

## پیش بینی نقض قرارداد

دکتر حبیب اله رحیمی\*

### چکیده

یکی از موضوعات جالب توجه که در کنوانسیون سازمان ملل متحد، در مورد قراردادهای بیع بین المللی کالا مطرح شده «پیش بینی نقض قرارداد» است. طبق این نظریه، چنانچه پس از انعقاد قرارداد معلوم شود که یکی از طرفین بخش اساسی تعهدات خود را ایفا نخواهد نمود و یا مرتکب نقض اساسی قرارداد خواهد شد، به طرف دیگر حق داده می‌شود که اجرای تعهدات خود را معلق کند یا قرارداد را فسخ نماید.

در این مقاله تلاش شده است تا شرایط تعلیق و فسخ به علت پیش بینی نقض قرارداد در کنوانسیون بیع بین المللی کالا، در حقوق انگلیس و ایالات متحده آمریکا روشن شود و پس از آن معلوم گردد آیا نظام حقوقی ایران در شرایط فعلی قابلیت پذیرش این نظریه و ضمانت اجراهای آن را دارد یا خیر.

واژگان کلیدی: پیش بینی نقض قرارداد، فسخ قرارداد، تعلیق قرارداد، خیار تفلیس، خیار تعذر تسلیم، حق حبس.

## مقدمه

کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بیع بین المللی کالا مصوب ۱۹۸۰ - که به اختصار آن را کنوانسیون بیع بین المللی کالا می‌گویند - در پاسخ به نیاز عمومی تجار بین المللی برای وجود مقررات یکنواخت تدوین شده است. اهمیت این کنوانسیون از تلاش طولانی و مداوم محققان و دانشمندان بنام کشورهای مختلف بخوبی درک می‌شود. کنوانسیون ۱۹۸۰ در واقع شکل تکامل یافته دو کنوانسیون لاهه، مصوب ۱۹۶۴؛ یکی ناظر بر بیع بین المللی اموال منقول و دیگری ناظر بر انعقاد قراردادهای بیع بین المللی اموال منقول است که کار مطالعه و تحقیق برای تنظیم و تصویب آنها به سال ۱۹۲۹ برمی‌گردد.

از لحاظ عملی نیز صرف نظر از این که گاه قاعده حل تعارض ایران مقررات کنوانسیون را حاکم بر قرارداد می‌داند، تشکیل همایشهایی در چند سال گذشته در دفتر مطالعات سیاسی و حقوقی وزارت خارجه، فکر الحاق ایران به این کنوانسیون را ایجاد کرده است.

یکی از موضوعات بدیع و جالب توجه کنوانسیون که دو ماه ۷۱ و ۷۲ در مبحث پنجم با عنوان مقررات مشترک ناظر بر تعهدات بایع و مشتری به آن اختصاص یافته «پیش بینی نقض قرارداد» است. آنچه در حقوق کامن لو با عنوان Anticipatory Breach مطرح می‌شود، به معنای آن است که قبل از فرارسیدن موعد انجام تعهد یک طرف، دیگری پیش بینی می‌نماید که قرارداد از سوی وی انجام نخواهد شد. به عبارت دیگر، پس از انعقاد قرارداد اما قبل از رسیدن موعد انجام آن معلوم می‌شود که یکی از طرفین - بایع یا مشتری - به تعهدات قراردادی خود در آینده عمل نخواهد نمود.

آیا در چنین حالتی به عنوان مثال باید مشتری را مجبور به تأدیه ثمن نمود؛ حتی اگر مشخص باشد که بایع کالا را تسلیم نخواهد نمود یا کالایی غیر منطبق با قرارداد تحویل خواهد داد؟ یا برعکس باید بایع را ملزم به تحویل کالا نمود؛ حتی اگر معلوم باشد مشتری نمی‌خواهد یا نمی‌تواند ثمن را تأدیه نماید؟ کنوانسیون به سؤال اخیر پاسخ منفی می‌دهد و دو ضمانت اجرا برای پیش بینی نقض مقرر می‌دارد: یکی «تعلیق قرارداد» و دیگری «فسخ قرارداد».

این نوشتار با عنوان «پیش بینی نقض قرارداد» هر یک از این دو ضمانت را در بخشی جداگانه مورد بحث قرار خواهد داد. در هر بخش، علاوه بر بررسی ماده مربوط در کنوانسیون به حقوق کامن‌لو و ایران نیز اشاره خواهد شد تا هم زمینه اولیه مواد کنوانسیون در این باره روشن

گردد و هم از امکان یا عدم امکان پذیرش راه حلهای کنوانسیون در حقوق فعلی ایران آگاهی یابیم.

بخش اول: تعلیق اجرای قرارداد بیع به دلیل پیش بینی نقض

مبحث اول: تعلیق اجرا در کنوانسیون

ماده ۷۱ کنوانسیون بیع بین المللی مقرر می‌دارد:

« ۱ - چنانچه پس از انعقاد قرارداد معلوم شود که یکی از طرفین به علل زیر، بخش اساسی تعهدات خود را ایفا نخواهد نمود، طرف دیگر حق خواهد داشت اجرای تعهدات خود را معلق نماید:

الف - نقصان فاحش در توانایی متعهد به انجام تعهد یا در اعتبار، یا

ب - نحوه رفتار او در ایجاد مقدمات اجرای قرارداد یا در اجرای قرارداد.

۲ - چنانچه با بیع پیش از ظهور جهات موصوف در بند پیش، کالا را ارسال نموده باشد، می‌تواند از تسلیم آن به مشتری جلوگیری کند؛ هر چند مشتری دارای سندی باشد که او را محق به وضع ید بر کالا می‌کند. این بند تنها ناظر بر حقوق بایع و مشتری بر کالا است.

۳ - طرفی که اجرای تعهدات خود را خواه قبل از ارسال کالا یا بعد از آن، معلق می‌نماید مکلف است فوراً اخطار تعلیق را جهت طرف دیگر ارسال نماید و در صورتی که طرف مزبور در زمینه ایفای تعهد خود تضمین کافی ارائه دهد، اجرای تعهد خود را از سرگیرد.

این ماده در سه بند مسایلی مختلفی را عنوان می‌دارد که لازم است هر بند به طور مجزا مورد توجه قرار گیرد و تفسیر آن ارائه گردد:

الف - بند ۱ ماده ۷۱

در این بند شرایط و علل تعلیق قرارداد عنوان شده است. علل تعلیق یا زمینه‌های تعلیق در قسمت «الف» و «ب» بند (۱) آمده، و شرایط تعلیق در خود بند (۱) ذکر گردیده است.

۱ - شرایط تعلیق

شرایط تعلیق را می‌توان در سه مورد خلاصه نمود،<sup>۱</sup> زیرا آمده: ۱ - چنانچه پس از انعقاد

۱. ژان پیر پلاننار، «حقوق جدید بیع بین المللی: کنوانسیون سازمان ملل متحد مورخ ۱۱/آوریل/۱۹۸۰» ترجمه

قرارداد؛ ۲ - معلوم شود که یکی از طرفین به علل زیر، ۳ - بخش اساسی تعهدات خود را ایفاء نخواهد نمود...». این شرایط که به طور خلاصه در این بند آمده است، در جلسات متعددی توسط تدوین کنندگان کنوانسیون مورد بحث قرار گرفته و تلاش زیادی شده است تا بدین ترتیب نظر کشورهای مختلف اعمال گردد. برای روشن شدن معنا و تفسیر هر یک از این سه شرط به بررسی یک یک آنها خواهیم پرداخت.

۱ - ۱. پس از انعقاد قرارداد (معلوم شود) - بند ۱ از ماده (۱) ۷۳ کنوانسیون بیع بین المللی کالا مصوب ۱۹۶۴ مقرر می‌داشت: هنگامی که بعد از انعقاد قرارداد، به نظر می‌رسد که موقعیت اقتصادی یکی از طرفهای قرارداد به نحوی وخیم شده که دلیل مکفی، برای بیم از این که وی بخش مهمی از وظایفش را ایفاء نخواهد کرد، وجود داشته باشد، طرف دیگر می‌تواند اجرای وظایفش را معلق نماید.<sup>۱</sup> در (ماده «۱» ۲۶۲) پیش نویس ۱۹۷۸ آنسیرال نیز همین نظر پذیرفته شده بود و تعلیقی که مبتنی بر واقعیات موجود به هنگام انعقاد قرارداد باشد، ممکن نبود،<sup>۲</sup> اما این نظر در کنوانسیون پذیرفته نشد و همین قدر که پس از انعقاد قرارداد، نقض از سوی یکی از طرفین در آینده آشکار شود، می‌توان طرف دیگر را مجاز به تعلیق قرارداد دانست و لازم نیست که پس از انعقاد، وضع یکی از طرفین بدتر شده باشد.

اگر قبل از انعقاد قرارداد وضعیت برای انسان متعارف معلوم بوده است ولو این که طرف دیگر جهل داشته است، طرف دیگر نمی‌تواند انجام تعهداتش را به علت شرایطی که در هنگام انعقاد قرارداد برای هر انسان متعارفی روشن و معلوم بوده، معلق نماید. البته، اگر وضع بد بوده اما ثابت شود که به طور محسوسی بدتر و شرایط به گونه‌ای عوض شده است، تعلیق امکان‌پذیر خواهد بود.<sup>۳</sup>

۲ - ۱. معلوم شود - در متن انگلیسی ماده ۷۱ آمده است که اگر آشکار شود<sup>۴</sup> در حالی که در ماده ۷۲ عبارتی متفاوت به کار رفته است و گفته شده اگر روشن شود (...if it is clear...)، به همین

ابرج صدیقی، *مجله حقوقی دفتر خدمات حقوق بین‌المللی*، شماره چهاردهم و پانزدهم، ۱۳۷۰، ص ۳۵۹.  
۱. جورج باره راگراف و دیگران، *تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی*، (نوشته هجده نفر از حقوقدانان)، ترجمه مهرباب داراب پور، چاپ اول، ج ۳، کتابخانه گنج دانش، تهران، ۱۳۷۴، ص ۵۴.

2. John, Honnold; *Uniform Law for International Sales*, 2 ed., Denever, Kluwer Lawand Taxation pub., 1991, p. 486.

3. Fritz, Enderlein & Dietrich, Maskow; *International Sales Law*, New York, OceanaPublications, 1992, p. 285.

4. (if... It becomes apparent..)

جهت عده‌ای از مفسران گفته‌اند که سخت‌گیری کمتری در ماده ۷۱ نسبت به ماده ۷۲ وجود دارد و پیش بینی ساده کافی است.<sup>۱</sup> گرچه برخی نیز معتقدند با وجود تفاوت در تعبیر از لحاظ لغوی، در عمل ماده ۷۲ مستلزم اطمینان بیشتری نسبت به ماده ۷۱ نیست.<sup>۲</sup>

به هر حال، منظور از معلوم شدن، معلوم شدن به صورت نوعی است؛ یعنی وضعیت متعهد نسبت به یک انسان متعارف در شاخه مورد نظر تجارت بین المللی مخفی نماند و ترس و بیم شخصی به نقض در آینده توجیه کننده تعلیق نیست و باید زمینه‌های نوعی برای امکان عدم اجرا و نقض وجود داشته باشد؛ به نوعی که یک مشاهده کننده نوعی را قادر به پیش بینی عدم اجرا سازد.<sup>۳</sup> قسمت «الف» و «ب» بند ۱ ماده ۷۱ نیز برای هر چه نوعی تر کردن زمینه‌های تعلیق تنظیم شده است؛ گرچه در آخر این قضاوت خود طرف قرارداد درباره زمینه‌هاست که موجب اقدام به تعلیق می‌شود و این امر تا حدودی شخصی است.<sup>۴</sup>

اگر در این زمینه اشتباهی صورت گیرد؛ یعنی یکی از طرفین به غلط تصور کند که یکی از زمینه‌های تعلیق وجود دارد و طرف دیگر در آینده مرتکب نقض خواهد شد و اقدام به تعلیق قرارداد نماید، ضمان این اقدام بر عهده چه کسی است؟ معلق کننده یا طرف دیگر؟ در پاسخ گفته شده است که گرچه امتناع از اجرای قرارداد - اگر بدون پایه و اساس باشد - خود یک نقض بنیادی (اساسی) است، اما اگر معلق کننده ثابت کند که اطلاعاتی که وی بر طبق آن اقدام نموده است درست بوده، طرف دیگر عهده‌دار این ضمان است.<sup>۵</sup> همین حکم به هنگامی که طرف دیگر آن اطلاعات را به معلق کننده داده است، یا به نحوی رفتار نموده که این تصور اشتباه برای معلق کننده به وجود آمده است، نیز جاری است.

۳- ۱. یکی از طرفین بخش اساسی تعهدات خود را ایفا نخواهد نمود؛ بدین ترتیب شخص نمی‌تواند برای هر نقض در آینده‌ای قرارداد را معلق نماید و باید نقض به بخش مهم تعهدات مربوط باشد. البته، لازم هم نیست که نقض بنیادی (اساسی) باشد؛ به معنایی که ماده ۲۵ مقرر

1. Fritz, Enderlein & Dietrich, Maskow, op. cit., p. 286.

تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی، همان منبع؛ ج ۳، ص ۶۴.

2. Peter, Schlechtriën; *Uniform Sales Law*, Vienna, Manzschke Verlags- und Universitätsbuch - handlung Wien, 1986, p.96.

3. Peter, Schlechtriën, op. Cit., p.94.

4. John, Honnold, Op. Cit., p.488.

5. Fritz, Enderlein & Dietrich, Maskow, op. cit., pp. 285 - 286.

6. Substantial (به زبان انگلیسی) / Essentielle (به زبان فرانسه)

می‌دارد، زیرا آن اصطلاح<sup>۱</sup> برخلاف ماده ۷۲ به کار نرفته است.<sup>۲</sup> گرچه به طور عمده منظور از نقض تعهد در آینده با موضوع تعلیق تعهداتی مثل تحویل کالا مواد ۳۱ تا ۳۴) یا پرداخت ثمن (مواد ۵۴ تا ۵۹) است، اما ماده ۷۱ قلمرو وسیعتری دارد و شامل اقدامات مقدماتی، همانند: تولید کالا از سوی فروشنده یا گشایش اعتبار اسنادی از سوی مشتری (ماده ۵۴) یا اقداماتی مثل انعقاد قرارداد حمل (ماده ۳۲)، تسلیم اسناد (ماده ۳۴) تهیه مشخصات کالا (ماده ۶۵) نیز می‌شود. البته، عدم انجام این تعهدات گاه نقض بنیادی (اساسی) محسوب می‌شود و شخص می‌تواند از راه حل ماده ۷۲ استفاده و قرارداد را فسخ نماید.<sup>۳</sup>

## ۲- علل تعلیق

یکی از تغییرهایی که در ماده مربوط به تعلیق در پیش نویس ۱۹۷۸ انجام شد، تدوین بند «الف» و «ب» و محدود نمودن علل تعلیق یا زمینه‌های تعلیق بود، زیرا پیش نویس به طور کلی تعلیق اجرا از سوی طرفی را که دلیلهای محکمی داشت که استنباط می‌کرد طرف دیگر بخش مهمی از تعهداتش را اجرا نخواهد کرد، تجویز می‌نمود.<sup>۴</sup>

قسمت «الف» مربوط به شرایط و اوضاع و احوال یکی از طرفین است و قسمت «ب» به نحوه رفتار او در ایجاد مقدمات اجرا یا در اجرا مربوط است.

بند «الف» به دو مورد تصریح دارد: یکی «نقصان فاحش در توانایی متعهد» به انجام تعهد و دیگری نقصان فاحش در «اعتبار او». نقصان فاحش در توانایی استنباط می‌شود از: تأخیر مکرر فروشنده که موجب می‌شود فرض کنیم وی موفق نمی‌شود که مواعد و مهلتها را رعایت کند؛ توقف اجباری فعالیتش در نتیجه اعتصاب، حادثه، کمیاب شدن مواد اولیه، و همچنین حوادث عمومی، مانند: مشکلات داخلی، اعتصاب عمومی در کشور، یا تحریم اقتصادی و منع صادرات.<sup>۵</sup>

نقصان در اعتبار یکی از طرفین، بخصوص خریدار می‌تواند از تأخیر در پرداخت در مقابل

1. Fundamental

2. Bernard, Audit; *La vente internationale de marchandises*, paris, L.G.D.J., 1990, p.154.

3. John, Honnold, Op. Cit., p.485.

4. John, Honnold, Op. Cit., p.486.

5. Bernard, Audit, Op. Cit., P. 154 and Fritz, Enderlein & Dictrich, Maskow, Op. Cit., p.286.

فروشنده یا شخص ثالث و به طریق اولی از توقف او در پرداخت دیون فهمیده شود.<sup>۱</sup> برخی موردی را هم که بایع نتوانسته قراردادهای قبلی‌اش را اجرا کند، داخل در نقصان در اعتبار او دانسته‌اند و با تفسیر موسع از نقصان در اعتبار بد شدن وضع مالی ضامن مشتری را هم مشمول این کاهش اعتبار محسوب داشته‌اند.<sup>۲</sup>

بند «ب» همان طور که گفته شد، به رفتار متعهد در انجام مقدمات اجرا یا در خود اجرای قرارداد مربوط است. مقدمات مثل تعیین کالایی که باید حمل شود (ماده ۳۲)؛ تحویل اسناد (ماده ۳۴) و تشریفات مربوط به پرداخت (ماده ۵۴).<sup>۳</sup>

قسمت دوم بند «ب» این سؤال را مطرح می‌کند که آیا منظور از «اجرای قرارداد» مذکور در این بند، همان قراردادی است که معلق می‌شود؟ به عبارت دیگر، آیا ماده در حالتی هم که شرط نشده، یکی از طرفین ابتدا تعهدش را اجرا کند، قابل اعمال است؟ برخی از مفسران کنوانسیون قلمرو این ماده را تنها در دو مورد دانسته‌اند: یکی موردی که فروشنده توافق نموده که کالا را به طور نسبه تحویل دهد، اما قبل از زمان تحویل، فروشنده معسر می‌شود یا نشان می‌دهد که توانایی پرداخت ثمن کالا را ندارد. مورد دیگر، این که مشتری موافقت نموده قبل از دریافت کالا ثمن را بپردازد، اما پیش از زمان پرداخت شرایطی ایجاد می‌شود که نشان می‌دهد فروشنده کالا را تحویل نخواهد داد. بدین ترتیب، حتماً باید موعد انجام تعهد یکی از طرفین قبل از دیگری باشد.<sup>۴</sup> برخی هم گفته‌اند شرط منطقی تعلیق اجرای تعهد این است که موعد انجام تعهد قبلاً فرارسیده باشد؛ یعنی طرفی که باید اول اجرا کند این اختیار را دارد که اجرا را معلق نماید.<sup>۵</sup>

بدین ترتیب، معنای قسمت دوم بند «ب» عدم اجرای قراردادهای مشابه در گذشته یا عدم انطباق سیستماتیک کالاهایی که در گذشته تسلیم کرده است، می‌باشد.<sup>۶</sup> مثلاً خریداری که لوازم یدکی ظریف و دقیقی را خریده تا به محض تحویل آنها را مورد استفاده قرار دهد، ممکن است

1. Ibid.

2. Fritz, Enderlein & Dietrich, Maskow, Op. Cit., p. 287.

3. Bernard, Audit, Op. Cit., PP. 154 - 155.

4. John, Honnold, Op. Cit., P. 484.

البته، این نویسنده در جای دیگری در مقام بیان تفاوت ماده ۳۲۱ قانون مدنی آلمان با ماده ۷۱ بیان می‌دارد که ماده ۷۱ تنها مختص به موردی نیست که تعهد یک طرف باید ابتدا اجرا شود (ص ۴۸۹).

5. Fritz, Enderlein & Dietrich, Maskow, Op. Cit., p. 284.

اطلاع حاصل کند که ولو این که در توانایی فروشنده برای اجرای تحویل آن وسایل و لوازم با مختصات مورد نیاز نقصان حاصل نشده، ولی به خریداران دیگر که نیازمندی مشابهی داشته‌اند، کالاهای معیوبی تحویل داده است. اگر دلیل تحویل کالاهای معیوب این باشد که خریدار از مواد اولیه یک معدن یا منبع استفاده کرده است و فروشنده نیز قصد دارد که از همان مواد اولیه، از همان منبع برای قرارداد مورد بحث استفاده کند، خریدار ذی حق خواهد بود که اجرای قرارداد را به حالت تعلیق درآورد.<sup>۱</sup>

اما برخی دیگر از مفسران بند «ب» را مصداقی از ایراد عدم اجرا<sup>۲</sup> می‌دانند و منظور از «نحوه رفتار متعهد... در اجرای قرارداد» را اجرای همان قراردادی که معلق می‌شود، قلمداد می‌کنند.<sup>۳</sup> در کل، به نظر می‌رسد که گرچه تعلیق به معنای عدم تعهد به اجراست و اگر زمان انجام تعهد نرسیده باشد، تعلیق بی مورد است و بعلاوه تعلیق در ماده ۷۱ به خاطر پیش بینی نقض است، ولی به نظر می‌رسد اگر می‌توان به خاطر نقض در آینده قرارداد را معلق نمود، به طریق اولی به خاطر نقض فعلی هم می‌توان اجرا را معلق کرد. نکته دیگر این که با پذیرش امکان تعلیق قبل از فرارسیدن موعد انجام تعهد، شخص می‌تواند انجام مقدمات تعهد خود را نیز معلق نماید؛ مثلاً تولید را متوقف کند. البته، این امر را نمی‌توان مصداقی از حق حبس دانست، زیرا حق حبس درباره دو تعهد اصلی است؛ نه تعهدهای فرعی و مقدماتی.

شایان ذکر است که در ماده ۷۱ اشاره‌ای به فرض اعلام صریح بائع یا مشتری مبنی بر این که کالا را تحویل نخواهد داد یا ثمن را پرداخت نخواهد نمود، نشده است، ولی با توجه به بند ۳ ماده ۷۲ که فسخ را در چنین حالتی مجاز می‌داند، می‌توان گفت که به طریق اولی تعلیق ممکن است.<sup>۴</sup>

#### ب - بند ۲ ماده ۷۱

این بند که مشتق از بند ۲ و ۳ ماده ۷۳ کنوانسیونهای ۱۹۶۴ است، تنها به بائع اجازه می‌دهد که پس از ارسال کالا وقتی کالا هنوز به مشتری تسلیم نشده، کالا را در راه متوقف نماید و از تسلیم

۱. تفسیری بر حقوق بیع بین المللی، همان منبع، ج ۳، ص ۶۱.

3. Bernard, Audit, Op. Cit., p. 154.

2. Exception d'inexécution

4. Ibid, Op. Cit., p.155.



آن جلوگیری کند، علی رغم این که طبق ماده (۱) ۶۱ ضمان به مشتری منتقل شده است. پس باید اولاً زمینه‌ها و جهات تعلیق پس از بازگیری کالا آشکار شده باشد و ثانیاً فروشنده هنوز بر کالا تسلط نیافته باشد؛<sup>۱</sup> هر چند که مشتری با داشتن اسناد کالا طبق حقوق داخلی مالک باشد و حق داشته باشد که آن کالا را از حمل کننده یا انباردار تحویل گیرد.<sup>۲</sup>

هنگام تصویب این ماده پیشنهاد شده بود که به مشتری حق پس گرفتن یا الغای دستور انتقال پول داده شود، اما با این پیشنهاد مخالفت شد، زیرا عدم پرداخت چک در بسیاری از کشورها جرم است. البته، در مورد اعتبار اسنادی چنین مشکلی مطرح نمی‌شود، چون تا تحویل اسناد لازم، پرداختی صورت نمی‌گیرد.<sup>۳</sup>

انتهای بند ۲ ماده ۷۱ آنچه را در ماده ۴ نیز آمده است، مورد تأکید قرار می‌دهد و بیان می‌دارد:.... این بند تنها ناظر به حقوق بایع و مشتری نسبت به کالا است. بدین ترتیب گرچه قوانین داخلی در مورد مالکیت نمی‌توانند حق خاص اعطا شده توسط ماده ۷۱ را محدود کنند یا از بین ببرند، اما در عین حال، این که حمل کننده از دستور عدم تحویل تا چه میزان تبعیت می‌کند، به قانون ملی صالح و قرارداد حمل مربوط است. اگر در حقوق حاکم نیز این حق شناخته شده باشد، بایع می‌تواند به دادگاه مراجعه کند.<sup>۴</sup> برای حمایت از حمل کننده بایع باید برای این که مشتری اسناد مربوط به کالا را به بایع یا حمل کننده بدهد، اقامه دعوی نماید.<sup>۵</sup> در مورد شخص ثالث که کالا به او منتقل شده است، نیز باید به حقوق داخلی مراجعه کرد تا روشن شود در این مورد هم آیا بایع می‌تواند حقیقتش را اعمال کند و از تسلیم کالا جلوگیری نماید یا خیر.<sup>۶</sup>

### ج - بند ۳ ماده ۷۱

این بند از ماده ۷۱ به چند مطلب اشاره می‌کند: اولاً از آنجا که تعلیق عملی یکطرفه است، باید معلق کننده اخطار تعلیق برای طرف دیگر ارسال نماید.<sup>۷</sup> این اخطار باید پس از تعلیق ارسال شود و لازم نیست که طرفی که قصد تعلیق اجرای تعهد خویش را دارد، قبل از تعلیق این امر را به طرف دیگر اعلام نماید. طبق ماده ۲۷ «... تأخیر یا اشتباه در ارسال یا عدم وصول آن، او را از حق

1. John, Honnold, Op.Cit., p.490.

2. Peter, Schlechtrien, Op. Cit., p.94.

3. Fritz, Enderlein & Dietrich, Maskow, op. Cit., p.287.

4. Ibid, Op. Cit., p.288.

5. John, Honnold, Op. Cit., P.491.

6. Peter, Schlechtrien, Op.Cit., P.94.

7. Bernard, Audit, Op. Cit., p.155.

استناد به مراسلات مذکور محروم نمی‌سازد...، زیرا درخصوص اخطار تعلیق طور دیگری تصریح نشده است. البته، اگر معلق‌کننده نتواند اخطار را ارسال کند یا ارسال نکند، حق او از بین نمی‌رود و تنها خسارت طرف دیگر باید جبران شود.<sup>۱</sup> بعلاوه، اگر طرف دیگر بتواند ثابت کند که در صورت ابلاغ می‌توانسته تضمین کافی بدهد، حق فسخ قرارداد را خواهد داشت.<sup>۲</sup>

گرچه در ماده ۷۱ به این مطلب تصریح نمی‌شود که در اخطار باید علت و زمینه تعلیق ذکر گردد، اما در عمل بسیار مطلوب است که علت مربوط بیان شود، به گونه‌ای که طرف دیگر بتواند تصمیمی صحیح اتخاذ کند، زیرا اولاً او باید با توجه به علت تعلیق تضمین کافی بدهد و ثانیاً حسن نیت در تجارت بین‌المللی نیز مستلزم ذکر علت تعلیق است.<sup>۳</sup> ثالثاً اگر طرف دیگر علت تعلیق را بی‌مورد می‌داند و مایل به از بین رفتن تعلیق و ادامه قرارداد است، باید تضمین کافی در زمینه ایفای تعهد خود بدهد. این که چه تضمینی کافی است، بستگی به علت تعلیق دارد: اگر تعلیق به دلیل ممنوعیت صادرات بوده، اخذ مجوز صادرات تضمین کافی است، یا اگر اعتصاب بوده، اتمام آن تضمین کافی است. و اگر تعلیق به دلیل بیان طرف دیگر مبنی بر این که اجرا نخواهد کرد، بوده است، صرف گفتن این که اجرا خواهد نمود، همین طور پیشنهاد اجرای بی‌درنگ و یا بدون تأخیر تعهد تضمین کافی است، در پایان اگر علت تعلیق نقص در اعتبار بوده است، ضمانت‌نامه بانکی می‌تواند تضمین کافی قلمداد شود.<sup>۴</sup> گرچه در کنوانسیون این موضوع تصریح نشده است، اما به نظر می‌رسد که طرف معلق‌کننده باید اطلاع دهد که آیا تضمین داده شده را کافی می‌داند یا نه.<sup>۵</sup>

اگر تضمین کافی داده شود، تعلیق از بین می‌رود و باید اجرا از سرگرفته شود. اما آیا در صورتی که بایع اجرا را معلق نموده باشد، مهلت تحویل کالا افزایش می‌یابد یا مهلت پرداخت ثمن تمدید می‌شود؟ گرچه کنوانسیون در این باره ساکت است، اما لازمه منطقی حق تعلیق تمدید مهلت است و تاریخ تحویل کالا یا تاریخ پرداخت ثمن با در نظر گرفتن تعلیق به نحو

1. Fritz, Enderlein & Dietrich, Maskow, Op. Cit., pp. 288-289.

2. Peter, Schlechtriën, Op. Cit., p.94.

۳. تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی، ج ۳، ص ۶۲.

4. John, Honnold, Op. Cit., P. 492. and Fritz, Enderlein & Dietrich, Maskow, OP. Cit., p.289.

5. Fritz, Enderlein & Dietrich, Maskow, OP. Cit., p.290.

معقول و متعارفی معین خواهد شد.<sup>۱</sup> اما اگر تضمین کافی داده نشود، می توان به ماده ۷۲ استناد نمود و گفت که روشن شده که شخص در آینده مرتکب نقض بنیادی (اساسی) خواهد شد و به همین دلیل، قرارداد قابل فسخ است و لازم نیست که منتظر فرارسیدن زمان اجرای تعهدات طرف دیگر شد تا نقضی واقعی رخ دهد.<sup>۲</sup>

### مبحث دوم - تعلیق اجرا در حقوق داخلی

برای آن که از ریشه راه حلهای کنوانسیون آگاهی یابیم، لازم است حقوق داخلی برخی کشورها مورد مطالعه قرار گیرد. از آنجا که اصطلاح پیش بینی نقض<sup>۳</sup> - یا آن گونه که برخی ترجمه کرده اند نقض از پیش - در کامن لو سابقه ای طولانی دارد، بررسی آن نشان دهنده ریشه های راه حل انتخاب شده در کنوانسیون خواهد بود (قسمت «الف»). بررسی حقوق ایران نیز امکان پذیرش یا عدم امکان پذیرش راه حل کنوانسیون را معین خواهد نمود (قسمت «ب»).

### الف - تعلیق اجرا در حقوق انگلیس و آمریکا

در حقوق انگلیس و آمریکا گفته شده که یک طرف نمی تواند با نقضش به قرارداد پایان بخشد و اگر یک طرف قبل از آن که زمان اجرای تعهداتش فرا برسد، بصراحت یا به طور ضمنی اعلام نماید که قصد اجرای قرارداد را ندارد - آنچه که به زبان انگلیسی repudiation گفته می شود - این نقض از پیش است و طرف دیگر می تواند با پذیرش آن به قرارداد پایان دهد یا منتظر رسیدن موعد انجام تعهد بماند و آن زمان نقض کننده را به دادگاه بخواند؛ یعنی در حقوق انگلیس و آمریکا ضمانت اجرای نقض از پیش فسخ قرارداد است - که به تفصیل در بخش بعد مورد بحث قرار می گیرد - و از تعلیق اجرا بحثی نمی شود.<sup>۴</sup>

۱. تفسیری بر حقوق بیع بین المللی، همان منبع، ج ۳، ص ۶۴ و

John, Honnold, Op. Cit., P. 493.

2. Fritz, Enderlein & Dietrich, Maskow, Op. Cit., p.290 and John, Honnold, Op., p.494

3. Anticipatory Breach.

4. Goffrey Chevalier, *Cheshire, Law of Contract*, 11 ed., London, Butterworths, 1986, pp. 521 and s., J. C. Smith, *The Law of Contract*, London, Sweet Maxwell, 1989, pp. 187 and s., and Arthur Linton, Corbin, *Corbin on Contracts*, 4 ed. St. Paul, West pub. Co., 1972, Vol. 4, pp. 852 and s.

البته، ماده (۱) ۴۱ قانون بیع کالا (Sale of Goods Act) مصوب ۱۸۹۳ مقرر می‌دارد که حتی اگر فروشنده موافقت نموده که کالا را پیش از پرداخت ثمن از سوی مشتری تحویل دهد ممکن است در صورتی که مشتری معسر و مفلس شود (insolvent) کالا را تسلیم ننماید. این امر در نتیجه به معنای تعلیق اجرا به خاطر پیش بینی عدم اجرای آینده طرف دیگر است. بدین ترتیب، این حق تنها به بائع داده شده است و آن هم در شرایط خاصی که خریدار معسر می‌شود.<sup>۱</sup> در همین قانون مواد ۴۴ تا ۴۶ به متوقف نمودن کالای ارسال شده تصریح دارند و شرایطی مشابه بند ۲ ماده ۷۱ کنوانسیون در این موارد به چشم می‌خورد.<sup>۲</sup>

در قانون تجارت متحد الشکل (Uniform Commercial Code) ایالات متحده در ماده ۶۰۹ - ۲ مقرر شده است که « ۱ - هر قرارداد بیع تعهدی را بر هر یک از طرفین تحمیل می‌کند؛ مبنی بر این که نباید انتظار طرف دیگر به انجام قرارداد را خدشه دار نماید. وقتی زمینه‌های معقولی برای عدم اطمینان در خصوص اجرای تعهدات یکی از طرفین به وجود آید، طرف دیگر می‌تواند کتباً تقاضای تضمین کافی برای اجرا کند و تا زمانی که وی چنین تضمینی را دریافت نکرده، اگر از نظر تجاری معقول باشد، می‌تواند اجرای تعهدی را که عوض مورد توافق آن را قبلاً دریافت نکرده، معلق نماید... ۴ - پس از وصول تقاضایی موجه، عدم ارائه تضمین کافی اجرا با توجه به شرایط هر مورد در مهلت معقولی که بیش از سی روز نیست، یک عدم التزام به قرارداد محسوب می‌شود.<sup>۳</sup>»

بدین ترتیب، باید احساس مستمر اطمینان از اجرای تعهد در موعد مقرر وجود داشته باشد و اگر بائع یا مشتری دلایل کافی داشته باشد که معتقد شود طرف دیگر ممکن است تعهدش را انجام ندهد، هر چند از پیش محسوب نشود، می‌تواند اولاً به صورت کتبی درخواست تضمین

1. John, Honnold, Op. Cit., p.448.

2. John, Honnold, Op. Cit., p.490.

3. "1) A contract for sale imposes an obligation each party that the other's expectation of receiving due performance will not be impaired. where reasonable grounds for insecurity arise with respect to the performance of either party, the other may in writing demand adequate assurance and until he receives such assurance may if commercially reasonable suspend any performance for which he hasn't already received the agreed return... 4) After receipt of a justified demand, failure to provide within a reasonable time not exceeding 30 days, such assurance of due performance as is adequate under the circumstances of particular case is a repudiation of the contract'.

کافی کند و ثانیاً تا دریافت چنین تضمینی در صورت معقول بودن از نظر تجاری اجرائش را معلق نماید؛ اگر ما بازای تعهدش را قبلاً دریافت نکرده است، و ثالثاً اگر در مهلت معقولی که بیش از سی روز نیست، تضمین کافی با توجه به شرایط خاص مورد فراهم نشود، این امر را به منزله Repudiation یا رد قرارداد در نظر گیرد و از ضمانت‌های آن استفاده کند.<sup>۱</sup>

با مقایسه این ماده با ماده ۷۱ کنوانسیون فهمیده می‌شود که این ماده قملروی گسترده‌تر از ماده ۷۱ دارد و تنها محدود به پیش بینی نقض نیست و انتظار طرف اگر خدشه‌دار شود، می‌تواند اجرای تعهدش را معلق نماید. دلایل تعلیق نیز به طور مشخص و محدود بیان نشده است و هر دلیل معقولی می‌تواند موجب تعلیق شود.<sup>۲</sup>

ماده ۶۱۰ - ۲ نیز که درباره بی اعتباری یا عدم التزام به قرارداد و نقض از پیش است، به طرفی که اعلام صریح یا ضمنی مبنی بر عدم اجرای بخش مهمی از قرارداد را دریافت می‌کند، اجازه می‌دهد اجرای تعهداتش را معلق نماید، بدون این که به اخطار تعلیق اشاره کند.<sup>۳</sup> ماده ۷۰۵ - ۲ نیز به متوقف نمودن کالای ارسالی اشاره دارد و شرایطی همانند ماده ۷۱ کنوانسیون را مقرر می‌کند.<sup>۴</sup>

#### ب - تعلیق اجرای قرارداد در حقوق ایران

در حقوق ایران اگر با بایع موافقت کرده باشد که کالا را ابتدا تحویل دهد و معامله نسبه باشد و بعد «شیوه رفتار مشتری در ایجاد مقدمات اجرای قرارداد یا در اجرای قرارداد» معلوم نماید که وی ثمن را نخواهد پرداخت (بخش اساسی تعهداتش را ایفا نخواهد کرد)، به نظر نمی‌رسد که بتوان به با بایع اجازه داد تا کالا را تحویل ندهد و در موعد مقرر به تعهدش عمل ننماید و اجرا را معلق کند، یا اگر مشتری موافقت نموده ثمن را ابتدا بپردازد و بعد با بایع اعلام کند که قصد ندارد کالا را تحویل دهد، یا تمامی موجودی انبارش را به دیگری بفروشد و معلوم شود وی در آینده قصد تحویل کالا را ندارد، به نظر نمی‌رسد که بتوان به مشتری اجازه داد پرداخت ثمن را معلق نماید؛ مگر اینکه عرف چنین دلالتی داشته باشد (ماده ۲۲۵ قانون مدنی). این امر بخوبی از مفهوم

1. Bradford, Stone, *Uniform Commercial Code*, West Publishing Co., 1989, p.88.

2. John Honnold, Op. Cit., p. 489.

3. Baradford Stone, Op. Cit., p.87.

4. John Honnold, Op. Cit., p.490.

ماده ۳۷۷ قانون مدنی به دست می‌آید: «هر یک از بایع و مشتری حق دارد از تسلیم مبیع یا ثمن خودداری کند تا طرف دیگر حاضر به تسلیم شود، مگر این که مبیع یا ثمن مؤجل باشد. در این صورت هر کدام از مبیع یا ثمن که حال باشد، باید تسلیم شود.»

در صورت «نقصان فاحش در توانایی متعهد به انجام تعهد یا در اعتبار او» در ابتدا به نظر می‌رسد با توجه به ماده ۳۸۰ قانون مدنی می‌توان تعلیق را تنها در صورت تفلیس مشتری پذیرفت: «در صورتی که مشتری مفلس شود... اگر مبیع هنوز تسلیم نشده باشد، می‌تواند از تسلیم آن امتناع کند». اما باید گفت که حکم این ماده ناظر به حالتی است که ثمن حال شده و موعد پرداخت آن رسیده باشد، ولی اگر موعد پرداخت ثمن فرار رسیده باشد، بایع مکلف است کالا را تسلیم کند؛ هر چند که مشتری مفلس شده باشد، زیرا در فقه تفلیس موجب حال شدن دیون نمی‌شود<sup>۱</sup> و مبیع پس از عقد در مالکیت مشتری درمی‌آید و باید بین کسانی که دیونشان حال شده تقسیم شود؛ یعنی ماده ناظر به پیش بینی نقض نیست. بعلاوه، همان گونه که برخی از اساتید گفته‌اند: «امتناع از تسلیم مبیع نیز به معنای معاف شدن از آن است، نه حبس ساده»<sup>۲</sup>، «پس معنی خودداری از تسلیم در این حالت، برهم زدن عقد و معاف شدن از اجرای تعهد است»<sup>۳</sup>؛ نه تعلیق آن.

تصور پذیرش تعلیق در برخی از موارد که عدم امکان اجرا ناشی از قوه قاهره یا علت خارجی است، ممکن است در حقوق ایران ایجاد شود، زیرا ماده ۷۱ کنوانسیون، تفاوتی بین موردی که عدم امکان ایفای تعهد منتسب به طرفی که قادر به ایفای تعهد نیست باشد و موردی که قابل استناد به او نباشد، مثل مورد تحریم اقتصادی یا حالت جنگ، نمی‌گذارد<sup>۴</sup> و در حقوق ایران نیز گفته شده که «عدم امکان عارضی از هنگام بروز مانع خارجی تعهد را موقوف می‌کند و به کلی از بین نمی‌برد؛ زیرا هر زمان که مانع خارجی و احترازناپذیر رفع شود، تعهد دوباره تحرک و نفوذ خود را باز می‌یابد و طلبکار می‌تواند اجرای آن را از دادگاه بخواهد. فقط در موردی که

۱. شیخ علی بن حسین کرکی (محقق ثانی)، جامع المقاصد فی شرح القواعد، چاپ اول، ج ۵، مؤسسه آل البیت لاحیاء التراث، قم، ۱۴۰۸ ه ق، ص ۲۳۵، و شیخ محمد حسن، نجفی (صاحب جواهر)، جواهر الکلام، چاپ هفتم، ج ۲۵، داراحیاء التراث العربی، بیروت، ۱۹۸۱، ص ۲۸۰.

۲. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، چاپ اول، ج ۵، انتشارات بهنشر، تهران، ۱۳۶۹، ش ۱۰۵۹، ص ۳۹۳.

۳. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی معاملات معوض، عقد تملیکی، چاپ چهارم، شرکت انتشار، تهران، ۱۳۷۱،

۴. زان بیر، پلاننار، همان منبع، ص ۳۶۰.

ش ۱۵۵، ص ۲۱۷.

وقوع حادثه خارجی امکان اجرای آن را به کلی از بین می‌برد، باید انحلال تعهد را پذیرفت...<sup>۱</sup> اما به نظر می‌رسد که این تصور درست نباشد، زیرا آنچه در حقوق ایران ذکر شد، مربوط به حالتی است که موعد انجام تعهد رسیده و مانع خارجی اجرا را غیر ممکن نموده است، در حالی که ماده ۷۱ کنوانسیون دربارهٔ پیش‌بینی نقض است.

در کل، باید گفت که گرچه زمینهٔ روشنی برای پذیرش تعلیق به خاطر پیش‌بینی نقض در حقوق ایران وجود ندارد، اما از آنجا که الزام یکی از طرفین به اجرای تعهد، در حالتی که معلوم است طرف دیگر بخش اساسی تعهد خود را انجام نخواهد داد، امری است که با عدالت سازگار نیست. شاید بتوان با توجه به مفهوم وسیع همبستگی عوضین و دلالت عرف، در برخی موارد تعلیق اجرای قرارداد را مجاز دانست.

#### بخش دوم - فسخ قرارداد به دلیل پیش‌بینی نقض

دومین ضمانت اجرای پیش‌بینی نقض در کنوانسیون بیع بین‌المللی که در ماده ۷۲ مقرر شده است، فسخ قرارداد است. در این بخش نیز همانند بخش اول ابتدا به بررسی ماده ۷۲ کنوانسیون می‌پردازیم و سپس حقوق داخلی انگلیس و آمریکا و ایران را مورد مطالعه قرار می‌دهیم.

#### مبحث اول: فسخ قرارداد به دلیل پیش‌بینی نقض در کنوانسیون

ماده ۷۲ مقرر می‌دارد:

- ۱ - هرگاه پیش از تاریخ اجرای قرارداد روشن شود که یکی از طرفین مرتکب نقض اساسی قرارداد خواهد شد، طرف دیگر می‌تواند قرارداد را باطل اعلام کند.
- ۲ - طرفی که قصد اعلام بطلان دارد، چنانچه وقت اقتضا کند مکلف است اخطار متعارفی به طرف دیگر بدهد تا برای او این امکان فراهم شود که تضمین کافی جهت ایفای تعهدش بدهد.
- ۳ - چنانچه طرف دیگر اعلام کرده باشد که تعهدات خود را اجرا نخواهد کرد، الزامات مذکور در بند پیشین متفی خواهند بود.<sup>۲</sup>

این ماده با شرایطی متفاوت از ماده ۷۱، به طرفی که نقض طرف دیگر را پیش‌بینی می‌کند

۱. ناصر کاوتوزیان، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، چاپ اول، تهران، انتشارات بهنشر، ۱۳۶۹، ج ۴، ش

اجازه می‌دهد که قرارداد را فسخ نماید. البته، هنگام تصویب این ماده و ماده ۷۱ از سوی گروه مصری پیشنهاد شده که این دو ماده در هم ادغام شوند تا هم معیارهای اعمال تعلیق هر چه بیشتر نوعی گردد و هم اخطار قبل از فسخ به طرف دیگر داده شود.<sup>۱</sup> این پیشنهاد به دلیل برابر بودن آراء موافق و مخالف پذیرفته نشد، اما یک گروه برای بحث و تحقیق بیشتر تشکیل شد که ماده ۷۱ و ۷۲ حاصل آخرین تحقیقات این گروه می‌باشد.<sup>۲</sup>

البته، هنوز هم برخی معتقدند که مقررات مواد ۷۱ و ۷۲ کنوانسیون می‌تواند مورد سوءاستفاده قرار گیرد و طرفی که مایل به انجام قرارداد نیست، به راحتی خود را از تعهدات سنگین خلاص می‌کند و این امر با روح کنوانسیون که در جهت ممکن ساخته اجرای قرارداد است و به حفظ امنیت مبادلات تجاری بین المللی اهمیت می‌دهد، مغایرت دارد و به همین جهت پیشنهاد شده تا از این مواد تفسیر مضیق شود و تنها در موارد خاص مقرر شده اجازه تعلیق یا فسخ قرارداد داده شود.<sup>۳</sup>

این ماده نیز همانند ماده ۷۱ در سه بند تدوین و تنظیم شده است و ما نیز برای درک معنای ماده، هر یک از این بندها را جداگانه مورد بحث قرار می‌دهیم:

#### الف - بند ۱ ماده ۷۲

این بند ماده ۷۲ شرایط فسخ را بیان می‌دارد: اولاً در این ماده آمده باید «روشن شود»، که در متن فرانسه «etre manifeste» است و در متن انگلیسی «It is clear» آمده است. و این تفاوت با ماده ۷۱ (که آمده becomes apparent یا il apparait) به نظر برخی اطمینان بیشتری را در ماده ۷۲ نسبت به ماده ۷۱ می‌طلبد.<sup>۴</sup> اما همان طور که قبلاً هم گفته شد، به نظر برخی دیگر از مفسران این تفاوت در کلمات باعث تفاوت در درجه اطمینان نمی‌شود، زیرا حتی اگر متعهد صریحاً امتناع خود را از اجرای قرارداد اعلام نماید، باز هم احتمال دارد تا موعد اجرا نظرش را تغییر دهد.<sup>۵</sup> ماده ۷۲ برخلاف ماده ۷۱ اشاره‌ای به این مطلب نمی‌کند که چه اموری می‌تواند روشن کند که طرف دیگر مرتکب نقض خواهد شد، اما مفسران گفته‌اند که تقاضای شرایط جدید یا اعلام

۱. تفسیری بر حقوق بیع بین المللی، همان منبع، ج ۳، ص ۶۹.

۲. ژان پیر پلانتار، همان، صص ۳۵۹ - ۳۶۰.

۳. همان منبع، ج ۳، ص ۵۶.

۴. Fritz, Enderlein & Dietrich, Maskow, Op. Cit., p. 291.

۵. Peter, Schlechtriën, Op. Cit., p.96.



این که طرف دیگر مرتکب تخلف شده و به آن بهانه، تعهداتش را انجام نخواهد داد، در بیشتر موارد مبنای فسخ است.<sup>۱</sup> همچنین است دویاره فروختن کالایی که قرار بوده تحویل مشتری دهد یا فروختن کارخانه‌ای که قرار بوده در آن برای مشتری کالا تولید شود.<sup>۲</sup> برخی نیز به طور کلی گفته‌اند که اگر آنچه در قسمت «الف» و «ب» بند ۱ ماده ۷۱ آمده است، جدی‌تر باشد (یعنی نقصان در توانایی متعهد به انجام تعهد یا در اعتبار او، بسیار فاحش یا نحوه رفتار او در ایجاد مقدمات اجرای قرارداد یا در اجرای قرارداد بسیار نامناسب باشد) می‌توان گفت نقض روشن خواهد بود.<sup>۳</sup> به هر حال، اعلام متعهد مبنی بر این که قصد اجرای تعهداتش را ندارد (بند ۳ ماده ۷۲) نقض در آینده را آشکار می‌سازد.<sup>۴</sup>

شرط دومی که ماده ۷۲ مقرر می‌دارد، این است که باید «روشن شود که یکی از طرفین مرتکب نقض بنیادی (اساسی)<sup>۵</sup> قرارداد خواهد شد...»، به عبارت دیگر، برخلاف ماده ۷۱ تنها نقض بخش مهمی از قرارداد برای فسخ کافی نیست و باید نقض بنیادی باشد، همان طور که در دیگر موارد هم فسخ تنها در صورت نقض بنیادی ممکن است (مواد ۴۹ و ۶۴ کنوانسیون).<sup>۶</sup> ماده ۲۵ کنوانسیون نقض بنیادی یا اساسی را تعریف می‌کند: «نقض قرارداد توسط یکی از طرفین هنگامی نقض اساسی محسوب می‌شود که منجر به ورود چنان خسارتی به طرف دیگر گردد که او را از آنچه استحقاق انتظار آن را به موجب قرارداد داشته است، اساساً محروم کند؛ مگر این که طرفی که مبادرت به نقض قرارداد نموده است، چنین نتیجه‌ای را پیش بینی نمی‌کرده و یک فرد متعارف همانند او نیز در اوضاع و احوالی مشابه، نمی‌توانسته است آن امر را پیش بینی کند.»

بنابراین، طبق بند ۱ ماده ۷۲ هرگاه روشن شود که یکی از طرفین در آینده مرتکب نقض اساسی خواهد شد، طرف دیگر می‌تواند قرارداد را فسخ نماید. اعلام فسخ قرارداد باید زمانی صورت گیرد که تا حد ممکن شک درباره بنیادی بودن نقض از پیش از بین رفته باشد،<sup>۷</sup> زیرا اگر تصور اعلام‌کننده فسخ با واقع منطبق نباشد، خود اعلام فسخ می‌تواند یک نقض بنیادی

1. Peter, Schlechtriën, Op. Cit., p.95.                      2. John, Honnold, OP. Cit., p.496.

3. Fritz, Enderlein & Dietrich, maskow, Op. Cit., p.291.

4. Bernard, Audit, Op. Cit., p. 158.

5. Fundamental Breach

6. Bernard, Audit, Op. Cit., 158.

7. Fritz, Enderlein & Dietrich, Maskow, Op. Cit., p.292.

محسوب شود و طرف دیگر را قادر سازد که قرارداد را فسخ کند.<sup>۱</sup> البته، برای حصول اطمینان شخص می‌تواند ابتدا اجرا را طبق ماده ۷۱ معلق نماید و در اخطار تعلیق اعلام کند که اگر تضمین کافی داده نشود، وی قرارداد را فسخ خواهد کرد.<sup>۲</sup>

فایده فسخ پیش از فرارسیدن موعد انجام قرارداد این است که به بائع امکان فروش مجدد کالا را می‌دهد یا به مشتری امکان خرید مجدد را می‌دهد و اگر خسارتی رسیده باشد، فسخ قرارداد حق مطالبه خسارت را می‌دهد (ماده (۱) (۸۱)).<sup>۳</sup>

اما آیا جمع شرایط فسخ به خاطر نقض از پیش، طرف دیگر را موظف به اعلام فسخ قرارداد (یا تعلیق اجرا) می‌کند؟ یا این که با وجود پیش بینی نقض؛ حتی اگر نقض بنیادی باشد باز هم طرف دیگر می‌تواند تعهدات خود را اجرا کند و عوض آن را بخواهد؟

این سؤال از آنجا مطرح می‌شود که ماده ۷۷ وظیفه تقلیل خسارت (mitigation of damages) را مقرر می‌دارد: «طرفی که به نقض قرارداد استناد می‌کند، مکلف است حسب اوضاع و احوال در جهت کاهش زیان؛ از جمله عدم النفع، ناشی از نقض، اقدامات متعارف را معمول دارد. در صورتی که وی اقدامات فوق را انجام ندهد، نقض کننده می‌تواند به میزانی که خسارت می‌بایستی باید تقلیل می‌یافته است، مدعی کاهش خسارت گردد».

بدین ترتیب، می‌توان سؤال فوق را این گونه نیز مطرح نمود که آیا حق اجرای قرارداد مقدم بر وظیفه تقلیل خسارت است یا برعکس وظیفه تقلیل خسارت مقدم بر حق اجرای قرارداد است و در نتیجه، اگر تعلیق اجرا یا فسخ قرارداد به علت پیش بینی نقض، موجب تقلیل خسارت می‌شود، شخص باید این اقدامات را انجام دهد و الا حق جبران تمام خسارت را ندارد.<sup>۴</sup>

در جریان تصویب مواد کنوانسیون برخی پیشنهاد کردند که تعهد به تقلیل خسارت، تعهد اصلی محسوب شود و در تعارض با حق اجرا حاکم باشد و از اولویت برخوردار شود و برخی هم نظری مخالف ابراز داشتند. به هر حال، کنوانسیون راه حل ویژه‌ای را ارائه نمی‌کند و ظاهراً اگر مثلاً فروشنده همچنان به تولید ادامه دهد و در مقابل ثمن را مطالبه کند، چون ثمن را می‌خواهد نه خسارت را، وی تکلیف به تقلیل خسارت نداشته است،<sup>۵</sup> زیرا اعمال و رفتار یک

1. Fritz, Enderlein & Dietrich, Maskow, Op. Cit., p. 291.

2. Bernard, Audit, Op. Cit., p. 159.

3. John, Honnold, Op. Cit., p. 497.

4. Fritz, Enderlein & Dietrich, Maskow, Op. Cit., p.308.

5. Fritz, Enderlein & Dietrich, Maskow, Op. Cit., pp. 308 - 309.

طرف چیزی جز یک پیشنهاد برای اقاله نیست، به همین علت، طرف دیگر حق دارد آن پیشنهاد را نادیده گیرد یا آن را رد نماید و اصرار کند که عین قرارداد اجرا شود و ماده ۷۷ اجرا نشود.<sup>۱</sup>

ب - بند ۲ ماده ۷۲

بند ۲ ماده ۷۲ مقرر می‌دارد که اگر زمان اقتضا کند، طرفی که می‌خواهد فسخ قرارداد را اعلام نماید، باید اختطاری معقول به طرف دیگر بدهد تا وی را قادر سازد برای اجرای تعهدش تضمین کافی ارائه نماید. بدین ترتیب، اختطار موقعی لازم است که زمان چنین اجازه‌ای را می‌دهد. برخی از مفسران اظهار کرده‌اند که به سختی می‌توان فرض حالتی را نمود که زمان مقتضی اختطار نباشد و ارتباطات مدرن معمولاً چنین امری را ممکن نموده است.<sup>۲</sup> اما برخی دیگر اظهار داشته‌اند وقتی هیچ فرصتی برای ابلاغ نیست و زمان تحویل چندان نزدیک است که تضمین نمی‌تواند در وقت مناسب ارائه شود، اختطار لزومی ندارد.<sup>۳</sup>

در بیشتر موارد، دادن اختطار فسخ به نفع متعهد است، زیرا وی از پیش‌بینی خود درباره نقض اساسی آینده مطمئن می‌شود، لیکن مورد فرضی که اطمینان کافی وجود دارد، نیازی به اختطار نیست. بند ۳ ماده ۷۲ همین امر را بیان می‌دارد و به موردی اشاره می‌کند که طرف اعلام کرده که تعهدش را انجام نخواهد داد.<sup>۴</sup>

طبق ماده ۲۷ تأخیر یا عدم وصول اختطار خللی به حق اختطار دهنده وارد نمی‌کند، ولی در مواردی که اختطار لازم است، این به نفع اختطار دهنده است که از وصول آن اطمینان حاصل نماید.<sup>۵</sup>

در این بند همانند بند ۲ ماده ۷۱ به تضمین کافی اشاره شده است که همان طور که در بخش قبل گفته شد، کفایت تضمین برحسب اوضاع و احوال خاص مورد معین می‌شود و با علت فسخ قرارداد ارتباط کامل دارد. به هر حال، اگر چنین تضمینی داده شود، دیگر دلیلی برای فسخ قرارداد

۱. تفسیری بر حقوق بیع بین المللی، ج ۳، ص ۷۱.

2. John, Honnold, OP. Cit., p. 490 and Fritz, Enderlein & Dietrich, Maskow, OP. Cit., p. 292.

3. Peter, Schlechtriem, Op. Cit., p. 95.

تفسیری بر حقوق بیع بین المللی، ج ۳، ص ۷۲.

4. Fritz, Enderlein & Dietrich, Maskow, Op. Cit., p. 293.

5. Ibid.

نخواهد بود. پس از فسخ نیز طبق ماده ۲۶ باید یادداشتی به طرف دیگر داده شود، در غیر این صورت فسخ معتبر نخواهد بود.

### ج - بند ۳ ماده ۷۲

این بند به موردی اشاره می‌کند که یک طرف اعلام نموده که تعهداتش را انجام نخواهد داد و بدین ترتیب، چون اطمینان کافی درباره نقض در آینده ایجاد می‌شود، دیگر نیازی به دادن اخطار نیست.

بند ۳ ماده ۷۲ تنها یکی از راههای روشن شدن نقض اساسی در آینده است، اما نماینده ایالات متحده در گروه تحقیق در سال ۱۹۴۷ بیان نموده بود که چون نظریه پیش بینی نقض (یا نقض از پیش) در کامن‌لو به اعلام صریح یا ضمنی (رفتار) یک طرف قرارداد منحصر است، پس نباید به وقایع دیگر غیر از رفتار و اعلام طرف توجه شود و باید این محدودیت در کنوانسیون هم رعایت گردد. اما از آنجا که دلیل قانع کننده‌ای برای تفاوت بین نقض ناشی از رفتار طرف و نقض ناشی از علت دیگر وجود نداشت، این پیشنهاد پذیرفته نشد.<sup>۱</sup>

### مبحث دوم - فسخ قرارداد به دلیل پیشی بینی نقض در حقوق داخلی

در این مبحث همانند بخش اول، به بحث درباره فسخ قرارداد به دلیل پیش بینی نقض در حقوق انگلیس و آمریکا خواهیم پرداخت (قسمت اول)، زیرا ریشه‌های اولیه این نظریه در نظام کامن‌لو بوده است. پس از آن به بررسی حقوق ایران می‌پردازیم تا دریابیم آیا اگر یکی از طرفین به طور آشکار از نقض قرارداد توسط دیگری آگاهی یابد، می‌تواند قرارداد را فسخ کند یا خیر.

### الف - فسخ قرارداد به دلیل پیش بینی نقض در حقوق انگلیس و آمریکا

در نظام کامن‌لو گفته می‌شود که یک طرف قرارداد در دو مورد می‌تواند قرارداد را فسخ نماید: یکی؛ موردی که طرف دیگر مرتکب فعلی می‌شود که در رویه قضایی جدید، نقض اساسی یا بنیادی نامیده می‌شود. دوم؛ موردی که یک طرف مرتکب رد یا اعلام رد قرارداد<sup>۲</sup> شود. این امر

۱. تفسیری بر حقوق بیع بین المللی، ج ۳، صص ۶۸ - ۶۹.

وقتی محقق می‌شود که یک طرف با کلمات یا رفتارش ابراز نماید که قصد انجام تعهداتش را در آینده هنگامی که موعد انجام فرا برسد، ندارد.<sup>۱</sup>

این رد یا اعلام عدم التزام می‌تواند به صورت صریح یا ضمنی باشد. برای مثال، دربارهٔ اعلام صریح می‌توان به دعوی «Hochster V. De La Tour» اشاره کرد آنجا که خواننده در ماه آوریل موافقت نموده بود کسی خواهان را به عنوان راهنما و بلد برای تور خارجی که در اول ژوئن شروع می‌شد استخدام نماید، اما در یازدهم ماه می به خواهان می‌نویسد که نظرش عوض شده و به همین دلیل نیازی به راهنما ندارد. مدعی قبل از اول ژوئن خساراتش را مطالبه نمود و دادگاه نیز به نفع او حکم داد.<sup>۲</sup>

رد یا اعلام عدم التزام موقعی ضمنی است که متعهد از روی اراده کارهایی انجام دهد که قرارداد را غیر ممکن می‌سازد و نتیجهٔ رفتار او این است که وی دیگر قصد انجام تعهداتش را ندارد؛ مثلاً در قرارداد بیع زمین یا کالاهای معین فروشنده، آن کالا یا زمین را به شخص دیگری بفروشد و تحویل دهد یا اگر «الف» به موجب وصیت نامه توافق نموده خانه‌ای را به «ب» منتقل نماید، ولی به «ج» منتقل کند، این هم نوعی عدم التزام یا رد قرارداد به صورت ضمنی است.<sup>۳</sup> دعوی نمونه این مورد دعوی «Frost V. Knight» است که در آن خواننده توافق نموده بود که در صورت فوت پدر خواهان با او ازدواج کند، اما او هنگامی که پدر و خواهان زنده بودند، نامزدی‌اش را برهم زد و طرف دیگر فوراً جبران خساراتش را مطالبه نمود و در دعوی برنده شد. گرچه این دعوی دربارهٔ ازدواج دیگر نمی‌تواند تکرار شود و دعوی برای نقض وعدهٔ ازدواج از میان رفته است، اما اصول مجرا در این دعوی به طور گسترده‌ای مورد تبعیت قرار می‌گیرد.<sup>۴</sup>

نقضی را که از رد صریح یا ضمنی قرارداد ناشی می‌شود، نقض از پیش می‌نامند. به این اصطلاح و به قاعده «دولاتور» (De La Tour) که بدان اشاره شد، ایراد شده است: اولاً نقض تعهد تنها با عدم اجرای آن مطابق شرایط ممکن است و یک بیان ساده مبنی بر عدم اجرا در آینده هنگامی که هنوز زمان اجرا فرا نرسیده است، نمی‌تواند نقض محسوب شود و معلوم نیست

1. Geoffrey Chevalier, Cheshire, Op. Cit., p. 522 and Arthur Linton, Corbin, Op. Cit., Vol. 4, p. 917.

2. J. C., Smith, Op. Cit., p. 188.

3. Lovelock V. Franklyn

4. Geoffrey Chevalier, Cheshire, Op. Cit., p. 522 and Arthur Linton, Corbin, Op. Cit., Vol. 4, p. 856.

چگونه عدالت ایجاب می‌کند که به پرداخت خسارت نقضی حکم داد که هنوز انجام نیافته است. ثانیاً تعیین میزان ضرری که به طرف دیگر وارد می‌شود، قبل از زمان اجرا ممکن نیست.<sup>۱</sup> اما در پاسخ گفته شده که یکی از تعهدات قراردادی که نظام اجتماعی تحمیل می‌کند، تکلیف به عدم نقض از پیش است. به عبارت دیگر، متعهدله هنگامی که منتظر زمان اجراست حق دارد فرض کند متعهد نیز حاضر و مایل و قادر است که تعهداتش را انجام دهد. بنابراین گرچه اصطلاح «نقض از پیش» گویا نیست، اما در واقع نقض یک تعهد آینده رخ نمی‌دهد، بلکه تعهد موجود و فعلی نقض می‌گردد. ثانیاً گرچه می‌توان دعوی مطالبه خسارت را قبل از فرارسیدن موعد اجرا هم اقامه نمود، اما عملاً هیچ‌گاه قبل از زمان اجرا به این نوع دعوی رسیدگی نشده است و در کل، دادگاه می‌تواند برای جلوگیری از بی‌عدالتی رسیدگی را به عقب اندازد.<sup>۲</sup> فسخ قرارداد وقتی ممکن است که نقض از پیش متوجه بخش مهمی از قرارداد باشد که طرف دیگر را از آنچه انتظار داشته از قرارداد به دست آورد، محروم سازد؛<sup>۳</sup> یعنی یا درباره‌ی کل تعهدات باشد یا درباره‌ی بخش مهمی باشد که به جوهره‌ی تعهد برمی‌گردد و به هر حال نباید نقض جزئی باشد.<sup>۴</sup>

در حقوق آمریکا گفته شده که نقض باید قطعی و غیر مبهم باشد. به همین جهت، درخواست تغییر شرایط قرارداد یا درخواست اقاله به تنهایی نقض از پیش محسوب نمی‌شود. در دعوی «Digley V. Oles» خواننده تعهد به تحویل مقداری یخ به خواهان در طول تابستان ۱۸۸۰ نموده بود، در مقابل آنچه که در سال ۱۸۷۹ خواهان به او داده بود. این توافق در سال ۱۸۷۹ صورت گرفته بود؛ یعنی موقعی که یخ تنی ۵۰ سنت بود. وقتی خواهان از خواننده اجرای تعهد را خواست، یخ تنی ۵۰ دلار بود و هیچ‌کس این اجرا را معقول نمی‌دانست. خواهان قبل از پایان فصل اقامه دعوی کرد، ولی دادگاه به نفع او رأی نداد، زیرا خواننده اعلام نموده بود که حاضر است قیمت یخهایی را که گرفته است، نقداً بپردازد و این رد بدون قید و شرط و واضح قرارداد نیست.<sup>۵</sup>

1. Geoffrey Chevalier, Cheshire, Op. Cit., p. 523 and Arthur Linton, Corbin, Op. Cit., Vol. 4, pp. 859 and s.

2. Ibid.

3. Geoffrey Chevalier, Cheshire, Op. Cit., p. 523.

4. Arthur Linton, Corbin, Op. Cit., Vol. 4, p. 918.

5. Ibid, Op. Cit., Vol. 4, pp. 905 - 906.

در حقوق انگلیس نیز گفته شده: «کسی که قرارداد را نقض می‌کند، نمی‌تواند با بیان اینکه وی مورد توصیه یک حقوقدان بوده است، یا با گفتن زمینه‌ها و جهات نقض و رد قرارداد عذر آورد». اما در یک دعوی مجلس لردها نظری مخالف ابراز داشت. در آن دعوی خواننده طبق قرارداد می‌توانست در شرایطی قرارداد را فسخ کند و چون فکر می‌کرد آن شرایط محقق است، قرارداد را لغو نمود و طرف دیگر خسارات را از دادگاه مطالبه کرد، ولی اکثریت رأی دادند که چون وی خیال می‌کرده عملش منطبق با قرارداد است، پس این نقض محسوب نمی‌شود؛ یعنی درک نادرست از قرارداد می‌تواند عذری باشد که حق فسخ طرف دیگر را از بین می‌برد.<sup>۱</sup>

اگر نقض از پیش محقق شود، طرف دیگر می‌تواند منتظر فرارسیدن موعد انجام قرارداد بماند و اقامه دعوی نکند، اما اگر در این فاصله حادثه‌ای رخ دهد که قرارداد را عقیم کند<sup>۲</sup> قرارداد منفسخ می‌شود و حق فسخ و مطالبه خسارت از بین می‌رود: در دعوی «Avery V. Bowden» خواننده، کشتی خواهان را برای حمل بار در اودسا<sup>۳</sup> برای مدت ۴۵ روز اجاره نموده بود. کشتی به آنجا رفت و مدت بیش از ۴۵ روز در آنجا ماند، در حالی که در طول این مدت، خواننده مکرراً به کاپیتان گفت که باری ندارد و او توصیه نمود تا از آنجا دور شود. قبل از آنکه ۴۵ روز منقضی شود، جنگ کریمه شروع شد و در نتیجه قرارداد عقیم گشت. بیانیۀ خواننده که نمی‌توانست باری تهیه کند، می‌توانست نقضی از پیش محسوب شود، اما چون طرف دیگر آن را نپذیرفته بود، حقی بر مطالبۀ خسارت نداشت.<sup>۴</sup>

در هیچ یک از دعاوی که در بالا بدانها اشاره شد، خواهان نمی‌توانست بدون همکاری طرف دیگر، بخش مربوط به خود را اجرا کند و به همین دلیل این سؤال مطرح نمی‌شد که آیا خواهان می‌توانسته نقض پیش بینی شده را نادیده گیرد و تعهدات قراردادی‌اش را انجام دهد و بعد ما بازای آن را مطالبه کند، اما در دعوی «White & Carter (Council) Ltd. V. McGregor» این سؤال مطرح شد. در این دعوی مدیر فروش خواننده در حدود اختیارش با خواهانها قراردادی برای پخش اطلاعیه‌هایی در ظرف سال، منعقد کرده بود، لیکن خواننده پس از انعقاد قرارداد، آن را ملغی نموده بود؛ یعنی مرتکب نقضی از پیش شده بود، اما خواهان از پذیرش آن خودداری

1. J. C., Smith, Op. Cit., pp. 185 - 189 and Geoffrey Chevalier, Cheshire, Op. Cit., p.524.

2. Frustrating event

3. Odessa

4. J. C., Smith, Op. Cit., p. 188.

کرده، همچنان به پخش اطلاعاتیها ادامه داده بود. طبق قرارداد اولین پرداخت سالانه هفت روز پس از اولین پخش حال می‌شد و اگر تا چهار هفته پرداخت صورت نمی‌گرفت، تمامی مبلغ برای سه سال حال می‌گردید. خواهان هم طبق قرارداد همه مبلغ را مطالبه نمود. دادگاهها با تعارض اصول رویه‌رو بودند: از طرفی، شخص یک اختیار درباره اجرای قرارداد یا فسخ آن دارد و از طرف دیگر، وظیفه‌ای درباره تخفیف خسارت دارد. در مجلس لرها اکثریت اظهار داشتند که خواهان خسارات را مطالبه نموده است، بلکه اجرت خدمات ارائه شده را می‌خواهد. پس وظیفه‌ای به تخفیف خسارت نداشته و حق اجرای قرارداد را اعمال نموده است. در مجلس لرها درباره رأی نهایی بحث شد و مثالی بدین شرح عنوان شد: شخصی با دیگری قرارداد می‌بندد که به خرج خودش به هنگ کنگ برود و در عوض ۱۰۰۰ پوند گزارش تهیه کند، ولی قبل از اینکه حرکت کند، طرف او می‌گوید که دیگر نیازی به گزارش ندارد. آیا وی می‌تواند به هنگ کنگ برود و گزارشی را تهیه کند که دیگر مورد نیاز نیست؟ در جواب گفته شد که وی می‌تواند چنین کند، چون با این کار می‌تواند به خاطر گزارشهای خویش شهرتی بیابد؛ یعنی در کل اگر طرف قرارداد نفعی بیش از سود حاصل از قرارداد می‌برد، می‌تواند قرارداد را اجرا کند و الا وی موظف به تخفیف خسارت است.<sup>۱</sup> در حقوق آمریکا عنوان شده که طرفی که قصدش را به طور صریح یا ضمنی بر عدم اجرای قرارداد در آینده اعلام نموده است، می‌تواند این اعلام را پس بگیرد؛ با اعلام این که قصدش را تغییر داده و قرارداد را اجرا می‌کند. این کار تا موقعی ممکن و معتبر است که طرف دیگر در وضعیت خودش نسبت به قرارداد به صورت مهمی تغییر نداده باشد؛ مثلاً با اقامه دعوی برای مطالبه خسارت.<sup>۲</sup>

از آنچه تاکنون درباره حقوق انگلیس و آمریکا گفته شد، معلوم می‌شود که اولاً کنوانسیون قلمرو وسیعتری دارد و محدود به رفتار و کلام یکی از طرفین مبنی بر عدم التزام به قرارداد نمی‌شود. ثانیاً صرف اعلام عدم اجرای تعهد در آینده، طرف دیگر را مستحق فسخ قرارداد می‌سازد و درک نادرست از قرارداد عذر موجهی به شمار نمی‌آید. ثالثاً تقدم وظیفه تخفیف خسارت در کنوانسیون در هیچ حالتی پذیرفته نشده است. رابعاً در برخی موارد در کنوانسیون اخطار فسخ لازم شمرده، در حالی که در حقوق انگلیس و آمریکا چنین نیست. خامساً شاید

1. J. C., Smith, Op. Cit., pp. 189 - 191.

2. Arthur Linton, Corbin, Op. Cit., Voi. 4, pp. 930 - 931.



بتوان پس گرفتن اعلام رد قرارداد و عدم التزام به آن را همانند تضمین کافی کنوانسیون دانست. سادساً نقض در حقوق انگلیس و آمریکا همانند کنوانسیون باید نقضی اساسی باشد تا حق فسخ به طرف دیگر دهد.

در قانون تجارت متحد الشکل آمریکا نیز ماده ۶۱۰ - ۲ به حق فسخ ناشی از نقض پیش‌بینی شده اختصاص یافته است. این ماده مقرر می‌دارد: «وقتی یکی از طرفین قرارداد را درخصوص اجرایی که نبود آن به ارزش قرارداد به طور اساسی آسیب می‌رساند رد کند، طرف دیگر می‌تواند: الف - به ضمانت اجرای نقض متوسل شود (مواد ۷۰۳ - ۲ و ۷۱۱ - ۲)؛ یا ب - منتظر اجرای طرف ردکننده بماند یا برای بازپس‌گیری رد با او مذاکره کند؛ در عین حال که طرف ردکننده آزاد است آن گونه که ماده بعد مقرر و معین نموده است، رد را پس بگیرد؛ و ج - در هر حال اجرائش را معلق کند»<sup>۱</sup> یکی از ضمانتهای اجرای نقض فسخ قرارداد است. یکی دیگر از ضمانتها هم انجام اقداماتی درباره کالا است، مثل حق حبس و نگاهداری کالا یا جلوگیری از تحویل کالا یا بازخرید یا بازفروش کالا.<sup>۲</sup>

بازپس‌گیری رد قرارداد هم تا فرارسیدن موعد اجرا ممکن است، مگر این که طرف دیگر نقض و رد قرارداد را قطعی در نظر گرفته باشد و این امر را به طور صریح گفته باشد یا با رفتارش نشان داده و به صورت مهمی موضعش را نسبت به قرارداد تغییر داده باشد؛ مثلاً فسخ را اعلام نموده باشد.<sup>۳</sup> بازپس‌گیری رد باید همراه تضمین کافی برای اجرا باشد (بند ۲ ماده ۶۱۱ - ۲). در صورت بازپس‌گیری رد قرارداد، اجرای قرارداد از سر گرفته می‌شود و تأخیر معقول اجرا هم اشکالی نخواهد داشت (بند ۳ ماده ۶۱۱ - ۲).

#### ب - فسخ قرارداد به دلیل پیش‌بینی نقض در حقوق ایران

در حقوق ایران از آنجا که نقض فعلی قرارداد اصولاً به طرف دیگر، حق فسخ قرارداد را

1. "When either party repudiates the contract with respect to a performance the loss of which will substantially impair the value of the contract to the other, the aggrieved party may a) resort to any remedy for breach, (section 2 - 703 and 2 - 701); or b) avoid performance by the repudiating party or negotiate for retraction, the repudiating party meanwhile being free to retract as provided by and limited he next section, and c) in either case suspend his own performance".

2. Bardford, Stone, Op. Cit., p. 87.

3. Ibid.

نمی‌دهد و ابتدا باید متعهد اجبار شود و اگر اجبار او مقدور نباشد، تعهد باید به وسیله شخص دیگری به خرج متعهد انجام شود و در آخر اگر این کار هم ممکن نبود، به طرف مقابل حق فسخ معامله داده خواهد شد (مستنبط از مواد ۲۳۸ و ۲۳۹ قانون مدنی) به طریق اولی اگر یک طرف قبل از آن که موعد اجرای تعهدش فرا برسد، اعلام نماید که قصد انجام تعهداتش را در آینده ندارد و مرتکب نقض از پیش شود، نمی‌توان به طرف دیگر حق فسخ داد و طرفین باید به قرارداد گردن نهند.

قانونگذار ایران در ماده ۲۳۸ قانون تجارت به پیش بینی نقض تعهد توجه نموده است و این ماده مقرر می‌دارد: «اگر علیه کسی که براتی را قبول کرده، ولی وجه آن را نپرداخته اعتراض عدم تأدیه شود، دارنده براتی نیز که همان شخص قبول کرده، ولی هنوز موعد پرداخت آن نرسیده است، می‌تواند از قبول کننده تقاضا نماید که برای پرداخت وجه آن ضامن دهد یا پرداخت آن را به نحو دیگری تضمین کند». لیکن ضمانت اجرای عدم معرفی ضامن و یا عدم تضمین پرداخت در این ماده ذکر نشده است.

به هر حال، اگر از کلام و رفتار یک طرف معلوم شود که در آینده مرتکب نقض اساسی قرارداد خواهد شد، طرف دیگر حق فسخ ندارد و باید اجبار طرف اول را از دادگاه بخواهد.

اما آیا اگر به دلیل افلاس و یا ورشکستگی روشن شود که شخص در آینده مرتکب نقض قرارداد خواهد شد و نخواهد توانست تعهداتش را اجرا کند، آیا نمی‌توان به دیگری حق فسخ داد؟ ماده ۳۸۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد در صورتی که مشتری مفلس شود و عین مبیع نزد او موجود باشد، بایع حق استرداد آن را دارد و اگر مبیع هنوز تسلیم نشده باشد، می‌تواند از تسلیم آن امتناع کند. این ماده گرچه به حق فسخ در صورت مفلس شدن مشتری اشاره دارد، اما ناظر به موردی است که ثمن حال باشد، زیرا در فقه تفلیس موجب حال شدن دیون نمی‌شود و اموال مفلس بین دارندگان دیون حال تقسیم می‌شود.<sup>۱</sup>

در مورد ورشکستگی ماده ۵۳۳ قانون تجارت مقرر می‌دارد: «هرگاه کسی مال التجاره به تاجر ورشکسته فروخته ولیکن هنوز آن جنس نه به خود تاجر ورشکسته تسلیم شده و نه به کسی که به حساب او بیاورد، آن کس می‌تواند به اندازه‌ای که وجه آن را نگرفته، از تسلیم مال

۱. شیخ علی بن حسین کرکی (محقق ثانی)، ج ۵، ص ۲۲۵ و شیخ محمد حسن نجفی (صاحب جواهر)، همان، ج ۲۵، ص ۲۸۰.

التجاره امتناع نماید، چیست؟ آیا منظور حق حبس است یا حق فسخ؟ ماده ۵۳۴ قانون تجارت که امکان درخواست تحویل مال التجاره را پیش‌بینی می‌کند، نظر اول را تقویت می‌کند، ولی ملاک ماده ۵۳۰ همین قانون که مقرر می‌دارد: «مال التجاره‌هایی که تاجر ورشکسته به حساب دیگری خریداری کرده و عین آن موجود است، اگر قیمت آن پرداخته نشده باشد، از طرف فروشنده والا از طرف کسی که به حساب او آن مال خریداری شده قابل استرداد است» نظر دوم را تقویت می‌کند؛ بخصوص اگر بپذیریم که «اجرای حکم ماده ۵۳۰ در جایی که خریدار تاجر ورشکسته است و به حساب خود معامله کرده، امکان دارد»<sup>۱</sup> زیرا نباید بین موردی که مال التجاره تسلیم شده و موردی که مال التجاره تسلیم نشده، تفاوتی باشد.

در کل، از آنجا که در حقوق ایران ورشکستگی موجب حال شدن دیون می‌شود (ماده ۴۲۱ قانون تجارت) نمی‌توان گفت که ورشکستگی روشن می‌کند که یک طرف در آینده مرتکب نقض اساسی خواهد شد و به همین دلیل، طرف دیگر حق فسخ قرارداد را دارد، بلکه ورشکستگی موجب می‌شود که ثمن حال شود و بایع می‌تواند از تسلیم امتناع نماید و پیش‌بینی نقض معنا ندارد. آخرین سوالی که در حقوق ایران مطرح می‌شود، این است که آیا اگر یکی از طرفین در تسلیم مورد معامله پس از عقد قبل از زمان اجرا، به دلیلی غیر از ورشکستگی، ناتوان شود نمی‌توان به طرف دیگر به موجب اختیار تعذر تسلیم حق فسخ داد؟ در تعریف اختیار تعذر تسلیم گفته شده است: «هرگاه ناتوانی در تسلیم مورد معامله بعد از عقد عارض شود، خواه موجب آن در طبیعت موضوع باشد یا در توانایی مالی متعهد، طرف دیگر عقد می‌تواند آن را فسخ کند».<sup>۲</sup> آنچه که مربوط به ناتوانی مالی متعهد است، یعنی ورشکستگی، مورد بحث قرار گرفت اما درباره ناتوانی متعهد که به موجب طبیعت موضوع است، ظاهر تعریف فوق این تصور را ایجاد می‌کند که می‌توان به طرف دیگر حق فسخ داد؛ گرچه موعده انجام تعهد فرا نرسیده باشد. این تصور با استناد به ماده ۳۷۰ قانون مدنی که مقرر می‌دارد: «اگر طرفین معامله برای تسلیم مبیع موعده‌ی قرار داده باشند، قدرت بر تسلیم در آن موعده شرط است، نه در زمان عقد» قابل رد نیست، زیرا این ماده درباره شرط قدرت بر تسلیم مورد معامله است که فقدان آن موجب بطلان عقد می‌شود.

۱. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، معاملات معوض، عقد تملیکی، ش ۱۵۷، ص ۲۲۱.

۲. ناصر کاتوزیان، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۵، ش ۱۰۶۰، ص ۳۹۶.

اگر سبب ناتوانی خارجی و احترازناپذیر باشد؛ یعنی قوه قاهره تسلیم را غیر ممکن نماید چون او از اجرای تعهد معاف می‌شود، خسارتی نمی‌پردازد و طرف دیگر می‌تواند عقد را فسخ کند. البته، اگر مورد معامله عین معین باشد و حادثه خارجی موجب تلف آن شود، عقد منفسخ می‌شود. اگر سبب ناتوانی ریشه داخلی داشته باشد، چون تعهد به جای خود باقی است، طرف دیگر می‌تواند برای جلوگیری از ضرر آینده خود عقد را فسخ کند و زیان وارد شده را نیز مطالبه کند.<sup>۱</sup>

بدین ترتیب، تنها در صورت تعذر تسلیم است که می‌توان حق فسخ به علت نقض از پیش را در حقوق ایران به رسمیت شناخت و در بقیه موارد پذیرش حق فسخ غیر ممکن به نظر می‌رسد.

#### نتیجه

از آنچه گفته شد، معلوم گردید که کنوانسیون دو ضمانت اجرا برای پیش بینی نقض در نظر گرفته است: یکی تعلیق اجرا و دیگری فسخ قرارداد. شرایط فسخ قرارداد سخت‌تر از شرایط تعلیق اجراست: اولاً اطمینان بیشتری در ارتکاب نقض در آینده لازم است، ثانیاً نقض در آینده باید نقضی اساسی باشد و حتی نقض بخش مهمی از قرارداد کفایت نمی‌کند.

زمینه و علل فسخ هم باید قویتر از علل تعلیق باشد. گرچه کنوانسیون به علل و دلایل فسخ اشاره نمی‌کند، اما بارزترین دلیل اعلام صریح یک طرف مبنی بر عدم انجام قرارداد است. اخطار تعلیق باید پس از تعلیق ارسال شود، در حالی که در مورد فسخ شخص باید قبل از فسخ اخطار را ارسال نماید، مگر در مورد اعلام صریح عدم اجرای تعهد در آینده که اطمینان کافی درباره نقض در آینده ایجاد می‌کند. البته، پس از اعلام فسخ نیز باید یادداشتی به طرف دیگر ارسال گردد.

دادن تضمین کافی موجب می‌شود تا هم تعلیق پایان پذیرد و هم حق فسخ از بین برود، زیرا دیگر موجبی برای بیم از عدم انجام تعهد در آینده وجود نخواهد داشت. کفایت تضمین هم با توجه به شرایط و دلایل تعلیق و فسخ معین می‌شود. زمان اجرای تعهد نیز پس از اعطای تضمین کافی به طور معقولی تمدید می‌شود؛ گرچه در کنوانسیون به این مطلب اشاره نشده است. هرچند نظریه پیش بینی نقض از مدتها پیش در نظام کامن‌لو مطرح بوده است، اما کنوانسیون

به طور گسترده‌تری این نظریه را پذیرفته است: راه حل تعلیق اجرا در حقوق انگلیس و آمریکا مطرح نیست و تنها در مورد اعسار مشتری، بایع می‌تواند کالای ارسال شده را توقیف و از تسلیم آن جلوگیری کند. البته، مقررات قانون یکنواخت تجاری ایالات متحده (UCC) با مقررات کنوانسیون درباره تعلیق اجرا و فسخ قرارداد شباهت زیادی دارد.

نظریه پیش‌بینی نقض در حقوق انگلیس و آمریکا بیشتر متوجه حق فسخ است؛ آن هم با شرایطی محدودتر از کنوانسیون: حق فسخ در صورتی وجود دارد که پیش‌بینی نقض به دلیل رفتار و کلام یک طرف مبنی بر عدم اجرای بخش مهمی از قرارداد باشد، نه ناشی از اوضاع و احوال.

در حقوق ایران نیز پذیرش راه حل تعلیق اجرا به دلیل پیش‌بینی نقض، تنها در صورتی امکان دارد که عرف بر آن دلالت نماید یا اینکه از نظریه همبستگی عوضین تفسیری گسترده ارائه نماییم و در مواردی که یک طرف قبول نموده تعهدش را ابتدا انجام دهد، به دلیل پیش‌بینی نقض طرف دیگر، به او حق تعلیق اجرای تعهدش را بدهیم. حق فسخ نیز تنها در صورت تعذر تسلیم به طرف دیگر داده می‌شود. البته، با کمی مسامحه می‌توان گفت در صورت ورشکستگی یک طرف نیز طرف دیگر حق فسخ خواهد داشت.

در کل، باید گفت که اگر بررسی نیازها و مقتضیات بین‌المللی ما را به پذیرش راه‌حلهای کنوانسیون در زمینه پیش‌بینی نقض رهنمون شود، چون مقررات کنوانسیون در اغلب موارد به ضرر کشورهای جهان سوم نیست، الحاق ایران به کنوانسیون و پذیرش مقرراتی مخالف حقوق داخلی برای تجارت بین‌المللی بلامانع است.

## فهرست منابع

## - فارسی

- پلانتار، ژان پیر: «حقوق جدید بیع بین المللی، کنوانسیون سازمان ملل متحد ۱۹۸۱»، آوریل، ۱۹۸۰، ترجمه دکتر ایرج صدیقی، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوق بین المللی، شماره چهاردهم و پانزدهم.

- باره راگراف، جورج و دیگران، تفسیری بر حقوق بیع بین المللی، ج ۳، ترجمه دکتر مهرباب داراب پور، چاپ اول، کتابخانه گنج دانش، تهران ۱۳۷۴.

- کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی معاملات معوض، عقد تملیکی، چاپ چهارم، شرکت انتشار، تهران ۱۳۷۱.

- \_\_\_\_\_: حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، ج ۴ و ۵، چاپ اول، تهران، انتشارات بهنشر، تهران ۱۳۶۹.

- کرکی، شیخ علی بن حسین، (محقق ثانی): جامع المقاصد فی شرح القواعد، ج ۵، چاپ اول، مؤسسه آل البیت لاحیاء التراث، قم ۱۴۰۸ ه ق.

- نجفی، شیخ محمد حسن (صاحب جواهر): جواهر الکلام، ج ۲۵، چاپ هفتم، داراحیاء التراث العربی، بیروت ۱۹۸۱.

## - انگلیسی

- Audit, Bernard; *La vente internationale de merchandise*, paris, L.G.D.J., 1990.
- Cheshire, Geoffrey Chevalier; *Law of Contract*, 11 ed., London, Butterworths, 1986.
- Corbin, Arthur Linton; *Corbin on Contracts*, 4 ed. St. Paul, West Pub. Co., Vol. 4, 1972.
- Enderlein, Fritz & Maskow, Dietrich, *International Sales Law*, New York, Oceana Publications, 1992.
- Honnold, John, *Uniform Law for international Sales*, 2 ed., Denever, Kluwer Law and Taxation Pub., 1991.
- Schlechtrien, Peter, *Uniform Sales Law, Vienna*, Manzsche Verlags-Und Universitätsbuch- handlung Wien, 1986.
- Smith, J.C; *The Law of Contract*, London, Sweet and Maxwell. 1989.
- Stone, Bradford, *Uniform Commercial Code*, West Publishing Co.
- *Uniform Commercial Code*, The American Law insitute, 1952.