

## مفهوم «مانع» برای اعطای معافیت به متعهد در دعاوی مرتبط با تحریم‌ها

عصمت گلشنی \*

سید مهدی حسینی مدرس \*\*

شناسه دیجیتال اسناد (DOI) : 10.22066/CILAMAG.2019.90273.1553

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۰۸/۲۰

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۴/۲۸

### چکیده

«مانع» واقعه‌ای است که یا موجب غیرممکن شدن اجرای قرارداد می‌شود یا اگر هم هنوز اجرا به لحاظ منطقی ممکن باشد، اجرای قرارداد را آن قدر دشوار می‌کند که دیگر نمی‌توان منطقاً آن را از متعهد انتظار داشت. متعهد در صورتی از پرداخت خسارات برای عدم انجام تعهداتش معاف می‌شود که بتوان واقعه رخ داده را در اصطلاح فنی و حقوقی، «مانع» تلقی کرد. پرسش اصلی مقاله این است که آیا «خود تحریم» و نیز «اقدامات اجراکننده تحریم» یا «تهدیدات به اعمال ضمانت اجرا در صورت نقض تحریم» می‌توانند مانع اجرای تعهدات تلقی و موجب معافیت متعهد شوند؟ خود تحریم تحت شرایطی می‌تواند مانعی بر سر راه اجرای تعهدات قراردادی تلقی و موجب معافیت متعهد شود. لیکن اقدامات اجراکننده تحریم یا تهدیدات به اعمال ضمانت اجرا در صورت نقض تحریم، چه به‌عنوان «مانع قانونی» و چه به‌عنوان مانع عملی نمی‌توانند موجب معافیت متعهد شوند.

### واژگان کلیدی

تحریم‌های تجاری، معافیت، مانع عملی، مانع قانونی، اقدامات اجرایی تحریم، تهدید به ضمانت اجرا

## مقدمه

نخستین شرط معافیت از پرداخت خسارت در مورد متعهدی که تعهدات قراردادی‌اش را اجرا نکرده این است که عدم اجرا باید در اثر مانع واجد شرایط باشد. سؤال این است که آیا وضع تحریم‌های تجاری<sup>۱</sup> می‌تواند چنین مانعی باشد و موجب معافیت متعهد شود؟ برای پاسخ به این سؤال باید مشخص شود که مانعی که می‌تواند با جمع سایر شرایط، موجب معافیت متعهد شود چیست و شامل چه مصادیقی است؟<sup>۲</sup> به‌طور کلی مانع را می‌توان هر واقعه‌ای دانست که سدی برای اجرای تعهد مطابق قرارداد و مقررات حاکم ایجاد کند.<sup>۳</sup> اما به‌طور خاص، «مانع»، هر واقعه‌ای است که اجرا را یا غیرممکن کند یا آن‌قدر دشوار کند که دیگر نتوان منطقاً آن را از متعهد انتظار داشت.<sup>۴</sup> مورد اخیر به «مانع اقتصادی» تعبیر شده است.<sup>۵</sup>

۱. برای مطالعه در خصوص مفهوم و حدود «تحریم‌های تجاری»، ن.ک: عصمت گلشنی؛ تأثیر تحریم‌ها بر قراردادهای بازرگانی بین‌المللی، رساله دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۶، صص ۲۷-۲۱.

۲. «مانع» (impediment). همان مفهومی که ماده ۲۲۷ قانون مدنی ایران از آن به «علت» (علت خارجی) تعبیر می‌کند: «متخلف از انجام تعهد، وقتی محکوم به تأدیه خسارت می‌شود که نتواند ثابت نماید که عدم انجام به‌واسطه علت خارجی بوده است که نمی‌توان مربوط به او نمود».

3. Nicholas Barry, "Impracticability and Impossibility in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods", in: *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Galston, Nina M., and Hans Smit, New York (235 E. 45<sup>th</sup> St., New York 10017: M. Bender, 1984, pp. 5-1 et seq., p. 5-13.

۴. همان‌طور که برونر اشاره کرده است، «اولاً، هر عدم امکان عملی یا فیزیکی [در مورد اجرا]، نتایج اقتصادی هم دارد و قابل تبدیل (یا نشان داده شدن) به پول است. ثانیاً، مانع عملی یا فیزیکی فقط در صورتی برای متعهد عذر است که منطقاً، یعنی با صرف هزینه‌های بیشتر نتوان فائق آمدن بر آن را از متعهد انتظار داشت».

(Brunner, Christoph, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles Exemption for Nonperformance in International Arbitration Law*, Kluwer Law International, Netherlands, 2008, p. 215) برای تعیین اینکه آیا منطقاً می‌شود از متعهد انتظار داشت که تعهداتش را علی‌رغم وجود مانع انجام دهد یا خیر، غیر از هزینه‌های بیشتر، اغلب عوامل دیگری مانند شانس برطرف کردن موفقیت‌آمیز بر مانع نیز در نظر گرفته می‌شود. باین‌حال، ممکن است هزینه‌های انجام تعهدات، آن‌قدر زیاد باشد بخصوص در مقایسه با اجرای متقابل دریافت‌شده که بتواند به‌تنهایی به این نتیجه‌گیری منجر شود که مانع منطقاً غیرقابل تفوق است.

5. Azeredo da Silveira Mercédeh, *Trade Sanctions and International Sales, An Inquiry into International Arbitration and Commercial Litigation*, Wolters Kluwer, 2014, pp. 299-300, 334, 315-318.

اکثریت معتقدند که افزایش چشمگیر هزینه‌های اجرا در اوضاع و احوال خاص می‌تواند مانعی برای اجرا باشد و موجب معافیت متعهد از پرداخت خسارت شود، چه آن افزایش هزینه از تغییر در شرایط بازار ناشی شده باشد و چه توسط مانع عملی که بر موضوع قرارداد یا خود متعهدله تأثیر می‌گذارد ایجاد شده باشد.

Enderlein Fritz/Maskow Dietrich, *International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, New York London etc. (Oceana) 1992, pp. 324-325, n. 6.3 ad Article 79 CISG, <http://cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlien.html>; Huber Peter, in: *The CISG- A New Textbook for Students and Practitioners*, Huber Peter/Mullis Alastair, München (Sellier European Law Publishers), 2007, p. 261; Schwenger Ingeborge, "Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts", *Victoria University of Wellington Law Review*, 2008, pp. 709 et seq., p. 713; Schwenger Ingeborge, in: *Schlechtriem & Schwenger: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3<sup>rd</sup> ed., Oxford University Press, 2012, pp. 1076-1077, n. 30 ad Article 79; Schwenger Ingeborge/Hachem Pascal, "The CISG-Successes and Pitfalls", *American Journal of Comparative Law*, 2009, pp. 457 et seq., pp. 474-475; Schlechtriem Peter,

در این رابطه باید دو مسئله روشن شود: نخست به‌طور خاص، آیا خود تحریم‌ها می‌توانند مانعی برای توجیه معافیت باشد و دوم، آیا سایر مسائل مربوط به تحریم‌ها مانند اقدامات لازم برای اجرای تحریم‌ها یا ضمانت اجراهای نقض فرمان تحریم‌ها نیز چنین ماهیتی دارند یا خیر؟

### ۱. خود تحریم‌ها به‌عنوان مانع

از میان مقررات بین‌المللی، کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا<sup>۶</sup> دقیقاً تحریم را مانع دانسته است: طبق ماده ۷۹ این کنوانسیون، موانع، «وقایعی مادی، اجتماعی یا سیاسی یا دشواری‌های طبیعی (فیزیکی) یا قانونی مثل ممنوعیت بر صادرات یا واردات» هستند.<sup>۷</sup> پس تحریم‌های تجاری اولیه

*Uniform Sales Law- The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Vienna (Manz), 1986, p. 102, <http://cisg.law.pace.edu/biblio/Schlechtriem.html>; Schlechtriem Peter/Butler Petra, *UN Law on International Sales- The UN Convention on the International Sale of Goods*, Berlin (Springer), 2009, pp. 203-204, n. 291; Lindström Niklas, "Changed Circumstances and Hardship in the International Sale of Goods", *Nordic Journal of Commercial Law*, 2006/1, n. IV.2.1, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lindstrom.html>; Magnus Ulrich, "Force Majeure and the CISG", in: *International Sale of Goods, Revisited*, Šarč evič/Voken (eds), The Hague etc. Kluwer Law International, 2001, pp. 1 et seq., p. 16; Lookofsky Joseph, "Impediments and Hardship in International Sales: A Commentary on Catherine Kessedjian's Competing Approaches to Force Majeure and Hardship", *International Review of Law and Economics*, 2005, pp. 434 et seq., p. 438.

هانولد را در تفسیر ماده ۷۹ کنوانسیون، همین نتیجه را می‌گیرد: «به نظر می‌رسد که طرز بیان بند ۱ ماده ۷۹، فضایی را برای معافیت‌هایی بر اساس تغییرات اقتصادی که «مانع» اجرا هستند باز می‌کند و [این تغییرات] قابل قیاس با موانع غیراقتصادی‌ای هستند که عذر قصور در اجرا تلقی می‌شوند. [...] خود ماده ۷۹ غیرممکن بودن واقعی (در مقابل اقتصادی) را مقرر نمی‌کند، [پس معافیت طبق ماده ۷۹] می‌تواند با «صرف» تغییرات اقتصادی محقق شود، [البته] اگر آن [تغییرات] به‌قدر کافی شدید باشند». (Honold John O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Edited and Updated by Harry M. Flechtner, 4<sup>th</sup> ed., Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, pp. 627 and 629, n. 432.2 ad Article 79 CISG.

جهت مطالعه نظرات مخالف، ن.ک:

Stoll Hans/Gruber Georg, in: Schlechtriem & Schwenzer: *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 2nd ed., Oxford University Press, 2005, pp. 822-824, n. 30 ad Article 79; Stoll Hans, in: *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Schlechtriem Peter (ed.), 2<sup>nd</sup> ed., Oxford (Clarendon Press), 1998, p. 617, n. 39 ad Article 79;

نیکولاس با استناد به رویه قضایی امریکا عقیده دارد که «خیلی بعید است که دادگاهی افزایش در هزینه‌ها را به‌خودی‌خود به‌عنوان مانع بپذیرد [...] (برعکس افزایشی در هزینه‌ها که از مانع دیگری ناشی شده باشد [...])».

(Nicholas Barry, Impracticability and Impossibility in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods, in: *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, New York (M. Bender), Galston/Smit (eds), 1984, pp. 5-1 et seq., p. 5-17, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/nicholas1.html>).

۶. زین پس: کنوانسیون.

7. Flambouras Dionysos P., "The Doctrines of Impossibility of Performance and Clausula Rebus Sic Stantibus in the 1980 Convention on Contracts for the International Sale of Goods and Principles of European Contract Law: A Comparative Analysis", *Pace International Law Review*, 2001, pp. 261 et seq., p. 267, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/flambouras1.html>; Brunner, Christoph, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles- Exemption for Non-Performance in International Arbitration Law*, Wolters Kluwer, 2009, pp. 207 and 264; Stoll Hans, *op.cit.*, p. 608, n. 17 ad Article 79.

«تحریم [...] مانع ... است و متعهد را در رابطه با تمهیدش معاف می‌کند ...».

(Schlechtriem Peter/Butler Petra, *UN Law on International Sales - The UN Convention on the International Sale of Goods*, Berlin (Springer), 2009, p. 201, fn. 574).

که اجرای قرارداد را ممنوع می‌کنند می‌توانند مانع اجرا باشند، حتی اگر اجرا را از نظر فنی غیرممکن نکنند.<sup>۸</sup>

هانولد معتقد است «محاصره نظامی و ممنوعیت دولتی [...] به دلیل «عدم امکان»، [برای اجرا] عذر ایجاد می‌کنند حتی اگر قابل فرار کردن و دورزدن باشند».<sup>۹</sup> بر این اساس، در روند داوری، اتاق بازرگانی و صنعت بلغارستان<sup>۱۰</sup> رأی داد که ممنوعیت صادرات وضع شده توسط دولت اوکراین طبق بند ۱ ماده ۷۹ کنوانسیون، مانع اجراء است.<sup>۱۱</sup> به‌طور مشابه، اتاق بازرگانی و صنعت مجارستان<sup>۱۲</sup> نیز در همان سال رأی داد که تحریم‌های لازم‌الاجرای سازمان ملل علیه یوگسلاوی [سابق] طبق ماده ۷۹ کنوانسیون، مانع پرداخت ثمن کالاهای خریداری شده قبل از وضع تحریم‌ها توسط خریدار مجارستانی است.<sup>۱۳</sup>

طبق اصول کلی و قوانینی غیر از کنوانسیون هم، تحریم‌ها و ممنوعیت‌های تجاری، موانعی هستند که موجب چشم‌پوشی از عدم اجرا از سوی طرف خاطی می‌شوند.<sup>۱۴</sup> مثلاً در رأی قطعی

۸. «در تحریم‌های اولیه، دولت واضع، اتباع خود را از انجام معامله و مرادده با اتباع و اشخاص حقیقی و حقوقی کشور مورد تحریم یا اشخاص وابسته به آن‌ها منع می‌کند و به‌نوعی اعمال صلاحیت حاکمیتی کشور واضع بر اتباع خویش است». گلشنی؛ همان، ص ۲۸.

از طرف دیگر، تحریم‌های ثانویه و ثالثیه نمی‌توانند موانعی قانونی را برای اجرا شکل دهند زیرا آن‌ها اجرای معاملات را ممنوع نمی‌کنند بلکه از طریق وضع ضمانت‌های اجرا، اشخاص حقیقی و حقوقی‌ای که با «هدف» تحریم اولیه، تجارت می‌کنند، را تهدید می‌کنند. مثل اینکه دولت واضع تهدید کند که در آینده اجازه صادرات از این کشور را به تهدیدشونده نخواهد داد یا اینکه مؤسسات مالی کشور واضع (کشور تهدیدکننده)، در آینده وام و اعتبار در اختیار نقض‌کننده تحریم قرار نخواهند داد. این تحریم‌ها معمولاً معافیت از مسئولیت برای عدم اجرا به دلیل وجود مانع عملی برای اجرا را هم توجیه نمی‌کنند، با توجه به اینکه شرط تفوق‌ناپذیری مانع - که یکی از شرایط لازم برای معافیت است - معمولاً محقق نمی‌شود.

«تحریم‌های ثانویه به‌طور مستقیم علیه اشخاص و مؤسساتی هستند که در خارج از کشورهای واضع و هدف تحریم قرار دارند ولی به‌صورت مستقیم، روابطی با کشور هدف دارند. ... تحریم‌های ثالثیه، به‌طور مستقیم علیه اشخاصی هستند که در خارج از کشورهای واضع و هدف تحریم قرار دارند و هیچ روابطی هم با کشور هدف ندارند ولی با اشخاص و مؤسساتی که آن‌ها هم در خارج از کشور هدف هستند، روابطی دارند؛ یعنی با کشور هدف روابط غیرمستقیم دارند». گلشنی؛ همان، صص ۲۹-۳۰.

9. Honnold John O., *op.cit.*, p. 627, n. 432.1 ad Article 79 CISG.

10. Bulgarian Chamber of Commerce and Industry (BCCI)

11. BCCI Award n. 56/1995, 24 April 1996, CISG-online 435.

گرچه مرجع قضاوت‌کننده، به این دلیل که ممنوعیت قبلاً در زمان انعقاد قرارداد، مجری و لذا قابل پیش‌بینی بوده است، معافیتهی به متعهد اعطا نکرد.

12. Hungarian Chamber of Commerce and Industry (HCCI)

13. HCCI Award, 10 December 1996, CISG-online 774.

تحریم مانع تصرف فوری خریدار بر کالاهای فسادپذیر می‌شد که این تأخیر، خراب‌شدن کالاها را در پی داشت؛ اما چون تحریم‌ها بعد از تحویل کالاها و لذا پس از انتقال ریسک به خریدار، مجری شده بودند، خریدار «مسئول پرداخت قیمت خرید بود و فرقی نمی‌کرد که او توانسته بود از کالاها به شکل مقتضی استفاده کند یا نه». با این حال، تحریم برای پرداخت بخشی از قیمتی که پس از مجری شدن تحریم، حال می‌شد، مانع ایجاد می‌کرد.

14. ICC Award, Case n. 2478, 1974, JDI 1975, pp. 925 et seq., p. 926.

صادره طبق قواعد اتاق ملی و بین‌المللی داوری میلان،<sup>۱۵</sup> داور منفرد حکم کرد که: قرارداد بین مقاطعه‌کار اصلی و مقاطعه‌کار فرعی هر دو ایتالیایی، تحت حاکمیت قانون ایتالیا «متأثر از عدم امکان اجرا بوده، [عدم امکانی که] از قانون تحریم مجری [اتحادیه اروپا و ایتالیا] علیه عراق ایجاد شده است».<sup>۱۶</sup>

در خصوص «مانع» بودن تحریم‌های تجاری، ذکر نکات ذیل، حائز اهمیت است:

**نکته ۱:** عنصر اساسی برای اینکه تحریم تجاری، مانعی برای اجرا تلقی شود این است که یا به‌عنوان عنصری از قانون حاکم بر قرارداد یا اگر تحریم نسبت به قانون حاکم، خارجی است، به‌عنوان قاعده الزام‌آور برتر قابل اعمال باشد.<sup>۱۷</sup> فقط در این دو صورت است که ممنوعیت تجاری، به‌عنوان مانع اجرا، مثلاً در قلمرو ماده ۷۹ کنوانسیون می‌گنجد. حتی در این دو حالت نیز اگر مرجع تصمیم‌گیرنده در دعوا به این نتیجه برسد که نباید تحریم تجاری اعمال کند، مثلاً به این دلیل که آن تحریم بر اساس انگیزه‌های تبعیض نژادی یا مذهبی است، نمی‌تواند حکم کند که این تحریم، مانع قانونی است که عدم اجرا توسط متعهد را توجیه می‌کند.

بنابراین در وضعیتی که قرارداد متنازع‌فیه در قلمرو تحریم قرار بگیرد و در قلمرو یکی از شروط کلی معافیتش قرار نگیرد و مرجع تصمیم‌گیرنده حکم کند که نباید به تحریم ترتیب اثر داده شود، منطقاً حداکثر بتوان ادعا کرد که اگر متعهد تا زمان صدور حکم (یعنی تا زمانی که مرجع تصمیم‌گیرنده در مورد اینکه آیا باید به تحریم تجاری اثربخشی بشود یا نه و اینکه تحریم می‌تواند به حد مانع قانونی بر اجرا برسد یا خیر، به تصمیم برسد) از اجرا خودداری کند، علی‌رغم اینکه ارزیابی صحیح حقوق و تکالیف قراردادی‌اش، از جمله مسئولیت‌های اوست، اما معافیت از مسئولیت به‌خاطر تأخیر در اجرا به او قابل اعطاست. یعنی با توجه به آزادی عمل مرجع تصمیم‌گیرنده به هنگام تصمیم‌گیری در مورد اثربخشی یا عدم اثربخشی به تحریم خارجی نسبت به قانون حاکم، متعهد باید از مسئولیت به‌خاطر تأخیر در اجرا معاف شود، چون نمی‌تواند با قاطعیت پیش‌بینی کند که آیا شرایط اثربخشی به تحریم از نظر مرجع تصمیم‌گیرنده، محقق شده تلقی خواهند شد یا نه. بنابراین در چنین مواردی که به تحریم اثر داده نمی‌شود، تأخیر متعهد در اجرا می‌تواند طبق ماده ۷۹

15. The Chamber of National and International Arbitration of Milan

16. Case n. 1491, 20 July 1992, YCA 1993, pp. 80 et seq., p. 87, n. 22.

قراردادی که طبق آن مقاطعه‌کار فرعی توافق کرده بود امکان‌ات لازم برای ساخت بخش‌هایی از یک کارخانه در عراق را برای مقاطعه‌کار اصلی فراهم کند، مشمول تحریم‌های اتحادیه اروپا و ایتالیا علیه عراق دانسته شد.

17. در رابطه با توصیف تحریم‌ها به‌عنوان «قواعد آمره برتر»، ن.ک: گلشنی؛ همان، صص ۹۱-۷۱. در رابطه با دعاوی‌ای که در دیوان‌های داوری مطرح می‌شوند، ن.ک:

Blessing Marc, "Mandatory Rules of Law versus Party Autonomy in International Arbitration", *Journal of International Arbitration*, 1997/4, pp. 23 et seq, p. 34; Blessing, Marc, "Impact of the Extraterritorial Application of Mandatory Rules of Law on International Contracts", *Swiss Commercial Law Series*, edited by Nedim Peter Vogt, vol. 9, Helbing & Lichtenhahn, 1999, pp. 1-76, p. 66.

کنوانسیون<sup>۱۸</sup> مشمول معافیت قرار گیرد.

**نکته ۲:** آیا اگر متعهد از روی حسن‌نیت، به اینکه باید تحریم تجاری را رعایت و از اجرا خودداری کند باور داشته باشد، این اعتقاد با حسن‌نیت او به «مانع» بودن تحریم، بر معافیتش تأثیرگذار است یا نه؟ یعنی آیا اعتقاد به مانع بودن تحریم (البته با حسن‌نیت) می‌تواند آن تحریم را تبدیل به مانع کند، حتی اگر آن تحریم در واقع مانع نباشد؟

طبق کنوانسیون، همان طور که در نکته ۱ گفته شد، اگر مرجع تصمیم‌گیرنده به این نتیجه برسد که نباید به تحریم تجاری اثربخشی شود، نمی‌تواند حکم کند که این تحریم مانع قانونی است که عدم اجرا توسط متعهد را توجیه می‌کند و باور متعهد به تنهایی دلیلی بر معافیت او نیست.<sup>۱۹</sup> بر اساس کنوانسیون، مسئولیت متعهد برای عدم اجرا تابع شرط مقصربودن (یا عدم حسن‌نیت) او نیست.<sup>۲۰</sup> پیامد منطقی این گزاره این است که: اعتقاد متعهد از روی حسن‌نیت به اینکه از اجرای قرارداد ممنوع است، در اعطا یا عدم اعطای معافیت بی‌اهمیت است. همان طور که استول توصیف کرده است، «فقدان سوءنیت یا تقصیر شخصی برای قصور [در اجرا]، تفاوتی ایجاد نمی‌کند».<sup>۲۱</sup> اما این اعتقاد می‌تواند در برخی دیگر از قوانین تأثیرگذار باشد؛ مثلاً قسمت «a» از ماده ۶۱۵-۲ قانون یکنواخت تجارت ایالات متحده مقرر می‌کند که: معافیت از ایفای تعهد می‌تواند در نتیجه «رعایت با حسن‌نیت هر مقرر یا دستور دولتی داخلی یا خارجی حاکم حاصل شود و فرقی نمی‌کند که بعداً بی‌اعتباری آن [مقرر یا دستور] اثبات بشود یا نشود». دادگاه‌های آمریکا در مواردی با استناد به این ماده، معافیت را به دلیل «غیرعملی بودن تجاری»، نه فقط در مورد ممنوعیت‌های دولتی،<sup>۲۲</sup> بلکه

۱۸. ماده ۷۹ CISG: «۱. طرفی که هریک از تعهدات خود را ایفا نکرده است، چنانچه ثابت نماید که عدم ایفا به واسطه حادثه‌ای خارج از اقتدار او بوده و نمی‌توان عرفاً از او انتظار داشت که در زمان انعقاد قرارداد آن حادثه را ملحوظ داشته یا از آن یا آثار آن اجتناب نموده یا آن‌ها را دفع کرده باشد، مسئول نخواهد بود».

۱۹. با وجود این، شوئنر ادعا می‌کند که «معافیت طبق ماده ۷۹، اصولاً ممکن است اگر نتوان به دلایل اخلاقی از یکی از طرفین انتظار اجرای قرارداد را داشت»، بخصوص اگر «فروشنده تشخیص دهد که خریدار قصد سوءاستفاده از کالاها را [مثلاً برای تولید سلاح‌های شیمیایی، بیولوژیکی و اتمی] دارد یا اگر قرار است که کالاها به وسیله کشور [متبوع] خریدار برای چنین اهدافی (تولید سلاح‌های شیمیایی ...) مصادره شوند».

(Schwenzer Ingeborge, in: Schlechtriem & Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3<sup>rd</sup> ed., Oxford University Press, 2012, p. 1077, n. 32 ad Article 79).

۲۰. «فقدان تقصیر نمی‌تواند منجر به استثنا شود زیرا کنوانسیون سیستم مسئولیت بر اساس تقصیر را کنار گذاشته است».

حقوق بیع بین‌المللی - کنوانسیون ۱۹۸۰ وین، جلد ۳، ترجمه: مه‌راب داراب‌پور، گنج دانش، ۱۳۷۴، ص ۱۲۳.

21. Stoll Hans, *op.cit.*, p. 608, n. 17 ad Article 79.

۲۲. به‌عنوان مثال، در پرونده مکدائل داگلاس کروپ علیه جمهوری اسلامی ایران، سازنده هواپیمای نظامی به دلیل اینکه فرمانی از سوی دولت فدرال آمریکا، انتقال هر نوع اموال ایرانی به ایران را منع کرده بود، از اجرا معاف شد. *McDonnell Douglas Corp. v. Islamic Republic of Iran*, 591 F. Supp. 293 (E.D. Mo. 1984).

همچنین در مورد فشارهای غیررسمی دولتی<sup>۲۳</sup> یا محدودیت‌های غیررسمی دولتی<sup>۲۴</sup> اعطا کرده‌اند.

**نکته ۳:** برای بررسی مانع بودن تحریم باید دامنه شمول تحریم و موارد ممنوع شده به دقت مشخص شوند؛ در این مسیر گاهی لازم است که مفاد و دامنه تحریمی که مثلاً صادرات یا واردات را منع می‌کند تفسیر شود: آیا تحریمی که متعهد به آن استناد کرده است، فقط ارسال کالاها از سرزمین دولت واضح (چه به صورت مستقیم و چه غیرمستقیم) به کشور هدف را منع می‌کند؟ یا علاوه بر منع ارسال، اتباع کشور واضح را از اینکه کالاها را، حتی در سرزمین کشور واضح در اختیار اتباع کشور هدف قرار دهند هم منع می‌کند؟ به عبارت دیگر، آیا تحریم در واقع هر اقدامی را که در نهایت، قصد دارد واردات از کشور هدف یا صادرات به این کشور را چه به صورت مستقیم و چه غیرمستقیم اجازه دهد منع می‌کند؟

مثلاً اگر تحریم، ارسال کالاها از کشور واضح به کشور هدف را (چه به صورت مستقیم و چه غیرمستقیم) منع کند، آن تحریم می‌تواند مانعی بر سر راه اجرای تعهد قراردادی بایع به تحویل کالاها در بندر مبدأ (مانند قراردادهای گروه C و F اینکوترمز) یا در کشور مقصد (مانند قراردادهای گروه D اینکوترمز) باشد، اما مانعی بر سر راه تعهد قراردادی بایع به تحویل کالا، در محل کار خودش (مانند قرارداد EXW اینکوترمز) نیست. بنابراین تنها تحریمی که اشخاص حقیقی و حقوقی در داخل کشور واضح را از اینکه کالاها را در اختیار اتباع کشور هدف قرار دهند، و نیز هر معامله‌ای را که هدفش صادرات کالا به کشور هدف است منع می‌کند، می‌تواند مانعی بر سر راه تعهد بایع به تحویل کالاها به خریدار در داخل کشور واضح باشد.

## ۲. اقدامات اجرایی تحریم و تهدید به ضمانت‌های اجرای نقض تحریم به عنوان

### مانع

سؤال این است که آیا غیر از خود تحریم، «اقدامات عملی در راستای اجرای تحریم» و نیز «تهدید به اعمال ضمانت‌های اجراهای تحریم»<sup>۲۵</sup> نیز می‌تواند مصداق «مانع» باشند و با جمع سایر شرایط موجب معافیت متعهد شوند؟

<sup>۲۳</sup> به عنوان مثال، در پرونده ذیل، دادگاه در حکمش، به علت سیاست اولویت‌دهی نظامی غیررسمی دولت امریکا، تأخیر در اجرا توسط فروشنده هواپیما را مشمول معافیت قرار می‌دهد:

*Eastern Air Lines, Inc. v. McDonnell Douglas Corp.*, 532 F.2d 957 (5<sup>th</sup> Cir. 1976).

<sup>۲۴</sup> مثلاً در پرونده هریسکام/اسوسکا علیه هریس کرپ، فروشنده به این سبب از مسئولیت معاف شد که ادله بلامعارض اثبات کرده بودند که دولت به او اجازه ادامه فروش تولیدات به ایران را نداده و قدرت وادار کردن فروشنده به پیروی از این منع را نیز داشته است.

*Harriscom Svenska, AB v. Harris Corp.*, 3 F.3d 576 (2d Cir. 1993).

<sup>۲۵</sup> ضمانت اجراهای نقض تحریم معمولاً شامل اقدام به ضبط اموال مرتبط با قرارداد، جریمه‌ها و ... می‌شوند.

در پاسخ به این سؤال این نظریه می‌تواند مطرح شود که اگر دولت واضع تحریم، قدرت اجرای تحریم تجاری را از طریق اقدامات مقتضی (مثلاً توقیف کالاهایی که باید به کشور هدف صادر شوند) داشته باشد و لذا از اجرای قرارداد جلوگیری کند، یا متعهد را تهدید کند که در صورت نقض تحریم، ضمانت‌های اجرایی را علیه وی اعمال خواهد کرد (مثل مجازات کردن متعهد از طریق جریمه کردن)، این اقدامات اجرایی یا حتی تهدید به چنین اقداماتی و نیز تهدید به اعمال ضمانت‌های اجرایی ناشی از نقض تحریم می‌توانند مانع عملی اجرا باشند. به عبارت دیگر، حتی اگر مرجع تصمیم‌گیرنده حکم کرده باشد که خود تحریم، شرایط حقوق بین‌الملل خصوصی را برای اثربخشی ندارد (مثلاً هدف تحریم، برای اعمال شایستگی ندارد)<sup>۲۶</sup>، نباید حکم به مسئولیت متعهد برای خسارات شود اگر او در عمل از اجرای تعهداتش منع شده باشد، یا اگر خطر اعمال ضمانت اجرا علیه او وجود داشته باشد. در واقع این نظر بر این ادعا استوار است که حتی اگر تحریم تجاری به حد مانع قانونی برای اجرا نرسد، متعهد باید بر اساس وجود مانع عملی برای اجرا معاف شود، اگر مثلاً دولت واضع، قدرت اتخاذ اقدامات مقتضی اجرای تحریم را داشته باشد یا تهدید به اعمال ضمانت اجرا در صورت نقض تحریم کند. منطق این ادعا این است که تنها در صورتی باید معافیت متعهد از مسئولیت رد شود که او در اجرای تعهداتش قصور کرده باشد، علی‌رغم اینکه می‌توانسته آن را اجرا کند، ولی اگر دولت واضع تحریم در هر صورت، قدرت منع متعهد از اجرای تعهداتش را چه از طریق اقدامات اجرایی تحریم و چه از طریق تهدید به اعمال ضمانت اجراها در صورت نقض تحریم داشته باشد، نمی‌توان گفت که متعهد در اجرای تعهداتش قصور کرده است.

این نظریه هرچند در آغاز قانع‌کننده به نظر می‌رسد، به دلایل ذیل قابل رد است؛ برخی از این دلایل در مورد اقدامات اجرایی تحریم و تهدیدات به اعمال ضمانت اجرا در صورت نقض تحریم، مشترک هستند و برخی صرفاً به اقدامات اجرایی تحریم یا تهدیدات به ضمانت اجرا در صورت نقض تحریم اختصاص دارند.

## ۲-۱. دلایل مشترک مربوط به اقدامات اجرایی و تهدید به ضمانت‌های اجرا در رد نظریه مانع عملی

۱- به‌عنوان یکی از مهم‌ترین شرایط اثربخشی به تحریم، مرجع تصمیم‌گیرنده به هنگام مقایسه نتایج حکم به اثربخشی به تحریم در برابر نتایج حکم به نادیده‌گرفتن آن، برای تعیین اینکه به تحریم تجاری اثر بدهد یا نه، باید هم ریسک اقدامات اجرایی تحریم و هم ریسک ضمانت‌های

۲۶. برای مطالعه شرایط لازم برای اثربخشی به تحریم‌ها، ن.ک: گلشنی؛ همان، صص ۲۱۷-۱۶۲.



نقض تحریم را در نظر بگیرد.<sup>۲۷</sup> اگر مرجع قضاوت‌کننده، علی‌رغم ریسک اقدامات اجرایی و ریسک اعمال ضمانت اجراها، تحریم را نادیده بگیرد (مثلاً به دلیل اینکه آن تحریم مستقیماً علیه کشور محل رسیدگی است) و لذا وجود مانع قانونی معاف‌کننده را احراز نکند، ریسک اقدامات اجرایی و

۲۷. دادگاه و داور باید پیامدهای قابل پیش‌بینی حکم را مبنی بر اثربخشی به تحریم بر حقوق و تعهدات طرفین اختلاف بررسی کنند. از جمله، ن.ک: گلشنی؛ همان، صص ۲۱۱-۲۰۶.

طبق بند ۳ ماده ۹ مقررہ رُم یک، مقررات الزام‌آور برتر مکانی که تعهدات قراردادی در آنجا اجرا شده‌اند یا باید در آنجا اجرا شوند می‌توانند مورد توجه قرار گیرند «تا آنجا که آن مقررات آمره برتر، اجرای قرارداد را غیرقانونی نکنند». جمله اخیر در راستای وظیفه دادگاه به مقایسه آثار حکم به اثربخشی به قاعده در مقابل حکم به نادیده‌گرفتن قاعده است. از نظر این مقررہ، وقتی اجرای قرارداد در اثر قاعده آمره برتر، غیرقانونی شود، معایب اثربخشی به آن قاعده از مزایای آن خیلی بیشتر است. علاوه بر این بند، بند ۲ ماده ۱۹ و بند ۱ ماده ۷ کنوانسیون رُم نیز به هنگام تصمیم‌گیری در خصوص اثربخشی یا نادیده‌گرفتن قاعده آمره برتر (مانند تحریم‌ها) لازم می‌دانند که دادگاه نتایج حکم به توجه‌کردن به قاعده یا نادیده‌گرفتن آن را ارزیابی کند. طبق یکی از این مقررات، قاعده آمره برتر تنها به شرط و تا میزانی باید اعمال شود که برای نیل به هدف قاعده لازم باشد. به‌علاوه دادگاه باید اطمینان حاصل کند که منافی که در صورت حکم به اعمال قاعده تأمین می‌شوند، نسبت به منافی که در صورت نادیده‌گرفتن قاعده تأمین می‌شوند ارجح باشند. این منافع ممکن است منافع طرفین، منافع اشخاص حقیقی و حقوقی‌ای که از حکم دادگاه به اثربخشی به قاعده یا نادیده‌گرفتن آن متأثر می‌شوند، بخشی از صنعت کشور واضع قاعده یا کشوری دیگر، منافع کشور واضع تحریم یا کشور دیگر یا منافع جامعه بین‌المللی به‌طور کلی باشد.

به‌عنوان مثال، در پرونده فروهوف، بررسی آثار حکم بر طرفین، موجب نادیده‌گرفته‌شدن قاعده شده است: فروهوف فرانس، اس ای (شرکت فرانسوی که فروهوف گرپرشین امریکایی (Fruehauf Corporation) دوسوم سود سهام آن را داشت) و اوتوموبیلز برلیت، اس ای (Automobiles Berliet, SA) (که آن‌هم فرانسوی بود) طبق قرارداد ملزم به تحویل ۶۰ وَن بودند. وَن‌ها را برلیت به جمهوری خلق چین صادر می‌کرد. اولین تحویل در فوریه ۱۹۶۵ انجام شد. در ژانویه همان سال، اداره خزانه‌داری امریکا به فروهوف گرپرشین دستور داد که اجرای قراردادش را به علت مخالفت با مقررات کنترل مبادلات امریکا متوقف کند. مدیران اقلیت فرانسوی به دلیل ترس از اینکه اگر قرارداد اجرا انجام نشود برای پرداخت خسارت مسئول شناخته شوند و نیز برلیت از انعقاد قراردادهای بعدی امتناع کند، در ۱۵ فوریه ۱۹۶۵، دعوایی علیه فروهوف گرپرشین و مدیران امریکایی در دادگاه تجاری گرپیل اِسِنس (Corbeil Essonnes) اقامه کردند. متعاقباً دادگاه، سرپرست موقتی را به مدت ۳ ماه برای فروهوف فرانس، اس ای منصوب کرد تا امکان اجرای قرارداد را فراهم کند. دادگاه تجدیدنظر نیز بر اساس ملاحظات ذیل، حکم دادگاه نخستین را تأیید کرد:

«بدون تردیدی جدی، شواهد ثابت می‌کنند که فروهوف فرانس، اس ای نه‌تنها منافع موجود و واضحی در اجرای قرارداد منعقدہ با مشتری اصلی‌اش برلیت دارد (تجارت با برلیت تقریباً ۴۰ درصد صادرات او بود)، بلکه فراتر از آن، در صورت نقض قرارداد، پیامدهای مصیبت‌باری در آستانه تاریخ تحویل ایجاد می‌شد که حتی امروز هم قابل احساس بود، چون خریدار در وضعیتی قرار می‌گرفت که بتواند متعاقب قطع معاملاتش با چین، همه خسارات تجاری ناشی از نقض قرارداد را به ارزش بیش از ۵ میلیون فرانک از فروشنده‌اش مطالبه کند [پس اگر فروهوف فرانس، اس ای قرارداد را نقض کند، نه‌تنها منافی را که قرار بود عایدش شود از دست می‌داد بلکه مجبور می‌شد خسارت نقض قرارداد را هم بپردازد]. [...] این خسارات که فروهوف گرپرشین یا فروهوف ایتترنشنال (شرکت‌های مادر امریکایی) هیچ قصدی بر تقبل کردن آن‌ها نشان نمی‌دادند به میزانی هستند که گویی تعادل مالی و اعتبار اخلاقی فروهوف فرانس، اس ای را از بین می‌برند و موجب بیکاری بیش از ۶۰۰ کارگر آن شرکت می‌شوند؛ [...] برای تعیین سرپرست موقت باید منافع شرکت و حتی منافع شخصی هریک از سهام‌داران را اگر در اکثریت باشند مورد توجه قرار داد.»

(Fruehauf Corporation v. Massardy, Court d'appel, Paris, 22 May 1965, ILM 1966T, p. 476)

ضمانت‌های همان تحریم، منطقی‌اً به‌تنهایی نمی‌تواند معافیت متعهد بر اساس وجود مانع عملی را توجیه کند.

۲- اعطای معافیت صرفاً با این توجیه که ریسک اقدامات اجرایی یا ضمانت‌های تحریم، مانع عملی (یا مادی) ایجاد می‌کند، به این معناست که هدف وضع تحریم که برای تعیین وجود مانع قانونی مهم است برای تصمیم‌گیری در خصوص اینکه آیا تحریم باید بر اجرای تعهدات طرفین تأثیر بگذارد یا نه، عاملی غیرمرتبط می‌شود. به عبارت دیگر، بر اساس یک‌سری سازوکارهای حقوق بین‌الملل خصوصی، دادگاه‌ها نباید به قواعد آمره برتری که هدف مشروع را تأمین نمی‌کنند اثر بیخشنده<sup>۲۸</sup> حال اگر تهدید اقدامات اجرایی یا ضمانت‌های اجرای تحریم، موانعی عملی اجرا باشند و معافیت صرفاً بر این اساس اعطا شود، سازوکارهای حقوق بین‌الملل خصوصی، در عمل مفاد خود را از دست داده و بی‌معنا می‌شوند.

۳- پذیرفتن معافیت متعهد، صرفاً در اثر تهدید اقدامات اجرایی یا ضمانت‌های اجرا باعث می‌شود که در جایی که نهایتاً مرجع رسیدگی‌کننده، تحریم را شایسته اعمال تلقی کند و عدم رعایت آن را نامناسب بداند، هر متعهدی تشویق شود که تعهدات قراردادی‌اش را علی‌رغم تحریم موجود انجام دهد تا مطمئن شود که اگر نهایتاً در نتیجه تحریم نتواند تعهداتش را اجرا کند، بابت تهدید اقدامات اجرایی یا ضمانت‌های اجرا از مسئولیت معاف خواهد شد.

۴- قائل شدن امکان معافیت در اثر اقدامات اجرایی و ضمانت‌های نقض تحریم یعنی، (۱) قطع نظر از تعارضی که اعمال تحریم می‌تواند با اصول نظم عمومی محل رسیدگی (یا اصول نظم عمومی بین‌المللی) ایجاد کند، یا (۲) قطع نظر از عدم حصول شرایط سختگیرانه و دقیقی که باید برای اعمال تحریم‌ها به‌عنوان قاعده آمره برتر محقق شود،<sup>۲۹</sup> هرگاه کشوری قدرت اجرای تحریم‌های تجاری‌اش را داشته باشد، این تحریم‌ها واجد اثر می‌شود. آن وقت هر کشوری خواهد توانست با انجام اقدامات اجرایی یا تعیین ضمانت اجرا برای نقض تحریمش، کارایی تحریم‌های تجاری‌اش را افزایش دهد؛ پس دیگر بررسی اینکه آیا مرجع تصمیم‌گیرنده، به خود ممنوعیت تحریم توجه می‌کند و این موضوع، مانع قانونی هست یا خیر، بیهوده است. این موضوع با اصل استقلال طرفین نیز منافات دارد. به‌موجب این اصل، آزادی طرفین به توافق در مورد مفاد قرارداد و انتخاب قانون حاکم، اصولاً فقط به‌وسیله قواعد آمره برتر محدود می‌شود.

۲۸. همان‌طور که بلسینگ می‌نویسد، «چنین قاعده‌ای باید با توجه به اهداف مالی، اقتصادی یا اجتماعی و سیاست‌های بنیادی‌اش که بر اساس تحلیل کارکردی بررسی شده است «شایسته اعمال» باشد».

(Blessing Marc, "Choice of Substantive Law in International Arbitration", *Journal of International Arbitration*, 1997/2, pp. 39 et seq., pp. 61-62).

۲۹. شرایطی مانند شایستگی اعمال (ضرورت، تناسب و مشروعیت هدف تحریم)، وجود رابطه نزدیک بین قرارداد و کشور واضع تحریم و تفوق مزایای حکم به اثربخشی به تحریم نسبت به حکم به نادیده‌گرفتن آن. ن.ک: گلشنی؛ همان، صص ۲۱۱-۱۶۷.

۵- اگر طرفی که تلاش می‌کند علی‌رغم وجود تحریم، تعهداتش را اجرا کند و به‌وسیله دولت واضع تحریم از اجرای این تعهدات منع می‌شود، از مسئولیت برای خسارات معاف شود، در وضعیت بهتری نسبت به متعهدله قرار می‌گیرد (یا متعهدله در وضعیت بدتری قرار می‌گیرد). در واقع چنین حکمی یک نوع توزیع ریسک است که بیشتر به نفع متعهد است تا متعهدله.

### ۲-۲. دلیل اختصاصی مربوط به اقدامات اجرایی تحریم در رد نظریه مانع عملی

اقدامات اجرایی تحریم (مثل توقیف کالا) «مانع خارج از کنترل متعهد» نیست، بلکه بیشتر نتیجه تلاش متعهد به اجرای معامله‌ای است که به‌موجب تحریم تجاری منع شده است.<sup>۳۰</sup> به عبارت دیگر، توقیف کالا در اثر اقدام متعهد به اجرای قرارداد در راستای نقض تحریم صورت گرفته نه ابتدا به ساکن؛ لذا این توقیف، مانعی غیرقابل اجتناب نبوده و به‌خودی‌خود نمی‌تواند به‌عنوان مبنایی برای معافیت در نظر گرفته شود (اگر متعهد قرارداد را اجرا نمی‌کرد، چنین توقیفی هم انجام نمی‌شد).<sup>۳۱</sup> آنچه می‌تواند غیرقابل اجتناب باشد، خود تحریمی است که توقیف به‌موجب آن انجام می‌شود. بنابراین فقط خود تحریم می‌تواند معافیت را توجیه کند، به شرطی که اثربخش باشد و به حد مانع قانونی برسد.

### ۳-۲. دلیل اختصاصی مربوط به تهدید به ضمانت اجرا در رد نظریه مانع عملی

همان‌طور که گفته شد، در تحریم‌های ثانویه و ثالثیه، هیچ مانع قانونی وجود ندارد چون این تحریم‌ها اجرای معاملات با کشور هدف را ممنوع نمی‌کنند، بلکه اشخاصی را که این تحریم‌ها را رعایت نمی‌کنند تهدید به مجازات می‌کنند. پس می‌توان گفت به طریق اولی تهدید به ضمانت‌اجراهای این‌گونه تحریم‌ها نیز مانع قانونی نیست.

در تحریم‌های ثانویه و ثالثیه به دلیل فقدان رابطه نزدیک بین عدم اجرای تعهدات و تهدید به اعمال ضمانت‌اجرای تحریم، نمی‌توان تهدید به اعمال ضمانت‌اجراهای این‌گونه تحریم‌ها را مانع

30. Brunner, Christoph, *op.cit.*, pp. 168 and 211-212.

البته ریسک اقدامات اجرایی تحریم (نه خود اقدامات اجرایی) مثل توقیف کالاها با وضع تحریم ایجاد می‌شود و به‌صورت مستقل از اعمال متعهد وجود دارد. اگر متعهد می‌خواهد تعهدش را اجرا کند باید با آن ریسک مواجه شود. این ریسک برای تعیین اینکه باید به تحریم اثربخشی بشود یا نه و در صورت اثربخشی آیا تحریم می‌تواند به حد مانع قانونی برای اجرا برسد و معافیت متعهد از مسئولیت برای عدم اجرا را توجیه کند یا نه، مورد توجه قرار می‌گیرد.

۳۱. بنابراین اثر اقدامات اجرایی تحریم مانند توقیف، بر حقوق و تعهدات متعهد، با اثر خود تحریم متفاوت است: آثار ایجادشده در اثر تحریم، اوضاع‌واحوال پیرامونی اجرا هستند و وقوعشان به اعمال متعهد بستگی ندارد، ولی توقیف فقط در صورتی اتفاق می‌افتد که متعهد برای انجام تعهدات قراردادی‌ای تلاش کند که به‌وسیله تحریم تجاری ممنوع شده است. توقیف برخلاف جنگ یا مسدودشدن مسیرهای ترابری (و نیز برخلاف ریسک توقیف)، به عملکرد متعهد بستگی دارد. اگر متعهد قرارداد را اجرا کند، توقیف انجام می‌شود و اگر اجرا نکند، توقیفی صورت نمی‌گیرد. پس خود توقیف، خارج از کنترل متعهد نیست.

عملی نیز تلقی کرد. یعنی این ریسک که دولت واضع تحریم، در آینده اقدامات مضر را نسبت به کسانی که تحریم‌های ثانویه و ثالثیه را رعایت نمی‌کنند اتخاذ کند، مانع عملی بر سر راه اجرا تلقی نمی‌شود. علت بعیدتلقی کردن این رابطه این است که اجرای قرارداد فقط از طریق محرومیت از برخی مزایای مربوط به دیگر معاملات در آینده، به صورت غیرمستقیم دشوارتر می‌شود؛ مثلاً دولت واضع تحریم، تهدید می‌کند که در صورت عدم رعایت تحریم، صدور مجوزهای صادرات در آینده را نخواهد پذیرفت یا مؤسسات مالی خود را از تأمین مالی متعهد در آینده منع خواهد کرد. بنابراین این گونه تهدیدها بیش از اندازه نسبت به اجرای قرارداد، غیرمستقیم و بعید هستند. رابطه بین نتایج نقض تحریم ثانویه یا ثالثیه و اجرای قرارداد متنازع‌فیه، آن قدر بعید است که نمی‌توان گفت متعهدی که با ضمانت اجرایی برای نقض چنین تحریم‌هایی تهدید شده است، با مانع بر سر راه اجرای این قرارداد مواجه است.

همان طور که گفته شد، تحریم‌های اولیه که مرجع قضاوت‌کننده تصمیم گرفته به آن توجه کند می‌تواند مانع قانونی مستقیم بر سر راه اجرای قرارداد بین‌المللی باشد. لذا خود آن تحریم می‌تواند متعهد را از مسئولیت برای عدم اجرا مبرا کند. برعکس، حتی اگر قرارداد در قلمرو تحریم قرار بگیرد، اگر اعلام شود که تحریم مورد استناد طرف خاطی، بر قرارداد حاکم نیست یا به علت عدم تحقق شرایط لازم به عنوان قاعده الزام‌آور برتر، قابل اعمال نیست، به نظر می‌رسد که هیچ مانع قانونی وجود ندارد.<sup>۳۲</sup>

ریسک اعمال ضمانت اجرا مربوط به تحریم اولیه (نه ثانویه یا ثالثیه) هم به تنهایی مانعی بر سر راه اجرا به معنای دقیق نیست، حتی در مواردی که جریمه مالی از مرزهای متعارف (منطقی) از خودگذشتگی متجاوز شود.<sup>۳۳</sup> در واقع، چون ضمانت اجرا احتمالاً وقتی وضع می‌شود که قرارداد اجرا شده باشد، می‌توان ادعا کرد که اعمال چنین ضمانت اجرایی به توانایی متعهد در اجرای موفقیت‌آمیز تعهداتش صدمه نمی‌زند. چنین وضعیتی با فرضی که در آن متعهد باید آمرانه برای

<sup>۳۲</sup> مثلاً اگر تحریمی که اجرای قرارداد متنازع‌فیه را ممنوع می‌کند، به این دلیل نادیده گرفته شود که مستقیماً علیه کشور مقرر است یا اگر مرجع رسیدگی‌کننده تصمیم بگیرد که تحریم فراسرزمینی به یکی از دلایل ذیل اعمال نکند: ۱- تحریم نظم عمومی بین‌المللی را نقض می‌کند؛ ۲- تحریم با توجه به قلمرواش، ابزار مناسبی برای دستیابی به هدفش نیست و مضراتش از منافعش بیشتر است؛ یا ۳- رابطه به قدر کافی نزدیکی بین دولت واضع تحریم و قرارداد متنازع‌فیه وجود ندارد.

<sup>۳۳</sup> البته فن هوته در مخالفت با این نظر ادعا می‌کند که «تهدیدی قابل توجه مبنی بر اعمال ضمانت اجرا از سوی دولت خارجی [...] می‌تواند فورس ماژور باشد».

(Van Houtte Hans, "The Impact of Trade Prohibitions on Transnational Contracts", in *Revue belge de droit des affaires internationales/International Business Law Journal*, 1988, pp. 141 et seq, p. 147).

از نظر متری نیز، «ریسک متهم‌شدن [توسط دولت] خارجی می‌تواند اجرای قرارداد را به حدی خطرناک کند که منطقی‌توان هیچ‌کس را ملزم به اجرای آن قرارداد کرد (معیار نوعی). بنابراین تهدید جدی تحریم خارجی می‌تواند فورس ماژور باشد».

(Matray Lambert, "Embargo and Prohibition of Performance", in: Böckstiegel Karl-Heinz, *Acts of State and Arbitration*, Köln (C. Heymann), 1997, pp. 69 et seq., p. 95).

اجرای تعهداتش هزینه‌هایی بپردازد که از هزینه‌های مورد انتظار بیشتر است تفاوت می‌کند. مورد اخیر، خود اجرا را سخت‌تر می‌کند، درست برعکس تهدید به اعمال ضمانت اجرا که به خود اجرای قرارداد کاری ندارد.

حتی اگر بتوان ریسک ضمانت اجرایی را که در آینده اعمال می‌شود به‌عنوان نوعی هزینه اجرا در نظر گرفت<sup>۳۴</sup> و آن هزینه از محدوده‌های از خودگذشتگی منطقی فراتر برود و مانع اقتصادی تلقی شود، به‌تنهایی نمی‌تواند معافیت متعهد را توجیه کند. به عبارت دیگر اگر مرجع قضاوت‌کننده تصمیم گرفته باشد که خود تحریم را اعمال نکند، یعنی هیچ مانع قانونی برای اجرا وجود نداشته باشد، معافیت صرفاً به این دلیل که اجرای قرارداد متضمن ریسک ضمانت اجراست، قابل اعطا به متعهد نیست. بنابراین ریسک ضمانت‌های اجرا نه‌تنها مانع قانونی محسوب نمی‌شود بلکه به‌عنوان مانع عملی هم نمی‌تواند معافیت ایجاد کند.

حتی اگر ریسک مجازات شدن (مثلاً جریمه شدن) به‌خودی‌خود نتواند معافیت از مسئولیت برای عدم اجرا را توجیه کند، باز هم نمی‌توان این ریسک را نادیده گرفت. به‌هرحال وقتی یکی از طرفین تعهدات، معامله‌ای را اجرا می‌کند که تحریم آن را منع کرده است، این ریسک به وجود می‌آید و فضایی که قرارداد باید در آن اجرا شود با فضایی که طرفین در زمان انعقاد قرارداد، ریسک‌ها، هزینه‌ها و منافعی را برآورد کرده‌اند متفاوت می‌شود.<sup>۳۵</sup> مثلاً «اداره صنعت و امنیت وزارت بازرگانی آمریکا»<sup>۳۶</sup> در ۳ اکتبر ۲۰۱۱ اعلام کرد که یک شرکت امریکایی و ده شعبه خارجی‌اش که تأمین‌کنندگان کالا و خدمات برای صنایع نفت، گاز، مواد شیمیایی و دیگر صنایع هستند قبول کرده بودند که جریمه مدنی جمعاً به مبلغ ۲/۵ میلیون دلار آمریکا را بپردازند تا ۲۸۸ اتهام در مورد نقض مقررات مدیریت صادرات<sup>۳۷</sup> (از جمله صادرات و صادرات مجدد بدون مجوز به ایران، سوریه و دیگر کشورها) را فیصله دهند. دفتر کنترل دارایی‌های خارجی وزارت خزانه‌داری آمریکا<sup>۳۸</sup> نیز که

**۳۴.** یعنی این طور تفسیر شود که این ریسک در هر صورتی غیر از اجرای قرارداد، غیرقابل اجتناب است، بخصوص اگر دادگاه حکم به اجرای عین تعهد دهد.

**۳۵.** شورای امنیت در برخی از قطعنامه‌هایش از کشورها درخواست کرده است که قوانین داخلی‌ای برای وضع ضمانت اجراها و طرح دعوا علیه کسانی که در راستای نقض اقدامات داخلی اجراکننده این قطعنامه‌ها عمل می‌کنند تصویب کنند. مثلاً ن.ک: قطعنامه ۳۳۳ (۱۹۷۳)، بند ۴؛ قطعنامه ۸۲۰ (۱۹۹۳)، بند ۱۹؛ قطعنامه ۸۴۱ (۱۹۹۳)، بند ۱۲؛ قطعنامه ۸۶۴ (۱۹۹۳)، بند ۲۱؛ قطعنامه ۱۲۶۷ (۱۹۹۹)، بند ۸؛ قطعنامه ۱۲۹۵ (۲۰۰۰)، بندهای ۱۶ و ۲۷؛ قطعنامه ۱۳۰۶ (۲۰۰۰)، بند ۱۷.

### 36. Bureau of Industry and Security (BIS)

وزارت بازرگانی آمریکا نیز مانند وزارت خزانه‌داری، فهرست سیاه (Entity List) دارد که از سال ۱۹۹۷ توسط اداره صنعت و امنیت منتشر و در فواصل زمانی نامعین به‌روزرسانی می‌شود. افراد و شرکت‌هایی که در این فهرست قرار می‌گیرند، از برقراری روابط تجاری و مالی عادی با آمریکا و در آمریکا محروم شده و برای انجام این امور نیازمند دریافت گواهی‌نامه‌های ویژه‌ای هستند که وزارت بازرگانی با لحاظ مسائل مرتبط با امنیت ملی و سیاست خارجی آمریکا صادر می‌کند.

**37.** The Export Administration Regulations (EAR), 15 CFR §§730-774.

**38.** Office of Foreign Assets Control (OFAC)

به اتهامات این شرکت رسیدگی می‌کرد، اظهار داشت که این شرکت جمعاً ۴۵ مورد برنامه‌های تحریم ایران، کوبا و سودان را نقض کرده است. شرکت قبول کرد که جریمه مدنی به مبلغ ۵۰۲/۴۰۸ دلار آمریکا را برای رفع اتهامات بپردازد.<sup>۳۹</sup>

از آنجا که ضمانت اجراهای نقض تحریم، اغلب بسیار سنگین است و به راحتی نمی‌توان از کنار آن گذشت، به این دلیل که اجرای قرارداد از نظر مرجع تصمیم‌گیرنده، غیرقانونی نیست، متعهد نباید مجبور شود که تعهداتش را علی‌رغم ریسک ضمانت اجرا انجام دهد. به عبارت دیگر، متعهد نباید مجبور شود که بین مسئول بودن در مقابل شریک قراردادی‌اش برای نقض قرارداد و مسئول بودن در مقابل کشور واضح برای نقض تحریم، یکی را انتخاب کند.

بنابراین برای رسیدن به راهکار حقوقی که بتواند این دو مهم را جمع کند، می‌توان در مواردی که خود ممنوعیت ناشی از تحریم توسط مرجع تصمیم‌گیرنده مدنظر قرار نمی‌گیرد و اعمال نمی‌شود، طریق جبرانی دیگری غیر از معافیت در اثر ریسک اعمال ضمانت اجراها برای متعهد در نظر گرفت. ریسک اعمال چنین ضمانت اجرایی موجب افزایش دشواری قرارداد برای این طرف می‌شود و او را به‌طور بالقوه در وضعیت «سختی و اضطرار»<sup>۴۰</sup> قرار می‌دهد.<sup>۴۱</sup> در اثر تهدید به اعمال ضمانت اجراها، توازن ریسک‌ها، هزینه‌ها و منافع که طرفین در زمان انعقاد قرارداد تعیین کرده‌اند تغییر می‌کند. لذا حتی اگر این ضمانت اجراها بعد از اجرای قرارداد اعمال شود، باز هم به دلیل تهدیدی که می‌کند، توازن قراردادی را باید از لحظه‌ای که تحریم لازم‌الاجرا می‌شود و متعهد در مقابل تهدید اعمال ضمانت اجرا قرار می‌گیرد، برهم‌خورده دانست؛ پس در شرایط خاص، ریسک اعمال ضمانت اجرای نقض تحریم می‌تواند به‌عنوان «سختی» در نظر گرفته شود و دلیلی معتبر و قانع‌کننده را برای درخواست مذاکره مجدد قرارداد یا تعدیل قرارداد به دستور دادگاه ایجاد کند.

### نتیجه

با توجه به آنچه گذشت می‌توان این‌طور نتیجه گرفت که خود تحریم تحت شرایطی می‌تواند مانعی بر سر راه اجرای تعهدات قراردادی تلقی و موجب «معافیت» متعهد شود؛ یعنی اگر مرجع

39. See: Texas Firm and its Foreign Affiliates Settle 288 Charges of Unlicensed Exports and Reexports to Iran, Syria, and Other Countries, 3 October 2011.

40. Hardship and distress

۴۱. این حالت قابل مقایسه با فرضی است که در آن یکی از طرفین توسط دادگاه یک کشور مجبور شده اطلاعاتی را که طبق قانون کشور دیگر محرمانه است ارائه کند و دادگاه به این قانون توجه نکند. «قوانین محرمانه خارجی اغلب متضمن ضمانت اجراهای کیفری برای افشای اطلاعات محرمانه است. بنابراین حکم دادگاه، مبنی بر افشای اطلاعات محرمانه به موجب قانون خارجی، طرف مطلع از آن اطلاعات را در وضعیت «سختی» قرار می‌دهد».

(Grossfeld Bernhard/Rogers C. Paul, "A Shared Value Approach to Jurisdictional Conflicts in International Economic Law", *International and Comparative Law Quarterly*, 1983, pp. 931 et seq., p. 945).

رسیدگی کننده، اعمال تحریم منع کننده اجرای تعهدات قراردادی را مناسب بدانند، با جمع شرایط، این تحریم می‌تواند مانع قانونی بر سر راه اجرای این تعهدات دانسته شود که معافیت طرف خاطی («متعهد») را نسبت به مسئولیت عدم اجرای تعهدات توجیه می‌کند.

اما غیر از خود تحریم، سایر مسائل مرتبط با تحریم، مانند «اقدامات اجراکننده تحریم» یا «تهدیدات به اعمال ضمانت اجرا در صورت نقض تحریم»، اگر خود ممنوعیت ناشی از تحریم مانع قانونی برای اجرا نباشد و برای حل اختلاف مورد توجه مرجع رسیدگی کننده قرار نگیرد، چه به‌عنوان «مانع قانونی» و نه به‌عنوان مانع عملی نمی‌تواند موجب معافیت متعهد شود. به عبارت دیگر اگر متعهد از اجرا خودداری کند و به تحریم به‌عنوان مانع استناد کند، ولی تحریم علی‌رغم ریسک اقدامات اجرایی یا ضمانت اجراها به دلایلی با ماهیت حقوق بین‌الملل خصوصی، مورد توجه مرجع رسیدگی کننده به اختلاف قرار نگیرد و اعمال نشود، درخواست معافیت به این دلیل که هیچ مانع قانونی برای اجرا وجود نداشته است رد می‌شود.

طبق کنوانسیون، به احتمال زیاد اگر ریسک توقیف یا دیگر اقدامات اجرایی از سوی دولت واضح تحریم وجود داشته باشد، مرجع تصمیم‌گیرنده، متعهد را به پرداخت خسارت به جای اجرای عین تعهد محکوم می‌کند.<sup>۴۲</sup>

با این حال باید دو نکته را در نظر داشت:

۱- در مورد اقدامات اجرایی تحریم: اگر تحریم، واردات از کشور واضح یا صادرات به این کشور یا معاملات تجاری با اشخاص داخل کشور واضح را منع کند و دولت واضح تحریم واقعاً و عملاً قدرت اجرای تحریم را با جلوگیری از اجرای معامله داشته باشد، به ندرت مرجع تصمیم‌گیرنده آن را نادیده می‌گیرد. با وجود این، اگر تحریم بر اساس انگیزه‌هایی آن قدر نادرست شکل گرفته باشد که مرجع تصمیم‌گیرنده را مجبور به نادیده گرفتن آن تحریم کند (مثلاً تحریم بر اساس تبعیض نژادی باشد)، مرجع تصمیم‌گیرنده نباید با اجرای این سیاست ناروای دولت واضح موافقت کند. مرجع تصمیم‌گیرنده هرگز نباید چشم خود را به روی این واقعیت ببندد که با اعطای معافیت به متعهد، متعاقب وضع تحریم، به دستیابی به هدف نامشروع دولت واضح تحریم کمک خواهد شد. در نتیجه اگر به دلیل توقیف کالاها طبق تحریمی که برای حل دعوا مورد توجه قرار نگرفته، فروشنده نتواند کالاها را تحویل بدهد، برای خسارت مسئول خواهد بود، درست مثل حالتی که آن فروشنده به علت رعایت آن تحریم، تعهداتش را اجرا نکرده باشد.

۲- در مورد تهدیدات به اعمال ضمانت اجراها در صورت نقض تحریم: گرچه ریسک این

۴۲. طبق ماده ۲۸ کنوانسیون، «اگر طبق مقررات این کنوانسیون، یکی از طرفین حق داشته باشد که اجرای تعهدی را از طرف دیگر بخواهد، دادگاه مکلف به صدور حکم نسبت به اجرای عین تعهد نیست، مگر اینکه مطابق قانون متبوع خود نسبت به قراردادهای بیع مشابهی که مشمول مقررات این کنوانسیون نیستند، حکم به اجرای عین تعهد دهد.» (به تأکیدات توجه شود)

---

ضمانت اجراها نمی‌تواند به‌عنوان مانع (چه قانونی و چه عملی) معافیت متعهد را در پی داشته باشد، می‌تواند در شرایطی به‌عنوان «سختی»، موجب مذاکره مجدد یا تعدیل قرارداد به دستور دادگاه شود.



## منابع:

## الف. فارسی

## - کتاب

- حقوق بیع بین‌المللی - کنوانسیون ۱۹۸۰ وین، جمعی از نویسندگان، ترجمه: مه‌راب داراب‌پور، گنج دانش، جلد ۳، ۱۳۷۴.

## - رساله

- گلشنی، عصمت؛ تأثیر تحریم‌ها بر قراردادهای بازرگانی بین‌المللی، رساله دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۹۶.

## ب. انگلیسی

## - Books

- Azeredo da Silveira Mercédeh, *Trade Sanctions and International Sales- An Inquiry into International Arbitration and Commercial Litigation*, Wolters Kluwer, 2014.
- Brunner, Christoph, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles, Exemption for Nonperformance in International Arbitration Law*, Kluwer Law International, Netherlands, 2008.
- Enderlein Fritz, Maskow Dietrich, *International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, New York London etc. (Oceana) 1992, <http://cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlien.html>.
- Honnold John O., *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Edited and Updated by Harry M. Flechtner, 4<sup>th</sup> ed., Alphen aan den Rijn (Kluwer Law International), 2009.
- Huber Peter, in: *The CISG- A New Textbook for Students and Practitioners*, Huber Peter/Mullis Alastair, München (Sellier European Law Publishers), 2007.
- Nicholas Barry, Impracticability and Impossibility in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods, in: *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, New York (M. Bender), Galston/Smit (eds.), 1984.
- Magnus Ulrich, "Force Majeure and the CISG", in: *International Sale of Goods, Revisited*, Šarč ević/Voken (eds.), The Hague, Kluwer Law International, 2001.
- Matray Lambert, "Embargo and Prohibition of Performance", in: Böckstiegel Karl-Heinz, *Acts of State and Arbitration*, Köln (C. Heymann), 1997.

- Schlechtriem Peter, *Uniform Sales Law - The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Vienna (Manz), 1986, <http://cisg.law.pace.edu/biblio/Slechchtriem.html>.
- Schlechtriem Peter, Butler Petra, *UN Law on International Sales- The UN Convention on the International Sale of Goods*, Berlin (Springer), 2009.
- Schlechtriem & Schwenger, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3<sup>rd</sup> ed., Oxford University Press, 2012.

#### - Articles

- Blessing Marc, "Choice of Substantive Law in International Arbitration", *Journal of International Arbitration*, 1997/2.
- Blessing Marc, "Mandatory Rules of Law versus Party Autonomy in International Arbitration", *Journal of International Arbitration*, 1997/4.
- Blessing, Marc, "Impact of the Extraterritorial Application of Mandatory Rules of Law on International Contracts", *Swiss Commercial Law Series edited by Nedim Peter Vogt*, vol. 9, Helbing & Lichtenhahn, 1999.
- Flambouras Dionysos P., "The Doctrines of Impossibility of Performance and Clausula Rebus Sic Stantibus in the 1980 Convention on Contracts for the International Sale of Goods and Principles of European Contract Law: A Comparative Analysis", *Pace International Law Review*, 2001.
- Grossfeld Bernhard, Rogers C. Paul, "A Shared Value Approach to Jurisdictional Conflicts in International Economic Law", *International and Comparative Law Quarterly*, 1983.
- Lindström Niklas, "Changed Circumstances and Hardship in the International Sale of Goods", *Nordic Journal of Commercial Law*, 2006/1.
- Lookofsky Joseph, "Impediments and Hardship in International Sales: A Commentary on Catherine Kessedjian's 'Competing Approaches to Force Majeure and Hardship'", *International Review of Law and Economics*, 2005.
- Schwenger Ingeborg, "Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts", *Victoria University of Wellington Law Review*, 2008.
- Schwenger Ingeborg, Hachem Pascal, "The CISG-Successes and Pitfalls", *American Journal of Comparative Law*, 2009.
- Van Houtte Hans, "The Empact of Trade Prohibitions on Transnational Contracts", *Revue belge de droit des affaires internationals/International Business Law Journal*, 1988.