

مطالعه تطبیقی نقض قابل پیش‌بینی قرارداد در کنوانسیون بیع

بین‌المللی کالا و نظام‌های حقوق ملی

دکتر علی انصاری *

فرهاد بیات **

چکیده

هدف اولیه طرفین قرارداد، علی‌الاصول، اجرای قرارداد است ولی ممکن است بنا به دلایلی یکی از طرفین یا هر دوی آنها، قرارداد را نقض کنند؛ این نقض ممکن است به سبب احراز عدم اجرای قرارداد در موعد قرارداد یا قبل از آن باشد، که اولی را نقض قطعی یا محقق و دومی را نقض قابل پیش‌بینی یا متوقع گویند؛ نقض قرارداد بسته به اهمیت و اساسی بودن آن، می‌تواند برای متعهدله حق تعلیق یا حق فسخ قرارداد را ایجاد نماید. با وجود اینکه نهاد «نقض قابل پیش‌بینی» ریشه در حقوق انگلستان دارد اما در کنوانسیون بیع بین‌المللی به‌طور منظم و کامل‌تری در مواد ۷۱، ۷۲ و ۷۳ وارد شده است. اگرچه این نهاد حقوقی به عنوان یک قاعده مسلم و مدون در نظام حقوقی ما پذیرفته نشده است ولی به نظر می‌رسد که بتوان نهاد حاضر را تحت «لزوم رعایت حسن نیت» به عنوان یکی از منابع تعهدات متعاقدین و با وحدت ملاک از برخی مواد قانونی نظیر مواد ۲۳۷، ۲۳۸ و ۴۲۲ قانون تجارت، مورد پذیرش قرار داد.

کلید واژگان

نقض قابل پیش‌بینی، نقض اساسی، حق فسخ، حق تعلیق حق حبس.

* استادیار گروه حقوق دانشکده ادبیات و علوم انسانی دانشگاه تربیت معلم تهران.
** دانشجوی کارشناسی ارشد تجارت بین‌المللی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

مقدمه

کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا^۱ سه ماده از مجموع ۱۰۱ ماده خود را به موضوع نقض قابل پیش‌بینی^۲ اختصاص داده است. اما نقض قابل پیش‌بینی را به‌طور مستقل تعریف ننموده است؛ البته با در نظر گرفتن مواد ۷۱ و ۷۲ کنوانسیون می‌توان گفت که نقض قابل پیش‌بینی از نظر کنوانسیون به این معنا است که پس از انعقاد قرارداد و پیش از موعد اجرای آن، از مجموع اقدامات یا رفتارهای یکی از طرفین قرارداد اینگونه برداشت می‌شود که قرارداد نقض خواهد شد. مفهوم فوق‌الذکر از ماده ۳.۳.۷. مجموعه اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی^۳ و ماده ۹:۳۰۴ حقوق تجاری اتحادیه اروپا^۴ هم قابل برداشت است.

مطابق حقوق فراملی بازرگانی^۵ هنگامی که طرف قرارداد به‌طور قطعی و مطلق^۶ و روشن^۷ بیان می‌دارد که قرارداد را اجرا نخواهد کرد یا برای طرف دیگر این موضوع روشن شود^۸ که طرف مقابل مرتکب نقض اساسی خواهد شد طرف دیگر می‌تواند به قرارداد خاتمه دهد^۹.

مطابق نظریات علمای برجسته حقوق^{۱۰} نیز، اگر قبل از زمان انجام تعهد، متعهد صریحاً اعلام کند که قرارداد را اجرا نخواهد کرد یا عملی انجام دهد که هر انسان متعارفی

1. Convention Internationa Sale Of Goods.
2. Anticipatory Breach.
3. Principales Of International Commercial Contracts.
4. Principales Of European Commercial Law.
5. Lex Mercatoria.
6. Absolutely.
7. Unequivocally.
8. Clear.
9. Termination.
10. Doctrine.

در آن اوضاع و احوال خاص به این نتیجه برسد که وی تعهد خود را ایفا نخواهد کرد، این اظهار یا عمل، نقض قابل پیش‌بینی محسوب می‌شود (Chitty, 2001, p. 383).

در حقوق ایران اشاره صریحی به این نهاد نشده است؛ لذا تعریفی هم در این خصوص وجود ندارد. مهم‌تر از تعریف این نهاد، شناسایی اصل نهاد است که مورد تردید و سؤال است که آیا می‌توان معامله‌ای را به استناد اینکه متعهد در آینده تعهد خود را اجرا نخواهد کرد فسخ نمود، در حالی که در حقوق ما علی‌الاصول نقض قرارداد تنها در خصوص تعهدات حال مصداق دارد؟

به نظر می‌رسد که بتوان با استفاده از «اصل حسن نیت» مبنای حقوقی برای پذیرش این نهاد پی‌ریزی نمود. اگرچه تئوری اخیرالذکر در پذیرش نهاد فوق‌مصون از ایراد نیست ولی فواید غیرقابل انکار نهاد نقض قابل پیش‌بینی، انتقاد خشک و اصرار بر عدم پذیرش این نهاد در حقوق داخلی را موضعی ناصواب جلوه می‌دهد که به‌ویژه خلاف مقتضیات و مصالح تجاری بوده و با تفسیر اقتصادی از حقوق در تعارض است.

نهاد نقض قابل پیش‌بینی می‌تواند برای متعاقدین مفید باشد؛ زیرا، از یک سو خریدار می‌تواند با فسخ قرارداد، کالای مورد نیاز خود را از جای دیگر تهیه کند و به این ترتیب از اتلاف وقت جلوگیری نماید و از سوی دیگر فروشنده هم می‌تواند کالا را به دیگری بفروشد یا اساساً از ساخت کالا خودداری نماید و به این ترتیب از تحمیل هزینه گزاف به خود جلوگیری نماید.

بنابراین، این نهاد نه تنها به نفع متعهد له است بلکه منافع ناقض را نیز تأمین می‌کند؛ زیرا، امکان فسخ یا تعلیق قرارداد پیش از موعد باعث می‌شود تا خسارات کمتری به متعهد له وارد شود و طبیعتاً به همین نسبت مسئولیت ناقض در پرداخت غرامت هم کاهش پیدا خواهد کرد. به همین دلیل به نظر می‌رسد که این نهاد صرفاً بیانگر یک حق نیست بلکه

ترکیبی از حق و تکلیف است؛ زیرا، ماده ۷۷ کنوانسیون زیان‌دیده را مکلف به اقداماتی نموده که منجر به کاهش خسارت شود.^{۱۱} با این حال غالب حقوق‌دانان معتقدند که اگر خریدار مرتکب نقض اساسی قرارداد شود، ولی فروشنده همچنان به کار خویش ادامه دهد و ثمن معامله را مطالبه نماید، چون ثمن را می‌خواهد و نه خسارت را، پس تکلیفی به تقلیل خسارات ندارد (Enderlin, 1992, pp. 308-309)، زیرا، اظهار یا رفتار ناقص چیزی جز یک پیشنهاد برای اقاله نیست، به همین دلیل، طرف دیگر حق دارد آن پیشنهاد را نادیده گرفته و اصرار کند که عین قرارداد اجرا شود (داراب پور، ۱۳۷۴، ص ۷۱)، زیرا، قرارداد اصولاً لازم بوده و هیچ یک از طرفین نمی‌توانند جز در موارد معینه قانونی آن را فسخ نمایند. در مقابلِ فواید مترتب بر این نهاد، عده‌ای هم معتقدند که گسترش امکان برهم زدن معامله با اصل استحکام معاملات مغایر بوده و ممکن است باب سوء استفاده را باز نماید؛ در نتیجه در تفسیر مواد ۷۱ و ۷۲ کنوانسیون باید به جنبه استثنایی بودن آن توجه نموده و در خصوص امکان فسخ یا تعلیق قرارداد به قدر متیقن اکتفا نمود (صدیقی، ۱۳۷۰، صص ۳۵۹-۳۶۰).

باب اول: حق فسخ

امکان برهم زدن معامله از سوی یکی از طرفین قرارداد یا همان حق فسخ قرارداد، امری است استثنایی که ایجاد و اعمال آن تحت شرایط خاصی امکان‌پذیر است؛ این شرایط در نظام کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و نظام‌های حقوق ملی متفاوت است؛ لذا این شرایط تحت دو بخش مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

11. Duty To Mitigation Of Damages.

بخش اول: در نظام کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا

اگر چه شرایط ایجاد و اعمال حق فسخ در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا در یک ماده یعنی ماده ۷۲ و به صورت کلی و یک‌جا مطرح شده است، اما می‌توان شرایط ایجاد و اعمال حق فسخ را در دو قسمت ذیل مورد بررسی قرار داد.

فصل اول: شرایط ماهوی

نقضی موجد حق فسخ است که دو ویژگی زیر را داشته باشد:

مبحث اول: اساسی بودن نقض^{۱۲}

قاعده کلی راجع به فسخ این است که نقض قرارداد در صورتی به طرف مقابل حق فسخ می‌دهد که نقض اساسی و بنیادین باشد (مواد ۴۹ و ۶۴ کنوانسیون). طبق ماده ۱۰ قانون یکنواخت بیع بین‌المللی^{۱۳}: «نقض اساسی زمانی واقع می‌شود که طرف نقض‌کننده در زمان انعقاد قرارداد آگاه بوده یا می‌بایست آگاه می‌بود که اگر یک فرد متعارف در همان موقعیت طرف دیگر، نقض و آثار آن را پیش‌بینی کرده بود، چنان قراردادی را منعقد نمی‌کرد».

کنوانسیون وین هم نقض اساسی را در ماده ۲۵ تعریف کرده است، طبق ماده اخیر الذکر: «نقض قرارداد توسط یکی از طرفین هنگامی نقض اساسی محسوب می‌شود که منجر به ورود چنان ضرری به طرف دیگر گردد که او را از آنچه استحقاق انتظار آن را به موجب قرارداد داشته است، اساساً محروم کند، مگر اینکه طرفی که مبادرت به نقض قرارداد نموده است چنین نتیجه‌ای را پیش‌بینی نمی‌کرده و یک فرد متعارف همانند او نیز

12. Fundamental Breach.

13. Uniform Law For The International Sale Of Goods.

در اوضاع و احوال مشابه، نمی‌توانسته آن امر را پیش‌بینی کند». پس طبق ماده ۲۵ برای وقوع نقض اساسی، احراز دو شرط لازم است:

اول: ورود خسارت عمده^{۱۴}: یعنی خسارت عمده‌ای به طرف مقابل وارد شود به طوری که او را از آنچه استحقاق انتظار آن را داشته است محروم نماید.

دوم: قابلیت پیش‌بینی خسارت^{۱۵}: یعنی وقوع این ضرر از ناحیه نقض کننده قابل پیش‌بینی باشد (معیار شخصی^{۱۶}) و یا اینکه می‌بایست قابل پیش‌بینی می‌بوده (معیار نوعی^{۱۷}). اگر چه برای تحقق نقض اساسی جمع هر دو شرط فوق ضروری است منتها صرف اثبات شرط اول (اهمیت) از سوی زیان‌دیده برای ایجاد حق فسخ کفایت می‌کند و نیازی نیست که او قابلیت پیش‌بینی نقض اساسی از سوی ناقض را اثبات نماید؛ زیرا، همان‌طور که از ظاهر عبارت «Unless» در ماده ۲۵ استنباط می‌شود شرط دوم مفروض بوده^{۱۸} و ناقض قرارداد برای رهایی از بار مسئولیت باید خلاف آن را اثبات نماید.

ماده ۲۵ یاد شده نسبت به ماده ۱۰ قانون یکنواخت بیع بین‌المللی کالا از جهت تعیین زمان قابلیت پیش‌بینی نقض اساسی متفاوت است؛ زیرا، برخلاف قانون اخیرالذکر که زمان انعقاد عقد را ملاک قرار داده است، کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا این مسئله را مسکوت گذاشته، که خود منشاء اختلاف شده است. به نظر می‌رسد که بتوان در اوضاع و احوال خاص آگاهی نقض کننده پس از انعقاد عقد را هم مؤثر تلقی نمود.

لذا اصلاح ماده ۲۵ و تعیین معیاری دقیق می‌تواند وضعیت مطلوب‌تری را در

14. Materiality.

15. Foreseeability.

16. Subject Criteria.

17. Object Criteria.

18. Presumption.

تشخیص قابلیت پیش‌بینی ایجاد نماید و این موضوع با هدف کنوانسیون که ایجاد وحدت است سازگاری بیشتری دارد و الا وضع چنین موادی که برداشت‌ها و تفسیرهای متفاوتی را به همراه دارد با هدف یکسان سازی کنوانسیون ناسازگار است.

مبحث دوم: واضح و روشن بودن نقض^{۱۹}

صدر ماده ۷۲ کنوانسیون وین شرط روشن بودن نقض را مورد تصریح قرار داده است؛ ملاک روشن بودن نقض، یک شخص متعارف در همان اوضاع و احوال خاص^{۲۰} است.

ماده ۷۲ در خصوص اینکه چه امری را می‌توان دلیل نقض روشن قرارداد دانست ساکت است؛ با این حال فروش کالایی که قرار بوده به مشتری تسلیم شود (Schlechtriën, 1998, p. 95) یا اعلام عدم اجرای قرارداد به بهانه تخلف طرف مقابل (Honnold, 1991, p. 496) را می‌توان از مصادیق ماده فوق دانست. همچنین اگر متعهد ورشکست شود و این موضوع در آن اوضاع و احوال خاص دلالت آشکار بر عدم اجرای قرارداد از سوی ورشکسته نماید متعهدله می‌تواند قرارداد را با رعایت سایر شرایط فسخ کند ولو آنکه متعهد می‌خواسته و می‌توانسته که قرارداد را در موعد مقرر اجرا نماید.

اهمیت احراز وجود شرایط نقض قابل پیش‌بینی از این رو، است که اگر مدعی بدون رعایت ملاحظات فوق الذکر اقدام به فسخ قرارداد نماید، خود مرتکب نقض اساسی قرارداد شده است (Enderlin, 1992, p. 291).

19. Clear.

20. Reasonable Person In Special Circumstances.

فصل دوم: شرایط شکلی

مهم‌ترین شرطی که در ماده ۷۲ کنوانسیون وین از جهت رعایت شرایط شکلی و تشریفات اعمال حق فسخ وجود دارد این است که متعهدله زمانی می‌تواند قرارداد را به خاطر نقض احتمالی فسخ کند که ابتدا قصد خود مبنی بر فسخ قرارداد را به طرف مقابل اعلام نماید. البته همواره رعایت این شرط لازم نبوده و بستگی به نوع و کیفیت نقض قرارداد دارد.

مبحث اول: نقض صریح

با توجه به بند ۳ ماده ۷۲ کنوانسیون وین، در صورتی که متعهد خودش اعلام نماید که قرارداد را اجرا نخواهد کرد، چون اطمینان کافی در خصوص نقض قرارداد در آینده حاصل می‌شود، دیگر متعهدله الزامی به ارسال اخطاریه مبنی بر قصد فسخ قرارداد ندارد. اگر بعد از اعلام عدم اجرا، متعهدله قرارداد را فسخ کند، اعلام بعدی متعهد مبنی بر اجرای قرارداد، ولو قبل از سررسید، تأثیری در فسخ صورت گرفته ندارد؛ زیرا، اعاده معدوم، محال است.

مبحث دوم: نقض ضمنی

نقض ضمنی ناظر به موردی است که متعهدله نقض قرارداد را از اوضاع و احوال استنباط می‌نماید. این فرض، خود در دو حالت قابل بررسی است:

گفتار اول: فقدان فرصت کافی

در این حالت متعهدله به دلالت مفهوم مخالف بند ۲ ماده ۷۲ کنوانسیون الزامی به ارسال اخطاریه ندارد. البته برخی از حقوق‌دانان (Honold, 1991, p. 95) با توجه به وسایل ارتباطی جدید، تحقق چنین فرضی را عملاً نادر و غیرممکن دانسته‌اند؛ به هر حال مفهوم

عدم فرصت کافی تا حدودی مبهم است و به نظر می‌رسد که عدم فرصت کافی ناظر به فرصت طرف مقابل جهت دادن تضمین باشد، به این معنی که بعضی اوقات آن قدر فاصله اختار با اجرا کم است که امکان دادن تضمین وجود ندارد (Schlechtriën, 1998, p 95).

گفتار دوم: وجود فرصت کافی

طبق بند ۲ ماده ۷۲ کنوانسیون وین: «طرفی که قصد اعلام فسخ دارد، چنانچه وقت اقتضا کند، مکلف است اختار متعارفی به طرف دیگر بدهد تا برای او این امکان فراهم شود که اطمینان کافی جهت ایفای تعهدش بدهد».

اهمیت و فایده ارسال اختاریه در این است که گاه موجب می‌شود طرف مقابل در پی اختاریه تضمین کافی دهد و به همین سبب مانع فسخ و به هم خوردن قرارداد شود. همچنین ممکن است تصورات متعهدله در مورد عدم اجرای مورد تعهد در آینده صحیح نبوده و نوعی بدبینی یا سوء تفاهم باشد؛ به همین دلیل ارسال اختاریه و پاسخ طرف مقابل می‌تواند سهم بسزایی در رفع این سوء تفاهم‌ها داشته باشد. لذا ارسال اختاریه به دلایل مذکور با اصل تأمین امنیت قراردادی و لزوم قراردادهای هم انطباق بیشتری دارد.

بند ۲ ماده ۷۲ کنوانسیون وین اشاره‌ای به ضرورت ذکر علت در اختاریه فسخ ندارد؛ در نتیجه ممکن است چنین برداشت شود که در نظر گرفتن چنین الزامی برای متعهدله مبنای قانونی ندارد؛ اما حسن نیت به عنوان یک قاعده عام در تفسیر کنوانسیون مذکور در بند اول ماده ۷، چنین اقتضا می‌کند که علت در اختاریه ذکر گردد تا هدف از ارسال اختاریه بهتر تأمین گردد (داراب پور، ۱۳۷۴، ص ۶۲). بدیهی است که اگر متعهدله بدون ارسال اختاریه قرارداد را فسخ کند، خود مرتکب نقض اساسی قرارداد شده و مسئول قلمداد می‌شود.

البته در صورتی که اوضاع و احوال دلالت بر نقض اساسی قرارداد در آینده نکند و با این حال، متعهدله، اختاریه فسخ ارسال کند، طرف مقابل هیچ الزامی به دادن تضمین ندارد

و ندادن تضمین، موجد حقی برای ارسال کننده نیست؛ در این صورت هم اگر ارسال کننده قرارداد را فسخ کند، خود مرتکب نقض اساسی قرارداد شده و مسئول قلمداد می‌شود. ممکن است این سؤال مطرح شود که اگر نقض کننده در تلقی رفتار طرف مقابل اشتباه کرده و این اشتباه را به اثبات برساند، این امر چه تأثیری در حکم فوق‌الذکر دارد؟ به نظر می‌رسد که در پاسخ به سوال فوق باید قائل به تفکیک شد:

اگر اشتباه نقض کننده ناشی از رفتار متعهد یا اوضاع و احوالی باشد که هر شخص متعارفی نقض قرارداد در آینده را به نحو روشن پیش‌بینی نماید، فسخ قرارداد از سوی متعهدله با رعایت شرایط مطروحه صحیح بوده و هیچ مسئولیتی را به دنبال ندارد، ولو تصور عدم اجرای قرارداد با واقع منطبق نباشد. به عنوان مثال اگر فروشنده کالا به بهانه عدم وجود مواد اولیه از تسلیم کالا به یکی از خریداران خود امتناع نماید، خریداری هم که هنوز موعد تحویل مبیع او فرا نرسیده است، نگرانی معقولی خواهد داشت، از این که فروشنده به همان بهانه عدم وجود مواد اولیه از تسلیم کالا به او خوداری کند. لذا چنانچه فروشنده در پی ارسال اخطاریه تضمین کافی ندهد، خریدار می‌تواند قرارداد را فسخ نماید؛ ولو اینکه بعداً ثابت شود که فروشنده برای اجرای تعهد خویش در قبال خریدار مذکور مواد اولیه کافی ذخیره کرده بوده و قصد و توانایی اجرای قرارداد را داشته است. ولی اگر اوضاع و احوال دلالت روشنی بر نقض قرارداد نداشته باشد، درک نادرست طرف مقابل را نمی‌توان عذر موجهی برای فسخ قرارداد به حساب آورد. بعد از ارسال اخطاریه از سوی متعهدله، دو حالت متصور است:

بند اول: ارائه تضمینات کافی از سوی متعهد

اگر در پی ارسال اخطاریه، طرف مقابل در جهت اجرای تعهدات خود تضمینات کافی ارائه دهد، طبق قسمت اخیر بند ۳ ماده ۷۱ و مفهوم بند ۲ ماده ۷۲ ارسال کننده اخطار، باید اجرای تعهد خود را از سر بگیرد.

کنوانسیون وین در مورد مفهوم تضمین کافی ساکت است و به نظر می‌رسد که کافی بودن تضمین بستگی به عرف و علت و زمینه قصد فسخ دارد؛ به عبارت دیگر ضمانت باید به نحوی باشد که تهدید و نگرانی معقول را عرفاً بر طرف سازد. به عنوان مثال اگر کارگران کارخانه اعتصاب کرده‌اند، متعهد ثابت نماید که اعتصاب به پایان رسیده است و یا جانشین قابل اتکایی برای ایفای تعهد وجود دارد؛ اگر تردید به خاطر عدم پرداخت ثمن سایر معاملات خریدار باشد ثابت نماید آنها را پرداخت نموده و یا ضمانت نامه بانکی معتبر ارائه نماید.

اگر چه با دادن تضمین کافی، مدعی نقض باید تعهد خود را از سر بگیرد ولی طبیعی است که مدت اجرای تعهد او باید به نحو معقول و متعارفی تمدید شود (Honnold, 1991, p493). بنابراین اگر تولیدکننده می‌بایست تا سه ماه از تاریخ انعقاد قرارداد کالا را به خریدار تحویل دهد ولی به دلیل نقص در اعتبار خریدار، یک ماه دست از تولید بکشد، بعد از رفع این نگرانی دادگاه می‌تواند مهلت تحویل کالا را بر حسب شرایط یک ماه تمدید نماید.

بند دوم: عدم ارائه تضمینات کافی از سوی متعهد

در این صورت متعهدله، می‌تواند با جمع سایر شرایط، قرارداد را فسخ نماید. باید به این نکته توجه داشت که لزوم ارسال اخطاریه قصد فسخ، موضوع ماده ۷۲ کنوانسیون نافی تکلیف عام مندرج در ماده ۲۶ همین کنوانسیون در مورد لزوم ارسال یادداشت فسخ نیست؛ در واقع در این فرض ما با دو اخطاریه مواجه هستیم، اول، اخطاریه حاکی از قصد فسخ که نوعی اظهارنامه است و دوم، اخطاریه حاکی از اعمال فسخ.

بخش دوم: در نظام‌های حقوق ملی

موضع نظام‌های حقوق ملی در خصوص پذیرش این نهاد به عنوان یک قاعده کلی و مدون متفاوت است. برخی از نظام‌ها همانند انگلیس و آمریکا این نهاد را به عنوان یک قاعده کلی و مدون پذیرفته‌اند و در مقابل در برخی از نظام‌ها همانند فرانسه تنها می‌توان نمونه‌هایی را پیدا نمود که بر پذیرش این نهاد به نحو موردی و خاص دلالت دارند.

فصل اول: نظام حقوقی انگلستان

با توجه به اینکه نهاد نقض قابل پیش‌بینی ریشه در حقوق انگلستان دارد، گستردگی آن در این نظام حقوقی به مراتب بیشتر از سایر نظام‌های حقوقی است و فقط اختصاص به بحث بیع ندارد بلکه در سایر عقود هم می‌توان از آن بهره جست. اگر چه قانون بیع انگلستان^{۲۱}، در ظاهر شبیه کنوانسیون وین نیست و بحث مستقلی شبیه آنچه در کنوانسیون آمده در این قانون به چشم نمی‌خورد اما به لحاظ شرایط ماهوی با آن تفاوت چندانی ندارد و تنها به جای لفظ «نقض اساسی»^{۲۲} که در صدر ماده ۷۲ کنوانسیون به کار رفته از لفظ «رد»^{۲۳} استفاده شده است که در واقع به معنای نقض و عدم اجرای قرارداد است. در خصوص «رد قرارداد» می‌توان به دعوی (Hochster V. De La Tour) اشاره کرد که به موجب آن توافق شده بود تا خواننده، خواهان را برای راهنمایی تور خارجی استخدام نماید اما قبل از موعد قرارداد به خواهان اعلام شد که نیازی به راهنما وجود ندارد؛ سپس خواهان قبل از موعد قرارداد اقامه دعوی خسارت نموده و دادگاه نیز خواننده را محکوم نمود (Smith, 1989, p188).

21. Sale Goods Of Act.

22. fundamental breach.

23. Repudiation.

به‌طور خلاصه، نقض قابل پیش‌بینی بر اساس مقررات کامن لا زمانی رخ می‌دهد که یکی از طرفین بعد از انعقاد عقد و قبل از فرا رسیدن موعد اجرای تعهد مرتکب فعل یا قولی شود که نشان دهد وی قصد انجام تعهد را ندارد.

اما به لحاظ شکلی، قانون بیع انگلستان اشاره‌ای به ضرورت ارسال اخطاریه قصد فسخ ننموده است و از این جهت نسبت به کنوانسیون ناقص است و تنها به ذکر راه حل‌هایی پرداخته که متعهدله می‌تواند از آنها بهره‌مند شود: راه حل اول اینکه نقض قابل پیش‌بینی را نپذیرفته و تا زمان اجرای تعهد صبر کند که در این صورت اگر متعهد به تعهد خودش عمل کند دیگر هیچ مسئولیتی در قبال طرف مقابل ندارد و اگر به تعهد خود عمل نکند، نقض قرارداد محسوب شده و طبق قواعد کلی، متعهدله می‌تواند برای جبران خسارت خود اقدام نماید. راه حل دوم این است که نقض قابل پیش‌بینی را پذیرفته و قرارداد را فسخ و مطالبه خسارت نماید.

شایان ذکر است که اگر متعهدله راه حل اول را انتخاب کرده و منتظر اجرای قرارداد بماند ولی قبل از سررسید، قوه قاهره قرارداد را عقیم کند^{۲۴} حق او در مطالبه خسارت از بین می‌رود (Smith, 1989, p188).

فصل دوم: نظام حقوقی آمریکا

از مواد ۶۰۹ و ۶۱۰ قانون یکنواخت تجاری آمریکا^{۲۵}، چنین بر می‌آید که دو شرط ماهوی مندرج در کنوانسیون وین در این قانون هم لازم است: شرط اول یعنی اساسی بودن از صدر ماده ۶۱۰ برداشت می‌شود. طبق ماده اخیرالذکر: «زمانی که یک طرف قرارداد عدم تمایل خود را به اجرای بخشی از قرارداد که زمان اجرایش فرا نرسیده ابراز کند و در نتیجه

24. Frustration.

25. Uniform Commercial Code.

آن، به ارزش قرارداد نزد طرف مقابل خدشه "اساسی" وارد آورد، طرف متضرر می‌تواند...»

شرط دوم یعنی واضح و روشن بودن هم از بند ۱ ماده ۶۰۹ استنباط می‌شود. طبق ماده اخیر الذکر: «...در صورتی که "نشان‌های قابل توجهی" برای نشان دادن عدم امکان اجرای تعهدات هر یک از طرفین پدیدار شود...»

علاوه بر دو شرط فوق، شرط سومی هم قابل استنباط است و آن "تجاری بودن" قرارداد است. در واقع به نظر می‌رسد که ماده ۶۰۹، تعلیق قرارداد از سوی متعهد را منوط به تجاری بودن قرارداد نموده است.

در توجیه پذیرش این نهاد استدلال شده است که در قراردادهای تجاری مقصود طرفین قرارداد اجرای مفاد آن و وصول به اهداف ناشی از اجرا است و نه درگیر شدن در زنجیره‌ای از تعهدات عمل نشده و دعاوی مربوط به آنها در دادگستری (صفایی، ۱۳۸۷، ش ۲۵۱).

به لحاظ شرایط شکلی، برخلاف نظام حقوقی انگلستان، ارسال اختطاریه به صراحت در بند ۱ ماده ۶۰۹ قانون آمریکا، پیش‌بینی شده است که از این نظر، قانون آمریکا شبیه کنوانسیون وین است اما در زمینه دادن تضمین، قانون آمریکا مقرر می‌دارد که بعد از دریافت به موقع تقاضای تضمین، عدم تدارک تضمین اجرا در ظرف مدت معقولی که متناسب با شرایط هر قرارداد بوده و بیش از سی روز نباشد، نوعی امتناع از اجرای قرارداد محسوب می‌شود. با توجه به اینکه در کنوانسیون وین زمان دقیقی برای ارائه تضمین معین نشده، از این لحاظ با قانون آمریکا متفاوت است.

مطابق بند ۲ ماده ۶۱۱ قانون آمریکا چنانچه بعد از نقض قرارداد، طرف مقابل قرارداد را فسخ ننماید، ناقض قرارداد می‌تواند تا سررسید قرارداد از نظر قبلی خود انصراف داده و اجرای تعهد خویش را از سر گیرد. البته این انصراف باید روشن بوده و به اطلاع طرف مقابل برسد و در صورت مطالبه تضمین از سوی او، همراه با تضمین کافی باشد.

همچنین مطابق بند ۳ ماده ۶۱۱ همین قانون، اگر در اثر فعل و انفعال مذکور خسارتی به طرف مقابل قرارداد وارد آید، ناقض قرارداد مکلف به جبران آن خواهد بود.

فصل سوم: نظام حقوقی فرانسه

نظام حقوقی فرانسه، نقض قابل پیش‌بینی را به عنوان یک قاعده کلی نپذیرفته است؛ با این حال شاید بتوان نمونه‌های مشابهی را که بر این مبنا انشا شده‌اند را یافت؛ از جمله ماده ۱۶۱۳ قانون مدنی فرانسه، که به موجب آن در صورت ورشکسته شدن خریدار، فروشنده می‌تواند از تسلیم کالا امتناع نماید. به نظر می‌رسد که مبنای حق پیش‌بینی شده در ماده فوق‌الذکر، نگرانی آشکار از عدم قدرت خریدار در ایفای تعهد خود یعنی پرداخت ثمن در آینده است.

قسمت اخیر ماده فوق در خصوص امکان دادن تضمین و مطالبه مبیع هم مؤید همین مطلب است؛ زیرا، دادن تضمین مناسب نگرانی بایع از عدم وصول ثمن را برطرف می‌کند و دیگر دلیلی برای امتناع و عدم تسلیم مبیع وجود نخواهد داشت.

اگرچه ماده فوق، علی‌الظاهر از حق حبس صحبت می‌کند ولی به اعتقاد برخی از حقوق‌دانان فرانسوی ماهیت این امتناع، شناسایی نوعی حق فسخ است که به موجب آن نه تنها بایع می‌تواند مبیع را به دیگری بفروشد بلکه می‌تواند خسارت ناشی از انحلال معامله را نیز مطالبه نماید (Henri, 1987, p348-349).

فصل چهارم: نظام حقوقی ایران

با توجه به اینکه حقوق ما به کشورهای حقوق نوشته^{۲۶} به خصوص فرانسه نزدیک

26. Civil law.

است و در مقابل نهاد نقض قابل پیش‌بینی ریشه در حقوق عرفی^{۲۷} دارد، طبیعی است که در حقوق ما هم نتوان ماده‌ای را یافت که به صراحت و به عنوان یک قاعده کلی این نهاد را پذیرفته باشد^{۲۸} اما با استقراء در قوانین مختلفه جاریه می‌توان نمونه‌هایی را که با این نهاد مبنای مشترک دارند را یافت. به عنوان نمونه طبق ماده ۲۳۷ قانون تجارت: «پس از اعتراض نکول، ظهرنویس‌ها و برات دهنده به تقاضای دارنده برات باید ضامنی برای ت‌B دیه وجه آن در سر وعده بدهند یا وجه برات را به انضمام مخارج اعتراض نامه و مخارج برات رجوعی (اگر باشد) فوراً تأدیه نمایند». این ماده شباهت زیادی به ماده ۷۲ کنوانسیون وین دارد، زیرا در ماده ۲۳۷ تعهدی صورت گرفته که هنوز موعد انجام آن نرسیده ولی از آنجا که محال علیه برات را قبول نکرده و این امر، انجام تعهد در سر موعد از سوی متعهدین برات را، با تردید جدی مواجه می‌کند قانون‌گذار به دارنده برات حق داده است که مشابه ماده ۷۲ کنوانسیون وین مطالبه ضامن کند. ماده ۲۳۸ هم متضمن محتوایی به مانند ماده ۲۳۷ است. طبق ماده اخیرالذکر: «اگر بر علیه کسی که براتی را قبول کرده ولی وجه آن را نپرداخته، اعتراض عدم تأدیه شود دارنده براتی که همان شخص قبول کرده ولی هنوز موعد پرداخت آن نرسیده است می‌تواند از قبول کننده تقاضا نماید که برای پرداخت وجه

27. Common Law.

۲۸. البته در این خصوص می‌توان مبحث مشابهی را تحت عنوان «مقدمه مفوته» در فقه یافت؛ مقدمه مفوته مقدمه‌ای است که عقل انجام آن را پیش از آنکه ذوالمقدمه واجب شود، لازم می‌داند زیرا، اگر انجام نشود، ذوالمقدمه در زمان خود فوت شده و از بین می‌رود. به عنوان مثال عقل حکم به وجوب طی مسافت قبل از وجوب حج می‌کند یعنی حج در ذی‌المقدمه واجب می‌شود اما عقل می‌گوید قبل از اینکه ایام حج برسد و حج واجب شود باید مسافت طی شود و گرنه به مکه نخواهیم رسید و واجب فوت خواهد شد و به همین سبب است که به آن مقدمه مفوته یعنی مقدمه فوت کننده می‌گویند. (سبحانی، ۱۳۸۸، ص ۱۴۹)؛ ارتباط این قاعده با قاعده نقض قابل پیش‌بینی در موردی که پیش‌بینی نقض به خاطر عدم فراهم کردن مقدمات می‌باشد روشن است (بند ب، ش ۱، م ۷۱ کنوانسیون وین).

آن ضامن دهد یا پرداخت آن را به نحو دیگری تضمین کند».

سؤال اساسی در خصوص مواد فوق این است که آیا این مواد جنبه استثنایی داشته و قابل تسری به سایر تعهدات نمی‌باشند و یا برعکس، موضوع احکام فوق ویژگی خاصی نداشته و در صورت وجود همین شرایط به واسطه مبنای مشترک، این حکم در مورد سایر تعهدات هم جاری خواهد شد. یکی از دشواری‌های اخذ وحدت ملاک از مواد مذکور و پذیرش نهاد نقض قابل پیش‌بینی در حقوق ایران این است که اصولاً در حقوق ایران نقض در خصوص تعهد حال مصداق پیدا می‌کند و نمی‌توان به استناد اینکه تعهدی در آینده نقض خواهد شد قرارداد را فسخ نمود.

منتها برای رفع این نقیصه حقوق داخلی می‌توان به لزوم رعایت حسن نیت در معاملات توسل جست. زیرا، حسن نیت اقتضا می‌کند که متعهدله وظایف قراردادی خود را صادقانه و منصفانه انجام دهد و از انجام هر گونه فعل یا قولی که به نحو اساسی به احساس اطمینان متعهدله از اجرای تعهد در آینده خدشه وارد می‌نماید، خودداری کند.^{۲۹}

به‌طور کلی حسن نیت در حقوق موضوعه ایران در دو معنا به کار رفته است:

اول: تصور اشتباه: در این موارد حسن نیت به عنوان یک اصل حمایتی جلوه گر شده و از شخص جاهل حمایت می‌کند. این برداشت اصولاً در قلمرو نکاح (مانند وطی به شبهه)، اسناد تجاری (مانند عدم امکان استناد به ایرادات در مقابل ثالث با حسن نیت) و شرکت‌های تجاری (از جمله ماده ۱۵۴ ق.ت.) کاربرد دارد.

دوم: صداقت: حسن نیت در این معنا یک اصل تکلیفی و الزام آور است و مطابق این معنا و برداشت از حسن نیت، متعاقدین ملزمند به آنچه وجدان حکم کرده و مقتضای

۲۹. قانون تجارت متحدالشکل ایالات متحده، این تعهد را به‌طور ضمنی منتسب به خود عقد بیع نموده است. به موجب ماده ۶۰۹-۲: «هر عقد بیع، تعهدی را بر هر یک از طرفین تحمیل می‌نماید؛ مبنی بر اینکه نباید انتظار طرف دیگر به انجام قرارداد را خدشه‌دار نماید...».

صداقت و درستی است، وفا کنند. باور به این برداشت از حسن نیت آن را به عنوان عامل اخلاقی کردن تعهدات معرفی کرده و موجب پویایی حقوق شده است. حسن نیت در این رهگذر باید به مثابه مقیاسی برای تعیین قلمرو تعهدات طرفین در نظر گرفته شود تا طرفین صرفاً به کلمات گفته شده در قرارداد اکتفا نکنند و به حکم وجدان ملزم به چیزی باشند که آن‌ها با اعلان این کلمات درصدد وصول به آن بوده‌اند (انصاری، ۱۳۸۸، ص ۴۴).

علاوه بر اینکه حسن نیت در این معنا از لوازم عرفی عقد است (بیات، ۱۳۸۹، ص ۹۳) و به حکم ماده ۲۲۰^{۳۰} و ۲۲۵ قانون مدنی^{۳۱} از منابع تعهد محسوب می‌شود، قانون‌گذار ایران در برخی موارد، از جمله ماده ۳۵ قانون تجارت الکترونیک^{۳۲}، لزوم رعایت حسن نیت در معاملات را مورد تصریح قرار داده است که بی‌شک می‌توان آن را از قواعد عمومی معاملات دانست.

در صورت پذیرش این مبنا، نهاد نقض قابل پیش‌بینی را می‌توان منطبق با مواد ۲۳۷ و ۲۳۹ قانون مدنی در خصوص ضمانت اجرای نقض تعهد دانست، زیرا، به موجب نظام حقوقی ایران در فسخ، صرف نقض قرارداد اصولاً به متعهدله حق فسخ نمی‌دهد، بلکه متعهدله ابتدا باید الزام متعهد به اجرای تعهد را درخواست نماید و در صورت عدم امکان الزام، قرارداد را فسخ نماید؛ لذا چنانچه اطمینان متعهدله بر اساس اقوال یا اعمال و یا اوضاع

۳۰. ماده ۲۲۰ ق.م. «عقود نه فقط متعاملین را به اجرای چیزی که در آن تصریح شده است، ملزم می‌نماید بلکه متعاملین به کلیه نتایجی هم که به موجب عرف و عادت یا به موجب قانون از عقد حاصل می‌شود ملزم می‌باشند».

۳۱. ماده ۲۲۵ ق.م. «متعارف بودن امری در عرف و عادت، به طوری که عقد بدون تصریح هم منصرف به آن باشد به منزله ذکر در عقد است».

۳۲. ماده ۳۵ ق.ت. «اطلاعات اعلامی و تأییدیه اطلاعات اعلامی به مصرف کننده باید در واسطی با دوام، روشن و صریح بوده و در زمان مناسب و با وسایل مناسب ارتباطی در مدت معین و بر اساس لزوم حسن نیت در معاملات و از جمله ضرورت رعایت افراد ناتوان و کودکان ارائه شود».

و احوال حاکم بر قضیه به نحو اساسی خدشه‌دار شود او می‌تواند به موجب ماده ۲۳۷ قانون مدنی الزام متعهد به اجرای تعهد خویش یعنی دادن اطمینان کافی مبنی بر اجرای قرارداد در آینده را درخواست نماید؛ در صورتی که متعهد تعهد خویش را اجرا کند یعنی تضمینی دهد که عرف، آن قول یا فعل را موجد اطمینان کافی تلقی کند به مانند آنچه در کنوانسیون مقرر گشته است، حق فسخی برای متعهدله ایجاد نمی‌شود و او موظف است تعهد خویش را از سر بگیرد. اما اگر الزام متعهد ممکن نشد و او از اجرای تعهد خویش خودداری نمود متعهدله می‌تواند به استناد ماده ۲۳۹ قانون مدنی قرارداد را فسخ نماید.

توسل به اصل حسن نیت، نظام حقوقی ایران را نه تنها در مقام ثبوت بلکه در مقام اثبات هم به کنوانسیون نزدیک می‌کند؛ زیرا، اصل برائت اقتضا می‌کند که متعهد را با حسن نیت فرض کرده و شخصی که رفتار وی را خلاف حسن نیت می‌داند را مدعی محسوب کنیم. در نتیجه همانند کنوانسیون بار اثبات نقض این تعهد قراردادی با متعهدله است.

در پایان این فصل و در مقام پاسخ به سؤال ابتدایی بحث در خصوص امکان اخذ وحدت ملاک از مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ قانون تجارت در خصوص سایر تعهدات و پاسخ به ابهامات راجع به پذیرش نهاد نقض قابل پیش‌بینی می‌توان گفت:

۱. دشواری پذیرش نهاد نقض قابل پیش‌بینی در این است که طبق قانون مدنی حق فسخ اصولاً تنها نسبت به نقض تعهدات حال قابل تصور است و متعهدله باید تا سررسید تعهد منتظر بماند اگرچه نقض قرارداد به نحو روشنی قابل پیش‌بینی باشد؛ در پاسخ به این ابهام می‌توان گفت که اگرچه تعهد اصلی موجد است ولی تعهد به رعایت حسن نیت، یک تعهد حال و مستمر است که از زمان انعقاد قرارداد ایجاد شده و تا اجرا و اتمام قرارداد ادامه می‌یابد و متعهد قرارداد نمی‌تواند به استناد موجد بودن تعهد خود به انجام اعمالی پردازد که با اجرای صحیح قرارداد منافات دارد زیرا، حسن نیت مانع تقلب و سوءاستفاده متعهد است.

۲. به اعتقاد برخی از حقوق‌دانان (صفایی، ۱۳۸۸، ش ۲۵۱) مواد متضمن پیش‌بینی نقض تعهد، متضمن قواعد خاصی هستند که تسری آنها به سایر قراردادها دشوار است؛ این نظر منطقی را می‌توان با تحلیل محتوای مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ قانون تجارت تا حدودی تعدیل کرد. آنچه چهره استثنایی داشته و ویژه تعهد براتی است، این فرض قانونی است که «نکول برات یا اعتراض عدم تأدیه نسبت به تعهد دیگر برانگیر، نشان می‌دهد که متعهد برات به نحو روشنی تعهد موجد خود را اجرا نخواهد کرد» در نتیجه به متعهدله اجازه داده می‌شود که به صرف تحقق این امور، مطالبه تضمین نماید. بی‌گمان این فرض قانونی را نمی‌توان در خصوص سایر تعهدات اجرا نمود. به عنوان نمونه اگر شخص الف تعهد کند که برای شخص ب ظرف یک سال و برای شخص ج ظرف دو سال خانه‌ای بسازد و سپس علی‌رغم رسیدن اجل تعهد خود نسبت به ب، تعهد خویش را اجرا نکرده باشد، شخص ج که هنوز موعد قرارداد او نرسیده است نمی‌تواند به صرف اینکه الف تعهد مشابهی در مقابل دیگری داشته و آن را اجرا نکرده است تقاضای تضمین کرده و لدی الاقتضا قرارداد را فسخ نماید. در مقابل، آنچه در حکم مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ قانون تجارت موافق قاعده بوده و می‌توان آن را به سایر تعهدات نیز تسری داد، این قاعده است که هرگاه فعل یا قول متعهد به روشنی حکایت از عدم اجرای قرارداد در سررسید داشته باشد، متعهدله می‌تواند تقاضای تضمین کند. بنابراین در مثال مذکور، عدم اجرای تعهد مشابه می‌تواند مستند مطالبه تضمین قرار گیرد با این تفاوت که متعهدله باید با ارائه دلیل اثبات نماید که این فعل به نحو روشنی از عدم اجرای قرارداد در سررسید حکایت دارد. لذا، بار اثبات در این موارد بر دوش متعهدله است زیرا، ممکن است عدم اجرای تعهد مشابه ناشی از علل و عواملی باشد که در تعهد دیگر وجود ندارد.

باب دوم: حق تعلیق

تعلیق قرارداد به این معنا است که هرگاه پس از انعقاد قرارداد آشکار شود که یکی

از طرفین بخش عمده‌ای از تعهدات خود را ایفا نخواهد کرد، طرف دیگر حق خواهد داشت که اجرای تعهدات خود را معلق سازد.

در مقایسه حق تعلیق با حق فسخ می‌توان گفت که فسخ ضمانت اجرای کامل‌تری از تعلیق است، زیرا، متضرر را از ابهام و بلا تکلیفی می‌رهاند و او می‌تواند قرارداد جدیدی را منعقد سازد. به همین دلیل شرایط ایجاد و اعمال تعلیق نسبت به فسخ سهل‌تر است که این موضوع در دو نظام کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و نظام‌های حقوق ملی مورد بررسی قرار گرفته است.

بخش اول: در نظام کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا

طبق ماده ۷۱ کنوانسیون وین:

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

الف) نقصان فاحش در توانایی متعهد به انجام تعهد یا در اعتبار او؛ یا

ب) نحوه رفتار او در تمهید مقدمه اجرای قرارداد یا در اجرای قرارداد.

۲. چنانچه بایع پیش از ظهور جهات موصوف در بند پیشین، 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.

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 اطمینان کافی فراهم نماید، اجرای تعهد خود را

از سر گیرد.

بند ۱ ماده ۷۱، مفهوم تعلیق در اجرا^{۳۳} را بیان نموده است که با حق حبس^{۳۴} متفاوت است. همچنانکه از ماده ۵۸ کنوانسیون برداشت می‌شود، هر یک از متباین می‌تواند اجرای تعهد خویش را منوط به اجرای طرف مقابل نماید که این وابستگی میان عوضین را «حق حبس» گویند؛ در مقابل تعلیق در اجرا به این معنا است که یکی از طرفین «قبل از سر رسید»، اجرای تعهد خویش را متوقف و معلق نماید؛ در نتیجه ذی‌حق می‌تواند انجام مقدمات تعهد خویش، نظیر مقدمات تولید یک کالا را معلق نماید؛ در حالی که در حق حبس تولیدکننده می‌تواند در موعد اجرای قرارداد، تحت شرایطی، تسلیم کالا تولید شده را منوط به پرداخت ثمن نماید. علاوه بر حق تعلیق که در بند یک برای متعاقبین به رسمیت شناخته شده است، در بند دو حق خاصی هم صرفاً برای فروشنده پیش‌بینی شده است؛ منتها این که حمل‌کننده از دستور عدم تحویل تا چه میزان تبعیت کند به قانون ملی صالح و قرارداد حمل و نقل بستگی دارد.

شرایط ایجاد و اعمال حق تعلیق در ماده ۷۱ کنوانسیون پیش‌بینی شده است که در اینجا همانند مبحث حق فسخ در دو قسمت مورد بررسی قرار گرفته است.

فصل اول : شرایط ماهوی

با توجه به بند اول ماده ۷۱ کنوانسیون تعلیق قرارداد مستلزم احراز دو شرط ذیل است.

33. Suspension Of Performance

34. Lien.

مبحث اول: نقض بخش عمده تعهدات

بر خلاف ماده ۷۲ که در آن از عبارت نقض اساسی^{۳۵} استفاده شده است، در ماده ۷۱ عبارت نقض بخش عمده تعهدات^{۳۶} به کار رفته است و حاصل این تفاوت این است که بر خلاف فسخ، اعمال حق تعلیق نیازمند وقوع نقض اساسی و بنیادین نیست (Bernard, 1990, p 154) به عبارت دیگر در تعلیق سخت‌گیری کمتری صورت گرفته است؛ لذا قلمرو ماده ۷۱ کنوانسیون وسیع‌تر از ماده ۷۲ کنوانسیون است.

مبحث دوم: آشکار بودن فسخ

طبق ماده ۷۲ کنوانسیون وین در صورتی حق فسخ ایجاد می‌شود که نقض اساسی قرارداد در آینده «روشن» باشد؛ در مقابل، ماده ۷۱ به جای واژه «روشن شود»^{۳۷} از واژه «آشکار شود»^{۳۸} استفاده نموده است. به اعتقاد برخی از حقوق‌دانان (Schlechtriën, 1998, p. 96) علی‌رغم این تفاوت لغوی، در عمل ماده ۷۲ مستلزم اطمینان بیشتری نسبت به ماده ۷۱ نیست؛ در مقابل عده‌ای دیگر از حقوق‌دانان معتقدند (Enderlin, 1992, p286) که در ماده ۷۱ سخت‌گیری کمتری نسبت به ماده ۷۲ وجود دارد و پیش‌بینی ساده نقض هم کافی است.

نظر اخیر قوی‌تر به نظر می‌رسد، زیرا، از یک سو توجه به تفاوت موجود میان واژه‌ها به مقصود مقنن و اصول تفسیر نزدیک‌تر است^{۳۹} و از سوی دیگر سخت‌گیری کمتر

35. Fundamental.

36. Substantial Part Of Obligation.

37. It Is Clear.

38. It Becomes Apparent.

۳۹. اعمال الکلام اولی من اهماله.

مدونین کنوانسیون در این شرط همانند شرط اول، با ماهیت تعلیق که ضمانت اجرای سبک‌تری نسبت به فسخ می‌باشد نیز سازگارتر است. بنابراین برخلاف حق فسخ که نیازمند دلایل روشن و واضح مبنی بر نقض آتی است، وجود یک ظهور ساده هم برای ایجاد حق تعلیق کفایت می‌کند.

همچنانکه از صدر بند اول ماده ۷۱ استنباط می‌شود آشکار شدن عدم توانایی متعهد در اجرای قرارداد در صورتی موجد حق تعلیق است که این امر بعد از انعقاد قرارداد آشکار شده باشد وگرنه هرگاه عدم توانایی متعهد در زمان انعقاد قرارداد آشکار باشد متعهدله حقی ندارد.

فصل دوم: شرایط شکلی

از مقایسه بند ۳ ماده ۷۱ و بند ۲ ماده ۷۲ چنین برداشت می‌شود که تعلیق قرارداد متضمن تشریفات کمتری از فسخ قرارداد است؛ زیرا، قبل از اعمال حق فسخ اصولاً متعهدله باید اخطاریه‌ای مبنی بر مطالبه تضمین کافی ارسال نماید و در صورت عدم ارائه تضمین کافی، متعهدله می‌تواند قرارداد را فسخ کرده و اخطاریه‌ای مبنی بر این امر ارسال نماید؛ اما طبق بند ۳ ماده ۷۱ اعمال حق تعلیق منوط به ارسال اخطاریه نیست بلکه متعهدله تنها ملزم است بعد از معلق کردن اجرای تعهدات خویش اخطار تعلیق را ارسال نماید.

بخش دوم: در نظام‌های حقوق ملی

موضع نظام‌های داخلی در خصوص حق تعلیق مشابه حق فسخ بوده و در برخی نظام‌ها نظیر انگلیس و آمریکا به نحو گسترده و در برخی دیگر نظیر فرانسه به نحو محدودی به کار گرفته شده است.

فصل اول: نظام حقوقی انگلستان

همان‌طور که در مبحث فسخ توضیح داده شد، قانون‌گذار انگلیسی در مورد نقض قابل پیش‌بینی، دو راه را پیش‌بینی کرده است: اول آنکه متعهدله نقض را بپذیرد و قرارداد را فسخ کند و دوم اینکه نقض را نپذیرد و قرارداد را همچنان لازم‌الاجرا بداند، در فرض اخیر متعهدله می‌تواند، تحت شرایطی تعهد خود را معلق کرده و اجرا نکند. البته در حقوق انگلیس بیشتر سخن از حق حبس به میان آمده است تا تعلیق در اجرا؛ که تفاوت این دو نهاد قبلاً در این نوشتار بیان شد.

فصل دوم: نظام حقوقی آمریکا

طبق ماده ۶۰۹-۲ قانون یک‌نواخت تجاری آمریکا وقتی زمینه‌های معقولی برای عدم اطمینان به اجرای تعهد در آینده وجود داشته باشد، متعهدله می‌تواند کتباً تقاضای تضمین کند و تا زمانی که تضمین کافی دریافت نکرده، اگر از نظر تجاری معقول باشد، می‌تواند اجرای تعهدی را که معوض آن را دریافت نکرده، معلق نماید. بنابراین صرف عدم اطمینان می‌تواند مجوز تعلیق قرارداد قرار گیرد. همچنین در قانون آمریکا حق حبس تنها برای فروشنده به رسمیت شناخته شده است و خریدار نمی‌تواند پرداخت ثمن را به تأدیه مبیع موکول کند. البته در قانون مذکور به جای واژه «حق حبس» از واژه امتناع از تسلیم یا متوقف کردن تسلیم^{۴۰} استفاده شده است که تفاوت ماهوی با هم ندارند.

فصل سوم: نظام حقوقی فرانسه

نظام حقوقی فرانسه در زمینه تعلیق همانند فسخ است یعنی قاعده کلی در این زمینه

40. Stopping Delivery.

وجود ندارد و تنها برخی از مواد قانونی با این نهاد، مبنای مشترک دارند. از جمله ماده ۱۶۱۳ قانون مدنی فرانسه که طبق آن در صورت ورشکستگی خریدار، فروشنده می‌تواند از تسلیم مبیع خودداری کند، در واقع علی‌رغم اینکه تعهد پرداخت ثمن در آینده است اما چون ورشکستگی خریدار ایفای تعهد خریدار در پرداخت ثمن را با تردید جدی مواجه کرده، به فروشنده حق داده شده است که تعهد خود را به نوعی معلق نماید.

هم‌چنین به موجب ماده ۱۶۵۳ ق.م. هرگاه خریدار با ادعای حقی از سوی اشخاص ثالث نسبت به مبیع مواجه گردد، می‌تواند پرداخت ثمن را تا رفع این مزاحمت و ادعا معلق سازد.

در مقایسه مواد فوق‌الذکر با ماده ۷۱ کنوانسیون چنین برداشت می‌شود که برخلاف کنوانسیون که امکان تعلیق قرارداد را به عنوان یک قاعده کلی پیش‌بینی کرده است قانون فرانسه تنها به ذکر چند مصداق بسنده کرده است که بر پذیرش این نهاد به نحو محدودتری دلالت دارد.

فصل چهارم: نظام حقوقی ایران

موضع نظام حقوقی ایران در این زمینه شبیه مبحث فسخ است. یعنی قاعده کلی در زمینه امکان تعلیق اجرای تعهد، در خصوص تعهدات آتی وجود ندارد. با این حال برخی مواد قانونی، به‌ویژه در مبحث ورشکستگی به این موضوع اشاره دارند.

طبق ماده ۵۳۳ ق.ت: «هرگاه کسی مال التجاره‌ای به تاجر ورشکسته فروخته و لیکن هنوز آن جنس نه به خود تاجر ورشکسته تسلیم شده و نه به کس دیگر که به حساب او بیاورد آن کس می‌تواند به اندازه‌ای که وجه آن را نگرفته از تسلیم مال التجاره امتناع کند». پذیرش این ماده به عنوان مبنای حق تعلیق با دو ابهام مواجه است؛ زیرا، از یک سو با ورشکستگی دیون ورشکسته حال می‌شود (م ۴۲۱ ق.ت.) و تعهد دیگر موجد نیست (رحیمی، ۱۳۸۴، ص ۱۲۰) و از سوی دیگر به نظر غالب حقوق‌دانان (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص

۱۱۴) ماهیت حق امتناع، حق فسخ است، نه حق حبس ساده. اگرچه هر دو گزاره صحیح است ولی مانع پذیرش حق تعلیق نیست زیرا، از یک سو مبنای ماده فوق‌الذکر به مانند آنچه در خصوص ماده ۲۳۷ قانون تجارت گفته شد ورود خدشه به احساس اطمینان متعهدله از اجرای تعهد بوده و قابلیت تسری به سایر تعهدات را نیز دارد و از سوی دیگر اگر امکان فسخ قرارداد به موجب این ماده را بپذیریم، پذیرش تعلیق قرارداد به قیاس اولویت ممکن است زیرا، تعلیق ضمانت اجرای سبک‌تری از فسخ است.

نتیجه‌گیری

اگرچه نهاد نقض قابل پیش‌بینی از نظام کامن لا اقتباس شده است ولی از یک سو برخلاف کنوانسیون، قانون بیع کالای انگلستان مبحث مستقلی را به این موضوع اختصاص نداده است و از سوی دیگر در تفسیر مفاهیم کنوانسیون، نباید به حقوق داخلی انگلستان رجوع کرد؛ زیرا، صرف نظر از اینکه طبق بند ۱ ماده ۷ به هنگام تفسیر مقررات کنوانسیون باید به خصیصه بین‌المللی آن توجه داشت، برخی از مفاهیم کنوانسیون اساساً با مفاهیم نظام‌های داخلی متفاوت است. ثالثاً، کنوانسیون در برخی موارد خلاءها و نقایص موجود در کامن لا را بر طرف کرده است به عنوان مثال بند ۲ ماده ۷۲ در مورد لزوم ارسال اخطاریه که فواید زیادی هم بر آن بار می‌شود (نگاه کنید به: همین مقاله، ص ۷) از قانون یکنواخت تجاری آمریکا گرفته شده است و چنین مقرره‌ای در حقوق انگلستان دیده نمی‌شود.

مطابق مواد ۷۱ و ۷۲ کنوانسیون وین، اگر دلایل روشنی بر نقض اساسی قرارداد در آینده وجود داشته باشد، طرف مقابل می‌تواند قرارداد را فسخ نماید اما اگر صرفاً قرائن و ظواهر بر نقض بخش عمده‌ای از قرارداد دلالت نمایند طرف مقابل می‌تواند اجرای قرارداد را معلق نماید.

در حقوق ایران قاعده کلی مبنی بر پذیرش نهاد نقض قابل پیش‌بینی وجود ندارد و تنها می‌توان نمونه‌هایی را یافت که با نهاد فوق مبنای مشترک دارند. پذیرش امکان فسخ یا تعلیق قراردادی که هنوز اجل آن نرسیده است با دشواری‌هایی رو به رو است؛ زیرا از یک سو فسخ در نظام حقوقی ما اصولاً در خصوص تعهدات حال امکان‌پذیر است و از سوی دیگر موادی که متضمن امکان تعلیق یا فسخ تعهدات آتی هستند بسیار محدودند و امکان اخذ وحدت ملاک از آنها محل تردید است. در مقابل، الزام یکی از طرفین به اجرای تعهد در حالی که روشن است تعهد طرف مقابل اجرا نخواهد شد خلاف انصاف و عدالت معاوضی است به‌ویژه آنکه حسن نیت اقتضا دارد که از یک سو طرفین تنها ملزم به الفاظ

عقد نباشند و قرارداد را به نحوی اجرا نمایند که مقصود مشترک طرفین از انعقاد عقد هم تأمین شود و از سوی دیگر طرفی که تعهد او مؤجل است نتواند این تأجیل را وسیله‌ای برای اضرار به غیر و سوء استفاده و تقلب قرار دهد؛ در واقع اثر ایجابی حسن نیت متعهد را ملزم به اجرای صادقانه قرارداد و فراهم کردن مقدمات تعهد اصلی می‌نماید^{۴۱} و اثر سلبی آن مانع سوء استفاده و تحمیل تعهد ناروا بر طرف مقابل می‌گردد.

بنابراین اگرچه تعهد اصلی مؤجل است اما تعهد به رعایت حسن نیت یک تعهد حال و مستمر است که از زمان انعقاد عقد تا پایان آن وجود دارد؛ در نتیجه در صورت پذیرش این اصل به عنوان یک منبع تعهد که ریشه عرفی دارد و به صراحت ماده ۳۵ قانون تجارت الکترونیک از قواعد عمومی معاملات است، می‌توان از ضمانت اجراهای ماده ۲۳۷ و ۲۳۹ قانون مدنی بهره جست.

همچنین از تنقیح مناط مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ قانون تجارت چنین استنباط می‌شود که مبنای احکام مندرج در آنها «ورود خدشه اساسی به احساس اطمینان متعهدله از اجرای تعهد در سر رسید است»؛ در نتیجه اگر بر اساس قول یا فعل یا اوضاع و احوال حاکم بر قضیه، اجرای تعهد در سایر تعهدات مؤجل نیز مورد تردید جدی قرار گیرد به نحوی که معلوم شود تعهد در حلول موعد اجرا نخواهد شد متعهدله می‌تواند از اختیارات مندرج در ماده ۲۳۷ ق.ت. مبنی بر مطالبه تضمین و لدی الاقتضاء فسخ قرارداد استفاده کند منتها مبنای مذکور تنها در خصوص تعهدات براتی مفروض^{۴۲} بوده و در خصوص سایر تعهدات بر دوش متعهدله است که وجود آن را اثبات نماید.

با توجه به فواید نهاد نقض قابل پیش‌بینی تصویب یک قاعده کلی و مدون در خصوص پذیرش این نهاد می‌تواند نقض حقوق داخلی را تا حدودی برطرف نموده و به

۴۱. قاعده فقهی «مقدمه مفوته» نیز در این زمینه قابل استناد است.

42. Fictio.

ابهامات موجود پایان دهد؛ در حال حاضر صرف نظر از نقض اخیرالدکر، متأسفانه قانون مدنی برخلاف کنوانسیون که نقض را به اساسی و غیراساسی تقسیم نموده است توجهی به شدت و اهمیت نقض ننموده است و نقض را بسته به اینکه در عقد کلی باشد یا معین تابع دو نظام متفاوت قرار داده است که این امر قابل انتقاد و نیازمند اصلاح است زیرا، نقض در عقد معین موجد حق فسخ است (م ۲۳۵ ق.م.) ولو اینکه جزئی باشد که اعمال این حق از سوی زیان‌دیده خسارات سنگین و نامتناسبی را به نقض‌کننده وارد می‌کند؛ در مقابل نقض در عقد کلی، ولو نقض اساسی، علی‌الاصول موجد حق فسخ نیست (م ۴۱۴ ق.م.) و زیان‌دیده تنها می‌تواند الزام متعهد را درخواست کند که ضمانت اجرایی ناقص و ناکارآمد است و در برخی موارد خسارات زیان‌دیده را پوشش نمی‌دهد. به‌ویژه در امور تجاری با اصل سرعت در تعارض است. در مجموع چنین به نظر می‌رسد که مقنن ایرانی دچار نوعی افراط و تفریط شده است و ضرورت اصلاح این رویکرد بر کسی پوشیده نیست.

منابع

الف) فارسی

۱. انصاری، علی؛ معنا و مفهوم حسن نیت در حقوق ایران و فرانسه، فصلنامه علمی پژوهشی تربیت مدرس، ش ۴، زمستان ۱۳۸۸.
۲. باره راگراف، جورج و دیگران؛ تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی، جلد ۳، ترجمه دکتر مهربان داراب پور، چاپ اول، کتابخانه گنج دانش، تهران ۱۳۷۴.
۳. بیات، فرهاد؛ شرح جامع قانون مدنی، چاپ اول، انتشارات ارشد، ۱۳۸۹.
۴. پلانتار، ژان پیر حقوق جدید بیع بین‌المللی کنوانسیون سازمان ملل متحد ۱۱، آوریل، ۱۹۸۰، ترجمه دکتر ایرج صدیقی، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوق بین‌المللی، ش چهاردهم و پانزدهم، زمستان-بهار ۱۳۷۰.
۵. رحیمی، حبیب‌الله؛ پیش‌بینی نقض قرارداد، مجله پژوهش حقوق و سیاست، ش ۱۵ و ۱۶، سال ۱۳۸۴، ص ۱۱۵ تا ۱۴۴.
۶. سبحانی، جعفر؛ الموجز فی اصول الفقه، ترجمه محسن غروی‌ان، چاپ چهارم، ۱۳۸۸.
۷. صفایی، حسین؛ حقوق بیع بین‌المللی با مطالعه تطبیقی، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم، سال ۱۳۸۷.
۸. میرزا نژاد جویباری، اکبر؛ فسخ و آثار آن در کنوانسیون بیع بین‌الملل کالا و مقایسه آن با حقوق انگلستان، فرانسه و ایران، استاد راهنما دکتر صفایی، رساله دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه تهران.

ب) لاتین

1. Audit, Bernard, La Vente Internationale de Marchandises, L.G.D.J., Paris, 1990.
2. Bradford, stone, Uniform Commercial Code, West Publishing Co., 1989.

3. Enderlin, Fritzand, Maskow, Dietrich, Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods, Oceana Publication, 1992.
4. Galiston, Nina and Smith, Hans, The United Nation Convention on Contract for the International Sale of Goods, Parker School of Forign and Comparative Law, 1984.
5. Goffrey Chevalier, Cheshire, Law of Contract, 11Edition, London, Butterworths, 1986.
6. Henri, Leon et Jean Mazeaud-Francois Chabas Lecons de droit Civil Tome III- Deuxieme Volume Vente et echange Paris 1987.
7. Honold, John, Uniform Law for International Sale under the 1980 United Nation Convention, Kluewr Publishing, 1991.
8. Kritzer, Albert, Guide to Pratical applications of the United Nation Convention on Contract for the International Sale of Goods, Kluewr Publishing, 1989.
9. Schlechtriem, Peter, Law Economics International Trade Uniform Sale the United Nation Convention on Contract for the International Sale of Goods, London, 1986.