

مجله مطالعات حقوق تطبیقی،

دوره ۳، شماره ۲،

پاییز و زمستان ۱۳۹۱،

صفحات ۴۱ تا ۶۴

بررسی تطبیقی ضمانت‌های اجرایی نقض قابل پیش‌بینی قرارداد در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی و حقوق ایران

محمد تقی رفیعی*

استادیار دانشکده حقوق پردیس بین‌المللی قم، دانشگاه تهران

منصوره حسینی**

کارشناس ارشد حقوق خصوصی دانشگاه تهران

تاریخ دریافت: ۹۱/۴/۲۵ - تاریخ پذیرش: ۹۱/۷/۱۲

چکیده

عدم اجرای قرارداد در موعد مقرر، که نقض واقعی قرارداد محسوب می‌گردد، دارای ضمانت‌های اجرایی در جهت تأمین منافع زیان دیده است. اما نقض قابل پیش‌بینی قرارداد که امروزه در اکثر سیستم‌های حقوقی به منزله نقض واقعی تلقی گردیده، آیا می‌تواند دارای همان ضمانت‌های اجرایی نقض واقعی قرارداد باشد؟ در این مقاله تلاش گردیده، تعلیق اجرای تعهدات از سوی طرف غیرمقصر و نیز در شرایطی فسخ قرارداد به عنوان ضمانت‌های اجرایی نقض قابل پیش‌بینی با رویکرد تطبیقی در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰ وین) - که مقررات آن در این زمینه مورد قبول بسیاری از کشورها قرار گرفته - اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی که چکیده کلیه نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر در سطح جهانی است و حقوق ایران، با فرض اثبات اصل این نظریه، مورد بررسی قرار گیرد تا از رهگذر تبیین مقررات مختلف بین‌المللی در این خصوص، گامی در جهت اصلاح و تکمیل حقوق تجارت بین‌المللی ایران برداشته شود.

واژگان کلیدی: نقض قابل پیش‌بینی، تعلیق اجرای تعهدات، فسخ قرارداد، کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی.

rafiei@ut.ac.ir

mansoorhosseini@gmail.com

* نویسنده مسئول - فاکس: ۰۲۵۱-۶۱۶۶۲۱۷

**

مقدمه

یکی از مباحث بسیار مهم حقوق قراردادهای در اکثر سیستم‌های حقوقی، نقض قرارداد و ضمانت اجرای ناشی از آن است. در قراردادهای منعقد شده بین طرفین، به ویژه در حوزه تجارت بین الملل، همیشه این امکان وجود دارد تا به دلیلی اجرای قرارداد در آینده با مشکل مواجه شود، به گونه ای که یک طرف قرارداد با دلایل قانع کننده به این نتیجه برسد که طرف مقابل وی به تعهدات قراردادی خود در موعد مقرر عمل نخواهد کرد. لذا از آنجا که احتمال نقض قرارداد از سوی دو طرف قرارداد همواره در عرصه های داخلی و بین المللی وجود دارد، این سوال مطرح می شود که آیا یک طرف قرارداد وقتی احتمال دهد که طرف دیگر به تعهدات خود براساس قرارداد عمل نخواهد کرد، می تواند قبل از زمان مقرر جهت اجرای قرارداد، اجرای تعهدات خود را معلق نموده یا قرارداد را فسخ نماید؟ کنوانسیون بیع بین المللی کالا (۱۹۸۰ وین) با پذیرش نظریه پیش بینی نقض قرارداد که ریشه در حقوق کامن لاء دارد (Audit, 1990, p. 154) به این سوال پاسخ مثبت داده و در مواد ۷۱، ۷۲ و بند ۲ ماده ۷۳، ضمانت اجرای تعلیق و فسخ قرارداد را برای نقض احتمالی مقرر داشته است. به عبارت دیگر، این مقررات اوضاع و احوالی را مجسم می کنند که در آن، اگر چه نقض قراردادی صورت نگرفته و زمان اجرای تعهد هم هنوز فرا نرسیده است، اما یک طرف قرارداد می تواند به منظور حمایت از منافع خود به طور موقت، اجرای تعهدات قراردادی را متوقف نموده یا به طور کامل خود را از این تعهدات رها سازد. نظر به اینکه مقررات کنوانسیون در رابطه با ضمانت های اجرایی پیش بینی نقض قرارداد، مورد قبول سیستم های مختلف حقوقی قرار گرفته، بررسی آن از این جهت که نگرش و دیدگاه جهانی را در مورد این موضوع نمایان می سازد از اهمیت خاصی برخوردار است. بنابر این، در این مقاله تلاش می گردد با رویکرد تطبیقی، علاوه بر بررسی ضمانت اجرای پیش بینی نقض آتی قرارداد در کنوانسیون بیع بین المللی، مسأله مذکور در اصول قراردادهای تجاری بین المللی، مورد بررسی قرار گیرد. همچنین امکان یا عدم امکان پذیرش راه حل های موجود در خصوص مسأله حاضر در حقوق ایران نیز مورد بحث قرار خواهد گرفت.

گفتار نخست: مفاهیم و شرایط اعمال نظریه

در این بخش جهت رعایت سیر منطقی بحث و تبیین شایسته مسأله مورد پژوهش، نخست برخی مفاهیم اساسی و سپس شرایط اعمال نظریه مورد بررسی قرار گرفته است.

مبحث اول: مفاهیم

۱-۱. نقض قرارداد

نقض قرارداد یا پیمان شکنی به معنای امتناع و خودداری طرفین قرارداد از انجام تعهدات قراردادی است و آن زمانی است که برای انجام تعهد ناشی از قرارداد، موعودی معین شده است که تخلف از این موعد نقض محسوب می شود (شهیدی، ۱۳۸۲، ص ۶۲). همچنین، هرگاه

زمان به خواست متعهدله واگذار شده و او در زمان متعارف، انجام تعهد را مطالبه کرده و یا اگر موعد انجام قرارداد مشخص نشده است، چنانچه تعهد قراردادی در زمان متعارف و مناسب با موضوع تعهد صورت نگیرد، نقض واقع می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۷، صص ۱۴۹-۱۴۸). اصطلاح نقض قرارداد در برخی از فرهنگ‌های حقوقی این گونه توضیح داده شده است: «قصور بدون عذر قانونی، نسبت به اجرای هر تعهدی که تمام یا بخشی از قرارداد را شکل می‌دهد» (Campell Black, 1990, p. 188). البته در کنوانسیون مورد بحث، نقض قرارداد تعریف نشده، اگر چه در ماده ۲۵ این کنوانسیون نقض اساسی تبیین گردیده است. لازم به یادآوری است در ماده ۱-۱-۷ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، نقض قرارداد و یا عدم اجرا بدین گونه تعریف شده است: «عدم اجرای تعهد عبارت است از کوتاهی یک طرف در اجرای هر یک از تعهدات قراردادی‌اش که شامل اجرای معیوب و ناقص یا همراه با تأخیر نیز می‌شود».

تخلف از انجام تعهد ممکن است عدم انجام کامل آن باشد، مانند موردی که هنر مندی به نقاشی تابلو خاصی در مدت معین تعهد نماید، ولی در مدت معین شده اصلاً تابلو مذکور را نقاشی ننماید (باریکلو، ۱۳۸۵، ص ۲۶)، یا اینکه خودداری از اجرای قرارداد ممکن است ناظر به بخشی از آن باشد. امتناع از انجام تعهد ممکن است انجام ناقص یا نادرست تعهد باشد. اجرای نادرست و معیوب قرارداد در حکم اجرا نکردن عقد است و نقض قرارداد محسوب می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۷، صص ۱۴۴-۱۴۳).

۱-۲. نقض اساسی و غیراساسی

از آنجا که ماده ۷۲ کنوانسیون، اعمال حق فسخ در صورت پیش‌بینی نقض قرارداد از سوی یکی از طرفین قرارداد را مستلزم نقض اساسی آن از سوی طرف دیگر می‌داند، لازم است در این بند، مفهوم این نهاد بررسی شود. نقض اساسی قرارداد در ماده ۲۵ کنوانسیون این گونه تعریف شده است: «نقض قرارداد توسط یکی از اصحاب دعوا هنگامی اساسی محسوب می‌شود که منجر به ورود آن چنان خسارتی به طرف دیگر شود که وی را به طور عمده از آنچه استحقاق انتظار آن را به موجب قرارداد داشته است محروم نماید. مگر اینکه طرف نقض کننده چنین نتیجه‌ای را پیش‌بینی نمی‌کرده و یک فرد متعارف همانند او نیز در شرایط و احوال مشابه چنین نتیجه‌ای را نمی‌توانسته است پیش‌بینی کند». با دقت در تعریف ماده ۲۵ کنوانسیون عناصر تشکیل دهنده نقض اساسی عبارتند از: ۱. ورود خسارت اساسی به طرف قرارداد به گونه‌ای که او را از آنچه استحقاق انتظار آن را به موجب قرارداد داشته است، محروم کند. کلمه ضرر (خسارت) در کنوانسیون تعریف نشده است. به نظر می‌رسد که قانون‌گذار بین‌المللی به عمد آنرا تعریف نکرده است تا بتواند توسط مرجع رسیدگی تاب تفسیر را داشته باشد. به هر حال، یک تعریفی از ضرر نمی‌تواند محدود به ضرر و زیان مادی واقعی شود، بلکه بایستی در یک مفهوم وسیع تفسیر شود که شامل ضررهای غیر مادی مثل از دست دادن مشتری، امکان فروش مجدد کالا و قرار گرفتن

در وضعیت سوء شهرت و بدنامی نیز بشود (Lorenz, 1998, p. 5). ۲. پیش‌بینی آثار ناشی از نقض. مطابق ماده ۲۵ کنوانسیون برای تحقق نقض اساسی قرارداد وجود شرط دیگری نیز ضروری است و آن پیش‌بینی یا قابلیت پیش‌بینی آثار ناشی از نقض است. قابلیت پیش‌بینی آثار ناشی از نقض بستگی به کلیه اوضاع و احوال مربوط به موضوع و اطلاعات نقض‌کننده قرارداد دارد.

۳-۱. پیش‌بینی نقض قرارداد

پیش‌بینی نقض قرارداد، تحقق نوعی آگاهی است که پیش از فرا رسیدن موعد انجام تعهد یک طرف، طرف دیگر به این نتیجه می‌رسد که قرارداد از سوی متعهد انجام نخواهد شد. به عبارت دیگر، پس از انعقاد قرارداد، اما قبل از رسیدن موعد انجام آن معلوم می‌شود که یکی از طرفین - بائع یا مشتری - بخش عمده تعهداتش را در موعد مقرر انجام نخواهد داد، یا بدون هیچ مجوزی مرتکب نقض اساسی قرارداد خواهد شد. بدین ترتیب، اگر پیش از انعقاد قرارداد از اوضاع و احوال دانسته شود که تعهدات قراردادی محقق نمی‌شود، این امر تحت عنوان پیش‌بینی نقض قرارداد مورد استناد قرار نمی‌گیرد. همچنین اگر پس از انعقاد قرارداد و در اثنای اجرای قرارداد بدون تقصیر هیچ یک از دو طرف، واقعه‌ای مانند بحران مالی رخ دهد که ادامه اجرای قرارداد را غیر ممکن سازد و این امر در زمان اجرای قرارداد قابل پیش‌بینی باشد، باز این وضعیت در قالب پیش‌بینی نقض مورد بحث نیست و با عنوان عقیم شدن قرارداد شناخته می‌شود (Hunt, 2000, p. 178). در برخی از فرهنگ‌های حقوقی این اصطلاح این‌گونه توضیح داده شده است: «اعلامی توسط یکی از طرفین قرارداد مبنی بر اینکه تعهدات آتی که ناشی از قرارداد است را انجام نخواهد داد. این زمانی اتفاق می‌افتد که یکی از طرفین عقد مؤجل، قصد معین و قطعی خود را قبل از زمانی که در قرارداد معین شده است، اعلام نماید مبنی بر اینکه تعهد خود را در زمان سررسید قرارداد ایفا نخواهد کرد» (Campbell Black, 1990, p. 93). البته باید گفت پیش‌بینی نقض قرارداد، گاه از طریق اعلام متعهد بر عدم انجام تعهد قراردادی خود در موعد مقرر خواهد بود، و گاه متعهدله از اوضاع و احوال نابسامان متعهد به طور معقول و متعارف استنباط می‌کند که امکان اجرای قرارداد به علل مختلف از جمله نقصان فاحش در توانایی متعهد یا ورشکستگی او وجود ندارد. گاهی نیز نحوه رفتار متعهد به گونه‌ای است که هر فرد متعارفی را به این نتیجه می‌رساند که او قصد ندارد تعهدش را در موعد مقرر انجام دهد.

مبحث دوم: شرایط اعمال نظریه

۱-۲. وجود معیارهای معقول احتمال نقض

یکی از انتقاداتی که از سوی منتقدین بر نظریه پیش‌بینی نقض قرارداد وارد شده، اتکای آن به معیارهای شخصی و درون‌ذاتی است؛ بدین معنا که وقتی یک طرف قرارداد بتواند به این بهانه که متعهد در زمان مقرر به تعهدات خود عمل نخواهد کرد، از ابزارهایی چون تعلیق و فسخ قرارداد استفاده نماید و از ایفای تعهدات قراردادی خود خودداری کند، راه سو استفاده از اختیار هموار

می‌شود و به شخصی که از نظر اقتصادی در موقعیت برتری قرار دارد این امکان را می‌دهد که بطور خود سرانه و بر اساس برآوردهای شخصی به قرارداد پایان دهد (همت کار، ۱۳۸۴، ص ۷۴). برای رفع این نگرانی، برگرایش هر چه بیشتر به سمت معیارهای معقول، عینی و نوعی تأکید شده است. بر همین اساس، رویه های قضایی و داوری بین المللی حکایت از آن دارند که عدم اطمینان به اجرای تعهدات وقتی زمینه ساز تعلیق و فسخ قرارداد توسط متعهدله می‌شود که متکی به معیار های معقول و جدی باشد و برای تعیین آن باید موضوعات پرونده، ماهیت قراردادهای گذشته، سوابق عملکرد، وضعیت طرفین قرارداد و عرف تجاری مورد توجه و عنایت قرار گیرد. برای مثال، ورشکستگی متعهد در بسیاری از موارد معیاری معقول برای اعمال آثار نظریه شناخته شده است، هر چند که همواره چنین نیست (Koch, 1994, p. 2). همچنین، قصور در پرداخت اقساط قرارداد به طور معقول فروشنده را در مورد اقساط آتی نامطمئن می‌سازد و لذا می‌تواند مبنای معقولی بر عدم اطمینان باشد (همت کار، ۱۳۸۴، ص ۸۰). معقول بودن احتمال باعث می‌شود تا یک طرف نتواند از خطر مسئولیت هایی که به موجب قرارداد پذیرفته است، طفره برود.

۲-۲. کامل بودن امتناع از انجام قرارداد

امتناع از انجام قرارداد وقتی باعث حق تعلیق یا فسخ قرارداد می‌شود که کامل باشد. عدم انجام بخش کم اهمیت، موجب پایان دادن به قرارداد نمی‌شود. به عبارت دیگر، نقض احتمالی قرارداد در صورتی به طرف مقابل حق تعلیق یا فسخ قرارداد را می‌دهد که به صورت عمده یا اساسی باشد. در همین راستا، مواد ۷۱ و ۷۲ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، امتناع از اجرای قرارداد را چنانچه مربوط به بخش اساسی تعهدات بوده یا منجر به نقض اساسی گردد، موجب ایجاد حق تعلیق یا فسخ قرارداد برای طرف مقابل می‌داند. نقض اساسی نیز وقتی حاصل می‌شود که طرف دیگر از بخش عمده ای از انتظارات خود محروم شود. در حقوق انگلستان نیز نقض یک شرط مهم که اساس و کلیت یک قرارداد را تشکیل می‌دهد و همواره زیان دیده را از قسمت عمده انتظارات خود محروم می‌سازد، موجبی برای پایان دادن به قرارداد محسوب می‌شود، در حالی که نقض شرط غیر مهم چنین اثری ندارد (Treitel, 1995, p. 271). برخی نویسندگان شرط کامل بودن نقض را به جدی بودن نقض تعبیر نموده اند و معتقدند که امتناع از اجرای قرارداد وقتی محقق می‌شود که شرط جدی بودن در خصوص فقدان آمادگی و قصد اجرای تعهد فراهم باشد. به موازات همین امر، فقدان آمادگی اجرای تعهد قبل از حلول زمان مقرر جهت اجرا، می‌تواند پیش‌بینی را توجیه کند و در این صورت زیان دیده حق پایان دادن به قرارداد را خواهد داشت (Carter, 1991, p. 736).

۲-۳. عدم وجود قصد اجرای قرارداد

یکی از مهمترین ویژگی‌های نظریه پیش بینی نقض قرارداد، فقدان آمادگی و قصد اجرای قرارداد از سوی متعهد است. ناتوانی متعهد در اجرای تعهد یا اظهارات و رفتار ایشان، که

حکایت از ناتوانی و فقدان قصد اجرای تعهد دارد، از اصول حاکم بر نظریه است. به طور طبیعی، وقتی زمان اجرای تعهد نرسیده است، شخص آماده اجرای تعهد نیست. در نتیجه، این امر به طور معمول تخلف از قرارداد به حساب نمی‌آید، مگر اینکه اجرای تعهد مستلزم انجام مقدماتی باشد که امتناع از اجرای آن، فقدان آمادگی در اجرای اصل تعهد به حساب آید. خودداری صریح یا ضمنی از اجرای قرارداد، نشانه روشنی بر فقدان آمادگی و قصد است، در صورتی که زمان، عنصر اساسی و مطلوب متعهدله باشد. در هر حال، کسی که به قرارداد بر مبنای فقدان آمادگی طرف مقابل پایان می‌دهد باید قرائن معقول دال بر فقدان آمادگی ارائه دهد و معلوم نماید که چه شواهد و قرائنی او را به تعلیق یا فسخ قرارداد رهنمون ساخته است (Carter, 1991, p. 28).

گفتار دوم: ضمانت‌های اجرایی پیش‌بینی نقض قرارداد

در این بخش سعی می‌گردد تا ضمانت‌های اجرایی مربوط به پیش‌بینی نقض قرارداد در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی و حقوق ایران مورد بررسی قرار گیرد. در این راستا، در مبحث اول تعلیق اجرای قرارداد و در مبحث دوم فسخ قرارداد با نگاه تطبیقی مطالعه می‌گردد.

مبحث اول: تعلیق اجرای قرارداد

۱-۱. تعلیق در کنوانسیون

ماده ۷۱ کنوانسیون بیع بین‌المللی 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 بایع 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 سر گیرد». اعطای حق اعلام برائت از تعهدات قراردادی به یک طرف، وقتی که به طرف قرارداد خود مشکوک شود، با تمایل و هدف کنوانسیون که همانا معتبر نگه داشتن قراردادهای تجاری بین‌المللی به منظور حفظ امنیت، حسن نیت و جدیت در مبادلات تجاری بین‌المللی است، هماهنگی ندارد (پلانته، ۱۳۷۰، ص ۳۶۱). از سوی دیگر، تهیه کنندگان کنوانسیون به این موضوع نیز توجه داشته‌اند که شخصی که متعهد به انجام تعهد قبل از طرف مقابل است، یا مکلف به انجام اعمال مقدماتی است، اگر احتمال زیادی وجود داشته باشد که طرف مقابل وی بخش اساسی تعهداتش را انجام نخواهد داد، سزاوار حمایت است. برای وی وضعیت

نامناسبی خواهد بود اگر ملزم به ادامه اجرای قراردادی باشد، که در نهایت منجر به تحمل زیان غیر قابل انکاری خواهد شد (Bennett, 1987, pp. 513-518). این ماده در ۳ بند تنظیم گردیده که هر یک مسایلی را عنوان می‌دارد، که ما نیز به تفسیر هر یک به طور جداگانه می‌پردازیم.

الف. شرایط و علل تعلیق

بند ۱ ماه ۷۱ کنوانسیون امکان تعلیق اجرای تعهدات را مستلزم جمع شدن ۳ شرط می‌داند: ۱. یکی از شرایط اعمال ماده ۷۱ این است که ناتوانی متعهد پس از عقد ظاهر شود و چنانچه در زمان انعقاد عقد با توجه به قرائن و اوضاع و احوال، عدم توانایی متعهد آشکار و معلوم باشد، حق تعلیق اجرای تعهدات وجود ندارد، زیرا متعهدله دانسته مبادرت به انعقاد قرارداد نموده است و حقوق از کسی که آگاهانه به استقبال خطر می‌رود حمایت نمی‌کند. البته اگر حین انعقاد وضع بد بوده، اما ثابت شود که بعداً به طور محسوسی بدتر و شرایط به گونه‌ای عوض شده، تعلیق امکان پذیر خواهد بود (Enderlein & Maskow, 1992, p. 2). ۲. عدم توانایی در اجرای قرارداد معلوم شود. با آمدن این قید برای تعلیق، باید یک عدم اجرای منتظره نمایان شود (باره راگراف و دیگران، ۱۳۷۴، ص ۶۳) منظور، معلوم شدن به صورت نوعی است، یعنی وضعیت متعهد برای یک انسان متعارف در شاخه مورد نظر تجارت بین الملل مخفی نماند، به گونه‌ای که یک مشاهده کننده نوعی را قادر به پیش بینی عدم اجرا سازد، اما ترس و بیم شخصی به نقض در آینده، توجیه کننده تعلیق نیست (Schlechtriem, 1986, p. 96). قسمت الف و ب بند ۱ ماده ۷۱ نیز برای هر چه نوعی‌تر کردن زمینه‌های تعلیق تنظیم شده است. ۳. عدم اجرای قرارداد به بخش اساسی تعهدات تعلق گیرد. بدین ترتیب، شخص نمی‌تواند برای هر نقض در آینده‌ای قرارداد را معلق نماید. به نظر می‌رسد ضرورت دارد که وظایف در شرف عدم اجرا، حائز اهمیت باشد. اما لازم هم نیست که عدم اجرای آن‌ها باعث نقض اساسی، به گونه‌ای که در ماده ۲۵ آمده است، بشود (باره راگراف و دیگران، ۱۳۷۴، ص ۶۳). عدم اجرای «بخش اساسی تعهدات» با «نقض اساسی» موضوع ماده ۷۲ فاصله چندانی ندارد، لیکن نظر غالب حقوق دانان و شارحین کنوانسیون بر این است که کنوانسیون وین از نظریه هیات مصری که پیشنهاد یکسان سازی این دو مبنا را مطرح ساخته، فاصله گرفته است. به عبارت دیگر، تعلیق بر اساس ماده ۷۱ وقتی مجاز است که آشکار شود یک طرف بخش اصلی تعهداتش را انجام نمی‌دهد و لذا فسخ قرارداد مطابق ماده ۷۲ وقتی مجاز است که ثابت شود متعهد مرتکب نقض اساسی قرارداد خواهد شد. آنچه بخش عمده قرارداد را تشکیل می‌دهد با در نظر گرفتن کل قرارداد و تفسیر اراده و خواسته‌های طرفین معلوم می‌شود (Honnold, 1980, p. 480). به نظر می‌رسد که ماده ۷۱، با توجه به بند ب آن که نحوه رفتار متعهد در تهیه مقدمات اجرای قرارداد را یکی از علل تعلیق قرارداد محسوب کرده است، دارای قلمرو وسیعی باشد و شامل عدم انجام تعهدات مقدماتی، همانند تولید کالا از سوی فروشنده یا گشایش اعتبار اسنادی از سوی مشتری یا اقداماتی مثل انعقاد قرارداد

حمل، تسلیم اسناد و تهیه مشخصات کالا نیز بشود (رحیمی، ۱۳۸۴، ص ۱۲۰). کنوانسیون وین با اعمال معیارهای نوعی و عینی جهت احراز پیش بینی نقض، تا حدود زیادی اتکا به معیارهای شخصی و ذهنی را در اعمال ضمانت اجرای مقرر محدود کرده است. نقصان در اعتبار یکی از طرفین، به ویژه خریدار، می‌تواند از تاخیر در پرداخت ثمن به فروشنده در دیگر قراردادهای فیما بین، استنباط شود. این امر نقصان جدی در اعتبار مالی خریدار است (باره‌راگراف و دیگران، ۱۳۷۴، ص ۶۱). به عقیده برخی از مفسرین، منظور از اجرای قرارداد مذکور در این بند، عدم اجرای قراردادهای مشابه در گذشته یا عدم انطباق سیستماتیک کالاهایی که در گذشته تسلیم کرده است می‌باشد (پلانتته، ۱۳۷۰، ص ۳۵۹). اما برخی دیگر نحوه رفتار متعهد در اجرای قرارداد را اجرای همان قراردادی که معلق می‌شود، قلمداد می‌کنند (رحیمی، ۱۳۸۴، ص ۱۲۲). به نظر می‌رسد این عبارت تاب هر دو تفسیر را دارد؛ زیرا آنچه در پیش بینی نقض اهمیت دارد این است که متعهدله با تکیه بر معیارهای معقول و عینی به این نتیجه برسد که طرف دیگر مرتکب نقض قرارداد خواهد شد. لذا نباید در این مورد تفاوتی بین رفتار متعهد در اجرای قراردادهای مشابه یا در اجرای همان قراردادی که معلق می‌شود، قائل شد.

ب. منع تسلیم کالای ارسالی

بر خلاف بند نخست ماده ۷۱، که نسبت به طرفین قابل اعمال است، بند دوم این ماده فقط به فروشنده مرتبط است. این بند به موردی می‌پردازد که فروشنده پیش از آنکه زمینه‌ها و جهات ذکر شده در بند ۱ آشکار شود، کالا را ارسال کرده باشد و سپس معلوم شود که خریدار تعهد خود بر پرداخت ثمن را انجام نخواهد داد. در این حال، فروشنده حق دارد از تسلیم آن به خریدار جلوگیری به عمل آورد، هر چند که خریدار دارای سندی باشد که به موجب آن ذیحق در قبض و تصرف کالا باشد. این مقرره زمانی قابل اعمال است که از یک طرف ترس از عدم پرداخت بعد از فرستادن کالا و قبل از مسترد کردن آن، کشف شود، و از طرف دیگر فروشنده کنترل خود را نسبت به کالا از دست ندهد. برای مثال، از طریق نگهداری بار نامه قابل انتقال حمل موضوع ماده (۲) ۵۸ کنوانسیون (Honold, 1999, p. 488). قسمت اخیر بند ۲ به طور صریح مقررات مربوط به حق جلوگیری از تسلیم کالای در حال حمل به مشتری را تا زمان تادیق ثمن پیش‌بینی کرده است. همانطور که ملاحظه می‌شود، مقررات مذکور در خصوص اشخاص ثالث، به طور صریح به بیان حکم پرداخته است و در صورتی که کالای در جریان حمل فروخته شده باشد، یا اینکه خریدار دستور حمل آن را به نشانی خریدار جدید داده باشد، امکان توقیف کالا وجود ندارد، مگر اینکه شخص ثالث فاقد حسن نیت بوده، یا اینکه در شروط قراردادی مقرر شده باشد که فروشنده حق دارد مادام که ثمن معامله را دریافت نکرده است کالا را، اگر چه در مالکیت شخص ثالث باشد، مسترد دارد. همچنین اگر طرفین با توجه به ماده ۶ کنوانسیون بر اعمال قانون ملی توافق کرده باشند و قانون ملی در این موارد چنین حقی را برای فروشنده پذیرفته باشد، او می‌تواند به متصدی حمل

دستور عدم تسلیم کالا را بدهد (اصغری آقمشهدی و نوری، ۱۳۸۴، ص ۸۷). افزون بر این، حق فروشنده در توقف کالای در حال حمل بر روابط بین متصدی حمل و خریدار تأثیر نمی‌گذارد و اینکه آیا متصدی حمل و انبار دار باید از دستور فروشنده تبعیت نمایند به قانون ملی صالح و قرارداد حمل مربوط است (Schlechtriem, 1986, p. 94). اگر در حقوق حاکم نیز این حق شناخته شده باشد باید می‌تواند به دادگاه مراجعه کند (Enderlein & Maskow, 1992, p. 287).

ج. اخطار تعلیق

بر اساس بند ۳ ماده ۷۱ کنوانسیون، طرفی که اجرای تعهدات خود را قبل از ارسال کالا طبق بند (۱)، یا بعد از آن و در حال حمل به استناد بند (۲) متوقف می‌نماید، باید فوراً اخطار تعلیق را به طرف مقابل ارسال دارد. این اخطار باید پس از تعلیق ارسال شود و لازم نیست طرفی که قصد تعلیق اجرای تعهد خویش را دارد، قبل از تعلیق، این امر را به طرف دیگر اعلام نماید (رحیمی، ۱۳۸۴، ص ۱۲۳). اخطاریه به استناد ماده ۲۷ کنوانسیون، نیاز به دریافت از سوی مخاطب ندارد تا موثر واقع شود، بلکه به محض ارسال موثر می‌باشد (Schlechtriem, 1986, p. 94). باید دانست که صرف جملات و اظهارات تضمین کننده، تضمین را فراهم نمی‌کند، بلکه طرفی که تعلیق به او اخطار داده شده باید دلایلی قانع کننده و معقول ارائه کند که به تعهد خود عمل خواهد کرد (مقدادی، ۱۳۸۴، ص ۱۲۶). در واقع باید مدارک مستند ارائه شود و یا اقدامات عملی برای این کار صورت گیرد، مانند تضمین پرداخت قیمت کالا توسط بانک، و یا اثبات اینکه توقف تولید به علت نبود مواد اولیه بوده و با تأمین ماده اولیه از منبع دیگر، تولید ادامه خواهد یافت (صفایی و دیگران، ۱۳۸۷، ص ۳۳۷). حال پرسشی که مطرح می‌شود، این است که چنانچه طرف مورد اخطار از فراهم نمودن اطمینان کافی جهت اجرای قرارداد امتناع نماید، یا اگر اطمینان ارائه شده نا کافی باشد چه خواهد شد؟ به نظر می‌رسد که تعلیق کننده حق خواهد داشت به تعلیق اجرای قرارداد یا تعهداتی که باید به عنوان مقدمات اجرای قرارداد عملی شود ادامه دهد، مانند تولید کالایی که متعهد به تسلیم آن در موعد معین می‌باشد (Honnold, 1999, p. 490). به علاوه، طرفی که از پاسخ دادن به تقاضای تضمین مناسب طفره برود، مشخص است که او قرارداد را انجام نخواهد داد. بنابر این، طرف تعلیق کننده حق خواهد داشت قرارداد تعلیق شده را به علت عدم اجرای تعهدات طرف مقابل فسخ کند (صفایی و دیگران، ۱۳۸۷، ص ۳۳۷). البته این موضوع زمانی صحت دارد که احتمال نقض در مفهوم ماده ۲۵ کنوانسیون، اساسی باشد؛ یعنی شرایط تحقق نقض اساسی وجود داشته باشد. همچنین هرگاه تعلیق کننده اجرا در اثر ندادن تضمین کافی از سوی طرف مقابل، متحمل زیان شود، خواه قرارداد را فسخ کرده باشد یا خیر، می‌تواند بر اساس ماده ۷۴ کنوانسیون تقاضای جبران خسارت نماید (Chengwei, 2003, No. 9. 3). همچنان که از قسمت اخیر ماده ۷۱ کنوانسیون، بر می‌آید، اثر تعلیق، انحلال قرارداد و از بین رفتن الزامات قراردادی نیست، بلکه طرفی که تضمین اجرا

را مطالبه می‌کند تنها حق دارد که اجرای تعهداتش را تا هنگام تأمین تضمین کافی معلق کند. در صورتی که طرف دیگر اطمینان و تضمین کافی برای ایفای تعهدات خود بدهد، معلق کننده مکلف به اجرای تعهدات خود است. حال سوالی که مطرح می‌شود این است که تعلیق اجرای تعهدات تا چه زمانی ادامه می‌یابد و آیا طرفی که قرارداد را معلق نموده باید تا موعد انجام تعهد به تعلیق ادامه دهد؟ همانگونه که بیان شد، تعلیق موجب انحلال قرارداد و از بین رفتن الزامات قراردادی نیست. بنابراین، تعلیق کننده باید مدت طولانی تحت این الزامات باقی بماند. این امر باعث می‌شود که تعلیق کننده نتواند برای به دست آوردن خواسته های قراردادی خود قرارداد مجدد منعقد کند، و چه بسا ادامه تعلیق زیان مضاعفی به معلق کننده وارد می‌آورد. همچنین، مدت اعمال حق تعلیق نمی‌تواند آنچنان موسع باشد که با اصل سرعت و واقعیات تجاری مغایر تلقی شود. بنابراین، به نظر می‌رسد که تعلیق کننده تکلیفی به ادامه تعلیق تا موعد انجام تعهد ندارد و پس از مدت معقولی می‌تواند قرارداد را به واسطه عدم سپردن تضمین، فسخ نماید.

۲-۱. تعلیق قرارداد در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی

اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی که بعد از کنوانسیون انتشار یافته است و در وضع آن مقررات کنوانسیون مورد توجه ویژه بوده است، در رابطه با ضمانت اجرای نقض پیش بینی شده در قرارداد مقررهای را پیشنهاد نموده که در این قسمت به بررسی تعلیق اجرای قرارداد در این اصول می‌پردازیم. ماده ۴ - ۳ - ۷ از مقررات اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی مقرر می‌دارد: «طرفی که بطور معقول و متعارف اعتقاد دارد که طرف مقابل مرتکب عدم اجرای اساسی قرارداد خواهد شد می‌تواند تقاضای تضمین کافی برای انجام به موقع نماید و در این مدت از اجرای تعهدش امتناع ورزد». در این ماده از منفعت طرف نگران نقض در آینده حمایت شده است، البته مشروط بر این که به طور مستدل و به تعبیری به طور منطقی و معقولی معتقد باشد که طرف دیگر در تاریخ مورد توافق مایل یا قادر به اجرای قرارداد نخواهد بود (اخلاقی و امام، ۱۳۷۹، ص ۲۶۴). گرچه این ماده نیز مانند ماده ۷۱ کنوانسیون ضمانت اجرای تعلیق تعهدات متعهدله را در صورت پیش بینی نقض مقرر می‌کند، اما شرایط اعمال آن نسبت به کنوانسیون متفاوت است. مطابق مقررات اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، طرفی که به طور معقول معتقد است نقضی در آینده محقق خواهد شد، در صورتی می‌تواند اجرای تعهداتش را معلق نماید که عدم اجرا، اساسی باشد. یعنی احتمال نقض، طرف مقابل را از منفعت خاص مورد انتظار از قرارداد محروم نماید. چنانچه احتمال نقض دارای ماهیت اساسی نباشد، طرف غیر مقصر نمی‌تواند از تعهداتش عدول کند. ولی مطابق ماده ۷۱ کنوانسیون، برای اعمال حق تعلیق، وظایف در شرف عدم اجرا باید حائز اهمیت باشند، اما به طور ضروری هم لازم نیست که عدم اجرای آن‌ها باعث نقض اساسی شود. همچنین ماده ۷۱ کنوانسیون برای اعمال حق تعلیق، قطعیت و وضوح بیشتری را در رابطه با پیش بینی نقض می‌طلبد و مقرر می‌دارد: «عدم اجرای بخش اساسی

تعهدات باید معلوم باشد». منظور از معلوم شدن نیز همانطور که در مباحث شرایط و علل تعلیق در کنوانسیون نیز توضیح داده شد، معلوم شدن به صورت نوعی است. به عبارت دیگر، کنوانسیون با اعمال معیارهای نوعی و عینی جهت احراز پیش‌بینی نقض، تا حدود زیادی اتکا به معیارهای شخصی و ذهنی را محدود کرده و به همین جهت علل و زمینه‌های تعلیق را نیز در بند‌های الف و ب ماده ۷۱ بیان نموده است، در حالی که اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی تنها اعتقاد معقول شخص غیر مقصر مبنی بر عدم اجرای اساسی تعهدات را برای اعمال حق تعلیق کافی دانسته است.

۳-۱. تعلیق اجرای قرارداد در حقوق ایران

در حقوق ایران، مقرر شده است که همانند مقررات کنوانسیون، موجبات تعلیق اجرای قرارداد را بر مبنای پیش‌بینی نقض فراهم آورد، وجود ندارد. اما شاید بتوان با استفاده از مبنای برخی مواد قانون مدنی این ضمانت اجرا را در حقوق ایران نیز تجویز نمود. ماده ۳۷۷ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «هر یک از بایع و مشتری حق دارد از تسلیم مبیع یا ثمن خودداری کند تا طرف دیگر حاضر به تسلیم شود، مگر اینکه مبیع یا ثمن مؤجل باشد. در این صورت هر کدام از مبیع یا ثمن که حال باشد، باید تسلیم شود». در عقود معوض، تعهدات طرفین در مقابل یکدیگر بوده و بهم گره خورده است؛ همبستگی و تقابل تعهدات طرفین سبب می‌شود هر یک از طرفین بتواند اجرای تعهدات خود را منوط به اجرای تعهدات طرف مقابل کند. حق منوط کردن اجرای قرارداد به اجرای طرف مقابل، حق حبس نامیده می‌شود (شیروی، ۱۳۷۷، ص ۶۰). گرچه به نظر برخی از حقوقدانان، حق حبس خلاف قاعده است و جز در مواردی که قانون به آن تصریح کند نمی‌توان به وجود آن نظر داد (شهیدی، ۱۳۸۲، ص ۱۶۱)، ولی تحلیلی که از بنای دو طرف در معامله و اقتضای عرفی معاوضه شد، نشان می‌دهد که این حکم ویژه عقد بیع نیست، بلکه قاعده‌ای حاکم بر همه عقود معوض است که در آن‌ها تعهدات طرفین متقابل است و بیع نیز به همین عنوان مشمول آن قرار می‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۸۳). بدین ترتیب، هیچ تردیدی وجود ندارد که حق حبس به عنوان قاعده در تمام عقود معوض وجود دارد و وسیله اجرای اجباری مفاد معامله است. مطابق ماده ۳۷۷ قانون مدنی ایران، برای تحقق حق حبس لازم است که مبیع و ثمن حال باشند، و یا به عبارتی، زمان انجام دو تعهد واحد باشد. در صورتی که یکی از این دو مؤجل باشد، حق حبس منتفی است. بنابراین، از آنجا که لزوم حال و قابل مطالبه بودن طلب از جمله شرایط مهم برای اجرای این حق است، شاید گفته شود برای پیش‌بینی احتمالی عدم انجام تعهد متقابل در آینده، نباید قائل به تعلیق اجرای قرارداد شد. ولی از آنجا که مبنای وجود این حق در معاملات، همبستگی و تقابل عوضین و عدالت معاوضی است، می‌توان حتی در صورت پیش‌بینی احتمالی عدم انجام تعهد متقابل در آینده نیز وجود این حق را تجویز نمود. لازم به یادآوری است که برخی نیز جهت توجیه حق تعلیق اجرای قرارداد در حقوق ایران به مواد ۵۳۰، ۵۳۲ و ۵۳۳ قانون تجارت، بدون هرگونه تجزیه و تحلیل مواد یاد شده و چگونگی استنباط تعلیق از آنها، استناد کرده‌اند (مقدادی،

۱۳۸۴، ص ۱۳۱) که به نظر می‌رسد با توجه به عبارت «قابل استرداد» در ماده ۵۳۰ و واژه‌ی «امتناع» در ماده ۵۳۳ قانون تجارت، این مواد با فسخ قرارداد مناسبت بیشتری دارد تا تعلیق اجرای قرارداد.

مبحث دوم: فسخ قرارداد

۲-۱. فسخ قرارداد در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا

کنوانسیون وین علاوه بر اینکه با شرایطی حق تعلیق را مقرر کرده است، در مواردی نیز فسخ را مجاز می‌دارد. با لحاظ این که فسخ قرارداد امری خلاف قاعده و اصول است، اعطای این حق، آن هم پیش از وقوع نقض اساسی، باید همراه با حساسیت و دقت نظر باشد. این حق را می‌بایست ناظر به وضعیتی دانست که یکی از دو طرف قرارداد با دلایل موجه به این نتیجه برسد که طرف دیگر به دنبال اعمالی است که نقض اساسی قرارداد تلقی می‌گردد. در این صورت متضرر احتمالی با استناد به فسخ قرارداد می‌تواند برای مثال کالای مورد نظر خود را از شخص دیگری خریداری کند، یا کالای خود را به شخص ثالثی بفروشد (Neumayer, 1993, p. 470). از آنجا که ماده ۷۱ کنوانسیون (حق تعلیق اجرای قرارداد) نمی‌تواند در شرایطی که نقض احتمالی دارای ماهیت اساسی است حمایت کافی را ارائه نماید، بنابراین کنوانسیون به جهت حمایت از منافع به خطر افتاده، در مواردی نیز به طرف غیر مقصر حق فسخ قرارداد را اعطا نموده است. ماده ۷۲ کنوانسیون در ۳ بند تدوین گردیده که هر یک در خصوص اعمال حق فسخ مقرراتی را مطرح نموده است. در اعمال حق فسخ ناشی از پیش بینی نقض اساسی مندرج در ماده ۷۲ کنوانسیون، یادآوری نکاتی ضروری است؛ اولاً، از آنجا که ملاک و معیار عمل برای اعمال این حق، ارزیابی‌ها و پیش بینی‌های یکی از دو طرف قرارداد از وضعیت طرف دیگر است، این محاسبه و پیش بینی باید مبتنی بر واقع نگری باشد و بیش از اینکه از معیارهای درونی بهره برده شود، باید به قرائن و معیارهای بیرونی استناد شود. به همین دلیل در بند یک ماده ۷۲ کنوانسیون، به طور مشخص واضح بودن نقض اساسی ضروری دانسته شده است. ثانیاً، در صورتی که استفاده کننده حق فسخ در ارزیابی شخصی خود استفاده معقولی از معیارهای بیرونی نبرده باشد و در نتیجه بدون جهت و براساس یک گمان نادرست قرارداد را فسخ کند، علاوه بر این که نمی‌تواند به ماده ۷۲ یاد شده استناد کند، ممکن است خود نیز مرتکب نقضی اساسی شده باشد که برای طرف مقابل حق فسخ ایجاد نماید (Neumayer, 1993, p. 471). ثالثاً، در صورتی که دارنده حق فسخ با وجود شرایط اعمال فسخ، اقدام به فسخ ننماید و در آینده خسارت قابل توجهی برای او حاصل شود، به نظر نمی‌رسد تمامی این خسارات قابل استناد به ناقض اساسی قرارداد باشد (باره راگراف و دیگران، ۱۳۷۴، ص ۷۱).

براساس ماده ۷۲ کنوانسیون، سه شرط برای اعمال فسخ پیش از موعد قابل استنباط است. در اینجا شرایط سه گانه فسخ قرارداد به اجمال تبیین می‌گردد:

الف. روشن بودن نقض

بند ۱ ماده ۷۲ کنوانسیون، به عنوان اولین شرط مقرر می‌دارد طرفی که قصد اعلام فسخ قرارداد را دارد باید اطمینان یابد که طرف مقابل مرتکب نقض اساسی خواهد شد. در متن انگلیسی ماده ۷۲ از عبارت «اگر روشن باشد» استفاده شده، در حالی که در متن ماده ۷۱ عبارت «اگر آشکار شود» به کار رفته است. به جهت همین تفاوت، برخی معتقدند که اطمینان بیشتری از آنچه که برای اعمال ماده ۷۱ کنوانسیون لازم بود برای عملی شدن ماده ۷۲ کنوانسیون، مورد نیاز است (Enderlein & Maskow, 1992, p. 291). اگر چه به نظر برخی دیگر از مفسران، این تفاوت در کلمات باعث تفاوت در درجه اطمینان نمی‌شود، زیرا حتی اگر متعهد به طور صریح امتناع خود از اجرای قرارداد را اعلام نماید، باز هم احتمال دارد تا موعد اجرا نظرش را تغییر دهد (Schlechtriem, 1986, p. 196). در هر صورت، برای اعمال ماده ۷۲ کنوانسیون وجود اطمینان کامل و خدشه ناپذیر بر وقوع نقض لازم نیست. به عبارت دیگر، لازم نیست طرف مقابل با دلایل و قرائن کافی و محکمه پسند به این نتیجه برسد که طرف وی مرتکب نقض اساسی خواهد شد (مانند اینکه خود اعلام دارد که تعهدش را انجام نخواهد داد و یا قصد دارد کالای موضوع قرارداد را به شخص دیگر بفروشد)، بلکه هر دلیل و قرینه‌ای که به وضوح بر نقض احتمالی دلالت نماید کافی است (باره راگراف و دیگران، ۱۳۷۴، ص ۷۰). پیش‌بینی نقض اساسی قرارداد، به جز زمانی که یک اظهار نظر صریح توسط متعهد وجود دارد، فرضی است که بر معیارهای عینی واقع شده است (Enderlein & Maskow, 1992, p. 298). همانطور که به صرف احتمال شخصی یکی از طرفین، قرارداد نمی‌تواند به استناد ماده ۷۱ کنوانسیون معلق شود، به طریق اولی به استناد ماده ۷۲ کنوانسیون نیز نمی‌توان قرارداد را بر اساس احتمال ذهنی فسخ نمود. به بیان دقیق‌تر، مبانی عینی باید نشان دهد که یکی از طرفین مرتکب نقض اساسی قرارداد خواهد شد (Koch, 1994, p. 306). در ماده ۷۲، بر خلاف ماده ۷۱، مواردی که باعث ایجاد حق تعلیق قرارداد می‌شود احصا نشده است، ولی می‌توان گفت واقعه‌ای که منتهی به نقض اساسی می‌گردد ممکن است مشابه ماده ۷۱ کنوانسیون، از طریق نقص فاحش در توانایی بدهکار جهت اجرای قرارداد، یا در اعتبار او، یا در نتیجه رفتار او در تهیه مقدمات اجرای قرارداد، و یا در نتیجه اوضاع و احوال دیگری باشد که بطور صریح در متن قانون گنجانده نشده است (Azeredo da Silveira, 2005, p. 16). مثال‌های معروف و روشنی در مورد نقض اساسی وجود دارد، مانند دوباره فروختن کالایی که قرار بود تحویل مشتری شود، یا فروختن کارخانه‌ای که قرار بوده در آن برای مشتری کالا تولید شود (Honnold, 1999, p. 490). افزون بر این، قید روشن بودن نقض در آینده، به این دلیل است که یکی از دو طرف قرارداد براساس

معیارهای غیر معقول اقدام به فسخ قرارداد نماید. زیرا علاوه بر اینکه وی ممکن است مسوول خسارت طرف مقابل محسوب شود، ممکن است با توجه به ماده ۷۲ او نیز ناقض قرارداد تلقی گردد.

ب. تحقیق نقض اساسی

شرط دیگری که ماده ۷۲ مقرر می‌دارد این است که باید «روشن شود یکی از طرفین مرتکب نقض اساسی قرارداد خواهد شد...». به عبارت دیگر، بر خلاف ماده ۷۱، تنها نقض بخش مهمی از قرارداد برای فسخ کافی نیست و نقض باید بنیادی باشد. اساس حق فسخ در کنوانسیون وین بر نقض اساسی قرار گرفته است؛ چنانکه در بند الف ماده ۴۹ کنوانسیون در خصوص حق فسخ برای مشتری و نیز نظیر این مقرر در بند الف ماده ۶۴ کنوانسیون برای بایع، به نقض اساسی اشاره گردیده است. ماده ۲۵ کنوانسیون، نقض بنیادی یا اساسی را اینگونه تعریف می‌کند: «نقض قرارداد توسط یکی از طرفین زمانی نقض اساسی محسوب می‌گردد که منجر به ورود چنان خسارتی به طرف دیگر شود که او را از آنچه استحقاق انتظار آن را به موجب قرارداد داشته است، اساساً محروم سازد، مگر اینکه طرفی که مبادرت به نقض قرارداد نموده است، چنین نتیجه‌ای را پیش بینی نمی‌کرده و یک فرد متعارف همانند او نیز در احوال مشابه نمی‌توانسته آن امر را پیش بینی کند». بدین ترتیب، ماده ۲۵ کنوانسیون وین زمانی نقض را اساسی می‌داند که دارای دو شرط باشد: ورود خسارت عمده به منافع مورد انتظار طرف دیگر، و قابلیت پیش بینی خسارت (Carr, 2005, p. 85). البته در اینگونه موارد و برای حصول اطمینان، یک طرف قرارداد می‌تواند ابتدا مطابق ماده ۷۱ تعهدات قراردادی خود را معلق کند و چنانچه در اخطار تعلیق، تضمین کافی دریافت نشد، قرارداد را فسخ نماید (مقدادی، ۱۳۸۴، ص ۱۳۴). علاوه بر مطالب مطرح شده، به نظر می‌رسد برای اعمال حق فسخ مذکور در ماده ۷۲، ناتوانی متعهد باید پس از عقد ظاهر شود. همچنان که در ماده ۷۱ به این مسأله به عنوان یکی از شرایط تعلیق قرارداد اشاره شده است. برخی از مفسرین کنوانسیون معتقدند که مطابق صدر بند ۱ ماده ۷۲ که بیان داشته: «اگر قبل از تاریخ اجرای قرارداد معلوم شود که یکی از طرفین...»، بر خلاف ماده ۷۱، لازم نیست که عدم امکان اجرای قرارداد بعد از انعقاد آن معلوم شود (پلانته، ۱۳۷۰، ص ۳۶۰). به عبارت دیگر، حتی اگر متعهدله در زمان انعقاد عقد از ناتوانی متعهد در انجام عقد آگاه باشد، می‌تواند در صورت وجود شرایط مندرج در ماده ۷۲، قرارداد را فسخ نماید.

ج. اخطار قبلی قصد فسخ قرارداد

شرط سومی که برای فسخ پیش از موعد می‌توان مطرح کرد اخطار نمودن فسخ پیش از اعمال آن به طرف مقابل است. بند ۲ ماده ۷۲ کنوانسیون یاد شده مقرر می‌دارد اگر زمان اقتضا کند، طرفی که می‌خواهد فسخ قرارداد را اعلام نماید باید اخطاری معقول به طرف دیگر بدهد تا وی را قادر سازد برای اجرای تعهدش تضمین کافی ارائه نماید. بدین ترتیب، اخطار موقعی لازم است که زمان چنین اجازه‌ای را می‌دهد. برخی از مفسرین اظهار داشته‌اند که وقتی هیچ فرصتی برای

ابلاغ نیست و زمان تحویل چندان نزدیک است که تضمین نمی‌تواند در وقت مناسب ارائه شود، اخطار لزومی ندارد (Schlechtriem, 1986, p. 95). البته از نظر برخی، با عنایت به وسایل ارتباطی متنوعی که وجود دارد، تصور نبود فرصت کافی بعید به نظر می‌رسد (Honold, 1999, p. 490). اخطار موضوع ماده ۷۲، این امکان را به متعهد می‌دهد که فرصت تدارک تضمین کافی برای اجرای تعهدش را داشته باشد. دادن اخطار به نفع طرفین است، زیرا از طرف متعهدله نشانه‌ای از حسن نیت به حساب می‌آید و این امکان را به او می‌دهد که در صورت عدم ارائه تضمین از ناحیه متعهد، با خیال آسوده و آرامش بیشتری به فسخ قرارداد بپردازد. همچنین، در صورتی که متعهدله مطمئن از نقض قرارداد در آینده باشد، مجبور به انتظار تا زمان اجرای قرارداد نخواهد بود و بدین وسیله از خسارتی که در نتیجه عدم اجرای قرارداد به وی وارد خواهد آمد، جلوگیری خواهد شد (Azeredo da Silveira, 2005, p. 18). از سوی دیگر، متعهد نیز پس از اخطار، این امکان را می‌یابد که از فسخ قرارداد جلوگیری کند و التزام خود را به قرارداد ثابت نماید. دادن اخطار به فسخ، شرط کافی برای انحلال قرارداد است و هیچ اقدام دیگری نظیر موافقت طرف مقابل یا حکم دادگاه لازم نیست (Enderlein & Maskow, 1992, p. 292). علاوه بر استثنای پیش گفته مبنی بر تعهد کلی بر دادن اخطار به قصد فسخ قرارداد (راجع به عدم اقتضای وقت)، در فرضی هم که یک طرف قرارداد اعلام می‌دارد قصد انجام تعهداتش را ندارد، طرف مقابل ملزم به دادن اخطار به وی نمی‌باشد (بند ۳ ماده ۷۲ کنوانسیون). 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. در جریان تصویب این ماده بین نمایندگان کشورهای مختلف بر سر این موضوع که احتمال نقض باید صرفاً از رفتار و عملکرد متعهد استنباط شود یا اینکه هرگونه اوضاع و احوالی که متعهدله را به حدوث نقض سوق بدهد کافی برای اعمال حق فسخ است، اختلاف نظر وجود داشت. نمایندگان ایالات متحده آمریکا معتقد بودند که چون نظریه پیش‌بینی نقض 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 داشت و باید این محدودیت در کنوانسیون هم رعایت گردد. در حالی که اعتقاد عمومی بر این بود که تفاوتی بین پیش‌بینی نقض اساسی که از رفتار متعهد ناشی می‌شود، با پیش‌بینی نقض که از سایر اوضاع و احوال نظیر اعتصاب، جنگ، تحریم اقتصادی به دست می‌آید وجود ندارد. زیرا اگر حق فسخ اختیاری است که جهت حمایت از متعهدله به او اعطا می‌شود و او را از قراردادی که نهایت آن نافرجام خواهد ماند رهایی می‌بخشد، تفاوتی هم بین این دو نقض وجود ندارد (باره راگراف و دیگران، ۱۳۷۴، صص ۶۹-۶۸). در نهایت، ماده ۷۲، به شکل فعلی که حکایت از رد پیشنهاد ایالات متحده آمریکا دارد، تصویب گردید.

۲-۲. فسخ قرارداد در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی

بر اساس ماده ۳-۳ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی: «در صورتی که پیش از تاریخ اجرای تعهد از سوی یکی از طرفین، آشکار باشد که عدم اجرای اساسی تعهد از سوی آن طرف محقق خواهد شد، طرف دیگر می‌تواند به قرارداد خاتمه دهد». در این ماده، عدم اجرای تعهدی که انتظار آن می‌رود معادل با عدم اجرایی است که به هنگام رسیدن موعد اجرا محقق شده است (اخلاقی و امام، ۱۳۷۹، ص ۲۶۳). مفاد اصلی این ماده با مفاد اصلی بند ۱ ماده ۷۲ کنوانسیون مشابه است. بدیهی است تدوین کنندگان این اصول در جهتی هماهنگ با کنوانسیون وین گام برداشته‌اند. زیرا اگر معلوم باشد که یک طرف مرتکب نقض اساسی قرارداد خواهد شد، ملزم دانستن طرف مقابل به ادامه دادن قرارداد منطقی به نظر نمی‌رسد (Chengwei, 2003, No. 9. 6. 1). در صورتی که اجرای اساسی قرارداد غیرممکن شود، حتی اگر چنین عدم امکانی در نتیجه اوضاع و احوالی باشد که خارج از اراده و کنترل متعهد باشد، عدم اجرا در چنین شرایطی همچنان نقض قرارداد محسوب می‌گردد (Eiselen, 2002, p. 3). یک نمونه از عدم اجرای پیش‌بینی شده، زمانی است که یک طرف اعلام نماید قرارداد را اجرا نخواهد کرد، اما شرایط پیرامونی آن ممکن است حاکی از یک عدم اجرای اساسی باشد. اما به رغم مشابهت‌های یادشده، در خصوص ضمانت‌های اجرایی نقض پیش‌بینی شده، میان مقررات کنوانسیون و مقررات اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی تفاوت‌های زیر وجود دارد: اول این که در مورد میزان و درجه قطعیت لازم جهت تحقق نقض، در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی این قطعیت نسبت به مقررات کنوانسیون روشن‌تر و واضح‌تر است. در حقیقت، حکم فسخ و خاتمه دادن به قرارداد زمانی قابل اعمال است که «عدم اجرا آشکار و بدیهی باشد و ظن به عدم اجرا، حتی ظن مستدل، در این مورد کافی نیست» (اخلاقی و امام، ۱۳۷۹، ص ۲۶۳). دوم این که تشریفات اعمال فسخ در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی آسان‌تر از کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا است. بر اساس بندهای ۲ و ۳ ماده ۷۲ کنوانسیون یادشده، طرفی که قصد اعلام فسخ دارد، در صورتی که وقت اقتضا کند، مکلف است اخطار متعارفی به طرف دیگر بدهد، حال آن که طبق ماده ۳-۳ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، رعایت چنین تشریفات لازم نیست (Eiselen, 2002, p. 2). سوم این که در مقررات اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، میان تعلیق اجرای قرارداد و فسخ قرارداد یک رابطه نزدیکی وجود دارد که چنین رابطه‌ای در مقررات کنوانسیون به نظر نمی‌رسد. بر اساس ماده ۴ - ۳ - ۷ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، طرفی که به طور معمول و متعارف اعتقاد دارد که طرف مقابل در صدد عدم اجرای اساسی قرارداد خواهد شد حق دارد تقاضای تضمین کافی برای انجام به‌هنگام قرارداد را بنماید و در این مدت از اجرای تعهداتش خودداری کند و اگر تضمین مزبور در مدت زمانی متعارف ارائه نشود، طرف غیرمقصر حق دارد قرارداد را فسخ نماید. در نتیجه، یک رابطه

نزدیک میان مقررات مواد ۷-۳-۳ و ۷-۳-۴ مشاهده می‌گردد. اما چنین رابطه‌ای در مقررات کنوانسیون وجود ندارد. زیرا مقررات اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی زمانی بر تعلیق و فسخ قرارداد حاکم است که به طور عینی احتمال نقض اساسی باشد. در حالی که طبق کنوانسیون، ماده ۷۲ تنها به فسخ قرارداد می‌پردازد و مقرر می‌دارد که احتمال نقض دارای ماهیت اساسی باشد. طبق ماده ۷۱ کنوانسیون، احتمال نقض اصولاً لازم نیست دارای ماهیت اساسی باشد و عدم تهیه تضمین مناسب جهت اجرای قرارداد، طبق بند ۳ ماده ۷۱ به خودی خود نقض اساسی را تشکیل نمی‌دهد (Azeredo da Silveira, 2005, p. 22) و در نتیجه، طبق ماده ۷۱ کنوانسیون، چنان چه طرف مقابل از فراهم نمودن تضمین خودداری نماید، حق فسخ قرارداد اجازه داده نشده است. حال آن که طبق مقررات اصول یاد شده، عدم ارائه تضمین مناسب، به طرف غیرمقصر، در مرحله تعلیق قرارداد (به دلیل احتمال نقض اساسی) حق فسخ را خواهد داد. در خصوص فسخ قراردادهایی که تسلیم کالا در آنها به نحو اقساط یا به تعبیری دیگر به دفعات صورت می‌گیرد، در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی می‌توان به جزء «د» بند ۲ ماده ۱.۳.۷ اشاره نمود. این جزء مقرر می‌دارد «این که عدم اجرای تعهد به طرف زیان دیده حق می‌دهد به این اعتقاد برسد که نمی‌تواند بر اجرای آتی تعهدات از سوی طرف دیگر اتکا کند». بنابراین، در صورتی که یکی از طرفین باید اجرای تعهدش را در چند وعده و به دفعات عملی سازد و آشکار شود که عیب و نقض در کالا و به تعبیری قصور متعهد نسبت به اجرای هر قسط و یا هربخش، در کلیه دفعات بعدی اجرا هم تکرار خواهد شد، طرف زیان دیده حق دارد، حتی در صورتی که عیوب و نواقص موجود در دفعات پیشین به خودی خود حق موجه خاتمه دادن به قرارداد را به وی ندهد، قرارداد را فسخ نماید (اخلاقی و امام، ۱۳۷۹، ص ۲۵۸).

۲-۳. فسخ قرارداد در حقوق ایران

گرچه در حقوق ایران قاعده ای کلی در موضوع مورد بحث وجود ندارد، اما مصادیقی مشابه با نهاد مذکور در ماده ۷۲ کنوانسیون در این حقوق مشاهده می‌شود. در قانون مدنی و تجارت مواردی را می‌توان ملاحظه کرد که با پیش نقض تعهد توسط یک طرف، به طرف مقابل حق داده شده که قرارداد را فسخ کند. زیرا جلوگیری از ضرر آینده و ایجاد نقطه تعادل، برای طرفین قرارداد امری معقول است. از جمله این موارد، خیار تفلیس موضوع ماده ۳۸۰ ق.م.ا است. این ماده مقرر دارد: «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». در بخش اول این ماده به فروشنده حق داده شده است که در صورت رو به رو شدن با افلاس یا ورشکستگی مشتری، مبیع تسلیم شده را پس بگیرد؛ یعنی، بیعی را که با تسلیم مبیع پایان پذیرفته است بر هم زند و مال خود را باز ستاند. بنابر این، مفاد این حکم نیز جز با شناختن حق فسخ و انحلال تملیک امکان ندارد، زیرا عدالت معاوضی ایجاب می‌کند که خریدار نتواند

مبیع را تملک کند و در برابر آن هیچ نپردازد (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص ۲۱۷). لیکن از آنجا که این بخش ماده مربوط به جایی است که فروشنده تعهد خود را اجرا کرده و مبیع را تحویل داده، در بحث حاضر که شناسایی حق فسخ قبل از انجام قرارداد است قابل استناد به نظر نمی‌رسد.

اما بخش دوم این ماده چهره خاصی از حق حبس را پیش بینی کرده است، زیرا در این مورد تأخیر در تأدیه ارادی نیست و در این عمل متقابل، نمی‌توان فروشنده را برای مدت نامعلومی به انتظار گذاشت. پس در این حالت، معنای خودداری از تسلیم، بر هم زدن عقد و معاف شدن از اجرای تعهد است. در عقود معوض، گذشته از مبادله دو عوض، هر یک از دو طرف موظف به تسلیم عوضی که انتقال یافته است می‌شود. نتیجه تقابل این دو تعهد این است که اگر خریدار توانایی مالی برای پرداخت ثمن نداشته باشد، طبیعی است که فروشنده نیز بتواند از تسلیم مبیع خود داری کند. بنابراین، دادن حق فسخ به فروشنده در حالی که هنوز مبیع را تسلیم نکرده، با قاعده معاوضه و بنای متعاملین موافق به نظر می‌رسد و از قواعد عمومی است. لذا با توجه به مبنایی که برای حکم این ماده بیان شد، باید گفت که این ماده مصداق یک قاعده کلی است و در همه قرارداد های معوض اعمال می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۸۱، صص ۲۱۸-۲۱۷). با توجه به مطالب بیان شده، باید گفت که بخش دوم ماده ۳۸۰ قانون مدنی می‌تواند مصداقی از حق فسخ در صورت پیش بینی نقض در حقوق ما به شمار رود. این نتیجه همانطور که گفته شد از همبستگی عوضین و عدالت معاوضی ناشی می‌شود و منطق حقوقی حکم می‌کند که هر گاه فروشنده مال مورد معامله را در اختیار دارد، در صورتی که وضعیت مالی خریدار را بحرانی تشخیص دهد، از تسلیم آن به وی خودداری کند، یا اینکه اگر مال را تسلیم کرده و عین آن موجود باشد، بدون داخل شدن در صف غرما، در استرداد مال اولویت داشته باشد. مورد دیگری که می‌تواند به عنوان مجوزی جهت فسخ قرارداد در صورت پیش بینی نقض آتی آن باشد، خیار تعدّر تسلیم است. از این خیار در قانون مدنی نامی برده نشده است، ولی باید آن را لازمه عدالت معاوضی شمرد؛ طرفی که خود ناتوان از وفای به عهد است نمی‌تواند از طرف مقابل اجرای پیمان را بخواهد، زیرا در عقد معاوضی یکی از دو طرف حق ندارد عوض را بگیرد و در برابر معوض را ندهد و آن دو را نزد خود جمع کند. در تعریف این خیار می‌توان گفت هر گاه ناتوانی در تسلیم مورد معامله بعد از عقد عارض شود، خواه موجب آن در طبیعت موضوع باشد یا در ناتوانی مالی متعهد، طرف دیگر عقد می‌تواند آن را فسخ کند (کاتوزیان، ۱۳۸۷، صص ۳۳۹-۳۳۸). خیار تعدّر تسلیم هر چند در اصطلاح، ویژه تسلیم عین معین یا عقد بیع باشد، ملاک آن در هر جا که وفای به عهد ممتنع شود، خواه در عقد بیع باشد یا سایر قرارداد های معوض و خواه تعدّر مربوط به تسلیم عین معین باشد یا دادن عین کلی و انجام دادن کار، وجود دارد و مفاد آن باید رعایت شود. بنابر این، در هر مورد که اجرای مفاد عقد نسبت به یکی از دو عوض ممکن نباشد و عقد را نتوان بر آن اساس باطل دانست، طرف قرارداد حق فسخ آن را پیدا می‌کند، خواه دلیل عدم امکان، قوه

قاهره باشد، یا امتناع و تقصیر یا ناتوانی طرف قرارداد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۲۳۳). لذا با توجه به مطالب عنوان شده اگر یکی از طرفین در تسلیم مورد معامله پس از عقد و قبل از زمان اجرا ناتوان گردد، طرف دیگر می‌تواند به موجب خیار تعدّر تسلیم معامله را فسخ نماید، اگر چه موعد انجام تعهد فرا نرسیده باشد. بدین ترتیب، در صورت تعدّر تسلیم می‌توان حق فسخ به علت نقض از پیش را در حقوق ایران به رسمیت شناخت. در قانون تجارت نیز می‌توان مواردی برای اعمال حق فسخ به موجب پیش‌بینی نقض قرارداد ذکر نمود؛ از جمله ماده ۵۳۰ که مقرر می‌دارد: «مال التجاره‌هایی که تاجر ورشکسته به حساب دیگری خریداری کرده و عین آن موجود است، اگر قیمت آن پرداخت نشده باشد، از طرف فروشنده والا از طرف کسی که به حساب او آن مال خریداری شده قابل استرداد است». این ماده در مورد حق العمل کاری است که مال التجاره را به نام خود و به حساب آمر خریداری نموده و عین مال نزد حق‌العملکار (ورشکسته) موجود است (اسکینی، ۱۳۸۴، ص ۱۷۶). در مواردی که تاجر به نام خود و به حساب دیگری معامله می‌کند، خود مسئول اجرای تعهداتی است که از قرارداد ناشی می‌شود، یعنی فروشنده برای مطالبه ثمن باید به خود او رجوع کند نه به کسی که خرید به حساب او انجام شده است. پس اگر تاجر واسطه (حق‌العملکار) ورشکسته شود، فروشنده ناچار است که در شمار غرما در آید. در چنین حالتی قانون تجارت به او اجازه داده است که اگر عین معین نزد حق‌العملکار موجود باشد آن را مسترد دارد (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص ۲۲۱). اختیار حاصل از این ماده که به فروشنده حق می‌دهد چنانچه ثمن معامله را دریافت نکرده عین مال خود را مسترد دارد، به رغم اینکه ایجاب و قبول معامله صورت گرفته و تملیک حاصل شده است، در حقیقت همان حق فسخ معامله است. اما آیا می‌توان در صورتی که تاجر به حساب خود جنسی را خریده و پیش از پرداختن ثمن ورشکسته شده است، همین حکم را اجرا کرد و به فروشنده حق فسخ داد؟ به نظر می‌رسد که اجرای حکم ماده ۵۳۰ در جایی که خریدار تاجر ورشکسته است و به حساب خود معامله کرده، امکان دارد. زیرا از لحاظ فروشنده چه تفاوت می‌کند که خریدار به حساب خود معامله کرده باشد یا دیگران (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص ۲۲۱). اگر وقتی که هنوز ثمن کالا پرداخت نشده فروشنده حق استرداد دارد، به طریق اولی اگر فروشنده هنوز کالا را تحویل نداده باشد هم، باز حق امتناع از تسلیم آن را دارد. وحدت ملاک ماده ۵۳۳ قانون تجارت در این باره قابل استناد است (دمرچیلی و دیگران، ۱۳۸۴، ص ۸۱۰). آنچه که از ظاهر ماده ۵۳۰ بر می‌آید این است که برای اعمال حکم ماده، فرقی بین موردی که ثمن حال بوده و پرداخت نشده و موردی که ثمن موجد باشد، وجود ندارد و فروشنده می‌تواند به واسطه عدم دریافت ثمن یا پیش‌بینی نقض آتی به دلیل ورشکستگی تاجر، عین مورد معامله را مسترد دارد. همچنین ماده ۵۳۳ قانون تجارت نیز می‌تواند مصداقی دیگر برای اعمال حق فسخ در صورت پیش‌بینی نقض قرارداد باشد. این ماده بیان می‌دارد: «هر گاه 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 اندازه ای که وجه آن را نگرفته، از تسلیم مال التجاره امتناع کند». این ماده راجع به حالتی است که کالایی به تاجر ورشکسته قبل از ورشکستگی او فروخته شده، اما هنوز (در زمان ورشکستگی) نه به خود او و نه به کس دیگری که به حساب او بیاورد تسلیم نشده است. در این صورت اگر ثمن پرداخت نشده باشد فروشنده حق دارد از تسلیم مبیع امتناع ورزد (دمرچیلی و دیگران، ۱۳۸۴، ص ۸۱۳). حال این سوال مطرح می‌شود که منظور از امتناع از تسلیم مال التجاره چیست؟ آیا منظور حق حبس است یا حق فسخ؟ بعضی از حقوقدانان، ماده ۵۳۳ قانون تجارت را مصداقی از ماده ۳۷۷ ق.م. راجع به حق حبس، که یک قاعده کلی در تمام عقود معاوضی به حساب می‌آید، قلمداد کرده و البته بعد از مقایسه این دو ماده، تفاوت‌هایی بین آن‌ها نیز یافته‌اند (شهیدی، ۱۳۸۵، ص ۲۴۲). همچنین برخی دیگر از حقوقدانان بیان نموده‌اند که فروشنده‌ای که بدین ترتیب حق دارد تا زمان پرداخت کامل قیمت یا به نسبت آن مقدار از قیمت که پرداخت نشده از تسلیم مال التجاره خودداری کند، نمی‌تواند مال را به شخص ثالثی بفروشد، زیرا با وقوع بیع، مبیع به ورشکسته منتقل می‌شود و حق حبس فقط به فروشنده امکان می‌دهد تا مال را در تصرف خود داشته باشد (اسکینی، ۱۳۸۴، ص ۱۷۳). این بدان معناست که فروشنده حق فسخ قرارداد را نخواهد داشت. نظر این دسته از حقوقدانان را ماده ۵۳۴ قانون تجارت که مقرر می‌دارد: «در مورد دو ماده قبل مدیر تصفیه می‌تواند با اجازه عضو ناظر، تسلیم مال التجاره را تقاضا نماید و باید قیمتی را که بین فروشنده و تاجر ورشکسته مقرر شده است بپردازد» تأیید می‌کند که منظور از امتناع مذکور در ماده ۵۳۳ قانون تجارت همان حق حبس است. اما به نظر می‌رسد حقی که در ماده ۵۳۳ قانون تجارت پیش‌بینی شده چیزی فراتر از یک حق حبس ساده موضوع ماده ۳۷۷ قانون مدنی است و در واقع پیش‌بینی حق فسخ برای فروشنده و مصداقی از ماده ۳۸۰ قانون مدنی است. در این صورت، ماهیت حق امتناع از تسلیم، حق فسخ به وسیله خیار تفلیس است نه حق حبس (دمرچیلی و دیگران، ۱۳۸۴، صص ۸۱۴-۸۱۳). در تأیید این نظر می‌توان به ماده ۵۳۰ قانون تجارت نیز اشاره نمود، به ویژه اگر چنانکه پیش‌تر نیز توضیح داده شد، اجرای حکم این ماده را در جایی که خریدار تاجر ورشکسته است و به حساب خود معامله کرده بپذیریم. زیرا نباید بین موردی که مال التجاره تسلیم شده و موردی که مال التجاره تسلیم نشده تفاوتی باشد. گرچه برخی در خصوص مواد ۵۳۰ و ۵۳۳ قانون تجارت معتقدند که در حقوق ایران ورشکستگی موجب حال شدن دیون می‌شود (ماده ۴۲۱ قانون تجارت)، و در حقیقت با حدوث ورشکستگی، دیگر اجلی برای دین ورشکسته بابت ثمن باقی نمی‌ماند و مانند آن است که از ابتدا اجلی مقرر نبوده است، لذا دیگر حق فسخ یا حبس قرارداد به دلیل پیش‌بینی نقض معنا ندارد (رحیمی، ۱۳۸۴، ص ۱۴۱). اما در پاسخ به این ایراد می‌توان گفت قانونگذار در وضع حکم مواد مذکور، به حال شدن ثمن و دیون مؤجل به موجب حکم ورشکستگی نظر نداشته، بلکه حق استرداد

موضوع مواد ۵۳۰ و ۵۳۳ قانون تجارت نیز چهره‌ای از تقابل و همبستگی عوضین است. یعنی قانونگذار نخواست که یک طرف معامله را به انجام تعهداتش ملزم نماید، در حالیکه طرف مقابل او عاجز از انجام تعهدات قراردادی است. در این میان فرقی بین دین حال و موجل نیست و حتی می‌توان پا را فراتر نهاد و با توجه به مبنای وضع حکم مواد مذکور، قایل به این امر بود که چنانچه یک طرف قرارداد به دلیلی غیر از ورشکستگی نیز عاجز از انجام تعهدات قراردادی باشد، طرف دیگر می‌تواند از انجام تعهدات خود امتناع نماید. لذا مواد مذکور به خوبی می‌توانند توجیه‌کننده وجود حق فسخ در صورت پیش‌بینی نقض قرارداد برای طرف زیان‌دیده در حقوق تجارت باشد. شایان ذکر است که مفاد مواد ۵۳۰ و ۵۳۳ قانون تجارت در مواد ۸۶۸ و ۸۶۵ لایحه اصلاح قانون تجارت که در سال ۱۳۸۴ تقدیم مجلس گردیده، بدون تغییر تکرار شده است. علاوه بر مطالب بیان شده، عرف حاکم بر روابط تجاری نیز راهکارهای مقابله با نقض محتمل را برای حفظ منافع زیان‌دیده به رسمیت می‌شناسد. زیرا هر تاجر بر روی امکانات، توانایی‌ها و دارایی‌های طرف معامله خود حساب باز می‌کند و تغییر در وضعیت هر یک از طرفین، رسیدن به انتظارات مشروع طرف دیگر را با مانع مواجه می‌سازد.

نتیجه

از آنچه تاکنون بیان گردید، معلوم است که کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا دو ضمانت اجرا برای پیش‌بینی نقض در نظر گرفته است. در ماده ۷۱ کنوانسیون، حق تعلیق و در ماده ۷۲ نیز امکان فسخ. شرایط فسخ قرارداد در کنوانسیون به دلیل احراز اطمینان بیشتر برای تحقق نقض و اساسی بودن آن سخت‌تر از شرایط تعلیق اجرا است. همچنین، ماده ۴ - ۳ - ۷ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی مانند ماده ۷۱ کنوانسیون مذکور، ضمانت اجرای پیش‌بینی نقض قرارداد را تعلیق تعهدات متعهدله دانسته است. البته مشروط بر این که طرف غیرمقصر به طور مستدل و معقولی معتقد به نقض در آینده باشد و عدم اجرا هم اساسی باشد. به علاوه، ماده ۳ - ۳ - ۷ اصول یاد شده به طرف دیگر حق فسخ قرارداد را خواهد داد، در صورتی که به طور آشکار عدم اجرای اساسی تعهد محرز شود. اگر چه مفاد اصلی این ماده با مفاد اصلی بند ۱ ماده ۷۲ کنوانسیون یکسان است، اما تفاوت‌هایی در زمینه میزان قطعیت لازم جهت تحقق نقض و تشریفات اعمال فسخ میان این دو مجموعه وجود دارد. اگر چه در حقوق ایران به طور صریح اصل نظریه و ضمانت اجرای آن توسط قانونگذار به رسمیت شناخته نشده، اما آثار و نتایج اعمال آن در برخی مواد قانون مدنی و تجارت به چشم می‌خورد. با توجه به ماده ۳۷۷ قانون مدنی و اینکه لزوم حال و قابل مطالبه بودن طلب از جمله شرایط مهم برای اجرای حق حبس (تعلیق قرارداد) است، شاید گفته شود برای پیش‌بینی احتمالی عدم انجام تعهد متقابل در آینده نباید قایل به تعلیق اجرای قرارداد شد. ولی از آنجا که مبنای وجود این حق در معاملات، همبستگی و تقابل عوضین و عدالت معاوضی است، می‌توان حتی در صورت پیش‌بینی احتمالی عدم انجام تعهد متقابل در آینده نیز وجود این حق را تجویز نمود. حق فسخ قرارداد نیز در

حقوق ایران با توجه به خیار تفلیس، خیار تعذر تسلیم و مواد ۵۳۰ و ۵۳۳ قانون تجارت و همبستگی و تقابل عوضین، که مبنای تأسیسات مذکور به شمار می‌رود، قابل پذیرش است. همچنین عرف حاکم بر روابط تجاری پیش بینی نقض قرارداد و راهکارهای مقابله با نقض محتمل (تعلیق و فسخ قرارداد) را در حقوق ما توجیه می‌کند. پیشنهاد می‌گردد در مبحث قواعد عمومی قانون مدنی مواد ۲۲۶ و ۳۷۷ این قانون بر اساس مفاد مواد ۷۱ و ۷۲ کنوانسیون مورد بحث مبنی بر شناختن نقض پیش‌بینی شده و ضمانت اجراهای تعلیق و فسخ اصلاح گردد، زیرا اولاً، به نظر می‌رسد پذیرفتن این نظریه مخالف با نظم عمومی به معنای اعم و احکام صریح فقهی نیست. ثانیاً، با توجه به عرف حاکم بر روابط تجاری و نیازهای حقوق تجارت بین‌الملل و حفظ سرعت در معاملات تجاری ضرورت ورود این نظریه در حقوق داخلی و حقوق تجارت بین‌المللی ایران قابل توجیه خواهد بود.

منابع و مأخذ

الف. فارسی

- اسکینی، ربیعا (۱۳۸۴)، *حقوق تجارت، ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته*، چاپ هشتم، تهران: انتشارات سمت.
- اصغری آقشهیدی، فخرالدین و نوری، فخری (۱۳۸۴)، «*حق حبس در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا*» مجله نامه مفید، شماره ۵۲، صص ۸۱ - ۹۶.
- باره راگراف، جورج و دیگران (۱۳۷۴)، *تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی*، ترجمه مهتاب داراب پور، جلد دوم و سوم، چاپ اول، تهران: انتشارات کتابخانه گنج دانش.
- باریکلو، علیرضا (۱۳۸۵)، *مسئولیت مدنی*، چاپ اول، تهران: نشر میزان.
- پیر پلانته، ژان (۱۳۷۰) «*حقوق جدید بیع بین‌المللی، کنوانسیون سازمان ملل متحد مورخ ۱۱ آوریل ۱۹۸۰*»، ترجمه ایرج صدیقی، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره ۱۴ و ۱۵، صص ۲۸۶ - ۳۷۵.
- دمرچیلی، محمد و دیگران (۱۳۸۴)، *قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی*، چاپ چهارم، تهران: انتشارات میثاق عدالت.
- رحیمی، حبیب اله (۱۳۸۴) «*پیش‌بینی نقض قرارداد*»، مجله پژوهش حقوق و سیاست، شماره ۱۴ و ۱۵، صص ۱۱۵ - ۱۴۴.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۲) *آثار قراردادهای و تعهدات*، چاپ اول، تهران: انتشارات مجد.
- _____ (۱۳۸۵) *مجموعه مقالات حقوقی*، چاپ اول، تهران: انتشارات مجد.
- شیروی، عبدالحسین (۱۳۷۷) «*فسخ قرارداد در صورت امتناع متعهد از انجام تعهد در حقوق ایران*»، مجله مجتمع آموزش عالی قم، شماره اول، صص ۴۹ - ۷۱.

- صفایی، سید حسین و دیگران (۱۳۸۷) *حقوق بیع بین‌المللی با مطالعه تطبیقی*، چاپ دوم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷) *قواعد عمومی قراردادها*، جلد ۳، ۴ و ۵، چاپ پنجم، تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار.
- _____ (۱۳۸۱) *حقوق مدنی، معاملات معوض - عقود تملیکی*، چاپ هشتم، تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار.
- مقدادی، محمد مهدی (۱۳۸۴) «بررسی پیش‌بینی نقض قرارداد در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، *حقوق تطبیقی و ایران*»، مجله دانشکده علوم انسانی دانشگاه سمنان، شماره ۱۹، صص ۱۱۷ - ۱۴۲.
- همت کار، حسین (۱۳۸۴) «*نظریه مقابله با نقض احتمالی قرارداد*»، مجله دانشکده علوم اداری و اقتصاد دانشگاه اصفهان، شماره ۲، صص ۶۹ - ۹۲.
- قانون مدنی ایران، جلد اول، مصوب ۱۳۰۷.
- قانون تجارت ایران، مصوب ۱۳۱۱.
- اصول اروپایی حقوق قراردادها*.
- مؤسسه بین‌المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی (۱۳۷۹) *اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی*، ترجمه و تحقیق بهروز اخلاقی و فرهاد امام، چاپ اول، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی.

ب. غیر فارسی

- Audi, Bernard (1990) *La vente internationale de marchandises*, L. G. J., Paris.
- Azereido da Silveira, Mercedeh (2005) "Anticipatory Breach Under the United Nations Convention on Contracts for International Sale of Goods", Nordic Journal of Commercial Law.
- Bennett, Trevor (1987) "Comments on Article 71, in Cesar Massimo Bianco & Michael Joachim Bonell, Commentary on the International Sale - the 1980 Vienna Sale Convention", Available on line at: <http://www.Cisg.Law.Pace.edu/>2013/3/20.
- Carr, Indira (2005) "International Trade Law", 3rd ed.
- Compell Black, Henry (1990) *Black's Law Dictionary*, 6th ed., New York: West Publishing Co.
- Carter, John, w (1991) *Breach of Contract*, Vol II, London: Sweet & Maxwell.
- Chengwei, Liu (2003) "Remedies for Non - Performance: Perspectives from CISG, UNIDROIT Principles & PECL", Available on line at: <http://www.Cisg.Law.Pace.edu/>2012/8/1.
- Eiselen, Sieg (2002) "Remarks on the Manner in which the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts may be Used to Interpret or Supplement Articles 71 and 72 of The CISG", p. 3. Available on line at: <http://www.cisg.law.pace.edu/>2012/4/1.
- Enderlein, Fritz & Maskow, Dietrech (1992) "International Sales Law", Available on line at: <http://www.Cisg.Law.pace.edu/>2012/10/1.

- Honnold, John, O (1999) "*Uniform Law for International Sales Under the 1980. United Nations Convention*" Available on line at: <[http:// www.Cisg.Law.Pace.edu/](http://www.Cisg.Law.Pace.edu/)> 2013/2/1.
- Kock , Robert (1994) "*The Concept of Fundamental Breach of Contract under un Convention on Contract for International Sale of Goods*" , Available on line at: <<http://www.Cisg.Law.Pace.edu/>>2012/2/1.
- Lorenz, Alexander (June 1998) "*Fundamental Breach under the CISG*", Available on line at: <http://www.Cisg.Law.Pace.edu/>.
- Neumayer , Katl et Ming Catherine (1993) "*Convention de Vienne Sur les Contrats de vente International de marchandises*" , Commentaire , ed . Oar Dessemontet.
Principles of European Contracts Law.
- Schlechtriem, peter (1986) "*Uniform Sales Law, the UN of sale of Goods*", Available on line at:< [http:// www.Cisg.Law.Pace.edu/](http://www.Cisg.Law.Pace.edu/)>2012/12/1.
- Treitel, G.H (1995) *The Law of Contract*, 9th ed. Sweet and Maxwell.
- UN Convention on Contract for the International Sale of Goods* (1980).
UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.
- Uniform Commercial Code (1952) the American Law Institute.
- Hunt, Martin (2000) "*A Level and AS Level Law*" London: Sweet and Maxwell.