought goods in replacement or the seller has resold the goods, the party claiming damages may recover the difference between the contract price and the price in the substitute transaction as well as any further damages recoverable under article 74.

3- Article 7.4.5 UPICC: Proof of Harm in case of Replacement Transaction: Where the aggrieved party has terminated the contract and has made a replacement transaction within a reasonable time and in a reasonable manner it may recover the difference between the contract price and the price of the replacement transaction as well as damages for any further harm.

4- Article 9:506 PECL: Substitute Transaction: Where the aggrieved party has terminated the contract and has made a substitute transaction within a reasonable time and in a reasonable manner, it may recover the difference between the contract price and the price of the substitute transaction as well as damages for any further loss so far as these are recoverable under this Section.

«بستانکاری که رابطه قراردادی را تماماً یا جزئاً طبق بخش ۵ فسخ نموده است و قرارداد جایگزینی را ظرف مدت متعارف و به طریقی معقول منعقد کرده است، تا جایی که به مطالبه خسارت مستحق باشد، می‌تواند تفاوت بین آنچه را که طبق قرارداد قابل مطالبه می‌بود و ارزش آنچه که طبق قرارداد جایگزین قابل پرداخت است و همچنین هرگونه خسارات اضافی دیگر را مطالبه کند»^۱.

با امعان نظر در مواد یاد شده، معلوم می‌شود که قرارداد جایگزین پس از نقض قرارداد در حقیقت به جای قرارداد اصلی واقع می‌شود که ممکن است از نظر قیمت در وضعیت مطلوب یا نامطلوبی نسبت به قرارداد اصلی برخوردار باشد. شرایطی نیز برای صدق عنوان قرارداد جایگزین لازم است. از جمله اینکه قرارداد جایگزین باید در مدت متعارف و به طریق متعارفی منعقد گردد که اصولاً بتوان آن را به جای قرارداد اصلی در نظر گرفت.

۲- مقایسه خسارت ناشی از قرارداد جایگزین با مفاهیم مشابه

قرارداد جایگزین با برخی از نهادهای مشابه قابل مقایسه است. یکی از مفاهیم مزبور باز فروش کالا است. موضوع دیگری که لازم است با خسارت ناشی از قرارداد جایگزین مقایسه شود، خسارت ناشی از قیمت رایج بازار است.

۲-۱- مقایسه قرارداد جایگزین و بازفروش کالا

در برخی از سیستم‌های حقوقی، به فروشنده اختیار داده است تا در صورت نقض قرارداد از سوی خریدار، کالای فروخته شده را بازفروش^۲ نموده و در صورتی که ثمن قرارداد دوم کمتر از فروش اول باشد، مابه‌التفاوت آن را به عنوان خسارت ناشی از نقض قرارداد از خریدار مطالبه نماید.

1- Article .III. 3:706 DCFR: Substitute transaction: A creditor who has terminated a contractual relationship in whole or in part under Section 5 and has made a substitute transaction within a reasonable time and in a reasonable manner may, in so far as entitled to damages, recover the difference between the value of what would have been payable under the terminated relationship and the value of what is payable under the substitute transaction, as well as damages for any further loss.

2- Resale.

در بند ۳ ماده ۷۰۳-۲ قانون یکنواخت بازرگانی امریکا^۱ چنین حکمی پیش‌بینی شده و تحت شرایط معین مذکور در ماده ۷۰۶-۲ همان قانون، به فروشنده امکان بازنویس اعطاء شده است. به موجب ماده ۷۰۳-۲ این قانون، هرگاه خریدار بدون دلیل موجه از پذیرفتن کالا خودداری نماید یا پذیرش آن را لغو کند یا از پرداخت ثمن معامله یا اجرای قرارداد کلاً یا جزئاً امتناع کند، فروشنده می‌تواند یکی از اقدامات زیر را انجام دهد:

۱- از تسلیم مورد معامله خودداری کند.

۲- تحویل کالا را که برای تسلیم به مشتری به متصدی حمل و نقل یا شخص دیگر سپرده است، متوقف کند.

۳- مورد معامله را بازنویس کند و خسارات ناشی از آن را نیز مطالبه نماید.

۴- برای امتناع خریدار از تحویل گرفتن کالا، خسارت بخواهد یا عندالاقضاء ثمن معامله را مطالبه کند.

۵- قرارداد را به علت عدم اجرای آن از سوی خریدار، فسخ نماید.

از جمله شرایطی که در ماده ۷۰۶-۲ قانون مزبور برای بازنویس کالا مقرر شده، این است که فروشنده بایستی کالا را با حسن‌نیت و از لحاظ بازرگانی به طریق معقول بازنویس نماید و در چنین صورتی هرگاه مبلغ بازنویس کمتر از ثمن قرارداد بیع باشد، مابه‌التفاوت دو مبلغ یادشده به عنوان خسارت از خریدار قابل مطالبه خواهد بود.

آنچه ارتباط بحث میان قرارداد جایگزین و بازنویس کالا را سبب می‌شود، شباهتی است که بین این دو سیستم جبران وجود دارد. در حقیقت هر دو نهاد مذکور، به عنوان طریقه‌ای برای جبران محسوب می‌شود و در هر دو شیوه مورد بحث، خسارت ناشی از تفاوت مبلغ دو قرارداد بر نقض‌کننده قرارداد تحمیل می‌شود و شاید به جهت همین تشابه بوده است که برخی از استادان^۲ معامله جایگزین را در حقوق ایران که پس از فسخ قرارداد واقع می‌شود، مصداقی از بازنویس کالا دانسته‌اند.

1- Uniform Commercial Code (UCC)

۲- حسین صفایی، بازنویس کالای مورد معامله، مقالاتی درباره حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، تهران، چاپ دوم، تهران،

۲-۱-۱- تفاوت از حیث بقاء و انحلال قرارداد اصلی

همانگونه که در بند ۳ ماده ۷۰۳-۲ قانون یکنواخت بازرگانی امریکا پیش‌بینی شده است، حق فسخ قرارداد و باز فروش کالا به عنوان دو طریقه جبران مستقل مد نظر قرار گرفته است و بازفروش کالا نیازمند اعمال حق فسخ قرارداد از سوی فروشنده نمی‌باشد. اما این سؤال مطرح شده است که آیا با باز فروش کالا، قرارداد به طور ضمنی از سوی فروشنده فسخ می‌شود یا خیر؟

برای پاسخ به این سؤال لازم است مبنای حق بازفروش در حقوق آمریکا مورد توجه قرار گیرد. با در نظر گرفتن اینکه ماده ۷۰۳-۲ قانون یکنواخت بازرگانی، بازفروش کالا را در عرض حق فسخ برای فروشنده در نظر گرفته است، لذا مبنای حق باز فروش، فسخ قرارداد و بازگشت مالکیت مبیع به فروشنده نیست، زیرا در غیر این صورت اصولاً نیازی به تصریح به چنین حقی نبوده است. بدیهی است که هر فروشنده‌ای قادر است پس از فسخ قرارداد، کالای متعلق به خود را مجدداً به دیگری بفروشد. بنابراین قانون یاد شده با اعطای حق باز فروش در عرض حق فسخ، حق باز فروش را به عنوان یک ضمانت اجرای مستقل مطرح ساخته است تا فروشنده در اعمال چنین اختیاری با پیچیدگی‌های اعمال و اجرای حق فسخ مواجه نشود. در خصوص مبنای حق بازفروش گفته شده است که فروشنده به عنوان نماینده خریدار، اقدام به بازفروش می‌نماید و این نظر در بعضی آرای دادگاه‌ها نیز پذیرفته شده است.^۱ اما این عقیده مورد انتقاد واقع و استدلال شده است که این مبنا فقط هنگامی درست است که مالکیت مورد معامله، قبل از بازفروش به خریدار منتقل شده باشد و در بیعی که هنوز مالکیت کالا به خریدار منتقل نشده است،^۲ چنین مبنایی صادق نخواهد بود، زیرا در چنین فرضی فروشنده مال متعلق به خود را باز فروش می‌کند و نمایندگی وی موضوعیت نخواهد داشت.

اشکال دیگری که بر نظریه نمایندگی وارد شده این است که اگر فروشنده به عنوان نماینده خریدار اقدام به بازفروش نماید، مطابق قواعد کلی نمایندگی، فروشنده باید سود

۱- حسین صفایی، پیشین، ص ۴۵۱.

۲- به موجب مقررات قانون یکنواخت بازرگانی امریکا، طرفین می‌توانند زمان انتقال مالکیت را تعیین و به آینده موکول نمایند.

حاصل از بافروش را به خریدار مسترد نماید درحالی که مطابق قانون مزبور سود حاصل از بافروش متعلق به فروشنده است و این امر با نظریه نمایندگی سازگار نیست.^۱

در حقوق انگلیس نیز بر اساس ماده ۴۸ قانون بیع کالای مصوب ۱۹۷۹، فروشنده می‌تواند در صورت عدم پرداخت ثمن از سوی خریدار، کالا را بافروش نماید و مستفاد از صراحت بند ۴ همین ماده، بافروش کالا موجب انحلال بیع می‌شود و این وضعیت نشان می‌دهد که بافروش کالا در حقوق انگلیس مبتنی بر فسخ و بازگشت مالکیت مورد معامله به خریدار است.^۲ همچنین بند ۲ ماده مذکور به طور ضمنی بر انحلال بیع به جهت بافروش دلالت دارد. حتی در حقوق انگلیس که مبنای بافروش، اعاده مالکیت کالا به فروشنده به واسطه فسخ در نظر گرفته شده است، برای اعمال حق بافروش، بدو لازم نیست که قرارداد فسخ شود.

اما برخلاف سیستم جبران در بافروش کالا، قرارداد جایگزین هنگامی موضوعیت می‌یابد که قرارداد اول منحل (فسخ) شده باشد تا متعاقباً بتوان مبادرت به انعقاد قرارداد جایگزین نمود.^۳

در ماده ۵-۴-۷ اصول قراردادهای بازرگانی بین‌المللی فسخ قرارداد به عنوان یکی از شرایط قرارداد جایگزین مورد تصریح قرار گرفته است^۴ و در ماده ۵۰۶-۹ اصول حقوق قراردادهای اروپا نیز شرط مطالبه خسارت ناشی از قرارداد جایگزین، خاتمه دادن به قراردادی است که مورد نقض واقع شده است.^۵

۱- فخرالدین اصغری و رضا زارعی، حق باز فروش کالا (مطالعه تطبیقی)، فصلنامه پژوهشهای بازرگانی، ش ۵۷، ۱۳۸۹، ص ۱۸۹.

2- Article 48 SGA (*Sale of Goods Act*) 1979: Rescission: and re-sale by seller.

(1) Subject to this section, a contract of sale is not rescinded by the mere exercise by an unpaid seller of his right of lien or retention or stoppage in transit.

(2) Where an unpaid seller who has exercised his right of lien or retention or stoppage in transit re-sells the goods, the buyer acquires a good title to them as against the original buyer.

(3) Where the goods are of a perishable nature, or where the unpaid seller gives notice to the buyer of his intention to re-sell, and the buyer does not within a reasonable time pay or tender the price, the unpaid seller may re-sell the goods and recover from the original buyer damages for any loss occasioned by his breach of contract.

(4) Where the seller expressly reserves the right of re-sale in case the buyer should make default, and on the buyer making default re-sells the goods, the original contract of sale is rescinded but without prejudice to any claim the seller may have for damages.

3- F. Enderlein & D. Maskow, *International Sales Law*, Oceana Pub, 1992, p.303.

4- UNIDROIT Principles (Art. 7.4.5)

5- O. Lando & H. Beale (eds), *The Principles of European Contract Law*: Parts I and II, prepared by the Commission on European Contract Law, Kluwer Law International, 2000, P. 449.

همین وضعیت در ماده ۷۰۶-۳ DCFR ملاحظه می‌شود و ماده مزبور نیز فسخ قرارداد نقض شده را از شرایط انعقاد قرارداد جایگزین تلقی کرده است. کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا نیز در ماده ۷۵ انعقاد قرارداد جایگزین را پس از فسخ قرارداد بیع مد نظر قرار داده است. مقایسه مواد ۷۵ و ۸۸ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا نیز ما را به همین نتیجه رهنمون می‌کند. چرا که ماده ۷۵ کنوانسیون اختصاص به قرارداد جایگزین دارد، در حالی که ماده ۸۸ ناظر بر بازفروش کالا در وضعیت خاص مد نظر کنوانسیون است و ذکر احکام جداگانه برای هر یک از مفاهیم مورد مقایسه در کنوانسیون نشانگر تمایز میان آنهاست. باز فروش کالا به موجب ماده ۸۸ کنوانسیون نیازمند فسخ قرارداد نیست، در حالی که قرارداد جایگزین مورد نظر ماده ۷۵ کنوانسیون منوط به فسخ عقد است.

۲-۱-۲- تفاوت در قلمرو

باز فروش همچنان که از عنوانش پیداست، ویژه عقد بیع است، درحالی که قرارداد جایگزین در اقسام مختلف قراردادها از جمله بیع، اجاره، پیمانکاری و نظایر آن می‌تواند مصداق یابد.

هر چند قرارداد جایگزین مذکور در ماده ۷۵ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا به عقد بیع اختصاص دارد و این امر نیز از قلمرو کنوانسیون ناشی می‌شود، اما در سایر اسناد بین‌المللی مورد مطالعه مانند PECL و UPICC و DCFR که در حقیقت متضمن احکام و قواعد عمومی قراردادهاست، قرارداد جایگزین اختصاص به بیع ندارد.

در ماده ۱۰۵-۴ اصول حقوق قراردادهای اروپا راجع به اجاره اموال منقول^۱ مقرر شده است که: «در صورتی که مستاجر قرارداد را فسخ نموده باشد و به طریق متعارف و در زمان معقول قرارداد جایگزین منعقد کرده باشد می‌تواند تفاوت قیمت بین قرارداد اجاره فسخ شده و قرارداد جایگزین و هرگونه خسارت قابل مطالبه دیگر را ادعا نماید».

برای مثال، الف به فرد ب اجازه می‌دهد تا از گالری وی برای نمایش آثار خود در مقابل مبلغ ۱۰۰۰ یورو استفاده نماید. درست اندکی قبل از آنکه نمایش آغاز شود، الف به

1- Study Group on a European Civil Code, PEL LG (*Principles of European Law on Lease of Goods*), prepared by: Kåre Lilleholt & Others, Sellier Pub, Munich, 2008, p.212.

فرد ب اطلاع می دهد که گالری مزبور دیگر قابل استفاده نیست. فرد ب موفق می شود گالری دیگری به همان اندازه و با همان کیفیت به مبلغ ۱۵۰۰ یورو اجاره نماید. فرد ب می تواند مبلغ ۵۰۰ یورو را به عنوان ما به التفاوت مبلغ قرارداد اولیه و قرارداد جایگزین از فرد الف وصول نماید. همچنین فرد ب می تواند هزینه های متعارفی را که برای تدارک قرارداد جایگزین پرداخته را مطالبه نماید.^۱

۲-۱-۳- عدم اختصاص قرارداد جایگزین به یکی از طرفین قرارداد

بازفروش در سیستم حقوقی امریکا و انگلیس اختصاص به فروشنده دارد و از عنوان بازفروش (resale) معلوم است که این اختیار مختص فروشنده است و خریدار در چنین موقعیتی قرار نمی گیرد.

اما در نهاد قرارداد جایگزین هر دو طرف می توانند از این اختیار استفاده نمایند. به عنوان مثال، خریدار نیز می تواند قرارداد اصلی را به علت نقض قرارداد از جانب فروشنده، فسخ کرده و سپس قرارداد جایگزین منعقد نماید که در چنین حالتی خریدار نسبت به تهیه و خرید کالای مورد نیاز خود از شخص دیگری اقدام خواهد نمود و در صورتی که ثمن کالا در قرارداد جایگزین بیشتر باشد، مابه التفاوت آن به عنوان خسارت قابل مطالبه است.

به همین ترتیب هرگاه مشتری نقض عهد کند و بایع قرارداد را فسخ نموده و سپس با انجام قرارداد جایگزین، همان مبیع را به مبلغ کمتری بفروشد، می تواند تفاوت قیمت را از مشتری مطالبه کند.

البته بازفروش مندرج در ماده ۸۸ کنوانسیون می تواند علاوه بر فروشنده، نسبت به خریدار نیز موضوعیت یابد، با این توضیح که هرگاه مشتری مبیع را قبض نماید و سپس به علت کشف عدم انطباق در صدد استرداد آن به فروشنده برآید و فروشنده نیز از تحویل گرفتن کالا امتناع نماید، وفق ماده مزبور، خریدار حق دارد کالا را بفروشد. مقایسه ماده ۸۸ کنوانسیون با قانون یکنواخت بازرگانی امریکا نشان می دهد که حکم مقرر در کنوانسیون چهره ویژه ای داشته و با نهاد باز فروش پیش بینی شده در کامن لا که مختص فروشنده است، متفاوت است.

۲-۱-۴- اخطار

برای بافروش کالا ضروری است که فروشنده اخطاری به خریدار ارسال کند و تصمیم خود را به بافروش اعلام نماید. ارسال چنین اخطاری در قانون یکنواخت بازرگانی امریکا، قانون بیع کالای انگلیس و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مورد تصریح قرار گرفته است. فلسفه دادن چنین اخطاری، اعطای فرصت به متخلف است تا بتواند قبل از بافروش نسبت به اجرای تعهدات خود اقدام نماید و از بافروش ممانعت به عمل آورد. همچنین طرف مقابل با وصول اخطار و آگاهی از قصد بافروش خواهد توانست در جلسه بافروش حاضر شود و از طریقه صحیح و معقول بافروش اطمینان حاصل نماید. به موجب بندهای ۳ و ۴ ماده ۷۰۶-۲ قانون یکنواخت بازرگانی امریکا فروشنده مکلف است در هر دو نوع بافروش به صورت خصوصی یا عمومی، خریدار اولیه را در جریان امر و زمان مکان بافروش قرار دهد.

به موجب بند ۳ ماده ۴۸ قانون بیع کالای انگلیس، هرگاه خریدار، ثمن معامله را پرداخت نموده باشد و فروشنده قصد خود را در خصوص بافروش به خریدار اعلام کند و با وجود آن، خریدار در یک مدت معقول از پرداخت ثمن معامله خودداری نماید، برای فروشنده امکان بافروش مهیا خواهد بود. بنابراین در قانون مذکور نیز ارسال اخطار برای طرف مقابل ضرورت دارد.

بافروش کالا طبق بند ۱ ماده ۸۸ کنوانسیون نیز منوط به ارسال اخطار آن به طرف مقابل است. چنین اخطاری باید مطابق با شرایط و اوضاع و احوال و به طریقی که شخص معقول انجام می‌دهد، صورت گیرد. کنوانسیون لازم نمی‌بیند که چنین اخطاری به صورت کتبی باشد، بلکه صرفاً باید به طریقی مقتضی تحت شرایط و اوضاع و احوال انجام گیرد. با در نظر گرفتن اصل کلی مقرر در ماده ۲۷، اقدام به فروش می‌تواند پس از اخطار مقتضی انجام گیرد.^۱ اما سئوالی که در این ارتباط مطرح می‌شود و کنوانسیون نسبت به آن ساکت است، ضمانت اجرای عدم ارسال اخطار می‌باشد. علارغم سکوت ماده ۸۸ کنوانسیون، در دکتترین حقوقی اظهار شده است که در چنین وضعیتی بدلیل نقض تعهد فرعی از سوی

طرفی که ملزم به محافظت از کالا است، وی ممکن است مسئول خسارت احتمالی در مقابل طرف مقابل شناخته شود.^۱ اما در فرض ارسال اخطار به طرف مقابل سؤال دیگر مطروحه این است که آیا طرف مقابل می‌تواند نسبت به بازفروش کالا اعتراض نماید؟ در این خصوص نیز کنوانسیون صریحاً حکمی مقرر نکرده است. مع الوصف تعدادی از حقوق‌دانان اظهار عقیده نموده‌اند که بازفروش کالا می‌تواند بدون توجه به اعتراض طرف مقابل انجام گیرد ولو اینکه طرف مقابل می‌تواند دعوایی را با ادعای نقض معیار معقولیت علیه شخصی که نسبت به بازفروش کالا اقدام نموده است طرح کند.^۲

در مقابل برای انجام قرارداد جایگزین ارسال چنین اخطاریه‌ای ضرورت نداشته و در هیچ یک از اسناد بین‌المللی مورد مطالعه تصریحی در این زمینه ملاحظه نمی‌شود. البته دلیل عدم لزوم ارسال اخطار نیز روشن است، زیرا قرارداد جایگزین متعاقب فسخ قرارداد منعقد می‌شود و بدیهی است که پس از فسخ قرارداد، طرف مقابل حقی نسبت به قرارداد ندارد تا ارسال اخطار به او ضرورت پیدا کند.^۳

۲-۱-۵- امکان الزام به اجرای عین تعهد در موقعیت بازفروش

در سیستم بازفروش، اگر چنانچه فروشنده نتواند خریداری را برای بازفروش پیدا کند، امکان الزام خریدار اول به انجام تعهد (مثلاً پرداخت ثمن) وجود دارد، در حالی که در قرارداد جایگزین چنین امکانی فراهم نیست، زیرا قرارداد جایگزین هنگامی موضوعیت خواهد داشت که قرارداد اصلی فسخ شده است که در این حالت الزام به انجام تعهد متفی خواهد بود.^۴ این امر در حقیقت یک امتیاز برای نهاد بازفروش محسوب می‌شود، اما باید توجه داشت که در نظام کامن‌لا نیز اگر چه فسخ قرارداد مانع بازفروش به معنای حقیقی کلمه است، اما به هر حال راه برای انجام قرارداد جایگزین کماکان باز است.

1- F. G. Mazzotta, *Preservation of the Goods: Comparison between the Provisions of CISG Articles 85-88 and Counterpart Provisions of the Principles of European Contract Law*, in J Felemegas (ed), *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contract for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Law*, Cambridge University Press, 2007, p. 523.

2- *Ibid.*; F. Enderlenin & D. Maskow, *op. cit.*, p. 359.

۳- ماده ۷۵ CISG، ماده ۷-۴-۵ UPICC و ماده ۵۰۶-۹ PECL.

4- A. Toma-Bianov & N. Crăciun, *Non-discrimination in European Contract Law*, Legal Practice and International Laws, p.114.

با اینکه به اعتقاد برخی از شارحین کنوانسیون، در صورتی که خریدار به منظور انعقاد قرارداد جایگزین قرارداد را فسخ نماید، نباید بلافاصله از حق مطالبه اجرای عین تعهد ممنوع گردد،^۱ اما در شق الف بند ۲ ماده ۱۰۱-۹ اصول حقوق قراردادهای اروپا، انجام قرارداد جایگزین به عنوان مانع مطالبه اجرای عین تعهد معرفی شده است.^۲ نظر اخیر حتی با کنوانسیون نیز هماهنگی بیشتری دارد، چرا که به موجب ماده ۸۱ کنوانسیون، فسخ قرارداد، طرفین را از تعهدات آتی خود بری می‌سازد و بدیهی است که امکان الزام در چنین موقعیتی ممکن نخواهد بود.

۲-۲- مقایسه خسارت ناشی از قرارداد جایگزین با خسارت بر مبنای قیمت رایج

در برخی موارد ممکن است که متعهدله پس از فسخ قرارداد به علت نقض آن از سوی متعهد، بنابه دلایلی قرارداد جایگزین منعقد ننماید. مانند آنکه تلاش متعهدله برای انعقاد قرارداد جایگزین ثمری نداشته باشد. در چنین موقعیتی اسناد بین‌المللی مورد اشاره راه حل عادلانه و ثانویه دیگری را پیش‌بینی نموده و امکان مطالبه خسارت برای متعهدله را مورد شناسایی قرار داده‌اند.

مطابق با بند ۱ ماده ۷۶ کنوانسیون چنانچه قرارداد فسخ شود و قیمت رایجی برای کالا وجود داشته باشد، طرفی که مطالبه خسارت می‌کند، چنانچه طبق ماده ۷۵ معامله جایگزین منعقد نکرده باشد، می‌تواند تفاوت بین قیمت تعیین شده در قرارداد و قیمت رایج در زمان فسخ قرارداد به علاوه هرگونه خسارت قابل مطالبه دیگر طبق ماده ۷۴ کنوانسیون را وصول کند.

روشی که در ماده ۷۶ کنوانسیون برای محاسبه خسارات قابل مطالبه در نظر گرفته شده است به روش فرضی^۳ محاسبه خسارت معروف است. زیرا بر خلاف روش واقعی محاسبه خسارت که مبتنی بر انعقاد واقعی معامله جایگزین است، در روش فرضی، زیان‌دیده عملاً معامله جایگزینی منعقد نکرده است. بلکه فرض روش مزبور بر این است

1- P. Huber & A. Mullis, *the CISG: A New Textbook for Students and Practitioners*, Sellier European Law Publishers, 2007, p.291

2- H. MacQueen & R. Zimmermann (eds), *European Contract Law: Scots and South African Perspective*, Edinburgh University Press, 2006, p.265.

3- Abstract Method

که وی می‌توانسته است معامله جایگزین را به قیمت رایج منعقد کند.^۱ لازم به ذکر است که روش فرضی محاسبه خسارت نه تنها در فرض عدم انعقاد معامله جایگزین اعمال می‌گردد، بلکه مطابق با رویه قضایی و نظر اکثر حقوقدانان^۲ در صورتی که معامله جایگزین مطابق با شرایط پیش‌بینی شده در ماده ۷۵ منعقد نشود یا امکان تشخیص اینکه کدام یک از معاملات منعقد شده توسط زیان‌دیده معامله جایگزین است، ممکن نباشد^۳، خسارت قابل پرداخت بر اساس روش فرضی محاسبه خواهد شد. اما باید توجه داشت در صورتی که شرایط اعمال هر دو ماده ۷۵ و ۷۶ کنوانسیون وجود داشته باشد، اعمال روش واقعی محاسبه خسارت بر روش فرضی مقدم خواهد بود. چنین نتیجه‌ای علی‌رغم اینکه صریحاً در کنوانسیون پیش‌بینی نشده است، ولی از بند ۱ ماده ۷۶ کنوانسیون قابل استنباط است.^۴

روش فرضی محاسبه خسارت و امکان مطالبه آن در سایر اسناد بین‌المللی نیز پیش‌بینی شده است. در ماده ۶-۴-۷ UPICC مقرر شده است که زیان‌دیده می‌تواند در شرایطی که به قرارداد خاتمه داده و معامله جایگزین منعقد نکرده است، اما مبلغ رایجی برای «اجرای موضوع تعهد» وجود دارد، تفاوت بین قیمت قرارداد و قیمت رایج در زمان فسخ قرارداد و نیز خسارات ناشی از هر صدمه دیگری را وصول نماید. تصریح شده است که قیمت رایج قیمتی است که عموماً برای کالاهای تحویل شده یا خدمات انجام شده در اوضاع و احوال قابل قیاس، در محلی که قرارداد باید اجرا می‌شده است، به حساب گذاشته می‌شود یا در صورت فقدان مبلغ رایج در محل مزبور، قیمت رایج در محل دیگری که ارجاع به آن معقول و متعارف به نظر برسد، محاسبه می‌شود.^۵

1- V. Knapp, in *Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law*, Giuffrè Milan, 1987, p.558.

2- P. Huber & A. Mullis, *op. cit.*, p. 88; V. Knapp, *op. cit.*, p. 555; F. Enderlein & D. Maskow, *op. cit.*, p. 355.

۳- چنانچه زیان‌دیده به طور مداوم و مستمر در تجارت کالای موضوع قرارداد فسخ شده، قرار داشته باشد و در نتیجه امکان تشخیص معامله جایگزین دشوار یا غیر ممکن شود، مطابق با یکی از نظریات ارائه شده، نخستین معامله پس از اعلام فسخ قرارداد معامله جایگزین تلقی خواهد شد.

4- J. Y. Gotanda, *CISG Advisory Council: Opinion No. 8 Calculation of Damages under CISG Articles 75 and 76*, Nordic Journal of Commercial Law, 2009, p. 14.

برای ملاحظه حکم مشابه در حقوق ایران رک: ش ۱۰.

ماده ۵۰۷: ۹ PECL و ماده ۳: ۷۰۷ کتاب سوم DCFR متضمن احکام مشابه با کنوانسیون و UPICC است، با این تفاوت که در اسناد مذکور، محلی که قیمت رایج باید بر مبنای آن محاسبه شود، مسکوت مانده است.

۲-۲-۱- شرایط استناد به روش محاسبه فرضی خسارت

امکان محاسبه خسارت براساس روش فرضی منوط به تحقق برخی شرایط است. اولاً همانند روش واقعی، یعنی قرارداد جایگزین، استناد به روش فرضی محاسبه خسارت نیز منوط به اعلام فسخ قرارداد از سوی زیان‌دیده است. ثانیاً زیان‌دیده باید نسبت به انعقاد معامله جایگزین اقدام نکرده باشد یا معامله جایگزین مطابق با شرایط پیش‌بینی شده در ماده ۷۵ کنوانسیون منعقد نشده باشد. ثالثاً وجود قیمت رایج برای کالای موضوع قرارداد فسخ‌شده، ضروری است.

در این ارتباط چنانچه زیان‌دیده قبل از قبض کالا اقدام به فسخ قرارداد نموده باشد، قیمت رایج در زمان اعلام فسخ قرارداد ملاک خواهد بود و در صورتی که زیان‌دیده پس از قبض کالا اعلام فسخ نموده باشد، قیمت رایج در زمان قبض ملاک خواهد بود.

محل ارزیابی خسارت بر مبنای روش فرضی نیز اصولاً محلی است که کالا می‌بایست در آنجا تسلیم خریدار می‌شده است و چنانچه در محل مزبور قیمت رایجی وجود نداشته باشد، قیمتی که با در نظر گرفتن تفاوت هزینه‌های حمل کالا محاسبه می‌شود، جایگزین معقولی برای تعیین قیمت رایج محسوب شود.^۱ رابعاً همانطور که فوقاً مذکور افتاد اعمال روش مزبور منوط به این است که قیمت در قرارداد اصلی صریحاً یا ضمناً تعیین شده باشد و در صورتی که قرارداد با شرط قیمت باز منعقد شده باشد، روش فرضی قابل اعمال نیست.^۲ در فقدان هر یک از شرایط مذکور امکان مطالبه خسارت بر مبنای روش فرضی وجود نخواهد داشت و میزان خسارت قابل پرداخت باید بر اساس قواعد کلی مقرر در ماده ۷۴ کنوانسیون تعیین شود.^۳

1- D. Saidov, *The Law of Damages in International Sales: The CISG and other International Instruments*, Hart Pub, 2008, pp. 197-201.

2- J. Y. Gotanda, *op. cit.*, p. 15.

3- D. Saidov, *op. cit.*, p. 215.

۲-۲-۲- مفهوم قیمت رایج

به رغم اینکه تعیین قیمت رایج برای محاسبه خسارت به روش فرضی عنصر اساسی محسوب می‌شود، کنوانسیون به نحو دقیقی به تعریف آن نپرداخته است. در واقع بند ۲ ماده ۷۶ کنوانسیون به نوعی تلاش نموده تا قیمت رایج را تعریف کند، اما به طور واضحی نحوه احراز قیمت رایج را مشخص نساخته است. رویه قضایی موجود نیز حکایت از عدم کفایت ضابطه پیش‌بینی شده در بند ۲ ماده ۷۶ کنوانسیون دارد، زیرا محاکم در اعمال روش فرضی محاسبه خسارت بزرگترین مشکلی که با آن مواجه بوده‌اند، احراز قیمت رایج بوده است.^۱ مطابق با قسمت اول بند ۲ ماده ۷۶ کنوانسیون قیمت رایج قیمتی است که در محل اجرای تعهد متداول است و چنانچه در محل مزبور قیمت رایج وجود نداشته باشد، قیمت در محل دیگری که جایگزین معقولی محسوب می‌شود. همانطور که قابل ملاحظه است تعریف مذکور بیشتر به محل احراز قیمت رایج تمرکز نموده است، اما راجع به نحوه احراز قیمت رایج در محل مزبور، ضابطه‌ای مقرر نکرده است. به عنوان مثال، یکی از سؤالاتی که در رابطه با قیمت رایج مطرح می‌شود، این است که آیا وجود آن مستلزم وجود بازار است؟ یا بدون اینکه بازاری وجود داشته باشد، امکان تصور قیمت رایج وجود دارد؟ همچنین آیا مشخصات کالایی که برای تعیین قیمت رایج به کار می‌رود، باید دقیقاً همانند مشخصات کالای موضوع قرارداد فسخ شده باشد یا می‌تواند کالای مشابه نیز برای احراز قیمت رایج مورد استفاده قرار گیرد؟ در پاسخ به این ابهامات در رویه قضایی و نوشته‌های حقوقی مفهوم قیمت رایج تا حدود زیادی روشن گشته است که ذیلاً مورد بررسی قرار می‌گیرد.

به طور کلی اظهار شده است، ضرورتی ندارد که لیست قیمت‌های موجود در بازار از منابع رسمی تحصیل شود، بلکه می‌تواند از منابع غیر رسمی نیز بدست آید.^۲ همچنین هر کالایی که در بازار موجود است، حاوی قیمت بازاری یا رایج نیز است. استثناء بر این قاعده کلی شامل وضعیتی است که کالا تحت سفارش خاص خریدار ساخته شده است که در چنین وضعیتی به علت عدم وجود قیمت رایج، خسارت بر مبنای ماده ۷۴ کنوانسیون

1- Ibid., p. 199.

2- V. Knapp, *op. cit.*, p. 557

محاسبه خواهد شد.^۱

در نظام‌های اقتصادی سرمایه‌داری، قیمت رایج معمولاً معادل قیمت بازار تلقی می‌شود، یعنی قیمتی که کالا می‌تواند در بازار مربوطه خریداری یا فروخته شود. با این وجود، اظهار شده است تصور وجود قیمت رایج متفاوت از قیمت بازار نیز ممکن است. در نتیجه دو مفهوم نباید همواره به عنوان مفهومی یکسان در نظر گرفته شود. معهذاً، به دلیل اینکه در اغلب موارد قیمت رایج از قیمت بازار مشخص می‌گردد، ضروری است که مفهوم بازار را شناسایی نمود، زیرا با فهم بازار است که می‌توان قیمت رایج را تعیین نمود.^۲

علی‌رغم اینکه تعریف دقیقی از مفهوم بازار وجود ندارد، اما به طور خلاصه می‌توان به برخی از ویژگی‌های کلی آن اشاره نمود. اولاً، اگرچه ذکر خریداران و فروشندگان بالقوه موجود در بازار ممکن نیست، اما باید گفت که تعداد خریداران و فروشندگان باید به حدی باشد که بتوان وجود بازار را تصور نمود. ثانیاً بازار باید وسایل تعامل خریداران و فروشندگان را فراهم سازد. ثالثاً به نظر می‌رسد که باید مقدار مشخصی از فعالیت و نظم در انعقاد معاملات وجود داشته باشد. رابعاً بازار باید بازار کالاهای همانند یا مشابه باشد. خامساً وجود بازار مستلزم وجود مکان فیزیکی نیست. نهایتاً اینکه به طور کلی هنگامی می‌توان وجود بازار را ادعا نمود که بتواند تمام کالا را جذب و تمام تقاضا را برآورده سازد.^۳

فقدان یکی از شرایط مذکور احتمالاً و دو مورد از شرایط مذکور یقیناً منجر به این نتیجه خواهد شد که بازاری برای کالای موضوع قرارداد متصور نباشد. به عنوان مثال در رأیی که متضمن قرارداد برای تأمین زغال سنگ بود، مقرر شد که زغال سنگ ویژگی‌های مختلفی دارد و ارزش آن بسته به نیازهای هریک از مشتریان متفاوت است و به دلایل مذکور مقرر شد که مبنای نوعی برای احراز قیمت رایج وجود ندارد. اظهار شده است که عدم توانایی دادگاه در یافتن بازار برای زغال سنگ می‌تواند با فقدان میزان لازمی از فعالیت و نظم در انعقاد معاملات توجیه شود.^۴ در نتیجه به نظر می‌رسد که تعیین قیمت

1- L. Chengwei, *Remedies for Non-performance-Perspectives from CISG, UNIDROIT Principles and PECL*, Juris Pub, 2007, para 1050.

2- D. Saidov, *op. cit.*, p. 200.

3- *Ibid.*, p. 201.

4- *Ibid.*

رایج منوط به تعیین بازار برای کالای مربوطه است که می‌تواند با استفاده از معیارهای کلی مذکور در بالا احراز گردد.

۲-۳- میزان خسارت قابل پرداخت

مطابق با بند ۱ ماده ۷۶ کنوانسیون محاسبه خسارت به روش فرضی منجر به این نتیجه خواهد شد که زیان‌دیده بتواند تفاوت میان قیمت تعیین شده در قرارداد و قیمت رایج در زمان فسخ یا تحت شرایطی قبض را به عنوان خسارت مطالبه کند. اما باید توجه داشت که پرداخت تفاوت میان قیمت تعیین شده در قرارداد و قیمت رایج حداقل خسارتی است که می‌تواند توسط زیان‌دیده مطالبه شود.^۱ به همین دلیل ادامه بند ۱ ماده مزبور مقرر داشته است که سایر خسارات وارده نیز طبق ماده ۷۴ کنوانسیون قابل مطالبه است. چنین خساراتی می‌تواند شامل خساراتی شود که زیان‌دیده در نتیجه نقض قرارداد متحمل شده یا متحمل خواهد شد. مانند اینکه در نتیجه نقض قرارداد از سوی فروشنده، خریدار مسئول پرداخت خسارات ناشی از تأخیر در تسلیم به مشتریان خود شده است.^۲ همچنین سایر خسارات قابل مطالبه می‌تواند شامل خسارات ناشی از کاهش حجم فروش به عنوان عدم‌النفع نیز باشد. اما در هر حال باید توجه داشت که خسارات مورد حکم نباید زیان‌دیده را در وضعیت بهتر از وضعیتی قرار دهد که وی در صورت ایفای قرارداد در آن قرار می‌گرفت.^۳ علاوه بر این باید توجه داشت که مطالبه سایر خسارات طبق ماده ۷۶ منوط به تحقق شرایط مقرر در ماده ۷۴ مانند ضابطه قابل پیش‌بینی بودن خسارت است.^۴

۳- مبنای حقوقی قرارداد جایگزین

۳-۱- اصل حاکمیت اراده

متعهدله اختیار دارد تا در صورت عدم اجرای قرارداد از سوی طرف مقابل و حصول شرایط لازم برای فسخ قرارداد، به آن خاتمه دهد و سپس به منظور رفع نیازهای خود قرارداد دیگری را به جای آن منعقد نماید. به همین ترتیب وی می‌تواند از انجام قرارداد

1- L. Chengwei, *op.cit.*, para. 1060.

2- D. Saidov, *op. cit.*, p. 213.

3- J. Y. Gotunda, *op. cit.*, p. 20.

4- L. Chengwei, *op.cit.*, para.1062.

جایگزین خودداری نماید و متعهد نیز نمی‌تواند الزام وی به انعقاد قرارداد جایگزین را طلب کند. در حقیقت اراده شخص ذینفع است که می‌تواند در مواجهه با نقض قرارداد و خاتمه آن هر قراردادی را که بخواهد منعقد نماید. اما در مواردی ممکن است که قرارداد دوم، از حیث موضوع و مفاد چنان به قرارداد اصلی شبیه باشد که بتوان آن را قرارداد جایگزین پنداشت. بدیهی است هر گاه قرارداد دوم از لحاظ موضوع، مفاد یا شروط پیش‌بینی شده در آن تشابهی با قرارداد اصلی (اول) نداشته باشد، چنین توافقی دیگر قرارداد جایگزین در نظر گرفته نخواهد شد. پس برای توجیه امکان انعقاد قرارداد جایگزین کافی است که به اصل حاکمیت اراده و اصل آزادی انعقاد قرارداد استناد شود.

۳-۲- قاعده تقلیل خسارت

یکی از قواعد مربوط به خسارت قابل مطالبه، قاعده تقلیل خسارت است که در هر دو نوع مسئولیت قهری و قراردادی موضوعیت دارد. به موجب این قاعده زیاندیده مکلف است هر گونه اقدام متعارف و معقولی را برای جلوگیری از توسعه زیان انجام دهد و چنانچه در انجام این وظیفه کوتاهی نماید، خسارت قابل مطالبه تا حدی که زیاندیده موجب افزایش آن شده است، کاهش خواهد یافت.

بر اساس این قاعده که در اسناد بین‌المللی نیز مورد شناسایی قرار گرفته است، زیاندیده باید از توسعه خسارت تا حد امکان جلوگیری نماید و نمی‌تواند نظاره‌گر افزایش زیان باشد و هرگاه به وظیفه خود عمل ننماید، نسبت به آن بخش از خسارت که خود در توسعه آن سهیم بوده، حق مطالبه نخواهد داشت. ماده ۷۷ کنوانسیون بیع بین‌المللی در این خصوص مقرر می‌دارد: «طرفی که به نقض قرارداد استناد می‌کند مکلف است با توجه به اوضاع و احوال اقدامات متعارفی برای مقابله با خسارت، از جمله عدم النفع ناشی از نقض قرارداد معمول دارد و در صورتی که وی در انجام اقدامات فوق‌الذکر قصور نماید، نقض‌کننده می‌تواند به میزانی که خسارت می‌باید تقلیل می‌یافته است، مدعی کاهش خسارت گردد». به موجب ماده ۸-۴-۷ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی: «طرف مسئول عدم اجرای تعهد، مسئول آن قسمت از صدمه که با اقدامات معقول و متعارف طرف زیاندیده ممکن بود تقلیل داده شود، نیست». همچنین مقررات کاملاً مشابهی در ماده ۵۰۵-۹ اصول حقوق

قراردادهای اروپا مقرر شده است.^۱

شیوه‌های تقلیل خسارت بر حسب شرایط و اوضاع و احوال متنوع بوده و قابل احصاء نیست، اما در حوزه قراردادهای بیان شده است که هرگاه قراردادی نقض شود و سپس متعهدله به قرارداد خاتمه داده باشد، وی مکلف است با انجام قرارداد جایگزین از توسعه خسارت جلوگیری کند و اگر چنین اقدامی نکند، نمی‌تواند نسبت به آن بخش زیان که در نتیجه کوتاهی وی توسعه یافته است، مطالبه خسارت نماید.^۲ به عنوان مثال، هرگاه متصدی حمل و نقل از ارسال کالا خودداری نماید و ارسال‌کننده قرارداد را فسخ نماید، مکلف است از طریق انعقاد قرارداد جایگزین با متصدی حمل دیگر، از توسعه خسارت جلوگیری نماید.

در واقع، به اعتقاد بسیاری از حقوقدانان انجام قرارداد جایگزین یکی از طرق معمول و رایج تقلیل خسارت در قلمرو مسئولیت قراردادی محسوب می‌شود.^۳

در حقوق ایران قاعده مورد بحث، به طور صریح مورد پذیرش قرار نگرفته، اما در مقررات مختلف می‌توان آثاری از آن مشاهده نمود. ماده ۱۵ قانون بیمه مصوب ۱۳۱۶ در این زمینه مقرر می‌دارد: «بیمه‌گذار باید برای جلوگیری از خسارت، مراقبتی را که عادتاً هرکس از مال خود می‌نماید، نسبت به موضوع بیمه نماید و در صورت نزدیک شدن حادثه، یا وقوع آن، اقداماتی را که برای جلوگیری از سرایت و توسعه خسارت لازم است به عمل آورد و الا بیمه‌گر مسئول نخواهد بود».^۴

نظر به اینکه تقلیل خسارت از سوی متعهدله ضرورت دارد، لذا مبنای حقوقی انعقاد

1- O. Lando & H. Beale (eds), *op. cit.*, p.445.

2- G. H. Treitel, *The Law of Contract*, Sweet & Maxwell, London, Eleventh ed, 2003, p.977.

3- C. von Bar, E. Clive and H. Schulte-Nölke, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, p.942, see also: D. Friedmann, *Economic Aspects of Damages and Specific Performance Compared*, in D. Saidov & R. Cunnington, *Contract Damages Domestic and International Perspectives*, Hart, 2008, p. 86; M. Furmston, *Actual Damages, Notional Damages and Loss of a Chance*, in D. Saidov & R. Cunnington, *op. cit.*, p. 424.

۴- برای مطالعه در خصوص مبنای قاعده تقلیل خسارت رک: ابراهیم شعاریان و یوسف مولایی، مطالعه تطبیقی مبنای قاعده تقلیل خسارت، نشریه فقه و حقوق اسلامی، دانشگاه تبریز، ش ۲، ۱۳۹۰، ص ۱۴۰.

قرارداد جایگزین، تکلیف وی به تقلیل خسارت است و دیگر در چنین وضعیتی انجام قرارداد جایگزین برای او یک اختیار تلقی نخواهد شد. باید توجه داشت که تعهد و تکلیف زیان دیده به کاستن از خسارت، از مصادیق تعهد به وسیله است و نمی‌توان از وی انتظار حصول نتیجه مطلوب را داشت، چرا که ممکن است به رغم تلاش صورت گرفته از سوی متعهدله، انجام قرارداد جایگزین میسر نشود. بنابراین لازم نیست تلاشهای زیان‌دیده موفقیت‌آمیز باشد و حتی در چنین حالتی او می‌تواند هزینه اقدامات خود را ولو آنکه نتیجه‌ای هم نداشته باشد، از خوانده مطالبه کند.^۱

۴- قرارداد جایگزین، حق یا تکلیف؟

از موضوعات قابل طرح پیرامون انعقاد قرارداد جایگزین ماهیت آن از حیث حق یا تکلیف محسوب شدن آن است. با توجه به مبانی حقوقی مورد اشاره می‌توان گفت که تشکیل قرارداد جایگزین تا حدی که به اصل حاکمیت اراده ارتباط پیدا می‌کند، برای متعهدله یک حق به شمار می‌رود و بدیهی است در چنینی وضعی، وی می‌تواند با سنجش منافع و نیازهای خود قرارداد جایگزین منعقد نموده یا از انعقاد آن خودداری نماید. اما هرگاه تشکیل قرارداد جایگزین بر مبنای رعایت قاعده تقلیل خسارت باشد، بدیهی است که متعهدله (زیان‌دیده) وظیفه دارد به منظور جلوگیری از توسعه زیان نسبت به انعقاد قرارداد جایگزین مبادرت نماید.

بنابراین قرارداد جایگزین در عین حال که همیشه چهره حق را به همراه دارد، ممکن است در صورت تحقق شرایط قاعده تقلیل خسارت، یک تکلیف نیز برای متعهدله به شمار آید.^۲ فایده تشخیص ماهیت حق یا تکلیف بودن قرارداد جایگزین در این نکته نهفته است که اگر متعهدله بر اساس قاعده تقلیل خسارت مکلف به انجام معامله جایگزین باشد و از انجام این تکلیف امتناع کند، حق مطالبه تمام خسارت ناشی از نقض قرارداد را از متعهد نخواهد داشت و میزان خسارت قابل مطالبه تا حدی که خود متعهدله می‌توانسته

1- J. M. Perillo, *Calamari and Perillo on Contracts*, U.S.A, West Pub, 2009, p. 507; E. Kontorovich, *The Mitigation of Emotional Distress Damages*, The University of Chicago Law Review, Vol. 68, 2001, p. 497.

2- D. Saidov & R. Cunnington, *Current Themes in the Law of Contract Damages: Introductory Remarks*, in D. Saidov & R. Cunnington (eds), *Contract Damages Domestic and International Perspectives*, Hart pub, 2008, p. 21.

است با انعقاد قرارداد جایگزین آن را کاهش دهد، تقلیل خواهد یافت. اما چنانچه شرایط اعمال قاعده تقلیل خسارت فراهم نبوده یا موانعی در راستای تقلیل خسارت وجود داشته باشد،^۱ تکلیف به تقلیل زیان وجود نخواهد داشت و در این صورت عدم انجام قرارداد جایگزین سبب کاهش خسارت قابل مطالبه نخواهد بود. متهمی باید توجه داشت به نحوی که سابقاً مذکور افتاد، در چنین حالتی متعهدله استحقاق مطالبه خسارت فرضی بر مبنای قیمت رایج بازار را خواهد داشت.

در خصوص بازفروش کالا نیز همین وضعیت صادق است و ماهیت بازفروش کالا در کنوانسیون بر حسب مورد می‌تواند حق یا تکلیف باشد و چنین نتیجه‌ای به وضوح از بندهای ۱ و ۲ ماده ۸۸ کنوانسیون قابل استفاده است و حقوقدانان^۲ نیز ماهیت دوگانه آن را تأیید نموده‌اند. زیرا طبق بند ۱ ماده ۸۸ «طرفی که مطابق با ماده ۸۵ یا ۸۶ ملزم به حفظ کالا است، می‌تواند کالا را به طرق مقتضی بفروشد...» و طبق بند ۲ همان ماده «چنانچه کالا در معرض فساد سریع باشد یا حفظ آن مستلزم هزینه نامعقول باشد، طرفی که طبق ماده ۸۵ یا ۸۶ ملزم به حفظ کالا است، باید اقدامات معقول را در جهت فروش آن انجام دهند». از واژه «می‌تواند» در بند ۱ و از واژه «باید» در بند ۲ اینگونه استنباط می‌گردد که تحت شرایطی، طرفی که کالا را در تصرف دارد، استحقاق بازفروش آن را دارد و تحت شرایط دیگر مکلف به بازفروش کالا است. در برخی از آرای صادره مقرر شده است که به موجب ماده ۷۷ کنوانسیون (قاعده تقلیل خسارت)، فروشنده نه تنها به بازفروش کالا مستحق می‌شود، بلکه طبق ماده ۷۵ کنوانسیون تکلیف او نیز محسوب است.^۳

برخی از نویسندگان^۴ بازفروش کالا را در قلمرو کنوانسیون به اختیاری و الزامی تقسیم بندی نموده‌اند و بدین ترتیب به طور ضمنی می‌توان موارد اختیاری باز فروش را به منزله

۱- برای مطالعه در خصوص شرایط و موانع قاعده تقلیل خسارت رک: ابراهیم شعاریان و یوسف مولایی، شرایط و موانع اعمال قاعده تقلیل خسارت، پژوهش حقوق خصوصی (دانشگاه علامه طباطبائی)، ش ۳، بهار و تابستان ۱۳۹۲، ص ۵۴.

2- J. Honnold, *op. cit.*, p. 528.

3- Germany, Oberlandesgericht Hamm, case no.19 U 97/91, 22.09.1992, available at: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=52>, see also, M. Raczynska, *Recoverability of the Buyer's Lost Resale Profit Under CISG*, Nordic Journal of Commercial Law (2007), P.9.

۴- حسن محسنی، بازفروش مبیع در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و بررسی امکان آن در حقوق ایران، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ش ۱، بهار ۱۳۹۰، ص ۱۴۹ و ۱۵۲؛ فخرالدین اصغری آقمشهدی، رضا زارعی، پیشین، ص ۱۹۴.

حق و موارد الزامی آن را به عنوان تکلیف در نظر گرفت.

۵- شرایط مطالبه خسارت ناشی از قرارداد جایگزین

مطالبه خسارت ناشی از قرارداد جایگزین منوط به حصول شرایطی است؛ از جمله اینکه فسخ قرارداد اصلی بایستی ناشی از نقض قرارداد باشد. همچنین قرارداد جایگزین باید به شیوه‌ای متعارف منعقد گردد و نهایت اینکه لازم است قرارداد مزبور در طی زمان معقول و متعارفی منعقد شود. با حصول شرایط فوق است که متعهدله قادر خواهد بود تفاوت مبلغ قرارداد اصلی و جانشین را به عنوان خسارت مطالبه نماید.

۵-۱- فسخ قرارداد به علت نقض آن از سوی متعهد

برای اینکه قرارداد دوم به عنوان قرارداد جایگزین شناخته شود و تفاوت مبلغ آن با قرارداد اصلی، به عنوان خسارت قابل مطالبه باشد، متعهدله بایستی قرارداد را به علت نقض تعهد از سوی متعهد فسخ نماید. بنابراین هر گاه دلیل فسخ قرارداد اصلی، نقض عهد از سوی متعهد نباشد، مانند آنکه برای متعهدله شرط خیار پیش‌بینی شده باشد یا آنکه علت فسخ، نقض قرارداد از سوی متعهد نباشد، در چنین وضعی، امکان مطالبه خسارت ناشی از تفاوت مبلغ قرارداد اصلی و قراردادی که متعاقب فسخ مزبور منعقد می‌شود، تحت عنوان خسارت ناشی از قرارداد جایگزین وجود نخواهد داشت.

در این راستا ماده ۷۵ CISG مقرر نموده است: «هرگاه قرارداد فسخ شده باشد...». همچنین در ماده ۵-۴-۷ UPICC نیز تصریح شده است: «در صورتیکه زیان‌دیده به قرارداد خاتمه داده باشد...». در ماده ۹-۵۰۶ PECL مقرر شده است: «در صورتیکه طرف متضرر به قرارداد خاتمه داده باشد...». ملاحظه می‌شود که در اسناد مورد مطالعه، شرط مطالبه خسارت ناشی از قرارداد جایگزین، فسخ قرارداد اصلی در نظر گرفته شده است.

در مورد امکان فسخ قرارداد، هر یک از سیستم‌های حقوقی راه‌حل‌های متفاوتی را اتخاذ نموده‌اند. در برخی از سیستم‌های حقوقی، مانند نظام کامن‌لا، فسخ قرارداد فقط در صورتی امکان پذیر است که نقض از نوع اساسی باشد. کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و اصول قراردادهای بازرگانی بین‌المللی، اصول حقوق قراردادهای اروپا و طرح چارچوب مشترک

مرجع از چنین شیوه‌ای تبعیت نموده‌اند. ماده ۲۵ کنوانسیون مقرر داشته است که: «نقض قرارداد توسط هر یک از طرفین^۱ در صورتی اساسی است که منجر به ورود چنان خسارتی به طرف دیگر گردد که او را به طور اساسی از آنچه که استحقاق انتظار آن را طبق قرارداد داشته است، محروم سازد، مگر اینکه نقض‌کننده چنین نتیجه‌ای را پیش‌بینی ننموده و شخص معقول هم صنف او نیز در همان اوضاع و احوال نمی‌توانسته آن را پیش‌بینی نماید».

حکم مشابه با ماده ۲۵ کنوانسیون در UPICC در ماده ۱-۳-۷ پیش‌بینی شده است. در بند ۲ این ماده، نقض عمدی از نوع نقض اساسی تلقی شده است، اما به نظر می‌رسد این نوع نقض در قلمرو کنوانسیون قابل اعمال نباشد، زیرا مسئولیت نقض‌کننده در کنوانسیون بر مبنای مسئولیت مطلق بوده و عمد نقض‌کننده تأثیری در مسئولیت وی ندارد.^۲ با این حال باید توجه داشت که عمد نقض‌کننده در قلمرو کنوانسیون نیز بی‌تأثیر نیست. در واقع ضابطه مذکور در قلمرو کنوانسیون تنها هنگامی مورد نظر واقع خواهد شد که عمد نقض‌کننده نسبت به ایفای آتی تعهد از سوی او تردید ایجاد می‌کند.^۳

ماده ۱۰۳: ۸ PECL در مقام بیان حکم مشابه با ماده ۲۵ کنوانسیون است. ماده مزبور سه ضابطه برای ارزیابی نقض اساسی پیش‌بینی نموده است که شق ب ماده مذکور مشابه با ضابطه کلی ماده ۲۵ کنوانسیون است، با این تفاوت که در PECL عنصر خسارت (Detriment) به عنوان ضابطه تشخیص نقض اساسی در نظر گرفته نشده است. همچنین برخلاف کنوانسیون و همانند UPICC شق ج ماده ۱۰۳: ۸ PECL نیز عمد نقض‌کننده را به عنوان ضابطه‌ای برای اساسی تلقی شدن نقض معرفی نموده است. همچنین مطابق با شق

۱- در یکی از ترجمه‌های فارسی کنوانسیون (مهراب داراپ پور، ترجمه تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی، ج ۲، چاپ اول، تهران، نشر گنج دانش، ۱۳۷۴، ص ۱۳) واژه «Parties» به «اصحاب دعوی» ترجمه شده است، درحالی که منظور طرفین قرارداد است و ماده ۲۵ ارتباطی به دعوی ندارد. برای دیدن متن اصلاحی فارسی کنوانسیون رک: ابراهیم شعاریان و فرشاد رحیمی، ترجمه فارسی کنوانسیون مزبور، قابل دسترسی در:

<<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/text.html>>

2- L. Chengwei, *op. cit.*, para. 645.

3- R. Koch, "Fundamental breach": *Commentary on whether the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts may be used to Interpret or Supplement Article 25 CISG*, in J. Felemegas (ed), *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contract for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Law*, Cambridge University Press, 2007, p. 130.

الف ماده ۱۰۳: ۸: چنانچه مطابقت دقیق و کامل (Strict Compliance) تعهد، اساس قرارداد باشد، نقض تعهد مزبور عدم اجرای اساسی محسوب خواهد شد. چنین امری اگرچه در ماده ۲۵ کنوانسیون صریحاً پیش‌بینی نشده است، اما قاعده مشابه در قلمرو کنوانسیون نیز می‌تواند از خود قرارداد یا اوضاع و احوال مرتبط قابل استنباط باشد. به نحو اختصار می‌توان گفت که قلمرو نقض اساسی در اصول مورد بحث گسترده‌تر از محدوده آن در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا است، زیرا نقض عمدی را نیز به عنوان نقض اساسی تلقی کرده است.

ماده ۵۰۲: ۳: کتاب سوم DCFR نیز متضمن احکام مشابه با PECL است. طبق شق ب بند ۲ ماده مذکور نیز عمد نقض‌کننده به عنوان ضابطه‌ای در ارزیابی نقض اساسی شناسایی شده است.

البته لازم به توضیح است که موارد فسخ قرارداد در اسناد بین‌المللی مورد نظر محدود به نقض اساسی نبوده و تحت شرایط خاص دیگری نیز (مانند عدم اجرای تعهد در مهلت اضافی تعیین شده بر طبق شق ب بند ۱ ماده ۴۹ CISG) امکان فسخ قرارداد از سوی متعهدله وجود دارد که ذکر مصادیق و احکام آن از حوصله مقاله حاضر خارج است.

در قانون مدنی ایران نواقص عمده‌ای در خصوص امکان فسخ عقد به جهت نقض قرارداد وجود دارد. در حالی که مطابق ظاهر قانون مدنی، فسخ قرارداد هنگامی ممکن است که امکان الزام متعهد به انجام تعهد وجود نداشته باشد،^۱ حتی تمایزی میان انواع نقض از حیث اهمیت و اساسی بودن آن در نظر گرفته نشده است. با این حال در محدوده سیستم حقوقی ایران نیز چنانچه امکان فسخ قرارداد به جهت نقض وجود داشته باشد (اعم از اینکه قبل یا بعد از الزام متعهد به انجام تعهد صورت پذیرد) می‌توان موضوع قرارداد جایگزین را مطرح نمود.

۱- برای ملاحظه نظریات جدید در خصوص ارائه راهکارهای امکان مطالبه فسخ قرارداد پیش از الزام متعهد رک: سید حسین صفایی و نعمت‌الله الفت، اجرای اجباری عین تعهد و تقدم آن بر حق فسخ قرارداد، مجله نامه مفید، شهریور ۱۳۸۹، ش ۷۹، ص ۴۳؛ شیروی، عبدالحسین، حق فسخ عقد در صورت خودداری از تسلیم عوض در فقه امامیه، مقالات و بررسی‌ها، ش ۷۹، بهار ۷۵؛ امیر صادقی نشاط، حق فسخ قرارداد با وجود امکان الزام به اجرا در حقوق ایران، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۹، ش ۴، زمستان ۱۳۸۸، ص ۲۹۷.

همانگونه که قبلاً بیان شد، در حقوق ایران فسخ قرارداد با مطالبه خسارت مانع الجمع نیست و از این رو موضوع در برخی از خيارات موجب فسخ قابل طرح است. البته لازم به توضیح است که از آنجایی که شرط مورد بررسی در قرارداد جایگزین، فسخ به علت نقض قرارداد است، بنابراین همه اقسام خيار داخل در بحث نبوده و به عنوان مثال خيار مجلس و شرط از دایره موضوع خارج است. اما در خصوص خيار تأخیر ثمن می توان گفت هر گاه خریدار تحت شرایط مقرر قانونی و ظرف سه روز از پرداخت ثمن خودداری نماید و فروشنده قرارداد را فسخ کند و سپس کالای مورد معامله را به دیگری و با قیمت کمتری بفروشد، موضوع مطالبه خسارت ناشی از قرارداد جایگزین در حقوق ایران نیز قابل تحلیل خواهد بود. در مورد خيار عیب و غبن و خيار تدلیس و تخلف شرط نیز همین وضعیت صادق است.^۱

آنچه فوقاً در خصوص فسخ به علت نقض تعهد مورد بررسی قرار گرفت، ناظر به نقض واقعی قرارداد بود، اما وضعیت نقض قابل پیش بینی نیز در ارتباط با قرارداد جایگزین قابل بررسی است. در نقض محتمل نیز تکلیف به تقلیل خسارت وجود دارد و یکی از مبانی نقض قابل پیش بینی، قاعده تقلیل خسارت است و رعایت چنین تکلیفی در برخی موارد ملازمه با انعقاد قرارداد جایگزین دارد و برخی از حقوقدانان در خصوص رد و انکار اجرا^۲ نیز که از مصادیق نقض قابل پیش بینی است، انعقاد قرارداد جایگزین را ضروری تلقی و مطالبه خسارت ناشی از قرارداد جایگزین را تأیید نموده اند و حتی اظهار عقیده شده است که تکلیف به تقلیل خسارت از طریق شیوه رایج آن که همان انعقاد قرارداد جایگزین است، اختیار متعهدله را در انتخاب میان بقاء و فسخ قرارداد از بین می برد و او را ناچار می سازد تا برای اینکه بتواند با تشکیل قرارداد جایگزین، به وظیفه تقلیل خسارت عمل کند، نسبت به فسخ قرارداد اقدام نماید.^۳ بنابراین متعهدله برای تقلیل خسارت، باید قرارداد را منحل، و قرارداد جایگزین منعقد نماید.^۴

۱- در مباحث بعدی (ش ۱۱) دلایل امکان مطالبه خسارت ناشی از قرارداد جایگزین در حقوق ایران مطرح شده است.

2- Repudiation

3- G.H. Treitel, *op. cit.*, p. 847.

۴- بهنام غفاری فارسانی، اثر نقض قابل پیش بینی بر روابط قراردادی، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم

در اصول حقوق قراردادهای اروپا در مورد تکلیف متعهدله به تقلیل خسارت در مورد نقض قابل پیش‌بینی، به صراحت حکمی مقرر نگردیده، اما در شرح رسمی این اصول بیان شده است در صورتی که یک طرف قرارداد براساس ماده ۳۰۴-۹، عدم اجرای طرف مقابل را پیش‌بینی نماید، مکلف به تقلیل خسارت است، مانند آنکه شخصی متعهد به ساخت یک قایق با طرح خاصی شود و سفارش‌دهنده اجرای قرارداد را رد نماید. در چنین حالتی اگر بخش اندکی از کار ساخت انجام شده باشد و متعهد نتواند خریدار آماده‌ای را برای چنین طراحی ویژه‌ای برای قایق پیدا کند (انعقاد قرارداد جایگزین)، قدم معقول در تقلیل خسارت آن است که کار را متوقف کند.^۱

سؤال دیگری که در خصوص موضوع قابل طرح است، این است که هر گاه متعهد قرارداد را نقض نماید و متعهدله بدون اینکه قرارداد را فسخ کند، مبادرت به انعقاد قرارداد دوم و مشابه با قرارداد اصلی کند تا نیازهای خود را از طریق قرارداد دوم برآورده سازد، آیا چنین قراردادی، قرارداد جایگزین محسوب می‌شود یا خیر؟ و به عبارت دیگر آیا متعهدله می‌تواند تفاوت مبلغ دو قرارداد موصوف را به عنوان خسارت مطالبه نماید؟ به عنوان مثال هر گاه فروشنده از تسلیم کالا امتناع نماید و خریدار بدون آنکه قرارداد را فسخ کند، برای رفع نیاز فوری خود، مشابه همان کالا را از شخص دیگر و با قیمت بیشتری اکتیاف نماید، آیا می‌تواند خسارت ناشی از پرداخت اضافی قرارداد دوم را از فروشنده اول طلب نماید؟

به این موضوع در اسناد بین‌المللی اشاره نشده است، اما برخی بیان داشته‌اند که در چنین صورتی امکان مطالبه خسارت ناشی از تفاوت مبلغ دو قرارداد یاد شده وجود ندارد، زیرا قرارداد دوم نمی‌تواند عنوان قرارداد جایگزین را داشته باشد، هر چند که ممکن است استثنائی بر این امر وجود داشته باشد و آن وضعیتی است که نقض‌کننده قرارداد به وضوح اعلام می‌دارد که تعهدات قراردادی را اجرا نخواهد کرد.^۲ به نظر می‌رسد که این وضعیت در محدوده نقض قابل پیش‌بینی، می‌تواند مورد بررسی قرار گیرد؛ چرا که حتی در نقض قابل پیش‌بینی نیز در ابتدا قرارداد باید فسخ شود و سپس قرارداد جایگزین منعقد شود و

1- O. Lando & H. Beale, *op. cit.*, p. 446.

2- S. Vogenauer & G. Kleinheisterkamp (eds), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, Oxford University Press, 2009, p. 890.

قبل از فسخ قرارداد، تعهد متعهد در مقابل متعهدله همچنان باقی است و بر اساس رابطه قراردادی امکان الزام به اجرای عین تعهد وجود دارد.

در یکی از دعاوی مطروحه دادگاه استیناف استحقاق بایع به مطالبه خسارت بر مبنای معامله جایگزین طبق ماده ۷۵ کنوانسیون را از این جهت که قرارداد اصلی توسط خواهان فسخ نشده بود، مردود اعلام کرد.^۱

همچنین در یکی دیگر از دعاوی مطروحه به خواسته خسارت ناشی از قرارداد جایگزین، دادگاه از میان پنج قرارداد ادعایی خوانده به عنوان قرارداد جایگزین، چهار مورد آن را تأیید و یکی از قراردادهای موصوف را از این جهت که سی روز قبل از فسخ قرارداد اصلی منعقد شده بود، رد نمود.^۲

۵-۲- انعقاد قرارداد جایگزین

برای مطالبه خسارت مورد بحث لازم است که زیاننده پس از فسخ قرارداد به انعقاد قرارداد جایگزین مبادرت نماید. هرگاه چنین قراردادی منعقد نشود، موضوع خسارت ناشی از قرارداد جایگزین منتفی است و البته زیاننده می‌تواند خسارت وارده را بر مبنای قیمت رایج بازار مطالبه کند.^۳

قرارداد جایگزین باید با یک شخص دیگر (ثالث) منعقد شود و خود متعهدله نیز نمی‌تواند قرارداد را اجرا و آن را به عنوان معامله جایگزین در نظر بگیرد و در شرح رسمی ماده ۵-۴-۷ اصول قراردادهای بازرگانی بین‌المللی نیز به این نکته تأکید شده است.^۴

اقدام زیاننده پس از فسخ قرارداد برای انعقاد قرارداد جایگزین ممکن است نتیجه‌ای به دنبال نداشته باشد و در عین حال وی متحمل هزینه‌هایی برای انجام مذاکرات مقدماتی و نظایر آن گردد. در چنین وضعیتی خسارت ناشی از مذاکرات و تهیه مقدمات انعقاد عقد، تحت شمول خسارت ناشی از قرارداد جایگزین قرار نمی‌گیرد، هر چند که ممکن است

1- CLOUT Case No. I-6 U 210/03 [Oberlandesgericht Düsseldorf, Germany, 22.07.2004], available at: <<http://www.unilex.info/case.cfm?id=1002>>

2- CLOUT Case No. 943/2002 [Audiencia Provincial de Barcelona, Spain, 02. 02. 2004], available at: <<http://www.unilex.info/case.cfm?id=997>>

3- S. Vogenauer & G. Kleinheisterkamp, *op. cit.*, p. 890.

4- *Ibid.*

زیان‌دیده خسارت یاد شده را مستقلاً مطالبه نماید.^۱

مطابق با رویه قضایی و نظر اکثر حقوق‌دانان^۲ چنانچه زیان‌دیده به طور مداوم و مستمر در تجارت کالای موضوع قرارداد فسخ شده، قرار داشته باشد و در نتیجه تشخیص اینکه کدام یک از معاملات منعقدۀ توسط زیان‌دیده، معامله جایگزین است، ممکن نباشد، خسارت قابل پرداخت بر اساس روش فرضی محاسبه خواهد شد. البته مطابق با یکی از نظریات ارائه شده، نخستین معامله پس از اعلام فسخ قرارداد معامله جایگزین تلقی خواهد شد.

نکته مهم دیگر این است که شرط مطالبه خسارت مورد بحث، انعقاد قرارداد جایگزین است نه اجرای آن و زیان‌دیده در دعوی مطالبه خسارت ناشی از تفاوت مبلغ قرارداد اصلی و جایگزین، نیازی ندارد اجرای آن را اثبات کند، خصوصاً اینکه در قراردادهای طولانی مدت نمی‌توان زیان‌دیده را در وصول خسارت مورد نظر، معطل نمود. در هیچ یک از اسناد بین‌المللی مورد بحث نیز اجرای قرارداد جایگزین، شرط مطالبه خسارت در نظر گرفته نشده است و فقط به انعقاد قرارداد جایگزین (با عبارت *Made*) تصریح شده است.^۳

البته باید افزود که قرارداد جایگزین باید به نحو واقعی منعقد شود و اگر اثبات شود که قرارداد مورد بحث صوری است، مطالبه خسارت منتفی خواهد بود.

۳-۵- رعایت زمان متعارف در انعقاد قرارداد جایگزین

شرط امکان مطالبه خسارت، آن است که قرارداد جایگزین در طی یک مهلت معقول و متعارف پس از فسخ قرارداد اصلی منعقد شود تا بتوان آن را به منزله جایگزین قرارداد اصلی تصور نمود. باید توجه داشت که آغاز این مهلت، ارتباطی به زمان وقوع نقض ندارد، زیرا ممکن است که متعهدله پس از وقوع نقض همچنان در پی الزام متعهد به اجرای عقد باشد و از او بخواهد تا قرارداد را عملی سازد. مانند موردی که خریدار با اعطای مهلت اضافی به فروشنده از او درخواست می‌کند تا مبیع را تسلیم کند. پس ملاک برای آغاز زمان متعارف، زمان فسخ قرارداد اصلی است و از این لحظه به بعد است که متعهدله بایستی طی مدت متعارفی نسبت به انعقاد قرارداد جایگزین اقدام نماید و در تعداد

1- *Ibid.*

2- P. Huber & A. Mullis, *op. cit.*, p. 88; V. Knapp, *op. cit.*, p. 555; F. Enderlein & D. Maskow, *op. cit.*, p. 355.

3- S. Vogenauer & G. Kleinheisterkamp, *op. cit.*, p. 890-1.

کثیری از آرای صادره چنین امری تأیید شده است.^۱

در قلمرو کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا اظهار عقیده شده است که متعارف بودن زمان با ماهیت کالا و اوضاع و احوال ارتباط پیدا می‌کند.^۲ قید مزبور به منظور جلوگیری از خسارات مربوط به هرگونه افزایش ناشی از وخیم‌تر شدن بازار افزوده شده است.^۳ دادگاهی با بیان اینکه مدت متعارف تنها از زمان فسخ قرارداد آغاز می‌گردد، مقرر داشت که فروشنده متضرر با فروش کفش‌های ساخته شده برای زمستان، ظرف مدت دو ماه پس از فسخ قرارداد با اثبات اینکه مشتریان بالقوه قبلاً کفش زمستانی را در زمان فسخ قرارداد تهیه کرده بودند، ظرف مدت متعارف عمل کرده است.^۴

همچنین اظهار عقیده شده است که لزوم انعقاد قرارداد جایگزین در مدت متعارف و معقول به منظور جلوگیری از گمانه زنی زیان‌دیده نسبت به بازار به زیان نقض‌کننده افزوده شده است، البته باید توجه داشت که معقول بودن زمان انعقاد معامله جایگزین بر حسب اوضاع و احوال هر قضیه می‌تواند متفاوت باشد.^۵ در این ارتباط ضوابطی مانند ماهیت و ویژگی کالا، هدف موجود در انعقاد قرارداد اصلی، وجود یا عدم وجود بازار برای انعقاد معامله جایگزین می‌تواند در ارزیابی معقول بودن زمان انعقاد معامله جایگزین مد نظر قرار گیرد.^۶

گاهی مواقع لازم است که انعقاد قرارداد جایگزین به فوریت انجام شود. این وضعیت در دو مورد صادق است. یک حالت شامل موردی است که زمان اجرای تعهد از نوع وحدت مطلوب است و کمی قبل از حلول زمان ایفای تعهد، متعهد اعلام می‌کند که تمایلی به اجرای قرارداد ندارد یا مصداق دیگری از نقض قابل پیش‌بینی (ناتوانی حادث متعهد در اجرای تعهد) به وقوع می‌پیوندد. همانگونه که قبلاً بیان شد، در نقض قابل پیش‌بینی نیز امکان فسخ قرارداد و انجام قرارداد جایگزین به جهت رعایت تکلیف به تقلیل خسارت متصور است. در چنین وضعی متعهدله بایستی فوراً دست به اقدام زند و برای انعقاد قرارداد جایگزین تلاش نماید.

مورد دوم شامل حالتی است که در بازار امکان انعقاد قرارداد جایگزین به سهولت

1- UNCITRAL Digest, *op. cit.*, p.359.

2- *Ibid*; P. Huber & A. Mullis, *op. cit.*, p.285.

3- F. Enderlein & D. Maskow, *op. cit.*, P.303.

4- UNCITRAL Digest, *op. cit.*, p.359.

5- P. Huber & A. Mullis, *op. cit.*, p. 286.

6- D. Saidov, *op. cit.*, p. 184.

امکانپذیر است. به عنوان مثال هر گاه کالای موضوع قرارداد اصلی مثلی بوده و به وفور در بازار موجود باشد، امکان به تأخیر انداختن قرارداد جایگزین وجود نخواهد داشت. در هر دو حالت یاد شده هر گاه متعهدله در انعقاد قرارداد جایگزین تأخیر نماید، استحقاق مطالبه خسارت ناشی از تفاوت قیمت قرارداد اصلی و قرارداد دوم را نخواهد داشت، زیرا عرفاً طولانی بودن مدت انعقاد قرارداد دوم، سبب می‌شود تا نتوان قرارداد موصوف را به عنوان جانشین و جایگزینی برای قرارداد اصلی تصور کرد.

باید توجه داشت که هر چند از شرایط اعمال قاعده تقلیل خسارت وقوع نقض تعهد است، با این حال لازم نیست که خسارت نیز فعلیت یافته و واقع شده باشد، به دیگر سخن منطقی نیست که شخصی که در معرض نقض تعهد قرار گرفته است، بدواً منتظر وقوع ضرر باشد و سپس در صدد تقلیل خسارت باشد. مثلاً هر گاه متصدی حمل نتواند مسافری را به مقصد برساند، چه بسا متعهدله با انتخاب فوری وسیله نقلیه دیگر و انجام معامله جایگزین، به طور کلی مانع از ورود هر گونه خسارت به خود شود.

اصولاً بعد از نقض قرارداد بایستی به زیان‌دیده فرصت داده شود تا در خصوص نحوه اقدام تصمیم بگیرد و بدیهی است که در هر قضیه آغاز زمان اقدام متفاوت خواهد بود. همیشه از زیان دیده نمی‌توان انتظار داشت که فوراً دست به اقدام زند و مانع از توسعه خسارت شود، بلکه زمان اقدام به اوضاع و احوال خاص قضیه بستگی دارد^۱ و ممکن است در برخی موارد زمان بیشتری مورد نیاز باشد.^۲

واقعیت این است که هیچ قاعده خاصی برای تشخیص زمان متعارف در راستای آغاز اقدام به کاهش زیان وجود ندارد و دادرس باید با در نظر گرفتن اوضاع و احوال خاص در هر قضیه، چنین زمانی را تعیین نماید.

۵-۴- معقول و متعارف بودن قرارداد جایگزین

برای اینکه قرارداد دوم که متعاقب فسخ قرارداد اصلی منعقد می‌شود، قرارداد جایگزین محسوب شود تا امکان مطالبه خسارت نیز وجود داشته باشد، بایستی به صورت متعارف و

1- O. Lando & H. Beale, *op. cit.*, p. 445.

۲- در یکی از دعاوی مسئولیت مدنی، اقدام به تقلیل خسارت پس از ده سال وقوع ضرر از با توجه به اوضاع و احوال قضیه مورد تأیید قرار گرفته و متعارف تلقی شده است. رک:

Dodd Properties (Kent) Ltd. v. Canterbury City Council, [1980] 1 All E.R. 928 (C. A.).

معقول منعقد شود. شرط رعایت شیوه متعارف در انعقاد قرارداد جایگزین را از دو منظر می‌توان مورد بررسی قرار داد. اول از حیث موضوع، مفاد و شرایط قرارداد جایگزین و دوم از حیث روش انعقاد قرار داد.

به عنوان یک اصل کلی قرارداد جایگزین باید مشابه با شروط مقرر در قرارداد اصلی منعقد گردد.^۱ در صورتی که قرارداد جایگزین به لحاظ ارزش و نوع بسیار متفاوت از قرارداد اصلی باشد، متعهدله نمی‌تواند تفاوت قیمت بین قرارداد جایگزین و اصلی را به عنوان خسارت مطالبه کند.^۲

کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا شرایطی را که در صورت تحقق آنها انعقاد معامله جایگزین معقول تلقی خواهد شد، به تفصیل مقرر ننموده است. به عنوان مثال معلوم نیست که آیا معامله جایگزین باید از لحاظ مقدار کالا، شروط پیش‌بینی شده در قرارداد دقیقاً برابر با معامله اصلی باشد یا می‌تواند تفاوت‌هایی با آن داشته باشد. یا اینکه آیا معامله جایگزین حتماً باید با شخص ثالث منعقد شود یا خریدار می‌تواند از کالای موجود در انبار برای ایفای تعهدات خود با ثالث استفاده نموده و از آن به عنوان معامله جایگزین یاد کند.

در خصوص اینکه میان معامله اصلی و جایگزین باید ارتباط وجود داشته باشد، شکی وجود ندارد. اما مسأله مهم میزان ارتباط و پیوستگی بین دو قرارداد است که لازم است مورد بررسی قرار گیرد.

معامله‌ای که پس از فسخ قرارداد منعقد می‌شود باید واقعاً به منظور جایگزینی با معامله اصلی منعقد شده باشد. وجود چنین کارکردی در معامله جایگزین مستلزم این است که به طور کلی با معامله اصلی مرتبط بوده و بتواند منافع زیان‌دیده در اجرای قرارداد اصلی را تضمین نماید.^۳ تضمین منافع زیان‌دیده غالباً منوط به این خواهد بود که زیان‌دیده معامله جایگزین را با شخص ثالث منعقد نماید، زیرا در غیر این صورت منافع زیان‌دیده به نحو مطلوبی مورد حمایت قرار نخواهد گرفت.^۴ این امر به خصوص در وضعیتی که زیان‌دیده با کاهش حجم فروش مواجه می‌شود، صادق است، یعنی وضعیتی که در مورد خریدار

1- D. Saidov, *op. cit.*, p. 134.

2- C. von. Bar, E. Clive and H. Schulte-Nölke, *op. cit.*, p. 941.

3- *Ibid.*

4- P. Huber & A. Mullis, *op. cit.*, p. 285.

میزان تقاضا بر عرضه فزونی دارد و در مورد فروشنده میزان عرضه بر تقاضا فزونی دارد. به عنوان مثال اگر خریدار پس از فسخ قرارداد با فروشنده تصمیم بگیرد که کالاهای قبلاً خریداری شده را برای ایفای تعهدات خود در برابر ثالث به کار گیرد که کالای موضوع قرارداد فسخ شده می‌بایست برای ایفای چنین تعهدی به کار می‌رفت، چنین معامله‌ای در حالت فزونی تقاضا بر عرضه نمی‌تواند به عنوان معامله جایگزین تلقی شود. زیرا خریدار با استفاده از کالاهای قبلاً خریداری شده برای ایفای تعهدات خود در برابر ثالث از نفعی که در صورت عدم نقض قرارداد و با فروش کالای موضوع قرارداد فسخ شده به خریداران دیگر می‌توانست تحصیل کند، محروم شده است. بنابراین معامله جایگزین واقعی معامله‌ای است که زیان‌دیده را در وضعیتی قرار نمی‌دهد که از تحصیل منافع دیگر محروم نماید.^۱

در ارتباط با مقدار و میزان گفتنی است که علی القاعده مقدار و کمیت و حجم موضوع دو قرارداد اصلی و جایگزین بایستی یکسان باشد تا به سهولت بتوان ارتباط میان دو قرارداد را احراز نمود، اما باید توجه داشت که چنین امری همیشه امکان‌پذیر نیست و نمی‌توان برابری مقدار را شرط تحقق قرارداد جایگزین تلقی کرد. به عنوان مثال در قرارداد اجاره جایگزین چنین امری دشوار است. در یکی از دعاوی مطروحه، فروشنده در مقام فروش جایگزین فقط توانسته بود بخشی از کالا را مجدداً بفروشد و دادگاه مقرر داشت که فروشنده به نسبت مبیع فروخته شده مستحق خسارت ناشی از قرارداد جایگزین و نسبت به آن بخش از مبیع که امکان فروش آن وجود نداشته است، استحقاق دریافت خسارت بر مبنای قیمت بازار (ماده ۷۶ کنوانسیون) را دارد.^۲

در خصوص متعارف و معقول بودن مبلغ قرارداد جایگزین، کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا حکمی ندارد، اما در یکی از آرای صادره بیان شده است که انجام قرارداد جایگزین از سوی فروشنده به یک چهارم مبلغ قرارداد اصلی و همچنین انعقاد قرارداد جایگزین از سوی خریدار به دو برابر مبلغ قرارداد اولیه غیر معقول بوده و امکان مطالبه خسارت ناشی

1- D. Saidov, *op. cit.*, pp. 174-175.

2- UNCITRAL Digest, *op. cit.*, p.358.

از قرارداد جایگزین وجود ندارد.^۱

اما در رابطه با ارتباط بین معامله جایگزین و معامله اصلی این سؤال مطرح می‌شود که آیا شرایط قرارداد در هر دو قرارداد فسخ شده و معامله جایگزین باید یکسان باشد یا امکان برخی از انحرافات وجود دارد؟ ارتباط میان قرارداد اصلی و معامله جایگزین می‌تواند شامل تمام عناصر مربوط به زمان، مکان و ثمن و سایر شروط قراردادی باشد. احراز ارتباط میان معامله جایگزین و معامله اصلی به خصوص در جایی که طرف زیان‌دیده به طور مداوم در تجارت کالای موضوع قرارداد نقض شده قرار دارد، دشوار است. در این صورت احراز اینکه آیا زیان‌دیده معامله مزبور را به عنوان معامله جایگزین قرارداد فسخ شده، منعقد نموده یا در جریان معمول تجارت مربوطه به فروش رسانده یا خریداری کرده است، کاری بسیار دشوار و گاهی غیر ممکن است.^۲ در ارائه راهکار برای چنین مشکلی برخی از حقوق‌دانان^۳ اظهار عقیده نموده‌اند از آنجایی که فسخ قرارداد مستلزم ارسال اخطار است، زیان‌دیده می‌تواند با افزودن اظهاری مبنی بر برنامه خود برای انعقاد معامله جایگزین در اخطار فسخ از اختلاف مربوط به اینکه کدام یک از معاملات معامله جایگزین است، جلوگیری کند. در صورت عدم چنین تصریحی، برای رعایت شرایط ماده ۷۵ کنوانسیون در ضرورت انعقاد معامله جایگزین ظرف مدت معقول، می‌توان اولین خرید جایگزین یا بازفروش کالا را به عنوان معامله جایگزین تلقی نمود.

در خصوص میزان ارتباط معامله جایگزین با قرارداد اصلی باید گفت هر اندازه که شروط معامله جایگزین از نظر زمان و مکان اجرای تعهد یا قیمت آن مشابه با شرایط مقرر در قرارداد اصلی باشد، تلقی قرارداد به عنوان معامله جایگزین، آسانتر خواهد بود. اما در صورتی که معامله جایگزین، برای مثال، در مکانی متفاوت از مکان انعقاد قرارداد اصلی منعقد گردد یا شروط مقرر در معامله جایگزین متفاوت از شروط مقرر در قرارداد اصلی باشد، در این صورت باید در ارزیابی خسارت، هرگونه افزایش هزینه ناشی از معامله

1- *Ibid.*, p. 359.

2- *Ibid.*, p. 178.

3- J. Honnold, *op. cit.*, p. 549; P Huber & A Mullis, *op. cit.*, p. 285.

جایگزین را مورد ملاحظه قرار داد.^۱ مع الوصف چنانچه قیمت و مشخصات کالای جایگزین به نحو چشمگیری از قیمت و مشخصات کالای اصلی متفاوت باشد، زیان‌دیده نمی‌تواند تفاوت میان قیمت قرارداد جایگزین و قرارداد اصلی را مطالبه کند.^۲

در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا نیز با وجود اینکه (معقولیت یا متعارف بودن)^۳ یکی از اصول کلی کنوانسیون محسوب می‌شود و در ۳۷ ماده بدان اشاره شده است، هیچ گونه

1- L. A. DiMatteo, L. J. Dhooge, S. Greene & Others, *International Sales Law: A Critical Analysis of CISG Jurisprudence*, Cambridge Press, 2005, p. 152.

2- L. Chengwei, *op. cit.*, para. 1036.

۳- واژه «Reasonableness» در بسیاری از مواد کنوانسیون مورد استفاده قرار گرفته است، اما کنوانسیون راجع به مفهوم آن ساکت است. در بسیاری از اسناد مهم بین‌المللی مانند اصول قراردادهای بازرگانی بین‌المللی (UPICC)، اصول حقوق قراردادهای اروپا (PECL) و طرح چارچوب مشترک مرجع (DCFR) واژه مزبور به کثرت مورد استفاده قرار گرفته است. برخی از اسناد مزبور مانند (DCFR) و (PECL) واژه مزبور را تعریف نموده‌اند. به عنوان مثال ماده ۱:۱۰۴ DCFR در تعریف واژه مزبور مقرر داشته است که «Reasonableness» باید با توجه به ماهیت و هدف آنچه که انجام می‌گیرد، اوضاع و احوال حاکم بر قضیه و هرگونه عرف و عادت مرتبط به طور نوعی احراز گردد. در ترجمه واژه مزبور دفتر خدمات حقوقی از معادل «متعارف» استفاده نموده است. در قانون مدنی ایران نیز گاهی از معیار انسان معقول و گاهی از معیار انسان متعارف استفاده شده است. اما برخی از نویسندگان بیان نموده‌اند در مواردی نیز که قانونگذار انسان متعارف را به کار برده منظور او سیره عقلاء بوده است، زیرا عرف خود به دو نوع معقول و غیر معقول قابل تقسیم است و اگر عرف را در معنای عام آن بگیریم ممکن است بسیاری از اعمالی که به صورت عرف درآمده اما غیر معقول است تقصیر شمرده نشود. بنابراین به نظر می‌رسد که در حقوق ایران در هر کجا هم که انسان متعارف به کار گرفته شده است منظور انسان معقول بوده است. بنابراین به نظر می‌رسد که استفاده از واژه «معقول» در ترجمه «Reasonableness» صحیح باشد. این امر با توضیحاتی نیز که شارحین کنوانسیون داده‌اند، تأیید می‌شود. زیرا اظهار شده است که کنوانسیون با افزودن قیودی مانند «Person of the Same Kind» و «in the Same Circumstances» ضابطه مزبور را تا حد امکان فردی نموده است «Individualized». برای مطالعه بیشتر رک به: 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، شهر دانش، ۱۳۹۳، ماده ۸، ش ۴؛ حسن بادینی، نگرشی انتقادی به معیار «انسان معقول و متعارف» برای تشخیص تقصیر در مسئولیت مدنی، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۰، شماره ۱، بهار ۱۳۸۹، ص ۷۹؛

E. A. Farnsworth, in *Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law*, Giuffrè Milan, 1987, p. 99; J. Vilus, *Common Law Institutions in the UN Sales Convention in: Studios en Homenaje a Jorge Barrera Graf, vol. II*, Mexico: Universidad Nac. Aut. de Mexico, 1989, pp. 1437-1441.

تعریف قانونی از آن در کنوانسیون مقرر نشده است.^۱ اما در PECL معیارهایی برای امر متعارف در ماده ۳۰۲-۱ به قرار ذیل مقرر شده است: «بر اساس این اصول، امر متعارف بر اساس آنچه که اشخاص بر طبق حسن نیت انجام می‌دهند و آنچه که اشخاص در همان موقعیت طرفین متعارف می‌پندارند، بایستی مورد قضاوت قرار گیرد. خصوصاً در ارزیابی آنچه که متعارف است، بایستی ماهیت و هدف قرارداد، اوضاع و احوال قضیه، عرفها و عادات تجارت یا حرفه مربوطه در نظر گرفته شود».^۲ در تفسیر کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا به طور کلی اظهار شده است که زیان‌دیده در انعقاد معامله جایگزین باید مانند تاجر محتاط، دقیق و معقول عمل نماید و در این ارتباط اصل حسن نیت نقش بسیار مهمی بازی خواهد کرد.^۳ بدین توضیح که اگر زیان‌دیده خریدار است، وی باید تلاش نماید تا کالای جایگزین را به کمترین قیمت خریداری نموده و اگر زیان‌دیده فروشنده است، وی باید تمام تلاش خود را مصروف کند تا کالا را به بالاترین قیمت بفروشد.^۴ ضمانت اجرای عدم انعقاد معامله جایگزین به طریق معقول این است که زیان‌دیده امکان توسل به روش محاسبه واقعی خسارت را از دست داده و خسارات وی بر حسب مورد بر مبنای مقررات مواد ۷۶ و ۷۷ کنوانسیون محاسبه خواهد شد.^۵

سایر شروط قراردادی مانند طول مدت ضمانت باید مورد توجه قرار گیرد. قرارداد جایگزین غیرمتعارف نمی‌تواند در ارزیابی خسارت مورد ملاحظه قرار گیرد و این امر از تکلیف مقرر در ماده ۷۷ به تقلیل خسارت نیز استنباط می‌شود.^۶

1- Bojidara Borisova, *Remarks on the Manner in which the Principles of European Contract Law May Be Used to Interpret or Supplement Article 75 of the Convention*, Nordic Journal of Commercial Law, issue 2003 #1, p. 4.

۲- ابراهیم شعاریان و ابراهیم ترابی، پیشین، ص. ۹۰.

3- D. Saidov, *op. cit.*, p. 179.

4- J. Vilus, *Provisions Common to the Obligations of the Seller and the Buyer*, in P. Sarcevic & P. Volken (eds), *International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures*, Oceana 1986, P.249; see also: F. Enderlein & D. Maskow, *op. cit.*, p. 303; Text of Secretariat Commentary on article 71 of the 1978 Draft [Draft Counterpart of CISG Article 75], available at: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-75.html>.

5- J. S. Sutton, *Measuring Damages Under the United Nations Convention on the International Sale of Goods*, 50 Ohio State Law Journal, 1989, pp. 737-752; J. Y. Gotunda, *op. cit.*, p. 10.

6- F. Enderlein & D. Maskow, *op. cit.*, p. 303.

به طور کلی می‌توان گفت که به منظور انعقاد قرارداد جایگزین، طرف زیان‌دیده باید به عنوان تاجر محتاط و دقیق در عین رعایت رویه تجاری ذریبط اقدام کند و در این راستا لازم نیست که تمام طرق محتمل تحقیق را قبل از اقدام به قرارداد جایگزین اتخاذ نماید.^۱ در یکی از دعاوی مطروحه دادگاه مقرر داشت که فروش کالا در بازار محدود علارغم دسترسی آسان به بازار بزرگ غیر متعارف تلقی می‌گردد.^۲ در موردی که طرف زیان‌دیده قرارداد جایگزین را به طور غیر متعارف منعقد می‌سازد، اعم از اینکه ناشی از انجام آن به شکل یا در زمان غیر متعارف باشد باید به محاسبه خسارات خود از طریق قیمت رایج متوسل شود.^۳ باید افزود که همانگونه که برخی از حقوق‌دانان بیان داشته‌اند، شخصی که قرارداد جایگزین منعقد می‌کند، بر خلاف نقض‌کننده، طرف بی تقصیر عقد است و در تعیین معقول و متعارف بودن قرارداد جایگزین، منطقی نیست که سختگیری زیادی صورت گیرد.^۴

۶- نحوه محاسبه خسارت ناشی از تفاوت مبلغ قرارداد جایگزین

در فرض وقوع قرارداد جایگزین مطابق ماده ۷۵ کنوانسیون، طرف زیان‌دیده تنها می‌تواند تفاوت قیمت بین قرارداد اصلی و قرارداد فسخ شده (به استثنای سایر خسارات قابل ادعا) را مطالبه کند. به عبارت دیگر، فروشنده می‌تواند تفاوت بین قیمت قرارداد و قیمت حاصل از فروش مجدد^۵ کالا را مشروط بر اینکه قیمت مزبور کمتر از قیمت قرارداد اصلی باشد، مطالبه کند. خریدار نیز می‌تواند تفاوت قیمت قرارداد و قیمت پرداخت شده برای کالای جایگزین را مشروط بر اینکه قیمت مزبور بیشتر از قیمت مقرر در قرارداد باشد، مطالبه کند.^۶

1- CISG Advisory Council: Opinion No. 8, available at: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op8.html>>, see also: *UNCITRAL Digest*, op. cit., p.359; I. Schwenzer & C. Fountoulakis, *International Sales Law*, Routledge Cavendish, 2007, p.539.

2- *UNCITRAL Digest*, op. cit., p. 359.

3- B. Fauvarque - Cosson & D. Mazeaud, *European Contract Law: Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Sellier pub, 2008, p.282, for the same solution with regard to (CISG) refer to: Jeffery S. Sutton, *Measuring Damages under the United Nations Convention on the International Sale of Goods*, available at: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sutton.html>>

4- S. Vogenauer & G. Kleinheisterkamp, op. cit., p. 892.

۵- منظور از فروش مجدد، بازفروش نیست و قرارداد فروش دوم، قرارداد جایگزین در نظر گرفته می‌شود.

6- V. Knapp, op. cit., p.549; CISG Advisory Council: Opinion No. 8, available at: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op8.html>>

از ذکر مطالبی که گذشت، ضرورت وجود قیمت در قرارداد به منظور ارزیابی خسارت طبق ماده ۷۵ کنوانسیون بدیهی است. «قیمت قرارداد» عبارت از قیمتی است که صریحاً یا ضمناً در قرارداد اصلی تعیین گردیده و یا اینکه طبق ماده ۵۵ تعیین شده باشد.^۱ بنابراین اگر در قرارداد اصلی ثمن تعیین نشده باشد و به صورت شناور پیش‌بینی شود، در محاسبه خسارت ناشی از تفاوت قیمت دو قرارداد مورد نظر، مبلغ قرارداد اصلی متعاقباً به شیوه مورد توافق طرفین یا بر اساس قیمت رایج زمان انعقاد قرارداد محاسبه خواهد شد تا میزان اختلاف قیمت دو قرارداد مشخص شود.

اما فرض دیگر مسئله عبارت از موردی است که قیمت در قرارداد اصلی تعیین گردیده است، اما در قرارداد جایگزین به طریق مقرر در ماده ۱۴ کنوانسیون نه به طور صریح و نه به طور ضمنی تعیین نشده است. سئوالی که مطرح می‌شود این است که آیا می‌توان از ضابطه مقرر در ماده ۵۵ که در برخی از نظامها به قیمت باز (ثمن شناور) معروف است استفاده کرد یا نه؟ در پاسخ به نظر می‌رسد که منعی در این خصوص وجود نداشته باشد، و می‌توان با محاسبه ثمن شناور قرارداد جایگزین، به تفاوت مبلغ قرارداد اصلی و جایگزین دست یافت.

اما در رابطه با تفاوت میان قیمت معامله جایگزین و قیمت معامله اصلی باید توجه داشت که در تمام موارد صرف ارزیابی تفاوت میان قیمت معامله جایگزین و معامله اصلی نمی‌تواند به طور دقیق میزان خسارت وارده به زیان‌دیده را منعکس کند. این امر ناشی از آن است که شروط معامله جایگزین ممکن است متفاوت از شروط معامله اصلی باشد. بنابراین لازم است تعدیلات ضروری را انجام داد تا دو قیمت باهم قابل قیاس باشند.^۲

مثال بارز هنگامی است که معامله جایگزین بر مبنای شروط تجاری متفاوتی از شروط مقرر در قرارداد اصلی منعقد شده است. در قضیه‌ای، قرارداد اصلی بر مبنای شرط CFR منعقد شده بود، درحالی که خریدار معامله جایگزین را بر مبنای شرط FOB منعقد کرده

۱- ماده ۵۵ کنوانسیون مقرر می‌دارد: «هنگامی که قرارداد به نحو معتبری منعقد شده باشد، اما صریحاً یا ضمناً ثمن را مشخص ننموده یا مقررهای برای تعیین آن پیش‌بینی ننموده است، در فقدان هرگونه قرینه مخالف، فرض می‌شود که طرفین به طور ضمنی به قیمت رایج در زمان انعقاد قرارداد برای این نوع کالای فروخته شده در اوضاع و احوال مشابه در تجارت مربوطه ارجاع داده‌اند».

بود. بدلیل اینکه شرط FOB هزینه حمل و نقل را در نظر نمی‌گیرد، دیوان داوری هزینه حمل و نقل را به قیمت معامله جایگزین اضافه نموده و تنها بعد از آن مرحله تفاوت میان قیمت معامله اصلی و معامله جایگزین را محاسبه کرد.^۱ بدیهی است که دلیل چنین امری اصلی است که طبق آن زیان‌دیده باید در وضعیت مشابه با وضعیت ایفای قرارداد اصلی قرار داده شود. بنابراین هزینه‌هایی که زیان‌دیده با انعقاد معامله جایگزین از آنها احتراز کرده است، باید در ارزیابی خسارت مورد ملاحظه قرار گیرد.

در مواردی که خسارت ناشی از قرارداد جایگزین مورد حکم واقع می‌شود، دادگاه ممکن است در صورت امکان وصول سایر خسارات مانند عدم النفع به آن اضافه نموده و یا در موردی که زیان‌دیده از انجام تکلیف به تقلیل خسارت کوتاهی نموده باشد، بخشی از آن را کاهش دهد.^۲

۷- امکان مطالبه سایر خسارات و هزینه‌ها

یکی از موضوعات مطروحه این است که آیا تنها تفاوت بین قیمت قرارداد اصلی و قرارداد جایگزین، به عنوان خسارت، قابل مطالبه است یا سایر خسارات نیز از قبیل هزینه‌های انجام قرارداد جایگزین قابل مطالبه می‌باشد. ماده ۷۵ خود نسبت به قابل مطالبه بودن سایر خسارات به موجب ماده ۷۴ تصریح می‌کند. شورای مشورتی کنوانسیون نیز در ذکر مصادیق سایر خسارات قابل مطالبه به هزینه‌های انجام قرارداد، هزینه‌های یافتن قرارداد جایگزین و خسارات ناشی از تغییر نرخ بهره یا نرخ وجه مبادله بین تاریخی که قرارداد می‌بایست ایفا می‌شد و تاریخ قرارداد جایگزین اشاره می‌کند.^۳ ماده ۴-۵-۷ اصول قراردادهای بازرگانی بین‌المللی نیز به قابل مطالبه بودن خسارات مازاد بر تفاوت بین قیمت قرارداد جایگزین و قیمت قرارداد اصلی تصریح دارد.^۴ در ماده ۵۰۶-۹ اصول حقوق قراردادهای اروپا و ماده ۷۰۶-۳ از کتاب سوم طرح چارچوب مشترک مرجع نیز همین وضعیت ملاحظه می‌شود.

1- *Ibid.*, p.186.

2- UNCITRAL Digest, *op. cit.*, p.359.

3 CISG Advisory Council: Opinion No. 8, available at: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op8.html>>, for further example and explanation see: J. Honnold, *op. cit.*, P.459, J. Lookofsky, *The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Kluwer Law International, 2000, p.156.

4- B. Fauvarque-Cosson & D. Mazeaud, *op. cit.*, p.282.

۸- موانع مطالبه خسارت ناشی از قرارداد جایگزین

شروط راجع به خسارت از جمله شرط وجه التزام و شرط عدم مسئولیت می‌تواند به عنوان مانعی در مطالبه خسارت ناشی از نقض قرارداد محسوب شود. اگر چه در اسناد بین‌المللی مورد مطالعه، اشاره‌ای به این موضوع نشده است، اما به نظر می‌رسد هر گاه در قرارداد برای تخلف از اجرای تعهد شرط وجه التزامی مقرر شود و متعهد نیز به تعهد خود عمل نکند و متعهدله به جای الزام به ایفاء تعهد، مطالبه وجه التزام کند، چنین اقدامی به نحو ضمنی فسخ قرارداد و رضایت به اخذ وجه التزام در نظر گرفته می‌شود و دیگر امکان مطالبه خسارت از نوع دیگری وجود ندارد. در شرط عدم مسئولیت نیز وضعیت مشابهی صادق است و نتیجه عدم اجرای تعهد در وضعیت عادی، فقدان مسئولیت ناشی از عدم اجرای تعهد خواهد بود. البته باید توجه داشت که هر گاه نقض قرارداد عمدی و با سوءنیت باشد، شروط یاد شده ممکن است تحت شرایطی بی اثر تلقی شود.

در قلمرو کنوانسیون طرفین می‌توانند به استناد ماده ۶ کنوانسیون^۱ اعمال و اجرای ماده ۷۵ را مستثنی نمایند یا اساساً طرق جبران ناشی از نقض قرارداد را به نحو دیگری پیش‌بینی کنند و برخی از آرای صادره چنین امری را تأیید نموده است.^۲

در حوزه قراردادی، به موجب ماده ۸-۱۰۹ PECL، طرق جبران برای عدم اجرا، می‌تواند مستثنا یا محدود شود مگر اینکه استناد به این استثنا یا محدودیت بر خلاف حسن‌نیت و معامله منصفانه باشد. البته شروط استثناکنده^۳ همیشه دارای اثر کامل نیستند. ماده ۸-۱۰۹ از اعمال شروطی که برخلاف حسن‌نیت و معامله منصفانه باشد جلوگیری می‌کند. بند دوم ماده ۳:۱۰۵ کتاب سوم DCFR متضمن حکم مشابهی می‌باشد. همچنین بر اساس بند اول این ماده، هرگاه شروط محدود یا مستثنی کننده مربوط به صدمات جسمانی باشد که عمداً یا با بی‌مبالاتی فاحش به وجود آمده‌اند، باطلند.

شروط معافیت (شرط استثنا یا محدودکننده مسئولیت) در ماده ۶-۱-۷ UPICC

۱- ماده ۶ کنوانسیون مقرر میدارد: «طرفین می‌توانند شمول مقررات این کنوانسیون را استثناء یا با رعایت ماده ۱۲ از آثار هر یک از مقررات آن عدول کنند یا آنها را تغییر دهند».

2- UNCITRAL Digest, *op. cit.*, p.358.

3- Exclusion Clauses

پیش‌بینی شده است. منظور از شروط معافیت، شرطی است که به موجب آن مسئولیت ناشی از عدم اجرای تعهد، محدود یا مستثنی می‌شود. بر اساس این مواد، شروط معافیت اصولاً معتبر می‌باشند، مگر آن‌که استناد به شروط مزبور شدیداً غیرمنصفانه باشد و اعمال آن، منجر به عدم توازن تعهدهای طرفین قرارداد شود.

۹- بار اثبات

زیان‌دیده‌ای که خسارت ناشی از قرارداد جایگزین را مطالبه می‌کند، باید اثبات نماید که قرارداد اصلی به نحو صحیح و قانونی فسخ شده و قرارداد دوم نیز به عنوان جایگزین قرارداد اصلی به نحو معقول و در طی مدت متعارف منعقد شده است. در مقابل اگر نقض‌کننده قرارداد مدعی شود که پیش شرطهای قرارداد جایگزین رعایت نشده است، بار اثبات بر عهده اوست. به عنوان مثال هرگاه فروشنده قرارداد را نقض کند، باید اثبات کند که خریدار در تدارک و خرید کالای جایگزین، امکان خرید با قیمت پایین‌تری را داشته و بنابراین قرارداد جایگزین به صورت معقول و متعارف منعقد نشده است.^۱

برخی از نویسندگان پیشنهاد نموده‌اند که به لحاظ مشکلات ناشی از اثبات قرارداد جایگزین، بهتر است که زیان‌دیده قبل از انعقاد معامله جایگزین، نقض‌کننده قرارداد را از انعقاد قرارداد جایگزین مطلع سازد.^۲

بدیهی است تحت شرایط و وضعیتهای خاصی مانند موردی که قرارداد از جنبه‌های فنی و تخصصی و پیچیدگی برخوردار است، رجوع به کارشناس می‌تواند در احراز معقولیت و متعارف بودن شرایط و زمان انعقاد قرارداد جایگزین، کمک نماید.

۱۰- وضعیت حقوقی قرارداد جایگزین در حقوق فرانسه

در قانون مدنی فرانسه همانند اسناد بین‌المللی حکم صریحی در خصوص مطالبه خسارت ناشی از قرارداد جایگزین پیش‌بینی نشده است، اما در مقایسه با خسارت مورد بحث استدلال شده است که مفاد ماده ۱۱۴۴ قانون مدنی این کشور دلالت بر امکان مطالبه

1- D. Saidov, *The Law of Damages in International Sales: The CISG and other International Instruments*, op. cit., p. 188.

2- S. Vogenauer & G. Kleinheisterkamp op. cit., p. 893.

چنین خساراتی دارد.^۱ به موجب ماده ۱۱۴۴ ق.م.ف. در صورت عدم ایفای تعهد، می‌توان به متعهدله اجازه داد تا به هزینه متعهد شخصاً تعهد را انجام دهد. بر اساس رویه قضایی فرانسه این اقدام نیاز به اجازه دادگاه دارد و حتی اجرای تعهد از طریق شخص ثالث نیز ممکن است و منحصر به خود متعهدله نیست.^۲ براساس قانون شماره ۶۵۰-۹۱ مورخ ۹ جولای ۱۹۹۱ که به ماده ۱۱۴۴ ق.م.ف. افزوده شده است، هزینه چنین اجرایی پیشاپیش قابل وصول است و رویه قضایی نیز قبل از تصویب قانون مزبور همین شیوه را پذیرفته بود.^۳

این شیوه در طرح اصلاحی حقوق تعهدات فرانسه (طرح کاتالا) نیز در ماده ۲-۱۱۵۴ پیش‌بینی شده است.^۴ در حقوق این کشور رویه قضایی بر مبنای ماده ۱۱۴۴ ق.م.ف. به خریدار اجازه داده است تا در صورت استنکاف فروشنده از تسلیم کالا، مبیع را از شخص دیگری تهیه نموده و هزینه آن را از فروشنده بخواهد. در حقیقت هرگاه ثمن قرارداد قبلاً پرداخت شده باشد و خریدار در چنین حالتی کالا را از شخص دیگر و با قیمت بیشتری تهیه نماید، اضافه پرداختی خریدار در قرارداد دوم به عهده فروشنده خواهد بود.^۵

با اینکه وضعیت حقوقی قرارداد جایگزین در حقوق فرانسه متفاوت از اسناد بین‌المللی مود بحث است و اعمال ماده ۱۱۴۴ ق.م.ف. نیازمند فسخ قرارداد نیست، بلکه در حقیقت طریقه ثانوی برای اجرای عین تعهد به شمار می‌رود، با این حال تفاسیر ارائه شده از سوی دیوانعالی نشان می‌دهد که تفاوت قیمت دو قرارداد از نقض کننده تعهد قابل مطالبه است و این وضعیت با خسارت ناشی از قرارداد جایگزین مشابهت داشته و تا حدودی خلاء قانونی را پوشش می‌دهد.

۱۱- وضعیت حقوقی قرارداد جایگزین در حقوق ایران

در قانون مدنی ما حکم صریحی در خصوص مطالبه خسارت ناشی از قرارداد جایگزین وجود ندارد، اما می‌توان از برخی مقررات و قواعد حقوقی مطالبه چنین خسارتی را تأیید نمود.

1- C von. Bar, E. Clive and H Schulte-Nölke and Others, *op. cit.*, Article III.-3:706, Notes: No. 2, p. 942.

2- Carole Aubert de Vincelles, *bail*, Rép. civ. Dalloz, paris, septembre 2007, (dernière mise à jour: 03/2012), n° 117.

3- Yves Picod, *obligations*, Rép. civ. Dalloz, paris, janvier 2009 (dernière mise à jour : 06/2011), n° 39.

۴- ابراهیم شعاریان و ابراهیم ترابی، حقوق تعهدات: مطالعه تطبیقی طرح اصلاحی حقوق تعهدات فرانسه با حقوق ایران و اسناد بین‌المللی، چاپ اول، تهران، نشر شهر دانش، ۱۳۹۳، ص ۳۵۷.

5- Barret. Oliver, *Vente* (3o effets), Rép. civ. Dalloz, Paris, janvier 2007, (dernière mise à jour: 03/2012). no 335.

به عنوان قاعده کلی که در ماده ۲۲۲ ق.م. پیش‌بینی شده است: «در صورت عدم ایفای تعهد با رعایت ماده فوق حاکم می‌تواند به کسی که تعهد به نفع اوشده است اجازه دهد که خود او عمل را انجام دهد و متخلف را به تأدیه مخارج آن محکوم نماید». این ماده مشابه حکمی است که در ماده ۱۱۴۴ ق.م. فرانسه آمده است و در تفسیر آن بایستی از قانون مدنی فرانسه و برخی دیگر از مقررات کمک گرفت. در بدو امر ممکن به نظر برسد که به موجب ماده ۲۲۲ ق.م. فقط به خود متعهدله اجازه انجام فعل مورد نظر داده می‌شود، اما چنین برداشتی صحیح نبوده و حکم ماده در این وضعیت عبث خواهد بود، چرا که به ندرت امکان انجام فعل معهود توسط خود متعهدله وجود دارد. پس شخص ثالث نیز می‌تواند فعل مورد نظر را انجام دهد، با این قید که دادگاه اجازه را به نفع متعهدله صادر خواهد کرد، چرا که ثالث دخالتی در دعوی مطروحه ندارد.

از ماده ۲۳۸ ق.م. نیز می‌توان به چنین استنباطی دست یافت. در این ماده آمده است: «هرگاه فعلی در ضمن عقد شرط شود و اجبار ملتزم به انجام آن غیر مقدور ولی انجام آن به وسیله شخص دیگری مقدور باشد حاکم می‌تواند به خرج ملتزم موجبات انجام آن فعل را فراهم کند». در ماده ۵۳۴ ق.م. نیز حکم مشابهی دیده می‌شود. این ماده مقرر می‌دارد: «هرگاه عامل در اثنا یا در ابتدای عمل، آن را ترک کند و کسی نباشد که عمل را به جای او انجام دهد حاکم به تقاضای مزارع، عامل را اجبار به انجام می‌کند و یا عمل را به خرج عامل ادامه می‌دهد و در صورت عدم امکان، مزارع حق فسخ دارد».

همچنین در ماده ۴۷ قانون اجرای احکام مدنی حکم مشابهی پیش‌بینی شده است. در این ماده آمده است که: «هرگاه محکوم‌به انجام عمل معینی باشد و محکوم‌علیه از انجام آن امتناع ورزد و انجام عمل به توسط شخص دیگری ممکن باشد، محکوم‌له می‌تواند تحت نظر دادورز (مأمور اجرا) آن عمل را وسیله دیگری انجام دهد و هزینه آن را مطالبه کند و یا بدون انجام عمل هزینه را به وسیله قسمت اجرا از محکوم‌علیه مطالبه نماید. در هر یک از موارد مذکور دادگاه با تحقیقات لازم و در صورت ضرورت با جلب نظر کارشناس میزان هزینه را معین می‌نماید. وصول هزینه مذکور و حق الزحمه کارشناس از محکوم‌علیه به ترتیبی است که برای وصول محکوم‌به نقدی مقرر است.

تبصره: در صورتی که انجام عمل توسط شخص دیگری ممکن نباشد، مطابق ماده ۷۲۹

آیین دادرسی مدنی انجام خواهد شد».

ماده ۳۴ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی مصوب ۱۳۸۷ مقرر داشته است که: «در موردی که اجرائیه برای انجام تعهدی از قبیل تعمیر بنا، قنات یا تکمیل ساختمان یا بنای جدید یا غرس اشجار و امثال آن صادر شده و متعهد پس از ابلاغ اجرائیه اقدام به انجام آن ننماید، اداره ثبت متعهد را الزام به انجام تعهد یا پرداخت هزینه‌های لازم برای انجام آن می‌نماید، اگر متعهد اقدام نکند، متعهد می‌تواند با اطلاع اداره ثبت به هزینه خود تعهد مزبور را انجام دهد و اگر کیفیت انجام تعهد یا تعیین میزان هزینه آن محتاج به نظر کارشناس باشد، اداره ثبت یک نفر کارشناس رسمی برای تعیین کیفیت انجام تعهد یا هزینه آن تعیین خواهد کرد و حق الزحمه کارشناس به میزان مناسبی جزء سایر هزینه‌ها از متعهدله توسط اجرای ثبت دریافت می‌گردد و متعهدله حق دارد کلیه هزینه‌ها را از متعهد توسط اجرای ثبت مطالبه و دریافت دارد».

در تمام فروض یاد شده یک نکته مشترک وجود دارد. به این توضیح که هر گاه متعهد از اجرای تعهد امتناع کند و اجرای تعهد مزبور به ثالث محول شود، هر گونه هزینه اضافی به عهده متعهد خواهد بود. به عنوان مثال هر گاه مبلغ قراردادی که با ثالث برای اجرای تعهد منعقد می‌شود، بیشتر از مبلغ قرارداد اصلی باشد، هزینه اضافی آن به عهده متعهد خواهد بود، درست همان وضعیتی که در حقوق فرانسه صادق است.

درست است که در مصادیق مزبور قرارداد اصلی به قوت خود باقی است و ایفای آن از سوی ثالث انجام می‌پذیرد، اما می‌توان همین قاعده را در خصوص موردی که عقد به جهت نقض قرارداد، فسخ می‌شود و سپس متعهدله ناگزیر می‌شود با معامله جایگزین اجرای تعهدات را عملی سازد، جاری ساخت و متعهد را ملزم به جبران خسارت ناشی از مابه التفاوت مبلغ بین دو قرارداد دانست.^۱ به عبارت دیگر آنچه از روح قانون استنباط می‌شود، این است که قانونگذار هر گونه هزینه اضافی اجرای تعهد نقض شده را بر دوش متعهد قرارداده است و همین قاعده را باید در قرارداد جایگزین که متعاقب فسخ عقد اصلی منعقد می‌شود، جاری ساخت.

۱- ابراهیم شعاریان و ابراهیم ترابی، اصول حقوق قراردادهای اروپا و حقوق ایران، پیشین، ص ۳۵۱ و ۳۵۲.

عرف نیز به عنوان منبع شناسایی مصادیق ضرر می‌تواند ما را به همان نتیجه رهنون کند. این یک قاعده مسلم عرفی است که هر گاه به واسطه نقض قرارداد و فسخ آن، متعهدله، قرارداد جایگزین با مبلغ بالاتری منعقد نموده باشد، خسارت و هزینه اضافی تحمیل شده به او منتسب به نقض قرارداد اصلی بوده و متعهد ملزم به جبران آن است و رابطه علیت عرفی میان نقض قرارداد و خسارت ناشی از قرارداد جایگزین به روشنی مشهود است. از حکم قاعده لاضرر نیز می‌توان به چنین نتیجه‌ای دست یافت و اگر خسارت ناشی از قرارداد جایگزین، به متعهد منسوب باشد، لزوم جبران آن از قاعده لاضرر نیز مستفاد می‌گردد.

همانگونه که قبلاً نیز بیان شد در حقوق ما فسخ قرارداد مانعی در راه مطالبه خسارت ایجاد نمی‌کند و با احراز رابطه علیت عرفی، می‌توان به همان نتایج احکام پیش‌بینی شده در اسناد بین‌المللی دست یافت.

باید توجه داشت که در انعقاد قرارداد دوم، شرایط و مبلغ آن بایستی به صورت متعارف و معقول در نظر گرفته شود و اگر متعهدله در انعقاد قرارداد جایگزین مسامحه نموده و بر خلاف متعارف معامله نموده باشد، امکان دریافت هزینه اضافی وجود نخواهد داشت.

علاوه بر این مطابق با ماده ۳ قانون مسئولیت مدنی که مقرر می‌دارد: «دادگاه میزان زیان و طریقه و کیفیت جبران آن را با توجه به اوضاع و احوال قضیه تعیین خواهد کرد»، قاضی می‌تواند با توجه به اختیاری که قانونگذار به وی داده است، بر اساس اوضاع و احوال قضیه حکم به جبران خسارت دهد و بدیهی است که قاعده مذکور در ماده ۳ ق.م.م. اختصاص به مسئولیت قهری نداشته و از قواعد مشترک جبران ضرر تلقی می‌شود و بنابراین در مسئولیت قراردادی نیز قاضی می‌تواند با استناد به آن، جبران خسارت ناشی از قرارداد جایگزین را مورد حکم قرار دهد.^۱

همچنین با توجه به تقسیم‌بندی تعهدات از حیث موعد اجرای تعهد به وحدت مطلوب و تعدد مطلوب، خسارت ناشی از قرارداد جایگزین در تعهدات از نوع وحدت مطلوب متصور نیست، زیرا در صورت نقض قرارداد (عدم اجرای تعهد در زمان مقرر) اجرای

تعهد قرارداد اصلی فایده‌ای برای متعهدله ندارد و به قیاس اولویت قرارداد جایگزین نیز بیهوده و عبث خواهد بود. گفتنی است در آن دسته از نظامهای حقوقی که نقض قابل پیش‌بینی به رسمیت شناخته شده است، هر گاه قبل از حلول موعد اجرای تعهد، متعهد اجرای قرارداد را رد کند، متعهدله می‌تواند قرارداد را فسخ نماید و تا رسیدن زمان اجرا، نسبت به انجام قرارداد جایگزین اقدام و خسارت ناشی از آن را مطالبه نماید.

ماده ۲۹ آیین‌نامه اجرای مفاد اسناد رسمی مصوب ۱۳۸۷ با یک دیدگاه مترقی فراتر رفته و مقرر داشته است: «هر گاه موضوع اجرائیه عین معین منقول بوده و به آن دسترسی نباشد یا مال کلی در ذمه بوده و متعهد از انجام تعهد امتناع ورزد یا مثل آن در خارج یافت نشود، متعهدله می‌تواند بهای روز اجرای تعهد را بخواهد. در این مورد رئیس ثبت محل، بهای مزبور را به وسیله کارشناس رسمی تعیین و از متعهد خواهد گرفت، مگر اینکه در سند ترتیب دیگری بین طرفین مقرر شده باشد که طبق آن عمل می‌شود». این حکم مشابه وضعیتی است که قبلاً در خصوص محاسبه خسارت فرضی (خسارت بر مبنای قیمت رایج بازار) در اسناد بین‌المللی مورد بررسی قرار گرفت و می‌توان به عنوان قاعده کلی در تعهدات قراردادی مد نظر قرار داد، به این شرح که هر گاه امکان انعقاد قرارداد جایگزین برای متعهدله وجود نداشته باشد، وی استحقاق قیمت روز موضوع تعهد را دارد، درست همان نتیجه‌ای که ماده ۷۶ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا در پی دارد. با این حال ایراد وارد بر ماده مزبور این است که اگر موضوع تعهد در خارج یافت نشود، تعیین بهای روز آن چگونه ممکن خواهد بود؟

نتیجه

خسارت ناشی از قرارداد جایگزین با حصول شرایط آن، به عنوان ضرر مسلم تلقی و قابل وصول است. از جمله شرایط مطالبه چنین خسارتی، فسخ قرارداد به لحاظ تخلف طرف مقابل و انعقاد قرارداد جایگزین است. قرارداد جایگزین بایستی به نحو متعارف و معقول و در زمان متعارف صورت پذیرد تا امکان مطالبه خسارت وجود داشته باشد. خسارت ناشی از انعقاد قرارداد جایگزین به عنوان یک قاعده عمومی در قلمرو تمام عقود مد نظر بوده و مختص عقد بیع نیست. همچنین قرارداد جایگزین متمایز از نهاد باز فروش

کالاست، هر چند در برخی موارد مشابتهایی نیز میان آن دو وجود دارد. انعقاد قرارداد جایگزین هم حق و هم تکلیف زیان‌دیده به شمار می‌رود و مهمترین مبنای آن نیز قاعده تقلیل خسارت است. علی القاعده شروط قراردادی راجع به مسئولیت مانعی برای مطالبه خسارت ناشی از قرارداد جایگزین محسوب می‌شود. خواهان دعوی، بار اثبات شرایط تحقق مطالبه خسارت را به دوش می‌کشد و طرف مقابل نیز می‌تواند با اثبات این امر که قرارداد جایگزین به نحو متعارف و در زمان معقولی منعقد نشده است، از مسئولیت به پرداخت خسارت معاف شود. در حقوق ایران نیز امکان مطالبه خسارت مزبور وجود دارد و مبنای حقوقی ما می‌تواند چنین خسارتی را بپذیرد، هر چند که پیشنهاد می‌شود تا در اصلاحات قانونی، چنین خسارتی به تصریح مورد شناسایی قرار گیرد.

گفتنی است که در اکثر کشورهای اروپایی مطالبه خسارت ناشی از قرارداد جایگزین البته با تفاوتها و ویژگیهای خاص هر سیستم حقوقی تجویز شده است و در حقوق انگلیس نیز در صورت فقدان قیمت رایج بازار که مبنای اصلی پرداخت خسارت به شمار می‌رود، رجوع به مبلغ قرارداد جایگزین برای محاسبه خسارت در برخی از آرای محاکم تأیید شده است.^۱

فهرست منابع

الف) فارسی

اصغری، فخرالدین و زارعی، رضا، حق باز فروش کالا (مطالعه تطبیقی)، فصلنامه پژوهش‌های بازرگانی، ش ۵۷، ۱۳۸۹.

بادینی، حسن، نگرشی انتقادی به معیار «انسان معقول و متعارف» برای تشخیص تقصیر در مسئولیت مدنی، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۰، شماره ۱، بهار ۱۳۸۹.

شعاریان، ابراهیم و مولایی، یوسف، مطالعه تطبیقی مبانی قاعده تقلیل خسارت، نشریه فقه و حقوق اسلامی، دانشگاه تبریز، ش ۲، ۱۳۹۰.

شعاریان، ابراهیم و مولایی، یوسف، شرایط و موانع اعمال قاعده تقلیل خسارت، پژوهش حقوق خصوصی (دانشگاه علامه طباطبائی)، ش ۳، بهار و تابستان ۱۳۹۲.

شعاریان، ابراهیم و ترابی، ابراهیم، حقوق تعهدات: مطالعه تطبیقی طرح اصلاحی حقوق تعهدات فرانسه با حقوق ایران و اسناد بین‌المللی، چاپ اول، تهران، نشر شهر دانش، ۱۳۹۳.

شعاریان، ابراهیم و ترابی، ابراهیم، اصول حقوق قراردادهای اروپا و حقوق ایران، چاپ اول، تبریز، انتشارات فروزش، ۱۳۸۹.

شعاریان ابراهیم و رحیمی، فرشاد، حقوق بیع بین‌المللی، شرح کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا در پرتو دکتین و رویه قضایی: مطالعه تطبیقی با اسناد بین‌المللی و حقوق ایران، شهر دانش، ۱۳۹۳.

صادقی، محسن، شیوه‌های جبران خسارات ناشی از نقض قراردادی در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، مجله پژوهشهای حقوقی (شهر دانش)، ش ۵، ۱۳۸۳.

صفایی، حسین، بافروش کالای مورد معامله، مقالاتی درباره حقوق مدنی و حقوق تطبیقی، تهران، چاپ دوم، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۶.

غفاری فارسانی، بهنام، اثر نقض قابل پیش‌بینی بر روابط قراردادی، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۹، شماره ۲، ۱۳۸۸.

محسنی، حسن، بافروش مبیع در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و بررسی امکان آن در حقوق ایران، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، ش ۱، بهار ۱۳۹۰.

ناصر کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، چاپ چهارم، تهران، نشر انتشار، ۱۳۸۳.

ب) انگلیسی و فرانسه

Aubert de Vincelles, C, *bail*, Rép. civ. Dalloz, paris, septembre 2007, (dernière

mise à jour : 03/2012).

Barret. O, *Vente (3o effets)*, Rép. civ. Dalloz, Paris, janvier 2007, (dernière mise à jour: 03/2012).

Borisova, B, *Remarks on the Manner in which the Principles of European Contract Law May Be Used to Interpret or Supplement Article 75 of the Convention*, (Nordic Journal of Commercial Law, issue 2003 #1).

Chengwei, L, *Remedies for Non-performance - Perspectives from CISG, UNIDROIT Principles and PECL*, (Juris Publishing 2007).

DiMatteo, L A, Dhooge, L J, Greene, S & Others, *International Salse Law: A Critical Analasis of CISG Jrisprudense*, (Cambridge 2005).

Enderlein, F & Maskow, D, *International Sales Law*, (Oceana Pub 1992).

Farnsworth, E A, in *Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law*, (Giuffrè Milan 1987).

Fauvarque-Cosson, B & Mazeaud, D, *European Contract Law: Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, (Sellier pub, 2008).

Friedmann, D, *Economic Aspects of Damages and Specific Performance Compared*, in D. Saidov & R. Cunnington, *Contract Damages Domestic and International Perspectives*, (Hart, 2008).

Furmston, F, *Actual Damages, Notional Damages and Loss of a Chance*, in D. Sadiov & R.

Cunnington, *Contract Damages Domestic and International Perspectives*, (Hart 2008).

Gotanda, J Y, *CISG Advisory Council: Opinion No. 8 Calculation of Damages under CISG Articles 75 and 76*, (Nordic Journal of Commercial Law, issue2009 #1).

Graf, J B, in *Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law*, (Giuffrè Milan 1987).

Honnold, J, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, (Kluwer Law International 3rd ed 1999).

Huber, P & Mullis, A, *the CISG: A New Textbook for Students and Practitioners*, (Sellier 2007).

Knapp, V, in *Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law*, (Giuffrè Milan 1987).

Koch, R, *“Fundamental breach”:Commentary on whether the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts may be used to Interpret or Supplement Article 25 CISG*, in J. Felemegas (ed) , *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contract for the International Sale of Goods(1980) as*

- Uniform Law**, (Cambridge University Press, 2007).
- Kontorovich, E, *The Mitigation of Emotional Distress Damages*, (The University of Chicago Law Review, Vol. 68, 2001).
- Lando, O & Beale, H (eds), *The Principles of European Contract Law: Parts I and II, prepared by the Commission on European Contract Law*, (Kluwer, 2000).
- Lookofsky, J, *The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, (Kluwer Law International 2000).
- MacQueen, H & Zimmermann, R (eds), *European Contract Law: Scots and South African Perspective*, (Edinburgh University Press, 2006).
- Mazzotta, F G, *Preservation of the Goods: Comparison between the Provisions of CISG Articles 85–88 and Counterpart Provisions of the Principles of European Contract Law*, in J
- Felemegas (ed), *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contract for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Law*, (Cambridge University Press, 2007).
- Picod, Y, *obligations*, Rép. civ. Dalloz, paris, janvier 2009 (dernière mise à jour : 06/2011).
- Perillo, J M, *Calamari and Perillo on Contracts*, U.S.A, (West Pub, 2009).
- Raczynska, M, *Recoverability of the Buyer's Lost Resale Profit Under CISG*, (Nordic Journal of Commercial Law, issue 2007 #2).
- Saidov, D & Cunningham, R, *Current Themes in the Law of Contract Damages: Introductory Remarks*, in D. Saidov & R. Cunningham (eds), *Contract Damages Domestic and International Perspectives*, (Hart pub, 2008).
- Saidov, D, *The Law of Damages in International Sales: The CISG and other International Instruments*, (Hart 2008).
- Schwenzer, I & Fountoulakis, C, *International Sales Law*, (Routledge Cavendish 2007).
- Study Group on a European Civil Code, *PEL LG (Principles of European Law on Lease of Goods)*, Prepared by: Kåre Lilleholt & Others, (Sellier Pub, Munich, 2008).
- Sutton, J S, *Measuring Damages under the United Nations Convention on the International Sale of Goods*, (50 Ohio State Law Journal 1989).
- Toma-Bianov, A & Crăciun, N, *Non-discrimination in European Contract Law*, Legal Practice and International Laws, available at: <http://www.wseas.us/e-library/conferences/2011/Brasov1/LAW/LAW-15.pdf>
- Treitel, G H, *The Law of Contract*, (Sweet & Maxwell, Eleventh ed, 2003).
- United Nations Commission on International Trade Law, *UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the*

International Sale of Goods (2012 ed).

Vilus, J, ***Common Law Institutions in the UN Sales Convention*** in: ***Studios en Homenaje a Jorge Barrera Graf, vol. II***, (Mexico: Universidad Nac. Aut. de Mexico, 1989).

Vilus, J, ***Provisions Common to the Obligations of the Seller and the Buyer***, in Šarčević, P &

Volken, P (eds), ***International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures***, (Oceana 1986).

Vogenauer, S & Kleinheisterkamp, G (eds), ***Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts***, (Oxford 2009).

Von Bar, C, Clive, E & Schulte-Nölke, H (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, Acquis Group, (Sellier 2009).

ج) اسناد بین المللی

Draft Common Frame of Reference (DCFR)

Principles of European Contract Law (PECL)

Principles of European Law on Lease of Goods (PEL LG)

UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (UPICC)

United Nations Convention on International Sale of Goods (CISG)

د) آراء

CLOUT Case No. I-6 U 210/03 [Oberlandesgericht Düsseldorf, Germany, 22.07.2004], available at: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1002>

CLOUT Case No. 943/2002 [Audiencia Provincial de Barcelona, Spain, 02.02.2004], available at: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=997>

Dodd Properties (Kent) Ltd. v. Canterbury City Council, [1980] 1 All E.R. 928 (C.A.).

Germany, Oberlandesgericht Hamm, case no.19 U 97/91, 22.09.1992, available at: <http://www.unilex.info/case.cfm?id=52>