

جایگاه شرط خسارت در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا

تاریخ دریافت: ۹۲/۰۶/۰۲

تاریخ تأیید: ۹۲/۱۲/۱۰

رضا مقصودی^۱

استادیار گروه حقوق دانشگاه گیلان

اکبر ایمان‌پور^۲

استادیار گروه حقوق دانشگاه گیلان

چکیده

کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا در مواد ۷۴ الی ۷۸ ترتیبات خاصی برای جبران خسارت پیش‌بینی کرده است. با این وجود توافق بر خسارت یا شرط خسارت جایگاه صریحی در کنوانسیون ندارد. به نحوی که اختلافات زیادی در آراء قضایی و داوری درباره اعمال یا انکار شرط خسارت در چارچوب کنوانسیون وین وجود دارد. از یک سو تبعیت از حکومت اراده و اعمال اصول کلی کنوانسیون و از سوی دیگر ارجاع به قوانین داخلی کشورها با اعمال ماده ۴ کنوانسیون نتایج متفاوتی را برای توافق متعاقدين ایجاد می‌کند. نگرش جهان‌شمول و توجه به یکنواختی در تجارت بین‌المللی به عنوان یکی از اهداف اصلی کنوانسیون با مراجعه به قوانین داخلی کشورها سازگاری ندارد. احترام به توافق متعاقدين اقتضاء دارد تا با پذیرش شرط خسارت بر مبنای اصول کلی کنوانسیون و عرف تجارت بین‌المللی به تفسیر و اجرای آن اقدام گردد. واژگان کلیدی: خسارت، شرط خسارت، حکومت اراده، اعتبار شرط، عرف بین‌المللی

مقدمه

شرط خسارت که از آن به وجه‌التزام، خسارت مقطوع، خسارت قراردادی یا شرط کیفری تعبیر می‌شود، عبارت از آن است که متعاقدين در زمان انعقاد قرارداد با پیش‌بینی نتایج نقض قرارداد، مبلغی را به عنوان خسارت تعیین نمایند. از آنجا که عبارت شرط خسارت بیشتر از عبارات دیگر مفید معنای واقعی توافق طرفین است و برخلاف سایر اصطلاحات اختصاص به یک سیستم حقوقی معین ندارد، در ادامه مقاله همین عبارت مورد استفاده قرار می‌گیرد. اگر چه آزادی قراردادی و حاکمیت اراده موجب تجویز شرط خسارت و اعتبار آن است، با این وجود این مفهوم در کشورهای مختلف فراز و نشیب‌های فراوانی را تجربه کرده است. بسیاری از کشورها از همان بدو ورود به مبحث شرط خسارت دسته خاصی از این شروط را به

1. Email: rmaghsoody@gmail.com

2. Email: ak.iman@yahoo.com

«نویسنده مسئول»

دلیل ویژگی تهدیدآمیز و کیفری آن بی‌اعتبار قلمداد می‌کنند. دسته دیگر از کشورها به‌رغم پذیرش اصل اعتبار توافق ناگزیر از ملاحظات ناشی از عدالت اجتماعی به تعدیل شرط خسارت و کاهش یا افزایش آن برای هماهنگی با خسارت واقعی پرداخته‌اند.

کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا^۱ (که در این مقاله کنوانسیون خوانده می‌شود) به عنوان یکی از موفق‌ترین اسناد بین‌المللی که مورد پذیرش بیش از هفتاد کشور جهان واقع شده است، در مواد ۷۴ الی ۷۸ نظام خاصی برای جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد پیش‌بینی کرده است که بر اصولی از قبیل جبران کامل خسارت و قابلیت پیش‌بینی زیان متکی است. با این وجود شرط خسارت جایگاه صریحی در این نظام خسارت ندارد و اختلافات کشورهای متعاقد موجب شده است تا کنوانسیون از تصویب حکمی در این موضوع بازمانده و آن را به سکوت برگزار کند.

ماده ۷ کنوانسیون مقرر می‌دارد مواردی که به طور صریح در کنوانسیون نیامده است تابع اصول کلی است که کنوانسیون مبتنی بر آن است. آیا هیچ اصل کلی برای پذیرش یا رد شرط خسارت در کنوانسیون وجود دارد؟ ماده ۹ کنوانسیون عرف تجارت بین‌المللی را بر قراردادهای تابع کنوانسیون اعمال کرده است. اصول قراردادهای بازرگانی بین‌المللی مصوب مؤسسه یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی رم و اصول حقوق قراردادهای اروپایی به صراحت به مسئله شرط خسارت وارد شده‌اند. این اسناد با پذیرش اصل توافق طرفین بر خسارت عدم اجرای تعهد، امکان تعدیل شرط نامتناسب را پیش‌بینی کرده‌اند. آیا در قرارداد تابع کنوانسیون وین می‌توان از مقررات شرط خسارت که در اسناد بین‌المللی دیگر درج شده است، برای تکمیل موارد خلاء استفاده کرد؟

ماده ۶ کنوانسیون به طرفین قرارداد اجازه عدول از تمام یا برخی مقررات کنوانسیون را می‌دهد. آیا حکومت اراده مقرر در ماده ۶ که با درج شرط خسارت به تغییر نظام خسارت کنوانسیون منجر شده است، می‌تواند به معنای اعمال شرط در چارچوب کنوانسیون تلقی شود یا اینکه ماده ۴ کنوانسیون که اعتبار قرارداد را از قلمرو کنوانسیون خارج نموده است، ما را به اجرای قوانین داخلی کشورها هدایت می‌کند؟ آیا می‌توان از یک سو شرط خسارت را مطالبه کرد و از سوی دیگر با اعمال سازوکار مذکور در مواد ۷۴ الی ۷۸ کنوانسیون به مطالبه خسارت پرداخت و این دو را با یکدیگر جمع نمود؟

سوءتفاهم و اختلاف در اجرای کنوانسیون از دو موضوع نشأت می‌گیرد. مشکل نخست طرز تلقی قومیت‌گرا که تلاش می‌نماید عبارات و احکام کنوانسیون را در چارچوب معانی و اصول

1. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Apr. 11, 1980, 19 I.L.M. 668 [CISG].

موجود در نظام حقوقی داخلی تفسیر نموده و به کار گیرد. این مشکل بارها مورد انتقاد دکتربین و قضات دوران‌دیش واقع شده است. به زعم «لرد دیپلک»^۱ کنوانسیون نباید به وسیله قواعد فنی حقوق انگلیس یا رویه قضایی انگلیس، بلکه می‌بایست بر مبنای اصول کلی مورد قبول عام^۲ تفسیر شود. با این وجود همچنان مشاهده می‌شود که قضات و داوران تمایل دارند تا قانون ملی را به هزینه کنوانسیون اعمال نمایند. به زعم وی زبان کنوانسیون به وسیله یک مرجع انگلیسی انتخاب نشده است. نه سبک مرسوم تقنین انگلیسی در آن رعایت گردیده و نه اینکه به طور اختصاصی برای تفسیر به وسیله قضات انگلیس طراحی شده است (Zeller, 2006: 311-312).

این مشکل در ابتدای تدوین کنوانسیون نیز قابل پیش‌بینی بود. به همین دلیل تهیه‌کنندگان کنوانسیون آگاهانه تلاش نمودند تا از عبارات عامیانه غیرحقوقی استفاده نموده و از واژه‌های دارای دلالت‌های حقوقی داخلی کناره‌گیری کنند. مشکل دوم که موجب سوء اجرای این سند بین‌المللی می‌شود آن است که مواد خاص به طور مجزی و بدون توجه لازم به اصول مندرج در کنوانسیون اعمال می‌شود. تهیه کنوانسیون به طور هدفمند اصول کلی را در این سند درج کرده‌اند. این اصول همانند چسبی هستند که موجب انسجام کنوانسیون می‌شود و بدون آن فرآیند یکنواخت‌سازی قواعد تجاری بین‌المللی با اختلال مواجه می‌شود (Ibid. 314).

راه‌حل مشکلات مذکور در متن مشکل مستتر است. به طوری که در تفسیر و اجرای کنوانسیون دو اصل باید در نظر گرفته شود. اول اینکه تفسیر می‌بایست هماهنگ با خصوصیت و هدف کنوانسیون انجام شود. دوم اینکه کنوانسیون یک کارکرد خاص دارد و آن اینکه قواعد بین‌المللی متحد‌الشکل را جایگزین حقوق داخلی می‌کند (Honnold, 2005: N.16(B)).

اگر چه مسائل فوق با کلیت کنوانسیون و نحوه اجرای آن مرتبط است، اما نظام خسارت در کنوانسیون و خصوصاً شروط توافق بر خسارت از آن متأثر شده است. حقوق داخلی کشورها درباره شرط خسارت چنان متشدد است که رجوع به قوانین داخلی کشورها به استناد ماده ۴ کنوانسیون و یا به عذر فقدان حکم صریح مندرج در کنوانسیون باعث می‌شود ثبات و قابلیت پیش‌بینی که دستاورد اجرای قواعد متحدالشکل بین‌المللی است دچار مخاطره گردد. پذیرش شرط خسارت و اعمال آن با توجه به اصل حاکمیت اراده و با استناد به عرف بین‌المللی با هدف کنوانسیون انطباق بیشتری دارد و موجب هماهنگی میان این کنوانسیون و اسناد بین‌المللی دیگر از قبیل اصول قراردادهای بازرگانی بین‌المللی و اصول حقوق قراردادهای اروپایی می‌شود.

1. Lord Liplock cited in *Fothergill v. Monarch Airlines* (1980) 2 All ER696

2. Broad principles of general acceptance

۱- مفهوم شرط خسارت و جایگاه آن در حقوق داخلی

شرط خسارت عبارت از ارزیابی قراردادی خسارت و در مقابل ارزیابی قانونی و ارزیابی قضایی خسارت است. توافق مقطوعی است که به موجب آن طرفین قرارداد پیشاپیش میزان خسارت ناشی از عدم اجر یا تأخیر در اجرای قرارداد را معین می‌سازند. شرط خسارت جایگزین قواعد عمومی خسارت ناشی از نقض قرارداد است. یعنی در صورتی قابلیت مطالبه می‌یابد که متعهدله مطابق قواعد عمومی حق اقامه دعوی خسارت را داشته باشد. اما از آنجا که با توافق بر خسارت، اثبات خسارت از شرایط دعوی خسارت حذف شده است، کافی است که متعهدله وقوع تخلف یا نقض قرارداد را به اثبات برساند تا در دعوی مطالبه شرط خسارت به مقصود خود نایل گردد. کاهش خسارت دادرسی و هزینه‌های ارزیابی خسارت و احتراز از مشکلات اثبات خسارت از جمله دلایلی است که توافق بر خسارت را توجیه می‌کند. در بیان اهمیت شرط خسارت همین بس که با اعمال این شرط قواعد عمومی مطالبه خسارت و شرایط آن از قبیل مستقیم بودن خسارت، اصل قابلیت پیش‌بینی خسارت^۱ و اصل جبران کامل خسارت^۲ قابلیت اعمال خود را از دست می‌دهد.

بررسی مفهوم و مشخصات شرط خسارت در دو کشور انگلیس و فرانسه مبین تفاوت‌های عمیق میان دو کشور و ارزیابی کاملاً متفاوت آن‌هاست. این تعارض به دو کشور محصور نمانده است؛ و دو سیستم بزرگ کامن‌لا و رومی ژرمنی از این اختلافات متأثر شده‌اند.

در حقوق انگلیس توافق طرفین بر مبلغ قابل پرداخت در صورت نقض قرارداد به عنوان یک جایگزین برای قواعد خسارت در کامن‌لا محسوب می‌شود و چنانچه شرط خسارت مورد توافق معتبر باشد، قواعد خسارت کامن‌لا در رابطه با تخلف مورد نظر در شرط اعمال نمی‌شود (Willmott, 2001: 721). به طور کلی در انگلیس از این شروط به عنوان «شروط توافق بر خسارت»^۳ یاد می‌کنند و به طرفین قرارداد اجازه می‌دهند تا نتایج نقض قرارداد را شرط نمایند.

حقوق انگلیس در مقام شناسایی شرط خسارت بین دو مفهوم «خسارت مقطوع»^۴ و «شرط کیفری»^۵ قائل به تفکیک می‌شود به طوری که شرط خسارت مقطوع معتبر؛ اما شرط کیفری غیرقابل اجراء اعلام شده است. شرط خسارت مقطوع عبارت از تلاش واقعی برای پیش‌بینی خسارت ناشی از نقض قرارداد است. به محض اینکه یک شرط به عنوان خسارت

-
1. Contemplation principle
 2. Full compensation principle
 3. Agreed Damages Clauses
 4. Liquidated Damages
 5. Penalty Clause

مقطوع توصیف شد، مبلغ مقطوع، قابل پرداخت خواهد بود. صرف نظر از اینکه زیان واقعی بیشتر یا کمتر از مبلغ شرط شده باشد. آراء دادگاه‌های انگلیس نشان می‌دهد که خواهان نمی‌تواند خسارت غیرمقطوع را علاوه بر خسارت مقطوع که در قرارداد برای فرض وقوع خسارت تعبیه شده است، مطالبه کند و نیز نمی‌تواند از شرط خسارت مقطوع صرف نظر کند و برای خسارت غیر قراردادی اقامه دعوی نماید (McGregor, 2003: 427).

در حقوق انگلیس، شرط کیفری پیش‌بینی واقعی زیان متحمل‌ه در صورت نقض قرارداد نیست. بلکه برای تهدید طرف مقابل به منظور وادار کردن او به انجام تعهد اصلی یا برای تضمین اجرای قرارداد اصلی تعبیه و طراحی شده است (Ibid).

در حقوق فرانسه واژه شرط کیفری مذموم نیست و توافق طرفین درباره خسارت ناشی از نقض قرارداد شرط کیفری نامیده می‌شود. قانون مدنی در ماده ۱۲۲۶ شرط کیفری را تعریف نموده است. مطابق این تعریف، شرط کیفری، شرطی است که بر حسب آن یک شخص برای تضمین اجرای قرارداد به چیزی در فرض عدم اجراء ملتزم می‌شود.^۱

در حقوق فرانسه شرط کیفری به دو مفهوم شرط موسع و شرط مضیق تقسیم شده است. مفهوم مضیق شرط کیفری همان مفهوم تهدیدآمیز و ویژگی تضمینی شرط است که از مواد ۱۲۲۶ الی ۱۲۳۳ قانون مدنی تحت عنوان «تعهدات متضمن شروط کیفری»^۲ نشأت می‌گیرد. اما شرط کیفری در مفهوم موسع همان ارزیابی خسارت ناشی از نقض قرارداد است که در ماه ۱۱۵۲ قانون مدنی به آن اشاره شده است (Viney, 1988: N.229). برخلاف برخی کشورها از قبیل انگلستان که تمایز دو نوع از شروط مذکور آثار عملی مهمی به جا می‌گذارد، قانونگذار به هر دو نوع از شرط اعتبار بخشیده است. نویسندگان نیز شرط کیفری را به عنوان سلاخی با دو ماشه توصیف کرده‌اند که در ابتدا به عنوان تهدید و ابزار فشار بر مدیون به کار می‌رود و اجرای تعهدات قراردادی را تضمین می‌نماید و سپس در صورت تخلف متعهد از اجرای قرارداد به عنوان یک کیفر خصوصی در جهت جبران خسارت متعهدله استفاده می‌شود (Chabas, 1998: N.641).

سوءاستفاده از شرط کیفری قانونگذار فرانسه را وادار نمود تا در سال‌های ۱۹۷۵ و ۱۹۸۵ به اصلاح مواد ۱۱۵۲ و ۱۲۳۱ قانون مدنی پردازد و با انصراف از حکومت مطلق اراده به قاضی اجازه دهد تا شرطی را که در مقایسه با خسارت واقعی بسیار گزاف یا ناچیز است، تعدیل نماید.

1. La clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution.
2. Des obligations avec clause penales

در انگلستان نیز بعد از سنت تاریخی طولانی در مخالفت با شرط کیفری روبه قضایی در اواخر قرن بیستم و اوایل قرن جدید به سوی پذیرش شرط کیفری در قراردادهای تجارتي سوق یافته است. رأی سال ۱۹۹۳ کمیته قضایی شورای عالی سلطنتی بر اهمیت عدم مداخله در آزادی طرفین برای تعیین خسارت ناشی از نقض قرارداد تأکید نمود. مطابق این رأی دادگاه‌ها باید عمدتاً در جایی تمایل به مداخله داشته باشند که قرارداد متضمن دو طرفی است که قادر به حمایت از منافع تجارتي خود نباشند. همچنین در جایی که یکی از طرفین قادر است درباره انتخاب شروط قرارداد بر دیگری تفوق یابد، دادگاه‌ها باید بیشتر مراقبت نمایند مبنی بر اینکه خسارت قابل مطالبه یک شرط قراردادی گراف نباشد (Jill Poole, 2006: N.9-10-4-1)

در حقوق ایران نیز ماده ۲۳۰ قانون مدنی شرط خسارت را به طور کامل معتبر قلمداد نموده و دادگاه را از کاهش یا افزایش مبلغ شرط و انطباق آن با مقدار واقعی خسارت بازداشته است.

۲- نظام خسارت در کنوانسیون وین

حق مطالبه خسارت در نتیجه نقض قرارداد احتمالاً مهم‌ترین شیوه جبرانی است که توسط زیان‌دیده قابل استفاده است. حقوق خسارت مجموعه قواعد و اصول پیچیده‌ای است که در پشت قواعد مندرج در مواد ۷۴ الی ۷۶ کنوانسیون مخفی شده است.

حداقل مسئله یک مفسر در مواجهه با این مواد، مفاهیم متفاوت واژه «خسارت»^۱ در سیستم‌های حقوقی مختلف است. برای حل این مشکل برخی به پاراگراف اول ماده (۲) کنوانسیون روی آورده و در مقام اجرای اصول کلی حاکم بر کنوانسیون برآمده‌اند و برخی دیگر با اتکاء به پاراگراف دوم این ماده به دلیل وجود خلاء در مقررات کنوانسیون و فقدان اصول کلی به اجرای قانون قابل اعمال به واسطه قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی گرایش یافته‌اند.

ماده (۲) کنوانسیون مقرر می‌دارد مسائل مرتبط با کنوانسیون که به صراحت در آن بیان نشده است، بر طبق اصول کلی که کنوانسیون بر آن مبتنی است و در غیاب چنین اصولی مطابق با حقوق قابل اعمال به واسطه قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی حل و فصل می‌شود.

ماده (۲) در پیش‌نویس آنسیترال وجود نداشته و در طی مدت کنفرانس وین به پیش‌نویس اضافه شد. در واقع این ماده حاصل یک مصالحه در کنفرانس است. در پاسخ به کسانی که نگران اعمال قانون ملی در غیاب مقررات صریح کنوانسیون بودند، پاراگراف اول،

1. Damage

اجرای اصول کلی کنوانسیون را که در ماده ۱۷ کنوانسیون مربوط به قانون متحدالشکل راجع به بیع بین‌المللی کالا^۱ اشاره شده بود، تکرار کرد. از سوی دیگر در پاسخ به کسانی که در تشخیص و احراز اصول کلی کنوانسیون در همه دعاوی تردید داشتند، این نکته به عنوان پاراگراف دوم اضافه شد که در صورت فقدان چنین اصولی، دعوی مطابق با قانون قابل اعمال به وسیله قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی رسیدگی می‌شود (Honold, 1999: N.96).

مع هذا ماده ۷(۲) تنها در رابطه با مسائلی قابل استفاده است که تحت حکومت این کنوانسیون است و مسائلی همچون اعتبار قرارداد (ماده ۴ کنوانسیون) می‌بایست در انتظار تکمیل کنوانسیون‌های جداگانه بماند. از آنجا که این حوزه‌ها از کنوانسیون خروج تخصصی دارد، پر کردن خلاء مذکور برحسب ماده ۷(۲) شامل آن‌ها نمی‌شود (Ibid. N.98).

اگر چه کنوانسیون وین تا حد تفصیلی به موضوع خسارت می‌پردازد، اما تعدادی از مسائل عملی بغرنج که در بیشتر سیستم‌های حقوقی و همچنین در برخی متون مثل اصول قراردادهای بازرگانی بین‌المللی مؤسسه یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی (یونیدوا)^۲ مطرح شده است، در کنوانسیون مسکوت مانده است. این مسائل مشتمل بر زمان محاسبه خسارت، محاسبه خسارت آینده، دخالت مدعی در افزایش میزان خسارت^۳، تلف فرصت یا شانس، اثبات خسارت و نیز شرط خسارت است.

عرف تجارت بین‌الملل یکی از اصولی است که کنوانسیون مبتنی بر آن است و مطابق ماده ۹(۲) طرفین قرارداد به طور ضمنی چنین عرفی را بر تشکیل و اجرای قرارداد حاکم ساخته‌اند. برخی از مسائل راجع به خسارت که در کنوانسیون مسکوت است از جمله خسارات معنوی، خسارت آینده و از دست دادن فرصت‌ها با توجه به رویه تجارت بین‌الملل از جمله اصول یونیدوا تکمیل می‌شود (Sieg Eiselen, 2004: 11).

اما اینکه آیا درباره شرط خسارت نیز می‌توان از عرف تجاری خصوصاً ماده ۱۳-۴-۷ اصول یونیدوا^۴ استفاده کرد، نکته‌ای است که مستلزم بررسی بیشتر در ادامه مقاله است.

1. Convention Relating to a Uniform Law on the International sale of Goods –ULIS- (1964)

2. INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW(Unidroit)

3. Contributory Conduct of Claimant

4. ARTICLE 7.4.13

(Agreed payment for non-performance)

(1) Where the contract provides that a party who does not perform is to pay a specified sum to the aggrieved party for such non-performance, the aggrieved party is entitled to that sum irrespective of its actual harm.

(2) However, notwithstanding any agreement to the contrary the specified sum may be reduced to a reasonable amount where it is grossly excessive in relation to the harm resulting from the non-performance and to the other circumstances.

۲-۱- محدوده ماده ۷۴ کنوانسیون

مطابق ماده (۷۴) کنوانسیون جبران خسارت نقض قرارداد مشتمل بر مبلغ معادل با زیانی است که در نتیجه نقض قرارداد به طرف دیگر تحمیل شده است. جبران خسارت نمی‌تواند از زیانی که متخلف در زمان انعقاد قرارداد به عنوان نتیجه نقض قرارداد - در پرتو مسائلی که به آن آگاه بوده یا می‌بایست آگاه باشد - پیش‌بینی کرده یا می‌بایست پیش‌بینی می‌کرده، تجاوز نماید.

معیار ماده (۷۴) مختصر، اما در عین حال قاطع است. خسارت عبارت از زیانی مشتمل بر عدم النفع است که در نتیجه نقض قرارداد وارد می‌شود. بر حسب این معیار زیان‌دیده در موقعیتی قرار خواهد گرفت که گویی طرف دیگر به طور صحیح قرارداد را انجام داده است (Honold, op.cit: N.403); (Treitel, Remedies, 1982: N.82).

از ماده (۷۴) یک اصل کلی به نام جبران کامل خسارت^۱ اقتباس شده است که در موارد خلاء یا فقدان مقررات صریح بر طبق ماده (۷۲) کنوانسیون قابل اعمال است (Mohs, 2006: N.3). این اصل در مقام تشخیص مقدار خسارت قابل مطالبه توسط زیان‌دیده در موارد فقدان شرط خسارت مفید است. اما اعمال آن در مقام تجویز مطالبه خسارت مازاد بر شرط خسارت برخلاف ماهیت این نهاد حقوقی و سوءاستنباط آشکار از ماده (۷۴) کنوانسیون است. با درج شرط خسارت متعاقبین میزان خسارت ناشی از نقض قرارداد را از حکومت نظام خسارت کنوانسیون خارج کرده‌اند. به زعم برخی نویسندگان مطالبه زیان واقعی مازاد بر شرط خسارت مسئله‌ای راجع به محدوده خساراتی است که تحت حکومت کنوانسیون است و می‌تواند به وسیله ماده (۷۲) کنوانسیون با اعمال اصل کلی جبران کامل خسارت مندرج در جمله اول ماده (۷۴) حل و فصل شود (Ibid. N.3).

همین ترتیب در مورد زیان مازاد بر مقدار شرط خسارت قابل استفاده است. رأی شماره ۷۱۹۷ مورخ ۱۹۹۲ دیوان داوری اطلاق بازرگانی بین‌المللی مورد توجه این دسته از نویسندگان واقع شده است. مرجع داوری در رأی خود به زیان‌دیده حق مطالبه خسارت صرف نظر از محدوده شرط خسارت اعطاء کرده است. این دعوی به تخلف خریدار بلغاری در پرداخت قیمت به فروشنده اتریشی در داخل محدوده زمانی مورد توافق در قرارداد فروش مربوط است. دیوان داوری احراز نمود در حالی که طرفین هیچ قانون قابل اعمالی بر قرارداد مشخص نکرده‌اند، اعمال قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی هر دو کشور اتریش و بلغارستان به اجرای قانون اتریش

1. Full compensation principle

منجر می‌شود. با ملاحظه این واقعیت که کنوانسیون در سیستم حقوقی اتریش درج شده است، دیوان داوری تصمیم گرفت بر طبق ماده (b)(۱) از کنوانسیون، مفاد کنوانسیون را اعمال نماید. دیوان داوری تشخیص داد که خریدار با کوتاهی در افتتاح اعتبار اسنادی غیرقابل فسخ و غیرقابل تجزیه مقرر در قرارداد، مرتکب نقض قرارداد شده است. دیوان با اعمال حقوق داخلی اتریش متعاقب ماده (۲) کنوانسیون اعلام نمود که اجرای حق فروشنده برای مطالبه خسارت مغایر با شرط خسارت مندرج در قرارداد نیست.^۱

به زعم مرجع داوری فروشنده باید همه خسارات متحمل را جبران کند، اگر چه توافق خاصی برای محدودیت خسارت به وسیله شرط خسارت وجود داشته است. دیوان داوری از یک سو با استناد به پاراگراف آخر ماده (۲) شرط کیفی را تابع حقوقی داخلی کشور اتریش قرار داده و از سوی دیگر به طور موازی با اعمال ماده (۷۴) کنوانسیون به جبران خسارت زیان‌دیده رأی داده است. این طرز تلقی نه تنها با اجرای جامع نگر مقررات کنوانسیون منافات دارد و بدون ملاحظه اصول کنوانسیون از جمله ماده (۶) کنوانسیون اتخاذ شده است، بلکه حتی وصف جایگزینی خسارت و نیز مقطوع بودن شرط خسارت را نادیده گرفته است. از این رو رأی مرجع داوری به عنوان سوءتعبیر و سوءتفسیر از مقررات کنوانسیون مورد انتقاد واقع شده است (5: 1997, phanesh koneru).

۲-۲- عدول از مقررات خسارت کنوانسیون

مقررات خسارت در کنوانسیون حکم صریحی درباره شرط خسارت ندارد. اما آزادی اراده مندرج در ماده (۶) به متعاقدين اجازه می‌دهد تا بر روی شرط خسارت توافق کنند (Schlechtriem, Chwenzer, 2005: N.4.23(e), 48). مضمون غالب کنوانسیون بر اولویت و تفوق قرارداد استوار است. مهم‌ترین بیان ماده (۶) این است که ممکن است طرفین اثر هر یک از مواد کنوانسیون را تغییر دهند (Honnold, op.cit: N.74).

شرط خسارت به عنوان طرد مقررات ماده ۷۴ کنوانسیون در بسیاری از آراء داوری و قضایی مورد پذیرش قرار گرفته است.

رأی سال ۲۰۰۶ صادره از دادگاهی در ایالات متحده به صراحت اظهار می‌دارد حتی اگر کنوانسیون بر این دعوی حاکم باشد، مخصوصاً ماده (۶) مانع از این نخواهد شد که متعاقدين با درج شرط خسارت اثر ماده (۷۴) کنوانسیون را تغییر دهند (U.S. District Court, M.D. Pennsylvania, civ.A.1:05-cv-650: Unilex. Ciscg. Article 74).

1. (CISG case presentation, <http://ciscg3.law.pace.edu/cases/927197.il.html>, updated 2004).

دیوان داوری اطلاق بازرگانی بین‌المللی نیز در دعوی شماره ۹۹۷۸ مارس ۱۹۹۹ به نتیجه مشابهی دست یافته بود. دیوان ادعای خریدار درباره خسارت را با این استدلال رد کرد که درج یک شرط خسارت در قبال عدم تحویل مانع از استناد خریدار به مقررات مندرج در ماده (۷۴) کنوانسیون می‌شود (Jacobs, Huang, 2005: N.5).

در ۲۱ ژانویه ۱۹۹۷ در دعوی شماره ۱۹۷۲/۹۶ AR در بلژیک، دادگاه از اعتبار یک شرط خسارت حمایت نمود. با این استنباط که مواد (۷۴) الی (۷۶) کنوانسیون با درج شرط خسارت مستثنی شده است. در ۳۰ اکتبر ۱۹۹۳ نیز در دعوی شماره ۱۹۹۲/۱۲۵۱ دادگاه هلند یک مجازات قراردادی برای تأخیر در پرداخت را با این استنباط که مواد (۷۴) الی (۷۶) کنوانسیون حذف شده است، مورد حمایت قرار داد^۱ (Ibid. N.5).

برخی نویسندگان با اعمال ماده (۶) کنوانسیون (درباره امکان عدول از برخی مقررات کنوانسیون توسط طرفین) از طریق توافق بر شرط خسارت مخالفت نموده و بر اجرای شرط در چارچوب ماده (۷۴) پافشاری می‌کنند. به زعم ایشان تنها ماده قابل اعمال بر شرط خسارت ماده (۴) و سپس ماده (۷۴) کنوانسیون است. مسئله این است که آیا کنوانسیون اجازه تعیین چنین خسارتی را می‌دهد؟ اگر چنین اجازه‌ای وجود داشته باشد، فرض الغاء مواد کنوانسیون توسط متعاقدين به استناد ماده شش زاید و غیرضروری است. زیرا شرط خسارت می‌تواند به نحو قابل توجیهی با متن ماده (۷۴) منطبق باشد. ماده (۷۴) می‌گوید خسارت از زیان مورد پیش‌بینی یا قابل پیش‌بینی نباید تجاوز کند و شرط خسارت نیز یک پیش‌بینی خسارت است. بنابراین هیچ نیازی برای استناد به ماده (۶) و الغاء مقررات کنوانسیون نیست (Zeller, op.cit: P.317).

نویسنده با این استدلال به انتقاد از رأی داوری سال ۲۰۰۵ «سیتاک چین»^۲ برمی‌خیزد (داوران در این رأی استدلال کردند که درج یک شرط کیفری در قرارداد، در اجرای ماده (۶) کنوانسیون انجام شده است و ماده (۷۴) به طور ضمنی به نفع یک شرط خسارت کنار رفته است) (Ibid. 315).

مخاطرات اعمال این دیدگاه انتقادی در جایی است که زیان‌دیده اجازه یابد برای مطالبه خسارت اضافی، به ماده (۷۴) کنوانسیون استناد کند یا برای دریافت ما به التفاوت نرخ بهره علاوه بر آنچه که قوانین داخلی بر طبق ماده (۷۸) کنوانسیون به وی اعطاء می‌کنند، به ماده (۷۴) کنوانسیون استناد کند و عملاً نظام خسارت را که بر پایه اصول منطقی پایه‌ریزی شده است، دچار آشفتگی کند.

1. Recht bank van koophandel, Hasselt in Belgium, Arrondissementrechtbank Arnhem, Netherlands
2. China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC)

انتقاد مذکور در صورتی قابل توجیه است که توافق بر شرط خسارت به معنای عدول از تمام کنوانسیون تفسیر گردد. ماده (۶) کنوانسیون امکان انحراف کلی یا جزئی از مقررات آن را برای متعاقدين فراهم ساخته است. عدول و انحراف کامل به معنای اعمال قانون ملی بر حسب قواعد حل تعارض کشور مقر دادگاه است. در حالی که استثناء جزئی به منزله یک خلاء در مقررات کنوانسیون است که می‌بایست با تکیه بر اصول کلی کنوانسیون و خصیصه بین‌المللی و ضرورت هماهنگی در قلمرو آن مورد ارزیابی قرار گیرد.

ویژگی مقطوع بودن شرط خسارت و جایگزینی آن به جای مقررات عام خسارت مندرج در ماده (۷۴) کنوانسیون، برآمده از قصد متعاقدين است و امکان مطالبه خسارت بیشتر از شرط خسارت صرفاً با تفسیر قصد طرفین احراز می‌شود (Schlechtriem, Schwenzerr, op.cit: N.49, P.769).

از این رو اگر طرفین توافق کنند که شرط خسارت « بدون اخلال به هر گونه شیوه جبرانی دیگر قابل استفاده»^۱ اعمال شود، ظاهر بر این است که زیان دیده می‌تواند توأمان برای خسارت و شرط کیفری اقامه دعوی کند. او می‌تواند مقدار شرط را بدون نیاز به اثبات خسارت واقعی مطالبه کند، اما مطالبه خسارت علاوه بر مقدار شرط در صورتی به نتیجه می‌رسد که زیان دیده وظیفه اثبات خسارت را به انجام برساند (Mohs, Zeller, op.cit: N.3).

رای دیوان داوری اطاق بازرگانی بین‌المللی در دعوی شماره ۷۵۸۵ مورخ ۱۹۹۲ قابل توجه است. یک فروشنده ایتالیایی ماشین‌آلات، برای مطالبه خسارت و بهره علیه خریدار فنلاندی طرح دعوی نمود. زیرا خریدار در پرداخت قسط سوم از قیمت و اعلام اعتبار اسنادی مرتبط در موعد مقرر کوتاهی کرده بود. دیوان اعلام کرد که خریدار با کوتاهی در اعلام اعتبار اسنادی، شرایط مواد (۵۳) و (۵۴) کنوانسیون را رعایت نکرده است (این مواد ناظر به تعهد خریدار به پرداخت قیمت است).

دیوان داوری تشخیص داد که خسارت مورد ادعای فروشنده مشتمل بر نگهداری ماشین‌آلات تحویل نشده، هزینه‌های قانونی، هزینه‌های داوری و خسارت عدم النفع باید مطابق ماده (۷۴) کنوانسیون به عنوان زیان قابل پیش‌بینی تلقی شود. زیرا وقوع چنین خسارتی در صورت فسخ قرارداد به دلیل تخلف طرف مقابل معمول و متعارف است. همچنین دیوان داوری با اشاره به پاراگراف اول ماده ۷(۲) درباره اصول کلی مندرج در کنوانسیون، علاوه بر خسارت ماده (۷۴)، «گرامت تجریدی»^۲ مذکور در شرط خسارت را نیز به فروشنده اعطاء نمود (<http://cisg3.law.pace.edu/case/997585il.html>)

1. without prejudice to any other remedy available

2. Compensation Fee

به نظر می‌رسد اشاره دیوان داوری به بند اول ماده (۲) ۷ به مفهوم اولویت و تقدم قصد مشترک طرفین قرارداد و اعمال اصل آزادی اراده متعاقدين است که در روح کنوانسیون مستتر است. مطابق قرارداد اگر توافق به دلیل تخلف خریدار یا تقاضای وی حتی در فرض قوه قاهره فسخ شود، فروشنده می‌تواند سی درصد قیمت را به عنوان «گرامت تجریدی» دریافت کند. حقوق فروشنده برای گرامت تجریدی چیزی علاوه بر خسارت است. گرامت تجریدی عبارت است از یک قیمت با یک عوض در مقابل فسخ قرارداد. اشاره به قوه قاهره و مسئولیت خریدار به‌رغم تحقق اسباب معافیت از مسئولیت (ماده ۷۹ کنوانسیون) مبین ماهیت متفاوت گرامت مزبور نسبت به خسارت است.^۱

رأی دیوان داوری از جهت دیگری مورد نقد قرار گرفته است. اگر چه کنوانسیون به «گرامت تجریدی» نپرداخته است. اما این مسئله می‌تواند تحت اصول کلی کنوانسیون یعنی اصل آزادی قراردادی، معامله منصفانه و رعایت حسن نیت و نیز جبران خسارت کامل تحلیل شود. اصل آزادی قراردادی مستلزم اجرای شرط گرامت تجریدی است. همان کاری که دیوان داوری در رأی خود به آن مبادرت ورزید. این در حالی است که از سوی دیگر بر طبق مواد ۷۴ الی ۷۸ کنوانسیون کلیه خسارات قابل پیش‌بینی متحمله توسط فروشنده به طور کامل جبران شده بود. لذا شرط گرامت تجریدی می‌بایست در پرتو اصول حسن نیت و معامله منصفانه مورد بررسی قرار گیرد (8: Koneru, op.cit).

به احتمال زیاد این فروشنده است که پیش‌نویس قرارداد را آماده نموده و خریدار صرفاً به آن ملحق شده است. زیرا در حالی که برای فروشنده گرامتی ماورای مقررات کنوانسیون قائل شده، خریدار را حتی از حقوق جبران خسارت مصرحه در کنوانسیون نیز محروم ساخته است. مطابق توافق در صورت نقض قرارداد توسط فروشنده، صرفاً مبالغ پرداختی خریدار بدون هیچ بهره‌ای به او بازگردانده می‌شود. در این موقعیت مطابق اصول حاکم بر تفسیر قراردادهای بین‌المللی هر گونه ابهام و اجمال در شرط می‌بایست علیه تنظیم‌کننده شرط (فروشنده) تفسیر شود (Ibid).

مرجع رسیدگی می‌بایست بعد از جبران خسارت کامل از خواهان، ادعای مبالغ اضافی را با معیار حسن نیت ارزیابی کند. این قابل تأمل و تردید است که خریدار خواسته باشد مسئولیت پرداخت تقریباً هشتاد درصد قیمت قرارداد را بر عهده بگیرد (پنجاه درصد تفاوت قیمت بازار در اجرای ماده ۷۴ کنوانسیون به علاوه سی درصد گرامت تجریدی) بدون اینکه ماشین‌آلات موضوع قرارداد را به دست آورد.

1. [Http://Albert.kritzer](http://Albert.kritzer) (Editor), Editorial remarks, pace law 6 B (agreement to apply convention).

به زعم منتقدان، رأی دیوان داوری تردیدهایی درباره توانایی نهاد داوری اطاق بازرگانی بین‌المللی برای ترویج رعایت حسن‌نیت در تجارت بین‌الملل ایجاد کرده است (Ibid). اما به نظر می‌رسد توافق متعاقدين چنان صریح و عاری از ابهام است که اعمال حسن‌نیت برای جبران وضعیت معاملاتی نابرابر یا جبران اشتباه محاسباتی یا مالی متعاقدين، اعتبار نهاد داوری را مخدوش نموده و تزلزل و بی‌ثباتی در معاملات بین‌المللی را دامن می‌زند. بنابراین تعدیل غرامت تجربیدی در صورتی امکان‌پذیر است که اوضاع و احوال مسلم حاکم بر قرارداد اجازه چنین دخالتی را به مرجع رسیدگی داده باشد. همان‌طور که «جان هانولد» در یک نمونه اظهار داشته است، حسن‌نیت مندرج در ماده (۷۱) به معنای فراهم کردن یک شیوه جبرانی کلی در مقابل تقلب^۱ نیست. بلکه اصل حسن‌نیت فقط برای تفسیر کنوانسیون استفاده می‌شود (Honnold, op.cit, N.65(a)).

مسئله تقلب یک مصداق از عدم مداخله اصل حسن‌نیت است و به مسائل دیگری همچون شروط غیرمنصفانه و اجحاف‌آمیز در قراردادها قابل تسری است.

۳- اجرای شرط خسارت در کنوانسیون

در کارهای مقدماتی کنوانسیون وین ماده‌ای درباره شرط خسارت مقطوع در مجله ۱۹۷۷ آنسیترال در پیش‌نویس کارگروه «sales» ملاحظه شده است.^۲ برای ایده تنظیم قواعد متحدالشکل نسبت به شرط خسارت مقطوع حمایت‌ها و توجیه‌های قابل توجهی وجود داشت. کمیته تدوین مقررات، چنین قواعدی را بسیار مطلوب می‌دید. زیرا قواعد مربوط به شرط خسارت بسیار متنوع هستند و لازم است یک همکاری عملی در تجارت بین‌الملل برای یکنواختی اعمال آن‌ها صورت بگیرد. اما کمیته نتوانست درباره زبان مناسب برای اجتناب از مشکلات فنی پیش‌نویس پیشنهادی به توافق برسد و لذا تصمیم گرفت بررسی این مسئله را به دلیل محدودیت زمانی به تعویق اندازد. به زعم کمیته مزبور بهتر است این مسئله به موجب سند دیگری تحت پوشش قرار گیرد (koneru, op.cit: 9).

در نتیجه اگر چه اصل کلی مبتنی بر درج شرط خسارت در کنوانسیون رد نشده است و متعاقدين مجاز هستند تا به موجب ماده (۶) کنوانسیون از معیارهای خسارت مندرج در کنوانسیون

1. Fraud

2. Jhon o Honnold, documentary history, supra note 3, at 354 (phanesh koneru, op.cit, pace law).

عدول نمایند. اما در طی کنفرانس وین توافق شد که کنوانسیون شامل این مسئله نباشد (Schlechtirem, schwenzerr, op. cit: N. 49, P.769). سکوت کنوانسیون درباره شرط خسارت این سؤال را ایجاد می‌کند که آیا توافق متعاقبین بر خسارت تابع حقوق داخلی است که بر اساس قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی تشخیص داده می‌شود یا اینکه این توافق در چارچوب اصول حقوقی و عرف تجارت بین‌الملل مورد ارزیابی قرار می‌گیرد و نیازی برای مراجعه به حقوق داخلی متنوع کشورهای عضو نیست؟

۳-۱- اعمال حقوق داخلی

مطابق دیدگاه غالب در آراء قضایی و داوری شرط خسارت مصداقی از بند اول ماده ۴ کنوانسیون است. به موجب ماده (۴)، این کنوانسیون تنها بر تشکیل قرارداد بیع و حقوق و تعهدات فروشنده و خریدار ناشی از چنین قراردادی حاکم است. بند اول از ماده (۴) مسائل مرتبط با اعتبار قرارداد یا هر یک از مواد آن را از حوزه قلمرو کنوانسیون مستثنی نموده است. در واقع اعتبار یک قرارداد یا یک شرط مسئله‌ای مربوط به نظم عمومی است که در کنوانسیون پاسخی ندارد و به حقوق قابل اعمال داخلی واگذار شده است. تأخیر فراوان در انعقاد کنوانسیون، اعضاء را ناچار ساخت تا مسئله اعتبار قرارداد را از حوزه کنوانسیون خارج نمایند.

اگر چه کنوانسیون به طور کلی مسئله اعتبار قرارداد را به قانون داخلی قابل اعمال واگذار کرده، اما خود در بعضی مواد درباره امور مرتبط با اعتبار قرارداد اتخاذ تصمیم نموده است؛ از جمله ماده (۱۱) مقرر می‌دارد که نیاز نیست قرارداد بیع بین‌المللی کالا به طور کتبی منعقد شده یا اثبات شود و محتاج به هیچ شرط دیگری برای تشکیل قرارداد نیست. به‌رغم این حکم صریح در برخی سیستم‌های حقوقی شرط شکلی برای قرارداد فروش کالا به عنوان مسئله‌ای مربوط به اعتبار قرارداد تلقی می‌شود (The uncitral Digest of the Case Law on the CISG, 2004).

کنوانسیون خود به صراحت نمونه‌هایی از مسائل غیرمرتبط با این معاهده را تصریح می‌نماید. اما برخی مسائل دیگر بر حسب تشخیص مراجع حل اختلاف به عنوان مصادیق خارج از حوزه کنوانسیون قلمداد شده‌اند. اعتبار شرط انتخاب مرجع رسیدگی، اعتبار توافق حل و فصل اختلافات، اثر قرارداد بر اشخاص ثالث و اعتبار شرط کیفری از جمله مصادیق بند (a) ماده (۴) در رویه قضایی و آراء داوری هستند (Ibid).

یک مثال واضح از موضوع اعتبار قرارداد، فروش محصولات معینی همانند هروئین است که در حقوق داخلی ممنوع بوده و قراردادهای مربوط به چنین معاملاتی نامشروع و فاقد اعتبار

است. اثر قواعد کنترل معاملات مانند اعمال قواعد رقابت غیرمنصفانه در زمره مسائل مربوط به اعتبار توافق است. یک تولیدکننده ایتالیایی کالای مد (S) به (B) که یک شرکت آلمانی است، اجازه توزیع کالای خود را داد. (B) ادعا نمود که چارچوب توافق قواعد رقابت غیرمنصفانه را نقض کرده است. مرجع حل اختلاف با استناد به ماده (a) ۴ کنوانسیون اعلام نمود که اعتبار توافق مزبور در ارتباط با شروط غیرمنصفانه داخل محدوده کنوانسیون نیست (Honnold, op.cit: N.64 (B) , 65(a)).

همچنین کنوانسیون جایگزین قواعد داخلی درباره اثر جنون، صغر یا فقدان اهلیت طرف دیگر قرارداد نمی‌شود و مسائل مزبور در محدوده اعتبار قرارداد قرار می‌گیرد (Ibid. N.66(b)). دیوان داوری اطلاق بازرگانی بین‌المللی در دعوی شماره ۹۹۷۸ مورخ ۱۹۹۹ اعلام کرد «... به منظور احراز اعتبار شرط کیفری از آنجا که این موضوع بر طبق ماده (۴) از قلمرو کنوانسیون حذف شده است، دیوان داوری به حقوق داخلی دیگری که نسبت به قرارداد قابل اعمال است مراجعه می‌کند» (Jacobs, op.cit: N.7).

در دعوی شماره ۷۱۹۷ مورخ ۱۹۹۲ نیز دیوان داوری ICC اعلام نمود که شرط کیفری مشمول کنوانسیون نیست و بر اساس حقوق قابل اعمال داخلی یعنی حقوق اتریش حل و فصل می‌شود (Http://unilex.cisg. Article 74).

در سال ۱۹۹۷ در دعوی شماره AR۱۹۷۲/۹۶ دادگاه بلژیک اظهار داشت که اعتبار شرط کیفری مندرج در شروط استاندارد تابع حقوق داخلی بلژیک است که به موجب آن چنین شرطی غیرمعتبر است (Rechtbank van koophandel, Hasselt, Ibid).

دادگاه فرجام هلند در سال ۱۹۹۵ برای توجیه اعمال حقوق داخلی از راه دیگری وارد شد. در حالی که فرجام‌خواه بر اساس مقررات کنوانسیون از جمله شرط حسن‌نیت، به دنبال تعدیل مقدار مجازات بوده است، دادگاه اظهار داشت که هیچ‌یک از مواد کنوانسیون مبنایی برای تعدیل کیفر نیست و هیچ‌یک از مواد آن معلوم نمی‌کند که آیا کیفر مورد توافق مقطوع است یا اینکه می‌تواند تعدیل شود. دادگاه با توجه به خلاء کنوانسیون با استناد به ماده (۲) ۷ آن با اعمال قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی به قانون داخلی آلمان مراجعه نموده و از شرط کیفری حمایت کرد (Marie-France papandréou- Detrrville Maitre de conferences, 1995).

اعمال ماده (۲) ۷ کنوانسیون به این معنا است که در صورت اثبات اصل کلی حقوقی، شرط خسارت تابع کنوانسیون است و در صورت فقدان چنین اصلی، قانون داخلی بر اساس قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی اعمال می‌گردد. در حالی که ماده (۷) در ارتباط با مسائلی

قابل اعمال است که در حکومت کنوانسیون قرار دارد. اگر مسئله اعتبار شرط خسارت به عنوان مصداقی از بند اول ماده ۴ محسوب گردد، به طور کلی تابع قوانین داخلی است و قاضی نباید اصلاً به دنبال قواعد و اصول کلی باشد که کنوانسیون بر آن بنا شده است. در پایان این بحث ذکر دو نکته ضروری است: نخست با فرض اینکه اعتبار قرارداد یا هر عرف مربوط به قرارداد تابع کنوانسیون نیست، محکمه یا دیوان داوری برای تشخیص اعتبار شرط خسارت باید به کدامیک از قوانین ملی (داخلی) مرتبط با قرارداد مراجعه کند؟ اکثر مؤلفان معتقدند که قانون قرارداد بر طبق قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی مربوط به قانون محل دادگاه^۱ تعیین می‌شود (Schlechtriem, ... , op.cit: N.49, P.769).

پاراگراف دوم ماده ۷(۲) کنوانسیون موارد خلاء و سکوت در کنوانسیون را به قانون حاصله از فرآیند مذکور ارجاع داده است و قرینه‌ای بر آن است که همین قانون ملی در موارد موضوع ماده (۴) کنوانسیون نیز (یعنی اعتبار قرارداد و انتقال مالکیت مبیع) حکومت دارد. اما برخی دیگر از مؤلفان با انجام تفسیر مبتنی بر اهداف حمایتی، اعمال حقوق کشوری را ترجیح می‌دهند که متعهد در حوزه آن دارای محل تجارتي یا محل سکونت است (Stoll, International privatrechtliche Fragen, P.511 et seq). مطابق این استدلال اعتبار شرط خسارت بر اساس قانون دولت محل اقامت متعهد متخلف مورد ارزیابی قرار می‌گیرد. اگر چه نمونه‌ای از رویه قضایی یا داوری برای پذیرش این راه‌حل در دعوای اعتبار قرارداد (ماده ۴ کنوانسیون) در دست نیست.

نکته دوم اینکه محققان تأکید دارند که ماده (a) ۴ کنوانسیون با واگذاری امر اعتبار^۲ به حقوق داخلی، معبر بزرگی برای گریز از قواعد متحد الشکل کنوانسیون ایجاد خواهد کرد. در واقع رویه قضایی متشدد، نگرانی درباره از دست رفتن اهداف کنوانسیون و تحقق یک واگرایی به جای همگرایی در اجرای یکنواخت کنوانسیون مزبور را افزایش داده است. لذا این دیدگاه نصح گرفته است که قواعد داخلی راجع به اعتبار مثل شرط حسن‌نیت^۳ یا قواعد نظارت بر شروط معافیت از مسئولیت در قبال کالای معیوب ممکن است آن هنگام که قرارداد مطابق مقررات کنوانسیون از جمله ماده ۸ (اعمال قصد متعاقدين) و ماده ۷۹ (معافیت از مسئولیت) تفسیر می‌شود، غیرقابل اعمال باشد (Honnold, op.cit, N.67 (c)). یعنی اینکه مرجع حل اختلاف

1. Lex Fori
2. Validity
3. Goodfaith

از احراز اعتبار شرط بر طبق قوانین داخلی صرف‌نظر نموده و صرفاً به تطبیق و تشخیص شرایط مندرج در کنوانسیون و قرارداد متعاقدين می‌پردازد.

به زعم «هانولد» ماهیت بر عنوان و نام‌گذاری ترجیح دارد. اعتبار قرارداد و شرایط آن در صورتی از کنوانسیون مستثنی می‌شود که به تشکیل قرارداد و حقوق و تعهدات طرفین مربوط نباشد. زیرا در صدر ماده ۴ کنوانسیون، انعقاد قرارداد بیع و حقوق و تعهدات طرفین مشمول کنوانسیون قرار گرفته است. به این ترتیب شرط خسارت می‌بایست در پرتو ضرورت یکنواختی در اعمال و رعایت حسن‌نیت در تجارت بین‌المللی تفسیر شود و اصول کلی کنوانسیون برای تفسیر و اجرای شرط مورد استفاده قرار گیرد. اصولی از قبیل قابلیت پیش‌بینی خسارت که به نحو بارزی در شرط خسارت تجلی یافته است و اصل حکومت اراده و استثنایی بودن اجرای ماده ۴ در مراجعه به قوانین داخلی کشورها ما را به پذیرش شرط خسارت در چارچوب کنوانسیون سوق می‌دهد (Zeller, 2011: 13).

۳-۲- اعمال قواعد تجارت بین‌الملل

نتیجه تحولات دکترین، ترویج رعایت عرف تجارت بین‌الملل در هنگام بررسی و تفسیر شرط خسارت است. به همین دلیل با اتکاء به ماده (۱) ۱۳-۴-۷ از اصول قراردادهای بازرگانی بین‌المللی یونیدوا و نیز ماده (۱) ۵۰۹:۹ اصول حقوق قراردادهای اروپایی^۱ فرض بر اعتبار شرط خسارت قرار گرفته است (Schlechtriem, ..., op.cit, N.49, P.770); (see also stroll Fs kegel 11, 623 at seq 659) مطابق اصول یونیدوا در جایی که قرارداد مقرر نماید طرفی که تعهد خود را انجام نداده است، مبلغ معینی به طرف زیان‌دیده در قبال عدم اجراء پرداخت کند، زیان‌دیده صرف‌نظر از زیان واقعی خود استحقاق آن مبلغ را دارد. اصول حقوق قراردادهای اروپایی نیز در حکمی مشابه اظهار می‌دارد اگر قرارداد مقرر نماید که متخلف مبلغ معینی به زیان‌دیده در قبال عدم اجراء پرداخت کند، زیان‌دیده باید همان مبلغ را صرف‌نظر از زیان واقعی خود مطالبه کند.

در این دیدگاه رویه تجارت بین‌الملل درباره شرط خسارت مورد توجه قرار گرفته، اما در استنتاج نهایی احتیاط شده و رویه مزبور و قواعد تثبیت شده آن به عنوان یک فرض اولیه تقلیل یافته است. به نظر می‌رسد نتیجه برجسته‌ای از این فرض حاصل نخواهد شد؛ چرا که فرض کلی صحت و اعتبار توافق در همه سیستم‌های حقوقی پذیرفته شده است؛ مگر اینکه قائل به یک فرض تخلف‌ناپذیر شده و ذی‌نفع از اثبات عدم اعتبار شرط خسارت بر حسب قوانین داخلی محروم گردد.

1. Principles of European Contract Law (PECL)

در واقع کنوانسیون و اصول یونیدوا از سه مبنای مشترک در نظام خسارت تبعیت می‌کند. مبنای اول آن است که متخلف مسئول جبران خسارت کامل از زیان‌دیده در مقابل هر گونه خسارت مالی متحمله مشتمل بر عدم النفع است.^۱

مبنای مشترک دوم این است که دعوای خسارت صرف‌نظر از هر گونه شیوه جبرانی دیگر که ممکن است زیان‌دیده در اختیار داشته باشد، قابل استفاده است (Staudinger/Magnus, Art 74, Rn8(Ibid. N.c)).

مبنای سوم این است که متخلف تنها در قبال خساراتی مسئول است که واقعاً به وسیله او در زمان انعقاد قرارداد پیش‌بینی شده یا قابل پیش‌بینی بوده است (Ibid. N.(C)).

اما نظام خسارت در اصول یونیدوا وسیع‌تر و تفصیلی‌تر از کنوانسیون است. به طوری که بعضاً برای تکمیل موارد خلاء در کنوانسیون از اصول مزبور استفاده می‌شود و همین موارد، دیوان داوری اطاق بازرگانی روسیه را به این نتیجه سوق داده است تا قواعد شرط خسارت در اصول یونیدوا را به عنوان رویه بین‌المللی به قراردادهای تابع کنوانسیون تسری دهد.

رأی داوری سال ۱۹۹۷ فدراسیون روسیه نقطه عطفی برای گرایش به قواعد تجارت بین‌الملل درباره شرط خسارت در چارچوب کنوانسیون است. این رأی توسط دیوان داوری بازرگانی بین‌المللی در اطاق بازرگانی و صنعت فدراسیون روسیه در دعوای میان فروشنده بلغاری (خواهان) و خریدار روسی (خواننده) صادر شده است (Http://cisg3.law.pace.edu/case/970650 r1.htm1, pace law, 2005).

قرارداد موضوع دعوی مقرر می‌دارد که مبلغ معینی بر حسب توافق طرفین در صورت نقض قرارداد پرداخت شود. وقتی که خواننده قرارداد را نقض نمود، خواهان پرداخت مبلغ معین در شرط را مطالبه کرد. خواننده از دیوان داوری تقاضا کرد که مبلغ مورد پرداخت را کاهش دهد. دیوان داوری اظهار داشت بر طبق ماده ۹(۲) کنوانسیون چنین استنباط می‌شود که طرفین به طور ضمنی، عرفی را که از آن آگاه بوده‌اند یا می‌بایست آگاه باشند و در تجارت بین‌الملل به طور گسترده شناخته شده است و به طور منظم به وسیله طرفین قراردادهایی متضمن آن نوع خاص از تجارت رعایت می‌شود، نسبت به قرارداد خود یا تشکیل آن قرارداد اعمال کرده‌اند، مگر اینکه طور دیگری توافق شود.

دیوان بر مبنای این ماده، اصول قراردادهای بازرگانی بین‌المللی یونیدوا را به عنوان عرف

1. (Honsell/schönle Art 14 Rn b; Honnold Ibid, 417 at 456 (Sieg Eiselen, op.cit,N.c.pace law).

بین‌المللی اعمال نمود. به زعم دیوان، اصول یونیدوا رویه حقوقی بین‌المللی را منعکس می‌کند و مقدمه اصول مذکور تصریح نموده است که ممکن است از این اصول برای تفسیر یا تکمیل اسناد حقوقی متحدالشکل بین‌المللی استفاده شود.

اگر چه دیوان داوری به طور فرعی به قانون ملی قابل اعمال یعنی قانون بلغارستان اشاره نمود و به این نتیجه دست یافت که قوانین بلغارستان اصولاً احتمال تقلیل کیفر معین در قرارداد را رد نمی‌کند^۱، اما تصمیم داوری بر مبنای ماده (۲) ۱۳-۴-۷ اصول یونیدوا اتخاذ شد و مبلغ مورد ادعا به میزان پنجاه درصد از مبلغ اصلی مورد شرط تقلیل یافت. مطابق ماده (۲) ۱۳-۴-۷ مبلغ توافق صرف‌نظر از هر گونه توافق مغایر اگر در مقایسه با زیان ناشی از عدم اجراء و اوضاع و احوال دیگر به طور فاحش گزاف باشد، ممکن است تقلیل داده شود.

دیوان داوری با امعان‌نظر به اینکه هر دو کشور بلغارستان و روسیه که محل اصلی تجارت خریدار و فروشنده در این دو کشور قرار دارد، کشورهای متعاقد و عضو کنوانسیون هستند، این کنوانسیون را به عنوان قانون قابل اعمال بر روابط طرفین قرارداد اجراء نمود. اما بدون اعتناء به مسئله اعتبار شرط و تحلیل راجع به خروج آن از محدوده کنوانسیون برحسب ماده (۴)، موضوع اختلاف را در حیطه ماده (۹) قرار داده و قواعد عرفی تجارت بین‌الملل را نسبت به آن اعمال کرد.

استنتاج دیوان داوری راهکاری برای گریز از اجرای قوانین داخلی است. اما به زعم موافقان اعمال قانون داخلی نه ماده (۴) کنوانسیون اجازه اعمال مقرراتی غیر از قانون داخلی را می‌دهد و نه مقدمه اصول یونیدوا به تجویز این راهکار می‌پردازد؛ زیرا مقدمه اصول یونیدوا نیز امکان استفاده از راه‌حل‌های خود را در جایی فراهم می‌کند که امکان تعیین قواعد قانون قابل اعمال فراهم نباشد. در حالی که ماده (۴) کنوانسیون درباره قانون قابل اعمال به صراحت تعیین تکلیف کرده است.

بسیاری از آراء قضایی یا داوری با توجه به مذاکرات منتهی به کنوانسیون و نیز ماده (۴) کنوانسیون همچنان به اعمال قوانین داخلی ملتزم هستند. برخی نویسندگان با اشاره به اینکه طرز تلقی بسیار متفاوتی در سیستم‌های حقوقی مختلف درباره شرط خسارت وجود دارد، اظهار می‌دارند که کنوانسیون تعمداً به موضوع شرط کیفری و خسارت مقطوع نپرداخته است. لذا مقررات متنوع حقوق بین‌الملل خصوصی درباره اعتبار شرط خسارت تصمیم می‌گیرد و قانون

۱. قوانین بلغارستان درباره شرط خسارت در طول سال‌های قبل تغییر یافته بود. اما اصولاً احتمال تقلیل کیفر را رد نمی‌کند. قانون راجع به اصلاح مجموعه قوانین تجاری بلغارستان در سال ۱۹۹۶ مقرر می‌دارد که در معاملات تجاری، کیفر نمی‌تواند تقلیل یابد (ماده ۳۰۹) اما مطابق ماده (۱۱) این قانون، قاعده مزبور فقط نسبت به معاملات آینده اعمال می‌شود. قرارداد موضوع دعوی قبل از تصویب این قانون منعقد شده بود (همان منبع).

ملی قابل اعمال را تشخیص می‌دهد و اصول یونیدوا نمی‌تواند هیچ‌گونه کمک تفسیری به کنوانسیون بنماید (Eiselen, op.cit, N.(O)).

سکوت کنوانسیون درباره شرط خسارت به معنای مخالفت آن با چارچوب کنوانسیون یا واگذاری توافق طرفین به تمایلات گوناگون حاکمیت‌های داخلی نیست. در واقع کنوانسیون فرصتی فراهم آورده است تا موارد خلاء با تحولات حقوقی و اقتصادی روز هماهنگ گردد. این تحولات امروزه در عرصه داخلی و نیز بین‌المللی به سوی پذیرش شرط خسارت به عنوان جایگزین قواعد عام خسارت و تعدیل آن در موارد استثنایی سوق یافته است.

نتیجه‌گیری

توافق قبلی متعاقبین بر خسارت ناشی از نقض قرارداد به علت فقدان حکم صریح در پذیرش یا رد آن در لابلای مقررات متنوع کنوانسیون فراوانی را تجربه کرده است. ارجاع به قوانین داخلی کشورها به دلیل تشتت و پراکندگی سیستم‌های حقوقی مختلف، طرفین قرارداد را با موقعیت‌های پیش‌بینی نشده مواجه می‌کند و تعادل حقوق و تعهدات ناشی از قرارداد را دچار اختلال می‌نماید. ثبات قرارداد و امنیت معاملات اقتضاء دارد تا انتظارات مشروع متعاقبین از نتایج قرارداد در بالاترین سطح تأمین گردد.

برخی تفسیرها در پی خروج شرط خسارت از بند اول ماده ۴ کنوانسیون و رهایی از تکلیف مراجعه به قوانین ملی است و به اعمال اصول کلی کنوانسیون و تمسک به حکومت اراده برای تنفیذ شرط خسارت در چارچوب کنوانسیون می‌پردازد. این دسته از آراء اگر چه با مصلحت کنوانسیون و طرفین دعوی سازگاری دارد، اما بسیاری از مسائل مناقشه‌انگیز از قبیل مطالبه توأمان شرط خسارت و خسارت ناشی از نقض قرارداد، اجتماع تعهد اصلی و شرط خسارت و سرانجام تعدیل شرط خسارت را بدون پاسخ می‌گذارد و کنوانسیون را از آخرین دستاوردهای حقوق تجارت بین‌الملل محروم می‌سازد.

اعمال مستقل کنوانسیون و اصرار بر حاکمیت اراده بدون مراجعه به عرف و رویه تجارت بین‌المللی که مبین توافق و تشریک مساعی جامعه بین‌المللی برای رسیدن به راه‌حل‌های واحد است، به نتایجی منجر می‌شود که به اندازه ارجاع به قوانین ملی کشورها نامطلوب و ناگوار است. رجوع به عرف بین‌المللی و اصول کلی حقوقی که بر اساس اسناد بین‌المللی از قبیل اصول قراردادهای بازرگانی بین‌المللی یونیدوا و اصول قراردادهای اروپایی تکوین و تکامل یافته است، با هدف کنوانسیون و ضرورت اعمال متحدالشکل آن هماهنگی بیشتری دارد.

منابع

1. Eiselen, Sieg; 2004, **Remarks on the Manner in which the Unidroit Principle of International Commercial Contracts May be Used to Interpret or Supplement Article 14 of the CISG**. Available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/principles/uni74.html>, Last visited 2011/7.
2. Chabas, Francois; 1998, *Leçons de Droit Civil*, tome II, obligations, 9th ed, delta.
3. Jacque Ghestin, Genevieve Viney; 1988, *les obligations*, la responsabilite: effets, paris: L.G.D.G.
4. Honnold, John O; 1999, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3rd ed, Kluwer Law International Publication, Last Updated 2005. Available at: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ho74.html>, Last visited 2011/6.
5. Jacobs QC, Marcus s and yanming, Huang; 2005, "Arbitrator Powers and duties under Article 114 of Chinese Contract Law" in Awarding Damages in China in Respect of a Dispute Under a Contract Governed by CISG. Available at: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/jacobs1.html>, Last visited 2011/6.
6. Schlechtriem, Peter; Chwenzer, Ingeborg; 2005, *Commentary on the UN Convention on International Sale of Goods*, Oxford, 2th ed.
7. Koneru, Phanesh; 1997, "The International Interpretation of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods", an Approach Based on General Principles, Comments on Liquidated Damages/ Penalty Clause Issues. Available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/koneru.html>, Last visited 2011/5.
8. Albert, Kritzer; (Editor), **Editorial Remarks, Pace Law GB (Agreement to Apply Convention)**. Available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio>, Last visited 2011/7.
9. Harvey, McGregor; 2003, *Damages*, 17 th ed, London, sweet & Maxwell.
10. Mohs, Florian; Dr. Zeller, Bruno; *Commentary Penalty and Liquidated Damages Clauses in CISG Contracts*. Available at: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/zeller-mohs.html>.
11. France Papandreou, Marie; detville maitrede conferences, Universite de Straburg, Case Comment, cisg. Edu/ cases/ 650822. Available at: <http://www.cisg.law.pace.edu/cases/941005n1.html>, Last visited 2011/5.

12. Poole, Jill; 2006, *Textbook on Contract Law*, 8th ed , Oxford University Press.
13. Uncitral Digest of Case Law, 2005, *Pace Law School*. Available at: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/e-text-06.html>, Last visited 2011/8.
14. Willmott, lindy; 2001, *Contract Law*, Oxford University Press.
15. Zeller, Bruno; 2011, **Penalty Clauses: Are They Governed by the CISG?** 23 *Pace Int'l L*, Rev, 1. Available at: <http://digitalcommons.pace.edu/pilr/vol23/iss1/1>, Last visited 2011/11.
16. _____ ; 2006, **The Challenge of a Uniform Application of the CISG**. Available at: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/MqJlBLaw/2006/14.html>, Last visited 2011/8.