

مطالعه تطبیقی پیش‌بینی نقض قرارداد

رحمان عمروانی *

چکیده

یکی از مسائل مهم حقوق قراردادهای مسئله پیش‌بینی نقض قرارداد می‌باشد. پیش‌بینی نقض در جایی محقق می‌شود که معلوم شود یکی از طرفین قرارداد، خواه به‌طور عمدی و یا غیر عمدی، قرارداد را در آینده نقض خواهد نمود، لیکن هنوز به‌طور واقعی قرارداد را نقض ننموده باشد. در چنین وضعیتی طرف مقابل چنانچه تا زمان نقض واقعی صبر کند متحمل ضررهای غیر قابل جبرانی خواهد شد. لذا برخی قوانین به او اجازه می‌دهد تا اجرای تعهداتش را تعلیق و یا قرارداد را فسخ نماید. در این مقاله قصد داریم شرایط و آثار نقض قابل پیش‌بینی در مقررات CISG، UNIDROIT، PECL و ULIS و همچنین در نظام‌های حقوقی آمریکا، انگلیس و ایران را مورد بررسی قرار دهیم.

کلید واژگان

پیش‌بینی نقض، قسمت مهم تعهدات، نقض اساسی، تعلیق، فسخ.

* دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شهید بهشتی.

مقدمه

در حوزه قراردادها و در مرحله اجرای قرارداد، ممکن است پیش از فرا رسیدن موعد انجام تعهد، با توجه به جمیع اوضاع و احوال متعهدله چنین استنباط نماید که متعهد نمی‌خواهد یا نمی‌تواند تعهدات خود را در سررسید انجام دهد. به عنوان مثال ممکن است فروشنده در اثر رکود اقتصادی و یا کاهش نقدینگی خریدار، پیش‌بینی نماید که خریدار نتواند در موعد مقرر قراردادی، تعهد خود مبنی بر پرداخت را ایفا نماید. همچنین ممکن است پیمانکاری که مطابق شرایط قراردادی می‌باید ظرف شش ماه ساختمان کارفرما را تکمیل و تحویل می‌داد، حتی پس از گذشت پنج ماه از زمان انعقاد قرارداد، هیچ اقدامی در این راستا انجام نداده و در نتیجه کارفرما و عرف، احتمال عدم انجام تعهد در سررسید را قوی بداند. همچنین ممکن است خود متعهد اعلام کند که تعهد خود را در سررسید نمی‌خواهد یا نمی‌تواند انجام دهد که این اعلام نیز احتمال قوی نقض قرارداد در موعد مقرر را به دنبال دارد. حال سؤال این که در چنین شرایطی حتی چنانچه معلوم باشد که متعهد قادر به انجام تعهدات خود در سررسید نخواهد بود، آیا طرف دیگر ملزم به انجام تعهدات خود می‌باشد؟

در قوانین بعضی کشورها، از جمله در ۱۸۹۳ Sale Of Goods Act انگستان،^۱ آمریکا و همچنین در اسناد بین‌المللی از جمله در ULIS،^۲ UNIDROIT،^۳ CISG^۴ و PECL^۵،

1. Uniform commercial code of USA.
2. Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods (The Hague, July 1, 1964).
3. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004.
4. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980).
5. Principles of European contract law.

مسئله نقض احتمالی و یا پیش‌بینی نقض و حقوق ناشی از آن صراحتاً مورد توجه قرار گرفته است. «نظریه پیش‌بینی نقض و طرق جبرانی ناشی از آن، ریشه در حقوق آنگلو آمریکایی دارد که به موجب آن در صورت پیش‌بینی نقض، طرف غیرناقص حق خواهد داشت بدون آنکه منتظر فرا رسیدن موعد انجام تعهد باشد، قرارداد را فسخ نماید».^۶

علی‌رغم شناسایی نظریه پیش‌بینی نقض در حقوق برخی کشورها و همچنین در برخی اسناد بین‌المللی، لیکن در حقوق ایران مسئله پیش‌بینی نقض مورد توجه قانون‌گذار قرار نگرفته است. با این وجود به هر حال اولاً، با توجه به گسترش فعالیت‌های تجاری بین‌المللی و لزوم شناخت قوانین خارجی که ممکن است حاکم بر قرارداد تعیین شوند، ثانیاً، لزوم، آشنایی با نهادهای خارجی و عنداللزوم بومی‌سازی و استفاده از آنها در قوانین خود و ثالثاً، نظر به مسئله الحاق یا عدم الحاق ایران به کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (CISG)، با انتخاب موضوع این مقاله تحت عنوان «مطالعه تطبیقی پیش‌بینی نقض قرارداد»، تلاش شده است شرایط استناد به این نظریه و حقوق ناشی از آن در حقوق کشورهای مختلف مورد بررسی قرار داده شود؛ به آن امید که به‌ویژه در قراردادهای بین‌المللی مورد استفاده حقوق‌دانان ایرانی قرار گیرد.

به‌طور کلی با بررسی‌های انجام گرفته در قوانین و مقررات مختلف، مشاهده می‌گردد که به واسطه احتمال قوی یا پیش‌بینی نقض قرارداد در آینده، دو حق شامل حق تعلیق قرارداد و حق فسخ قرارداد برای طرف غیر ناقص در نظر گرفته شده است. لذا مطالب این مقاله را در ضمن دو مبحث جداگانه بررسی نموده و در مبحث اول به بررسی تعلیق اجرا

6. John Felemegas, An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law, Cambridge University Press, 2007, p 207.

به دلیل پیش‌بینی نقض و در مبحث دوم نیز به بررسی فسخ قرارداد به دلیل پیش‌بینی نقض خواهیم پرداخت.

مبحث اول: تعلیق اجرای قرارداد به دلیل پیش‌بینی نقض

قبل از شروع بحث اصلی مختصر آنکه حقوق دانان کشورهای مختلف برای توجیه نظریه پیش‌بینی نقض قرارداد به دلایل مختلفی از جمله نظریه هم‌بستگی عوضین^۷، تئوری نقض فعلی^۸، عرف تجاری^۹ و قاعده تکلیف به تقلیل خسارت^{۱۰} استناد نموده‌اند.

۷. مطابق این نظریه در هر عقد معوض یک شرط بنایی وجود دارد که به موجب آن طرفین توافق نموده‌اند که هیچ یک از طرفین حق ندارد در صورتی که تعهدات خود را انجام نداده و نتواند انجام دهد، انجام تعهدات طرف مقابل را تقاضا نماید نگاه کنید به:

Dawson, Francis, Metaphors and Anticipatory Breach of Contract, The Cambridge Law Journal, Great Britain, April 1981, p. 69 & Cheshire and Fifoots, Law of Contract, 9th ed, London, 1979, p 570.

۸. در حقوق آمریکا، اکثر حقوق دانان پیش‌بینی نقض را همانند نقض فعلی و واقعی می‌دانند. شاید علت این گرایش آن باشد که در حقوق آمریکا تنها اعلام عدم انجام تعهد از سوی متعهد (رد قرارداد) به عنوان پیش‌بینی نقض محسوب شده است. نگاه کنید به:

Corbin A.L, Corbin on Contracts, Vol. 4, 1985, n956

۹. مطابق عرف تجاری، یک تاجر معمولاً به اوضاع و احوال قوی بر نقض قرارداد اعتماد می‌نماید و منتظر پایان کار نمی‌ماند. وی باید حق داشته باشد که به اوضاع و احوال معقول تجاری اعتماد کند.

۱۰. مطابق این قاعده زبان‌هایی که متضرر با وجود قدرت بر دفع آنها از آنها جلوگیری ننموده، قابل جبران نمی‌باشد. لذا در فرض پیش‌بینی قوی نقض قرارداد نیز باید جهت جلوگیری از افزایش خسارات، قرارداد را فسخ می‌نمود و سراغ شخصی دیگر برای انجام قرارداد می‌رفت (معامله جایگزین) تا از این طریق میزان خسارات کاهش یابد. در نتیجه تکلیف به تقلیل خسارت را نیز می‌توان مبنای دیگری برای نظریه پیش‌بینی نقض قرارداد دانست.

Chengwei, Liu, Remedies for Non-Performance: Perspectives from CISG, UNIDROIT Principles & PECL, 2003, Available at: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/>

پیش‌بینی نقض قرارداد ممکن است از اوضاع و احوال و یا از اعلام خود متعهد مبنی بر عدم انجام تعهد استنباط گردد. در این صورت مطابق بعضی قوانین و مقررات طرف غیر ناقض حق تعلیق اجرای قرارداد را خواهد داشت که در ضمن پنج قسمت جداگانه به بررسی قوانین کشورها و اسناد بین‌المللی در این خصوص خواهیم پرداخت.

۱. تعلیق اجرای قرارداد به دلیل پیش‌بینی نقض در کنوانسیون بیع

بین‌الملل ۱۹۸۰

ماده ۷۱ کنوانسیون بیع بین‌الملل ۱۹۸۰ وین به حق تعلیق طرف غیر ناقض در اثر پیش‌بینی نقض قرارداد در آینده اشاره داشته و شرایط لازم جهت امکان استفاده از این حق را در ضمن سه پاراگراف مشخص نموده است. ماده مذکور بیان می‌دارد:

«۱- در صورتی که بعد از انعقاد قرارداد معلوم شود که طرف قرارداد قسمت مهم تعهدات خود را در نتیجه موارد ذیل انجام نخواهد داد، طرف دیگر قرارداد می‌تواند اجرای تعهداتش را تعلیق نماید:

الف) نقصان جدی در توانایی اجرا یا نقصان جدی در اعتبار او.

ب) رفتار او در مهیا کردن مقدمات اجرا یا در اجرای قرارداد.

۲. چنانچه فروشنده قبل از اینکه مبناهای مذکور در پاراگراف پیشین محقق شود کالاها را ارسال نموده باشد، می‌تواند از تحویل کالاها به خریدار امتناع نماید، حتی چنانچه خریدار اسنادی که او را مستحق مطالبه می‌سازد را در اختیار داشته باشد. این پاراگراف تنها به حقوق بر کالا بین خریدار و فروشنده مربوط می‌شود.

۳. طرفی که قرارداد را تعلیق می‌کند، خواه قبل یا بعد از ارسال کالا، باید فوراً اختاریه تعلیق را به طرف دیگر بدهد و چنانچه طرف دیگر تضمین مناسب برای اجرا

ارائه دهد، تعلیق‌کننده باید به اجرا ادامه دهد.^{۱۱}

در عرصه قراردادهای بین‌المللی به واسطه بعد مسافت، امکان قبض و اقباض هم‌زمان عوض و معوض وجود ندارد و تجار و قوانین تجاری بین‌المللی همواره در تلاش برای از بین بردن ریسک ناشی از این بعد مسافت بوده‌اند. به عنوان مثال با استفاده از اعتبارات اسنادی در پرداخت، این ریسک تا حدود بسیار زیادی کاهش می‌یابد. ماده ۷۱ نیز به هر دوی خریدار و فروشنده ابزارهایی را ارائه می‌دهد که حتی قبل از این که کالاها ارسال شده و یا پرداخت صورت گرفته باشد، (پاراگراف ۱ ماده ۷۱) و یا آنکه کالاها هنوز در حال حمل باشند (پاراگراف ۲ ماده ۷۱)^{۱۲}، ریسک مربوط به عدم اجرای هم‌زمان را اداره نموده و شرایطی را فراهم می‌آورد که طرفین را در یک وضعیتی مشابه وضعیت اجرای هم‌زمان قرارداد قرار دهد.^{۱۳}

11. (1) A party may suspend the performance of his obligations if, after the conclusion of the contract, it becomes apparent that the other party will not perform a substantial part of his obligations as a result of:

(a) a serious deficiency in his ability of perform or in his creditworthiness; or

(b) his conduct in preparing to perform or in performing the contract.

(2) If the seller has already dispatched the goods before the grounds described in the preceding paragraph become evident, he may prevent the handing over of the goods to the buyer even though the buyer holds a document which entitles him to obtain them. The present paragraph relates only to the rights in the goods as between the buyer and the seller.

(3) A party suspending performance, whether before or after dispatch of the goods, must immediately give notice of the suspension to the other party and must continue with performance if the other party provides adequate assurance of his performance.

۱۲. دیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی، رأی شماره ۹۱۸۷، ژوئن ۱۹۹۹.

13. von Ziegler, Alexander, The right of suspension and stoppage in transit, journal of

پاراگراف (۱) ماده مذکور شرایط استناد به حق تعلیق را بیان نموده است که این شرایط را می‌توان در چهار مورد ذیل خلاصه نمود.

شرط اول: پس از انعقاد قرارداد معلوم شود- مطابق این شرط عدم امکان اجرا در آینده نباید در زمان انعقاد قرارداد معلوم و مشخص باشد، بلکه ضروری است که در زمان انعقاد قرارداد طرف غیر ناقض نسبت به آن جاهل بوده باشد. بنابراین وجود یا عدم وجود علل عدم امکان اجرای تعهدات در زمان انعقاد قرارداد مؤثر در قضیه نمی‌باشد، بلکه مهم آن است که استناد کننده به حق تعلیق، در زمان انعقاد قرارداد از علل و احتمال عدم انجام قرارداد در آینده آگاه نباشد.

شرط دوم: عدم امکان انجام بخش مهم تعهدات- مطابق شرط مذکور در ماده ۷۱ نقض باید به «بخش مهم تعهدات» مربوط باشد و بنابراین شخص نمی‌تواند در موارد نقض جزئی به حق تعلیق استناد کند. نکته آنکه عدم اجرای «بخش مهم تعهدات»^{۱۴} را نباید با «نقض اساسی»^{۱۵} مذکور در ماده ۲۵ کنوانسیون یکسان و مترادف دانست.^{۱۶} علی‌رغم آنکه در اکثر موارد این دو قابل انطباق بر هم هستند، لیکن در بعضی موارد نقض بخش مهم تعهدات به معنای نقض اساسی قرارداد نخواهد بود و نقض اساسی مرحله‌ای شدیدتر از نقض بخش مهم تعهدات می‌باشد.^{۱۷}

شرط سوم: تحقق علل پیش‌بینی عدم انجام تعهد - ماده ۷۱ کنوانسیون در پاراگراف (۱) مقرر می‌دارد هرگاه معلوم شود به علل ذیل یکی از طرفین بخش مهم

law and commerce, number 25, 2005-2006, p355.

14. Substantial part of obligation.

15. Fundamental .

16. von Ziegler, Alexander, op. cit. p 357.

۱۷. برای مطالعه تفاوت‌های «عدم اجرای بخش اساسی تعهدات» و «نقض اساسی» نگاه کنید به: همین مقاله، مبحث دوم، ش ۱، شرط دوم.

تعهدات خود را انجام نخواهد داد، طرف مقابل حق تعلیق اجرای تعهدات خود را دارد. پاراگراف مذکور در ضمن دو بند الف و ب علل عدم انجام تعهد را به‌طور انحصاری پیش‌بینی نموده است. مطابق بند الف پاراگراف (۱) ماده ۷۱، نقصان فاحش در توانایی متعهد در انجام تعهد و یا نقصان در اعتبار او و مطابق بند ب پاراگراف مذکور، نحوه رفتار متعهد در مهیا نمودن مقدمات اجرا و یا در اجرای قرارداد، علل انحصاری دلالت‌کننده بر احتمال نقض قرارداد در آینده محسوب می‌شوند. بدیهی است که اعلام عدم انجام تعهد از سوی متعهد نیز تحت شمول بند ب، قرار می‌گیرد.

بند الف به دو مورد از علل پیش‌بینی نقض معقول اشاره دارد. یکی نقصان جدی در توانایی متعهد که به عنوان مثال ممکن است در نتیجه از دست دادن نیروی انسانی خبره، ماشین آلات، اعتصاب طولانی کارگران و کمیاب شدن مواد اولیه ایجاد شود. مورد دیگر نیز نقصان جدی در اعتبار می‌باشد که به‌ویژه ممکن است از تأخیر در پرداخت‌های قبلی به طرف قراردادی یا اشخاص ثالث و علی‌الخصوص از توقف او در پرداخت دیون استنباط شود. بعضی حقوق‌دانان با تفسیر موسع از این بند، ضعیف شدن وضع مالی ضامن مشتری را نیز مشمول نقصان اعتبار دانسته‌اند.^{۱۸} لیکن چنین تفسیری مخالف اصل لزوم قراردادها که در اکثر نظام‌های حقوقی پذیرفته شده و همچنین مخالف با اصل تفسیر مضیق استثنائات می‌باشد.

در خصوص نقصان در اعتبار طرف قرارداد می‌توان به پرونده J.P.S.BVBA علیه kabri mode BV اشاره نمود که در آن یک خریدار بلژیکی به فروشنده هلندی لباس‌هایی

18. Enderlein, Fritz & Maskow, Dietrich, International sales law, New York, Oceana publication. 1992, p287, Available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein-abb.html>.

زمستانی را سفارش داده بود. بعد از تحویل لباس‌ها و پرداخت قسمتی از ثمن، خریدار لباس‌هایی که تابستانی بودند را سفارش داد. فروشنده تحویل لباس‌های تابستانی را موکول به پرداخت کل ثمن صورت حساب‌های فرستاده شده برای سفارش اول دانست. خریدار برای مطالبه خسارت حاصل از عدم تحویل کالای سفارش داده شده علیه فروشنده اقامه دعوا نمود. فروشنده نیز دعوای متقابل اقامه نمود. دادگاه بلژیک ضمن حاکم دانستن مقررات کنوانسیون در دعوا، مقرر داشت که فروشنده با توجه به ماده ۷۱ حق داشت اجرای تعهد را معلق کند و تحویل کالای موضوع سفارش دوم را تا پرداخت کامل ثمن کالای موضوع سفارش اول معلق سازد. زیرا، تاخیر بیش از هفت ماهه خریدار در پرداخت می‌توانست به‌طور متعارف و منطقی این احتمال را ایجاد کند که او در آینده نیز قادر به پرداخت نخواهد بود.^{۱۹}

بند ب پاراگراف (۱) ماده ۷۱ نیز نحوه رفتار و عملکرد طرف قرارداد در تهیه مقدمات اجرا یا خود اجرای قرارداد را مورد اشاره قرار داده است. تهیه مقدمات اجرا مانند استخدام کارگر، تهیه مواد اولیه و ماشین‌آلات، تجهیز کارگاه، عندالزوم اخذ مجوزهای لازم و تشریفات مربوط به پرداخت می‌باشد که چنانچه متعهد در مهیا نمودن آنها ضعیف عمل نماید، می‌تواند مبنایی برای حق تعلیق طرف مقابل باشد. در خصوص رفتار در اجرای قرارداد نیز باید اظهار داشت که مقصود نحوه اجرا و رفتار در اجرای همان قرارداد می‌باشد. با این وجود عده‌ای از مفسرین با تفسیری موسع از قسمت دوم بند ب، عدم اجرای قراردادهای مشابه گذشته را نیز مشمول رفتار در اجرای قرارداد دانسته‌اند^{۲۰} که صحیح به نظر نمی‌رسد. بلکه چنانچه عدم اجرای قراردادهای مشابه، مربوط به گذشته‌ای عرفاً بسیار

19. www.unilex.info, Art 71.

۲۰. یلاتار، ژان پیر؛ حقوق جدید بیع بین‌المللی، ترجمه دکتر ابرح صدیقی، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌الملل، ش چهاردهم و پانزدهم، ۱۳۷۰، ص ۳۵۹-۳۶۰.

نزدیک باشد، می‌توان آن را مشمول قسمت اول بند الف، یعنی مشمول «نقصان فاحش در توانایی متعهد به انجام تعهد» دانست. لیکن چنانچه عدم اجرای قراردادهای مشابه پیشین مربوط به چندین سال قبل باشد، نمی‌تواند معیاری جهت احتمال قوی بر عدم انجام تعهدات قراردادی حاضر تلقی شود؛ زیرا، ممکن است در این فاصله متعهد توانایی‌های خود را تقویت نموده باشد.

شرط چهارم: ظاهر شدن درجه بالای احتمال نقض: صدر ماده ۷۱ بیان می‌دارد: «... ظاهر شود که طرف مقابل بخش مهمی از تعهدات خود را انجام نخواهد داد...». بنابراین عدم انجام تعهد باید به مرحله ظهور و احتمال قوی برسد تا به طرف مقابل حق تعلیق را اعطا نماید. به عبارتی احتمال نقض قرارداد باید قوی و ظاهر باشد تا بتوان به حق تعلیق استناد نمود.^{۲۱} عبارت it becomes apparent در ماده ۷۱ دلالت بر همین شرط دارد. اینکه آیا نقض قرارداد در آینده محقق خواهد شد یا خیر را با قطعیت نمی‌توان ارزیابی نمود؛ زیرا، احتمال نقض در آینده را تنها می‌توان در پرتو وضعیت حاضر مشخص نمود. حتی چنانچه یک طرف صریحاً بیان دارد که او نخواهد توانست تعهداتش را انجام دهد، با این وجود همچنان این شانس و احتمال وجود دارد که در نهایت او تعهداتش را انجام دهد. زیرا، دلایل پیش‌بینی ممکن است بسیار تغییر نموده باشد.^{۲۲} عدم قطعیت ذاتی در ارزیابی وقایع آینده می‌باشد.

بنابراین با تحقق شرایط چهارگانه فوق، طرف قرارداد حق تعلیق اجرای تعهدات خود

21. von Ziegler, Alexander, op. cit. p. 358 & Larry A. DiMatteo, INTERNATIONAL SALES LAW(a critical analysis of cisd jurisprudence), Cambridge University Press, 2005, p129

۲۲. با این وجود در عمل چنین اظهاری به‌طور معمول برای تعلیق کافی خواهد بود و به احتمال زیاد چنین اظهاری برای فسخ نیز کافی می‌باشد.

را خواهد داشت. قائل شدن به چنین حقی برای طرف مقابل قرارداد کاملاً معقول به نظر می‌رسد. زیرا، الزام طرف قرارداد به انجام تعهدات خود و سپس منتظر ماندن تا زمان سررسید اجرای تعهدات طرف مقابل که نقض از سوی او نیز قابل پیش‌بینی می‌باشد، حکم به استرداد آنچه را که تسلیم شده کاری عبث و بیهوده می‌سازد.^{۲۳}

آنچه در پاراگراف‌های دوم و سوم ماده ۷۱ بیان گردیده است، مربوط به شرایط تعلیق نبوده و پاراگراف دوم به حق تعلیق کالای در حال حمل اشاره دارد و پاراگراف سوم نیز به مسئله ابلاغ تعلیق به طرف مقابل و همچنین مسئله تضمین مناسب اشاره دارد که مربوط به شرایط تعلیق نبوده و لذا نیاز چندانی به توضیح تفصیلی آنها در این مقاله احساس نمی‌گردد. البته ممکن است ادعا شود ابلاغ و عدم اعطای تضمین مناسب پس از ابلاغ، از جمله شرایط استفاده از حق تعلیق محسوب می‌گردد. لیکن باید اظهار داشت که شرایط استفاده از حق تعلیق همان موارد چهارگانه است که بیان گردید. مطابق صراحت پاراگراف ۳، «طرفی که اجرای تعهدات خود را معلق می‌نماید مکلف است فوراً اخطار تعلیق را جهت طرف دیگر ارسال دارد...». بنابراین ملاحظه می‌گردد که این ابلاغ و اخطار نه به عنوان شرط تعلیق و قبل از تعلیق، بلکه فوراً پس از تعلیق به جهت اطلاع طرف مقابل انجام می‌گیرد. به علاوه انتهای پاراگراف ۳ که بیان می‌دارد: «... و در صورتی که طرف مزبور (متعهد) تضمین مناسب ارائه دهد، (تعلیق کننده) اجرای تعهد خود را ادامه می‌دهد، خود دلیلی روشن بر عدم شرطیت ابلاغ تعلیق جهت استفاده از حق تعلیق می‌باشد.

23. Chengwei, Liu, Suspension or Avoidance Due to Anticipatory Breach, 2005, Available at: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu9.html>.

۲. حق تعلیق در اصول قراردادهای تجاری مؤسسه یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی^{۲۴}

بر خلاف کنوانسیون بیع بین‌الملل ۱۹۸۰ وین که مستند به ماده ۲ همان کنوانسیون تنها در خصوصی قراردادهای بیع اعمال می‌گردد، مقررات اصول قراردادهای تجاری UNIDROIT عام بوده و بر همه نوع قراردادهای اعم از بیع، ساخت، انتقال فناوری و سایر عقود، در صورت تحقق شرایط آن قابل اعمال می‌باشد.

مطابق ماده ۷-۳-۴ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی مؤسسه UNIDROIT، در صورتی که قبل از تاریخ انجام تعهد معلوم شود که عدم اجرای اساسی در تعهدات به وجود خواهد آمد، طرف مقابل حق مطالبه تضمین مناسب برای اجرا و توقف یا تعلیق اجرای تعهدات خود را خواهد داشت.^{۲۵} بنابراین ملاحظه می‌گردد که اصول مؤسسه یکنواخت‌سازی در موارد «باور و اعتقاد معقول به عدم اجرای اساسی» حق مطالبه تضمین و یا تعلیق قرارداد را مقرر نموده است.

ماده ۷-۳-۴ دو شرط را برای امکان مطالبه تضمین و همچنین تعلیق اجرای تعهدات پیش‌بینی نموده است:

شرط اول: باور یا احتمال معقول^{۲۶} - در این خصوص لازم است که احتمال عدم اجرای اساسی تعهدات، معقول، متعارف و بسیار محتمل باشد. بنابراین صرف احتمال

24. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004.

25. ARTICLE 7.3.4.

A party who reasonably believes that there will be a fundamental non-performance by the other party may demand adequate assurance of due performance and may meanwhile withhold its own performance. Where this assurance is not provided within a reasonable time the party demanding it may terminate the contract.

26. Reasonably believes.

بدون مبنا و دلیل را نمی‌توان وسیله و بهانه‌ای برای تعلیق اجرای تعهدات قرار داد. اصول مؤسسه یکنواخت‌سازی بر خلاف مقررات کنوانسیون بیع ۱۹۸۰ که موارد و علل احتمال قوی عدم انجام تعهد را در ضمن دو بند الف و ب پاراگراف ۱ ماده ۷۱ به‌طور انحصاری تعیین نموده است، اشاره‌ای به موارد قویاً محتمل عدم انجام تعهدات در آینده نداشته و صرفاً به بیان معقول بودن باور و احتمال، اکتفا نموده است. لذا ممکن است یکی از نگرانی‌های ناشی از این عدم تصریح، احتمال توسل به معیارهای شخصی و درونی باشد. لیکن باید توجه داشت که این نگرانی بلاجهت است و احتمال نقض و عدم اجرا در آینده باید نوعاً متعارف و معقول باشد. بنابراین ورشکستگی متعهد در بسیاری از موارد امری معقول برای اعمال حق تعلیق می‌باشد، هرچند که ممکن است همواره چنین نباشد.^{۲۷} در صورتی که مطابق مقررات کنوانسیون CISG، ورشکستگی همواره مصداقی از قسمت دوم بند اول پاراگراف یک ماده ۷۱ (نقصان جدی در اعتبار متعهد) می‌باشد. همچنین قصور در پرداخت تعدادی از اقساط قرارداد، به‌طور متعارف و معقول، احتمال عدم پرداخت‌های آتی را بالا برده و امری معقول جهت تعلیق اجرای تعهدات می‌باشد.^{۲۸}

شرط دوم: عدم اجرای اساسی - کنوانسیون بیع بین‌المللی ۱۹۸۰ در مقام بیان یکی از شرایط ایجاد حق تعلیق از اصطلاح «عدم اجرای بخش مهم تعهدات»^{۲۹} استفاده نموده است. در حالی که اصول مؤسسه یکنواخت‌سازی در همان مقام از اصطلاح «عدم

27. Koch. Robert, the concept of fundamental breach of contract under CISG, Available at: (<http://cisg.w3.law.pace.edu/cisg/biblio/koch.html>), p2.

28. Gilbey, strub M, International and Comparative Law Quarterly-The Convention on the International Sale of Goods-Anticipatory Repudiation and Developing Countries-Vol, 38-July 1989, p 483.

29. Not perform a substantial part of obligations.

اجرای اساسی^{۳۰} استفاده نموده است. مدونین اصول مؤسسه یکنواخت‌سازی هر دو اصطلاح «عدم اجرای بخش مهم تعهدات» و «نقض اساسی»^{۳۱} را در ضمن یک اصطلاح (عدم اجرای اساسی) مطرح نموده و از این حیث بر خلاف CISG، تفاوتی میان حق تعلیق ناشی از پیش‌بینی نقض (ماده ۷-۳-۴) و حق فسخ ناشی از پیش‌بینی نقض (ماده ۷-۳-۳) قائل نشده‌اند. در حالی که در CISG برای اعمال حق تعلیق، احتمال «عدم اجرای بخش مهم تعهدات» و برای اعمال حق فسخ، احتمال «نقض اساسی» ضروری می‌باشد. در حالی که اصول مؤسسه یکنواخت‌سازی هم برای استناد به حق تعلیق و هم استناد به حق فسخ، «عدم اجرای اساسی» را شرط می‌داند که اعم از عدم اجرای بخش مهم تعهدات و نقض اساسی می‌باشد.

۳. حق تعلیق در قانون یکنواخت تجاری آمریکا (UCC)

حق تعلیق اجرای تعهدات قراردادی به واسطه پیش‌بینی نقض، در قانون تجاری یکنواخت آمریکا نیز پیش‌بینی شده است. بر خلاف عقیده بعضی از مفسرین که قائل به عدم وجود چنین حقی در حقوق آمریکا همانند حقوق انگلیس می‌باشند،^{۳۲} لیکن باید توجه داشت که بند ج ماده ۶۱۰-۲ قانون تجاری یکنواخت آمریکا این حق را به رسمیت شناخته است. ماده مذکور بیان می‌دارد:

«در صورتی که هر یک از طرفین در خصوص تعهداتی که حال نشده است قرارداد را رد نمایند و خسارات ناشی از این نقض به‌طور اساسی ارزش قرارداد را برای طرف مقابل کاهش دهد، طرف متضرر می‌تواند:

30. Fundamental non-performance.

31. Fundamental breach.

32. J.c.smith, the law of contract, London, sweet maxwell, 1989.p187.

الف) برای یک مدت معقول تجاری منتظر اجرا توسط طرف ممتنع بماند.
 ب) متصل به هر گونه طرق جبرانی نقض گردد، اگر چه او قبلاً به طرف امتناع کننده ابلاغ کرده باشد که منتظر اجرای بعدی خواهد ماند.
 ج) در هر مورد اجرای تعهدات خود را تعلیق نماید و یا مطابق مقررات این ماده به اجرا ادامه دهد...^{۳۳}

بنابراین ملاحظه می‌گردد که در حقوق آمریکا نیز حق تعلیق اجرای تعهدات در اثر احتمال قوی عدم انجام تعهدات در آینده وجود دارد. لیکن در این خصوص ذکر نکاتی که حقوق آمریکا را از مقررات کنوانسیون بیع ۱۹۸۰ و اصول مؤسسه یکنواخت‌سازی متمایز می‌سازد، حائز اهمیت است. نکته اول آنکه در حقوق آمریکا تنها در صورتی حق تعلیق اجرای تعهدات وجود دارد که خود متعهد اعلام کند که تعهدات آینده خود را انجام نخواهد داد یا نمی‌تواند انجام دهد و به اصطلاح قرارداد را رد کند. علی‌رغم اینکه ممکن است متعهد در سررسید موفق به انجام تعهد گردد، لیکن همین اعلام او احتمال فراوان و معقول در خصوص عدم انجام تعهد در آینده و نقض قرارداد را ایجاد خواهد نمود. بنابراین در حقوق آمریکا پیش‌بینی نقض یا احتمال نقضی که مستبطن از احوال باشد، به

33. When either party repudiates the contract with respect to a performance not yet due the loss of which will substantially impair the value of the contract to the other, the aggrieved party may.

(a) for a commercially reasonable time await performance by the repudiating party; or
 (b) resort to any remedy for breach (Section 2-703 or Section 2-711), even though he has notified the repudiating party that he would await the latter's performance and has urged retraction; and

(c) in either case suspend his own performance or proceed in accordance with the provisions of this Article on the seller's right to identify goods to the contract notwithstanding breach or to salvage unfinished goods (Section 2-704).

طرف مقابل حق تعلیق اعطاء نخواهد نمود. ماده ۶۱۰-۲ قانون تجاری یکنواخت آمریکا تحت عنوان anticipatory repudiation، تنها اعلام رد خود متعهد را موجب حق تعلیق می‌داند.

نکته دوم آنکه اعلام و انکار متعهد در صورتی برای طرف مقابل حق تعلیق ایجاد می‌نماید که ارزش قرارداد را به‌طور اساسی برای او کاهش دهد. به عبارتی چنان‌چه متعهد اعلام کند که فلان بخش از قرارداد را نمی‌تواند و یا نمی‌خواهد انجام دهد، در صورتی که عدم انجام این قسمت، ارزش قرارداد را به‌طور اساسی برای طرف مقابل کاهش دهد، حق تعلیق وجود خواهد داشت، در غیر این صورت چنان‌چه تأثیری در ارزش قرارداد نداشته یا تأثیری اندک و غیر اساسی داشته باشد، حق تعلیق ایجاد نمی‌گردد. بدیهی است که چنین شرطی در صدر ماده ۶۱۰-۲ قانون تجاری یکنواخت آمریکا، بیانی دیگر از شرط عدم اجرای بخشی مهم تعهدات در CISG و یا عدم اجرای اساسی مذکور در اصول UNIDROIT می‌باشد.

مختصر آنکه برای ایجاد حق تعلیق اجرای تعهدات به واسطه احتمال و پیش‌بینی نقض قرارداد در حقوق آمریکا باید دو شرط ذیل جمع باشد.

۱. احتمال و پیش‌بینی نقض ناشی از اعلام رد توسط متعهد باشد و از اوضاع و احوال استنباط نشده باشد.

۲. در اثر اعلام متعهد مبنی بر رد کل یا قسمتی از تعهدات آتی، ارزش قرارداد به‌طور اساسی برای طرف مقابل کاهش یافته باشد.

نکته آنکه طرف قرارداد تنها در صورتی می‌تواند از حق تعلیق و طرق جبرانی قرارداد (بندهای ۲ و ۳ ماده ۶۱۰-۲ UCC) استفاده ننموده و متوسل به بند اول ماده مذکور (یعنی انتظار اجرا برای یک مدت معقول) بشود که به تکلیف تقلیل خسارت خود عمل نماید.

بنابراین طرف غیر ناقض تا جایی می‌تواند منتظر فرا رسیدن سررسید اجرا بماند که این منتظر ماندن به نحو فزاینده‌ای میزان خسارات را افزایش ندهد.^{۳۴}

نکته آنکه ماده ۶۰۹-۲ مقررات UCC^{۳۵} را نمی‌توان ناظر بر پیش‌بینی نقض قرارداد دانست. زیرا، موضوع ماده مذکور تنها «انتظار بر اجرای تعهدات حال شده می‌باشد، در حالی که موضوع نهاد پیش‌بینی نقض، «تعهدات آینده می‌باشد. ماده ۶۰۹-۲ از عبارت اجرای دین حال^{۳۶} استفاده نموده است، در حالی که ماده ۶۱۰-۲ از عبارت اجرای تعهدات

34. Rowley, Keith A, A Brief History of Anticipatory Repudiation in American Contract Law, University of Cincinnati Law Review, 2001, p66, Available at: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rowley.html>.

35. 2-609. Right to Adequate Assurance of Performance.

(1) A contract for sale imposes an obligation on each party that the other's expectation of receiving due performance will not be impaired. When reasonable grounds for insecurity arise with respect to the performance of either party the other may in writing demand adequate assurance of due performance and until he receives such assurance may if commercially reasonable suspend any performance for which he has not already received the agreed return.

(2) Between merchants the reasonableness of grounds for insecurity and the adequacy of any assurance offered shall be determined according to commercial standards.

(3) Acceptance of any improper delivery or payment does not prejudice the aggrieved party's right to demand adequate assurance of future performance.

(4) After receipt of a justified demand failure to provide within a reasonable time not exceeding thirty days such assurance of due performance as is adequate under the circumstances of the particular case is a repudiation of the contract.

36. Due.

حال نشده^{۳۷} استفاده نموده است. مختصر آنکه موضوع نهاد پیش‌بینی نقض، احتمال نقض تعهدات آینده و حال نشده می‌باشد. به همین دلیل موضوع ماده ۶۰۹-۲ UCC را نباید پیش‌بینی نقض دانست و لذا نیازی به بررسی آن در این مقام نمی‌باشد.

۴. حق تعلیق ناشی از پیش‌بینی نقض در حقوق انگلیس، مقررات ULIS و

PECL

بر خلاف مقررات CISG، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی UNIDROIT و حقوق آمریکا که حق تعلیق اجرای تعهدات به واسطه پیش‌بینی نقض آینده را به رسمیت شناخته اند، لیکن در حقوق انگلیس، اصول اروپایی حقوق قراردادها (PECL)^{۳۸} و کنوانسیون ۱۹۶۴ ژنو راجع به آثار قراردادها (ULIS)^{۳۹}، چنین حقی برای طرف قرارداد شناخته نشده است. در مقررات اخیر تنها از حق فسخ قرارداد یا خاتمه قرارداد به عنوان اثر پیش‌بینی نقض قرارداد یاد شده است که در مبحث دوم که راجع به حق فسخ می‌باشد، به بیان آنها خواهیم پرداخت.

۵. حق تعلیق ناشی از پیش‌بینی نقض قرارداد در حقوق ایران

در حقوق ایران هیچ نصی در خصوص حق تعلیق اجرای تعهدات در اثر پیش‌بینی نقض قرارداد وجود ندارد و لذا طرفین قرارداد ملزم به اجرای تعهدات خود بوده و حتی در صورت احتمال فراوان مبنی بر عدم انجام تعهد از سوی طرف مقابل، طرف دیگر نمی‌تواند

37. Not due.

38. Principles of European contract law.

39. Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods (The Hague, July 1, 1964).

تعهد خود را معلق نمایند. به عنوان مثال چنانچه مطابق شرایط قراردادی مقرر شود که فروشنده ابتدا کالا را تحویل دهد و ثمن یکسال بعد پرداخت گردد، لیکن نحوه رفتار مشتری و اوضاع و احوال معلوم نماید که وی ثمن را نمی‌خواهد یا نمی‌تواند پرداخت کند، فروشنده حق تعلیق تحویل خود را نخواهد داشت.

البته این صحیح که چنانچه اجل هر دو عوض هم‌زمان باشد می‌توان به حق حبس مذکور در ماده ۳۷۷ ق.م.ا^{۴۰} استناد نمود، لیکن باید توجه داشت که صرف نظر از آنکه حق حبس تنها در موارد هم‌زمانی اجل عوضین قابل اعمال است، به علاوه تعلیق اجراء و حق حبس دو نهاد حقوقی متفاوت هستند، زیرا، اولاً: اگر این دو یکسان بودند دیگر نیاز نبود که با پذیرش حق تعلیق اجراء در CISG و اصول UNIDROIT، این مقررات به حق حبس نیز اشاره نمایند. پیش‌بینی حق حبس در ماده ۲-۱-۷ اصول UNIDROIT و از طرفی شناسایی حق تعلیق به‌واسطه پیش‌بینی نقض قرارداد در ماده ۴-۳-۷ اصول مذکور، دلیلی محکم بر متفاوت بودن این دو نهاد از یکدیگر می‌باشد. ثانیاً: از تدقیق در متن مقرراتی که حق تعلیق در اثر پیش‌بینی نقض را پذیرفته‌اند معلوم می‌شود که پیش‌بینی نقض مربوط به تعهدات آینده می‌باشد، در حالی که حق حبس مربوط به دو تعهد حال می‌باشد. به عنوان مثال در نهاد پیش‌بینی نقض، یکی از طرفین باید مبلغی حال را به طرف مقابل بپردازد تا او در آینده ساختمان، محصولات یا پروژه‌ای خاص را به پرداخت‌کننده تحویل دهد. حال چنانچه از اوضاع و احوال معلوم شود که متعهد توانایی آماده‌سازی و تحویل، ساختمان یا پروژه را در آینده ندارد، طرف مقابل می‌تواند پرداخت مبلغ حال لازم‌التأدیه را تعلیق نماید. بنابراین در تعلیق اجرای تعهد، همواره یکی از تعهدات حال و تعهد دیگر مؤجل می‌باشد. شاهد

۴۰. ماده ۳۷۷ ق.م. بیان می‌دارد: «هر یک از مایع 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».

این ادعا نیز آنکه در موارد تعلیق، طرف تعلیق‌کننده می‌تواند از طرف مقابل تقاضای تضمین نماید و در صورت اعطای تضمین مناسب باید انجام تعهد خود را ادامه دهد، لیکن در حق حبس از آنجا که اجل هر دو عوض هم‌زمان می‌باشد، هر کدام از طرفین می‌تواند اعطای تضمین را به اعطای تضمین از سوی طرف مقابل منوط کند که در این صورت نیز مجدداً اختلاف در اعطای مقدم پیش می‌آید. زیرا، در هر حال ملزم دانستن یکی از آنها به اجرای مقدم یا اعطای تضمین مقدم، ترجیح بلامرجح می‌باشد.

علاوه بر حق حبس، ممکن است ادعا شود که ماده ۳۸۰ قانون مدنی و همچنین ماده ۵۳۳ قانون تجارت مصادیقی از حق تعلیق ناشی از پیش‌بینی نقض قرارداد می‌باشد. ماده ۳۸۰ ق.م.بیان می‌دارد: «در صورتی که مشتری مفلس شود و عین میع نزد او موجود باشد بایع حق استرداد آن را دارد و اگر میع هنوز تسلیم نشده باشد می‌تواند از تسلیم آن امتناع کند». حقوق دانان از این ماده تحت عنوان اختیار تفلیس یاد می‌نمایند.^{۴۱} از آنجا که اختیار و اعمال اختیار به قرارداد پایان می‌دهد، بدیهی است که نمی‌توان آن را مصداقی از حق تعلیق دانست. زیرا، در تعلیق، قرارداد همچنان ادامه دارد و فسخ نمی‌شود.^{۴۲} بنابراین اگر قرار باشد اختیار تفلیس مصداقی از نهاد پیش‌بینی نقض باشد، باید در خصوص حق فسخ (اختیار) از آن بحث شود و مشمول حق تعلیق نمی‌باشد.

ماده ۵۳۳ قانون تجارت نیز بیان می‌دارد: «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». لیکن باید توجه داشت که ماده مذکور به حق حبس اشاره دارد،

۴۱. ناصر، کاتوزیان؛ قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، میزان، تهران، چاپ ششم، بهار ۸۱، ذیل ماده ۳۸۰.
۴۲. حبیب‌الله، رحیمی؛ پیش‌بینی نقض قرارداد، مجله پژوهش حقوق و سیاست، سال هفتم، ش ۱۵ و ۱۶، ص ۱۲۸.

زیرا، فرض ماده در جایی است که قبل از ورشکستگی، مال به ورشکسته فروخته شده است و لذا حتی اگر ثمن قرارداد آنها مؤجل بوده باشد اکنون با ورشکستگی حال شده و پیش‌بینی نقض معنا ندارد، بلکه اگر نقضی هم باشد نقض حال است و نقض آینده نمی‌باشد. در نتیجه مواد مذکور را نمی‌توان معادل یا مصداقی از حق تعلیق اجرای قرارداد در حقوق ایران دانست.

آنچه به‌طور یقین سودمند است، آنکه بهتر است در قوانین ایران، در مواردی که متعهد خود اعلام می‌کند که تعهدش را نمی‌خواهد یا نمی‌تواند انجام دهد و یا از سایر اوضاع و احوال به‌طور مسلم چنین امری استنباط می‌شود، حق تعلیق اجرای قرارداد به طرف مقابل اعطاء شود. مبنای این حق را نیز می‌توان در همبستگی عوضین دانست.

مبحث دوم: حق فسخ ناشی از پیش‌بینی نقض قرارداد

در مبحث پیشین در خصوص یکی از آثار پیش‌بینی نقض قرارداد، یعنی حق تعلیق ناشی از پیش‌بینی نقض، در کنواسیون CISG، مقررات UNIDROIT، ULIS، PECL و حقوق آمریکا، انگلیس و ایران، بحث و بررسی صورت گرفت. در این مبحث قصد داریم به بررسی یکی دیگر از آثار پیش‌بینی نقض، یعنی حق فسخ، در نظام‌های حقوقی و مقررات فوق‌الذکر بپردازیم.

به عنوان مقدمه نکته آنکه فایده فسخ پیش از فرا رسیدن موعد اجرای تعهدات قراردادی آن است که به عنوان مثال به فروشنده امکان فروش مجدد کالا را می‌دهد و همچنین به خریدار نیز امکان خرید مجدد و معامله جایگزین را می‌دهد. همچنین در صورت فسخ قرارداد در اثر پیش‌بینی نقض، فسخ‌کننده می‌تواند به کلیه طرق جبرانی و از جمله مطالبه خسارت استناد نموده و اقامه دعوا نماید. بنابراین در چنین مواردی طرف غیر

ناقص نیازی به صبر تا موعد انجام تعهد را نداشته و بلکه او حق فسخ و همچنین مطالبه خسارت و سایر طرق جبرانی را دارا می‌باشد.^{۴۳}

۱. حق فسخ ناشی از پیش‌بینی نقض در CISG

ماده ۷۲ کنوانسیون بیع بین‌الملل ۱۹۸۰ مقرر می‌دارد:

- ۱- هرگاه پیش از تاریخ اجرای قرارداد روشن شود که یکی از طرفین مرتکب نقض اساسی قرارداد خواهند شد، طرف دیگر می‌تواند قرارداد را فسخ نماید.
- ۲- طرفی که قصد اعلام فسخ قرارداد را دارد، چنانچه وقت اقتضا کند مکلف است اخطار متعارفی به طرف دیگر بدهد تا برای او این امکان فراهم شود که تضمین کافی جهت ایفاء تعهدش بدهد.
- ۳- چنانچه که طرف دیگر اعلام کرده باشد که تعهدات خود را اجرا نخواهد کرد، الزامات مذکور در پاراگراف پیشین (۲) اعمال نخواهد شد.^{۴۴}

43. Nienaber, P.M, The Effect of Anticipatory Repudiation: Principle and Policy, The Cambridge Law Journal, 1962, P.219 & Rowley, Keith A, Anticipatory Repudiation of Letters of Credit, 2003, P.17 available at : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=431940 & Gilbey, op. cit, P480

44. (1) If prior to the date for performance of the contract it is clear that one of the parties will commit a fundamental breach of contract, the other party may declare the contract avoided.

(2) If time allows, the party intending to declare the contract avoided must give reasonable notice to the other party in order to permit him to provide adequate assurance of his performance.

(3) The requirements of the preceding paragraph do not apply if the other party has declared that he will not perform his obligations.

ماده مذکور با شرایطی متفاوت از ماده ۷۱، برای طرفی که نقض قرارداد در آینده را توسط طرف دیگر پیش‌بینی می‌کند حق فسخ قائل شده است. شرایط مذکور در ماده ۷۲ را می‌توان در سه مورد خلاصه نمود که ضمن توضیح، هر کدام را با شرایط مقرر در ماده ۷۱ در خصوص حق تعلیق، مقایسه خواهیم نمود.

شرط اول: روشن بودن نقض اساسی در آینده - ماده ۷۲ در بند اول بیان می‌دارد که هرگاه «...روشن شود...» (it is clear) یکی از طرفین مرتکب نقض اساسی قرارداد خواهد شد،... در حالی که ماده ۷۱ از اصطلاح «...اگر ظاهر شود...» (it becomes apparent) استفاده نموده است. به نظر می‌رسد که روشن بودن اطمینان بیشتری نسبت به ظاهر بودن ایجاد می‌کند و درجه احتمال رسیدن به واقع در روشن بودن (ماده ۷۲) بسیار بیشتر از ظاهر شدن (ماده ۷۱) می‌باشد. استفاده از دو کلمه متفاوت clear و apparent در دو ماده متوالی حاکی از توجه مقنن به تفاوت بار معنایی و درجه اطمینان آوری هر کدام از آنها می‌باشد. بنابراین برای استفاده از حق مذکور در ماده ۷۲ باید احتمال نقض از صرف ظهور فراتر رفته و بلکه روشن و شفاف باشد.

نکته آنکه ماده ۷۱ موارد و عللی را که ظهور در عدم اجرای تعهد در آینده دارد را مشخص نموده است، در حالی که در ماده ۷۲ موارد یا علل روشن بودن نقض بیان نشده است. با این وجود عده‌ای از مفسرین بیان داشته‌اند که چنانچه شدت نقصان در توانایی متعهد یا اعتبار او بسیار بیشتر و یا نحوه رفتار او در فراهم نمودن مقدمات اجرا یا خود اجرا بسیار نامناسب باشد، می‌توان آن را از موارد نقض روشن دانست.^{۴۵} با این وجود پاراگراف ۳ ماده ۷۲ اعلام متعهد مبنی بر عدم انجام تعهدات آتی را از موارد بارز پیش‌بینی نقض روشن در آینده دانسته که حتی در این مورد ارسال اخطاریه مذکور در پاراگراف ۲ ماده

45. Fritz , Enderlein & Dictrich , maskow , Op. cit , p291.

۷۲ را به واسطه احتمال فراوان نقض نیاز نمی‌داند. همچنین بند ۲ ماده ۷۳ در مورد قراردادهای اقساطی، عدم پرداخت یک یا چند قسط از اقساط قرارداد را سببی معقول و متعارف برای احتمال نقض در آینده می‌داند. همچنین عده‌ای از مفسرین، تحویل و یا پرداخت چند قسط به صورت معیوب را نیز مبنایی موجه و روشن برای احتمال نقض در آینده نسبت به کل قرارداد می‌دانند.^{۴۶} همچنین عده‌ای از حقوق‌دانان ورشکستگی و یا آغاز روند ورشکستگی خریدار را نیز از موارد روشن بودن نقض اساسی در آینده می‌دانند.^{۴۷}

شرط دوم: احتمال ارتکاب نقض اساسی - مطابق این شرط نقض غیر اساسی قرارداد و حتی در بعضی موارد، نقض بخش مهم قرارداد برای فسخ کافی نمی‌باشد و بلکه احتمال نقض باید ناظر بر نقض اساسی باشد. همان‌طور که بسیاری از مواد کنوانسیون نیز از جمله مواد ۴۹ و ۶۴، حق فسخ تنها در صورت نقض بنیادی یا اساسی وجود دارد. ماده ۷۱ برای اعمال حق تعلیق، پیش‌بینی «عدم اجرای بخش مهم تعهدات»^{۴۸} را شرط می‌داند، در حالی که ماده ۷۲ صراحتاً برای اعمال حق فسخ، پیش‌بینی «نقض اساسی»^{۴۹} را شرط و ضروری می‌داند. ماده ۲۵ کنوانسیون در تعریف نقض اساسی بیان می‌دارد: «نقض قرارداد توسط یکی از طرفین در صورتی نقض اساسی محسوب می‌شود که منجر به ورود چنان خسارتی به طرف دیگر گردد که او را از آنچه انتظار آن را به موجب قرارداد داشته، اساساً محروم نماید، مگر آنکه طرفی که قرارداد را نقض نموده است چنین نتیجه‌ای را

46. Larry A. Dimatteo, op. cit. p 129.

47. Fritz , Enderlein & Dictrich , maskow , Op. cit , p.291 & John , Honnold , Uniform law for international sales , second ed , Denver , kluwer law and taxation pub , 1991 , p496.

48. Not perform a substantial part of obligations.

49. Fundamental breach.

پیش‌بینی نمی‌کرده و یک فرد متعارف همانند او نیز در اوضاع و احوالی مشابه نمی‌توانسته آن امر را پیش‌بینی نماید. لیکن هیچ کدام از مواد کنوانسیون تعریفی از «عدم اجرای بخش مهم تعهدات» ارائه نمی‌دهد. در مطالعات صورت گرفته در نوشته‌های حقوق دانسان داخلی و خارجی نیز صرفاً به بیان وجود تفاوت بین آنها اکتفا شده است و تفاوت تفصیلی این دو اصطلاح بیان نگردیده است.^{۵۰}

در مقام بیان تفاوت «نقض اساسی» و «عدم اجرای بخش مهم تعهدات» باید اظهار داشت که مطابق ماده ۲۵ CISG دو شرط برای تحقق «نقض اساسی» ضروری است. شرط اول آنکه خسارت عمده‌ای به طرف وارد نماید، به گونه‌ای که او را از آنچه انتظار آن را به موجب قرارداد داشته محروم نماید. شرط دوم آنکه وقوع این ضرر از ناحیه نقض‌کننده و همچنین یک شخص متعارف قابل پیش‌بینی باشد. در حالی که برای تحقق «عدم اجرای بخش مهم تعهدات»، به واسطه عدم وجود نص خاص و اصل عدم شرطیت، ضرورتی به وجود شرط دوم مذکور در فوق نمی‌باشد. تفاوت مهم دیگر آنکه با توجه به متن ماده ۲۵ CISG و عبارت «عدم اجرای بخش مهم تعهدات» در ماده ۷۱، باید اظهار داشت در «نقض اساسی» کیفیت بیشتر از کمیت مورد توجه می‌باشد، در حالی که در «عدم اجرای بخش مهم تعهدات» تنها به کمیت میزان نقض تعهدات (بخش مهم) توجه می‌شود. صرف نظر از تفسیرهای دیگری که در این خصوص ممکن است بتوان ارائه داد، به نظر می‌رسد «نقض اساسی» مرتبه‌ای سخت‌تر از «عدم اجرای بخش مهم تعهدات» است.^{۵۱} رابطه این دو نیز

50. von Ziegler, Alexander, op. cit. p 357.

همچنین نگاه کنید به: حبیب الله، رحیمی؛ پیش‌بینی نقض قرارداد، مجله پژوهش حقوق و سیاست، سال هفتم، ش ۱۵ و ۱۶، ص ۱۱۹.

51. Ingeborg Schwenzer and Christiana Fountoulakis, International sales law, Cavendish, 2007, p496.

عموم و خصوص مطلق می‌باشد و نقض اساسی عام‌تر از عدم اجرای بخش مهم تعهدات می‌باشد. هر نقض اساسی به نوعی عدم اجرای بخش مهم تعهدات است، لیکن عدم اجرای بخش مهم تعهدات همواره به نقض اساسی منتهی نمی‌شود.^{۵۲}

شرط سوم: اخطار به طرف مقابل در صورت کفایت زمان - مطابق ماده ۷۱

کنوانسیون CISG، اخطاریه پیش از تعلیق برای اعمال حق تعلیق ضروری شناخته نشده و صرفاً تعلیق‌کننده می‌باید پس از اعمال حق خود، آن را به طرف مقابل اعلام نماید. در حالی که ماده ۷۲ کنوانسیون مذکور ضروری دانسته است که طرفی که می‌خواهد قرارداد را فسخ نماید، چنانچه زمان اجازه دهد و اقتضاء کند باید اخطاری معقول به طرف مقابل بدهد تا وی را قادر سازد برای تعهدش تضمین کافی بدهد. سؤال این است که منظور از قید «چنانچه زمان اجازه دهد» چیست؟ برخی حقوق‌دانان عقیده دارند که با توجه به توسعه وسایل ارتباطی امروز، فرض حالتی که زمان مقتضی اخطار نباشد بسیار دشوار است.^{۵۳} با این وجود ممکن است گاهی زمان تحویل کالا آنقدر نزدیک باشد و یا فرصتی برای گشایش اعتبار اسنادی باقی نمانده باشد، به طوری که در این فرصت اندک امکان دادن تضمین نوعاً وجود نداشته باشد که در چنین مواردی دادن اخطار ضرورتی ندارد. به هر حال اینکه زمان در چه مواقعی اقتضای اخطار را دارد و اجازه اخطار را می‌دهد از امور موضوعی بوده که در هر مورد خاص باید با توجه به جمیع اوضاع و احوال مورد ارزیابی قرار گیرد.

نکته آنکه اعلام قصد فسخ قرارداد در اثر پیش‌بینی نقض به طرف مقابل، برای

۵۲. در بعضی قوانین از جمله اصول UNIDROIT برای اعمال حق فسخ (ماده ۳-۷) و همچنین حق تعلیق (ماده ۳-۷)، «عدم اجرای اساسی» شرط دانسته شده است و لذا مقررات مذکور تفاوتی بین نوع نقض از جهت کمی و کیفی قائل نشده است.

53. John , Honnold, op. cit, p490

اعلام‌کننده بسیار مفید می‌باشد. زیرا، فسخ مبتنی بر پیش‌بینی نقض باید تنها در موارد «روشن بودن نقض اساسی» صورت گیرد. حال چنانچه فسخ‌کننده در پیش‌بینی خود همه جوانب را در نظر نگرفته باشد و عجولانه اقدام به فسخ معامله نموده باشد، خود این امر نقض و حتی غالباً نقض اساسی محسوب می‌شود و طرف مقابل مستحق استفاده از کلیه طرق جبرانی می‌باشد.^{۵۴} لذا با اعطای چنین اختطاری، طرفی که قصد فسخ قرارداد را دارد، می‌تواند از طریق تأخیر در اعمال فسخ و همچنین با توجه به اظهارات طرف مقابل، تصمیم صحیح‌تری در خصوص فسخ اتخاذ نماید.

باید توجه داشت اعلام عدم انجام تعهد از سوی متعهد و یا پیش‌بینی عدم انجام تعهد، متعهده را در وضعیت تردید قرار می‌دهد. از یک طرف چنانچه عکس‌العمل متعهده در برابر اعلام یا پیش‌بینی عدم انجام تعهد، پذیرش این امر و استفاده از حق فسخ و یا حق تعلیق باشد، ممکن است متعهد رد قرارداد یا ناتوانی خود را انکار کرده و متعهده نیز نتواند اعلام رد یا ناتوانی او در انجام تعهد را اثبات نماید و یا در مقام تشخیص شرایط اعمال فسخ و تعلیق دچار اشتباه شده و در نتیجه فسخ یا تعلیق از سوی او، خود نقض قرارداد محسوب شود. از طرفی دیگر چنانچه متعهده نسبت به اعلام متعهد یا دلالت اوضاع و احوال مبنی بر عدم امکان انجام تعهد بی‌اعتنا بماند، در نهایت ممکن است دادگاه اقدام او را مغایر با وظیفه تقلیل خسارات تلقی نموده و در نتیجه او را مستحق دریافت تمام یا بخشی از خساراتی که قابل پیش‌گیری بوده‌اند نداند. مختصر آنکه دادن چنین اختطاری می‌تواند از اشتباه در پیش‌بینی نقض قرارداد جلوگیری نماید. با این وجود در مواردی که خود متعهد اعلام می‌کند که تعهد خود را انجام نخواهد داد، دیگر نیازی به اختطاریه مذکور در پاراگراف ۲ ماده ۷۲ نمی‌باشد.

54. Carter-J.W, Breach of Contract, Second ed, The Law book Company limited, 1991, N 912

شایان ذکر است به دلایل مذکور در فوق، حتی در مورد استفاده از حق تعلیق نیز علی‌رغم عدم شرطیت، مناسب است که قصد تعلیق قبل از تعلیق به طرف مقابل اخطار گردد. لذا ارسال اخطاریه روش مناسبی جهت جلوگیری از مشکلات ناشی از تعلیق و یا فسخ غیر موجه می‌باشد.^{۵۵}

سؤالی که مطرح می‌شود آنکه در صورت تحقق شرایط فسخ یا تعلیق به سبب پیش‌بینی نقض، آیا طرف مقابل مکلف به فسخ یا تعلیق قرارداد می‌باشد و یا آنکه می‌تواند تعهدات خود را اجرا نموده و عوض آن را بخواهد. این سؤال به‌ویژه با توجه به ماده ۷۷ CISG مبنی بر وظیفه تقلیل خسارت جلوه می‌یابد. به عبارتی دیگر حق اجرای قرارداد بر وظیفه تقلیل خسارت مقدم است و یا آنکه دومی بر اولی مقدم می‌باشد؟ در جریان مذاکرات تصویب کنوانسیون، نمایندگان برخی کشورها پیشنهاد کردند که تعهد به تقلیل خسارت تعهد اصلی محسوب می‌شود و در تعارض با حق اجرا حاکم می‌باشد و عده‌ای نیز نظر مخالف داشتند. در نهایت کنوانسیون در خصوص موضوع راه حل سکوت را اتخاذ و گویا موضوع را به قوانین کشورها واگذار نموده است.^{۵۶} به نظر می‌رسد پاسخ به این سؤال در حقوق رومی ژرمنی متفاوت از حقوق کامن‌لا باشد. زیرا، در اکثر کشورهای تابع حقوق رومی ژرمنی، اصل بر اجرای اجباری قرارداد بوده و حق فوری فسخ و مطالبه خسارت استثنا می‌باشد؛^{۵۷} در حالی که در حقوق کامن‌لا اصل بر امکان مطالبه خسارت

۵۵. سید حسین، صفایی و همکاران، حقوق بیع بین‌المللی با مطالعه تطبیقی، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۴، ص ۳۴۵.

۵۶. گروهی از دانشمندان (همجده نفر)، تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی، ترجمه دکتر مهربان داراب پور، گنج دانش، ۱۳۷۴، ج ۳، ص ۷۱.

۵۷. البته در میان کشورهای تابع رومی ژرمنی نیز تعداد محدودی از کشورها از جمله آلمان در موارد نقض قرارداد، انتخاب فسخ یا اجبار به انجام تعهد را به اختیار متعهدله واگذار نموده‌اند. در حقوق ایران در موارد نقض قرارداد باید ابتدا الزام به انجام تعهد را مطالبه نمود، سپس انجام آن توسط ثالث را خواست، در

بوده و اجرای اجباری استثنای می‌باشد. هم‌چنین اوضاع و احوال هر پرونده ممکن است پاسخ سؤال را تحت تأثیر قرار دهد.

۲. فسخ در اثر پیش‌بینی نقض در مقررات ULIS

ماده ۷۶ کنوانسیون حقوق یکنواخت بیع بین‌المللی ۱۹۶۴ مقرر می‌دارد: «در جایی که قبل از تاریخ تعیین شده برای اجرای قرارداد، روشن شود که یکی از طرفین مرتکب نقض اساسی قرارداد خواهد شد، طرف دیگر حق اعلام فسخ قرارداد را دارد»^{۵۸} ماده ۷۲ کنوانسیون CISG سه شرط برای اعمال حق فسخ شامل روشن بودن نقض، نقض اساسی و دادن اخطار به قصد فسخ را ضروری می‌داند. در حالی که ماده ۷۶ ULIS ذکر از شرط سوم به میان نیاورده و تنها دو شرط روشن بودن نقض و نقض اساسی را شرط اعمال حق فسخ می‌داند. با توجه به تشابه این دو شرط با دو شرط اول CISG، لذا از توضیح مجدد آنها خودداری می‌شود.

۳. حق فسخ یا خاتمه قرارداد ناشی از پیش‌بینی نقض در مقررات

UNIDROIT و PECL

مقررات اصول اروپایی حقوق قراردادها (PECL) و همچنین اصول مؤسسه یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی (UNIDROIT) مقررات مشابهی در خصوص حق فسخ ناشی از پیش‌بینی نقض اتخاذ نموده و از آن تحت عنوان (Anticipatory non-performance)

صورت عدم امکان اجبار یا انجام توسط ثالث حق فسخ اعطا می‌گردد.

58. Where prior to the date fixed for performance of the contract it is clear that one of the parties will commit a fundamental breach of the contract, the other party shall have the right to declare the contract avoided.

یاد کرده‌اند. ماده ۹-۳۰۴ PECL مقرر می‌دارد: «در جایی که قبل از زمان اجرای قرارداد روشن شود که توسط یکی از طرفین عدم اجرای اساسی محقق خواهد شد، طرف دیگر می‌تواند قرارداد را خاتمه دهد».^{۵۹} ماده ۷-۳-۳ UNIDROIT نیز مقرر می‌دارد: «در جایی که قبل از زمان اجرای قرارداد روشن شود که توسط یکی از طرفین عدم اجرای اساسی محقق خواهد شد، طرف دیگر می‌تواند قرارداد را خاتمه دهد».^{۶۰} لذا ملاحظه می‌گردد که مقررات PECL و UNIDROIT در این خصوص کاملاً مشابه می‌باشند.

در هر دو مقررات مذکور دو شرط برای اعمال حق فسخ که تحت عنوان خاتمه دادن به قرارداد (Terminate) از آن یاد شده است ضروری شناخته شده است. شرط اول روشن بودن عدم اجرای تعهد می‌باشد. در خصوص روشن بودن و تفاوت آن با ظاهر بودن قبلاً توضیح داده‌ایم. شرط دوم این دو مقررات نیز «عدم اجرای اساسی»^{۶۱} می‌باشد. همان‌طور که بیان گردید «عدم اجرای اساسی» اصطلاح عامی می‌باشد که اعم از «نقض اساسی» و «عدم اجرای بخش مهم تعهدات» بوده و لذا مدونین PECL و UNIDROIT بر خلاف مدونین CISG تفاوتی بین شرایط تحقق حق تعلیق و حق فسخ از این حیث قائل نشده‌اند.

نکته مهم در خصوص پیش‌بینی نقض در مقررات PECL و UNIDROIT آنکه مقررات مذکور به عنوان ضمانت اجرای پیش‌بینی نقض نه از حق فسخ (Avoid)، بلکه از حق خاتمه دادن به قرارداد (Terminate) نام برده‌اند. سوالی که مطرح می‌شود آن است که آثار فسخ و خاتمه قرارداد چه تفاوت‌هایی با هم دارند؟ در پاسخ باید اظهار داشت در خصوص آثار

59. Where prior to the time for performance by a party it is clear that there will be a fundamental non-performance by it the other party may terminate the contract.

60. Where prior to the time for performance by a party it is clear that there will be a fundamental non-performance by it the other party may terminate the contract.

61. Fundamental non – performance.

فسخ و خاتمه قرارداد، قوانین مختلف رویکرد واحدی نداشته و به عنوان مثال در فقه اسلامی فسخ نسبت به گذشته اثر ندارد و منافع ایجاد شده قبل از فسخ متعلق به کسی است که در اثر عقد مالک شده است. در حالی که اصطلاح خاتمه قرارداد در فقه و حقوق اسلامی بیشتر برای قراردادهایی مدت‌دار استفاده شده است که پس از انقضای مدت خاتمه می‌یابند. در مقررات PECL، خاتمه قرارداد همان آثار فسخ در حقوق ایران را دارد و در واقع ناظر بر آینده می‌باشد. بند ۱ ماده ۹-۳۰۵ PECL تحت عنوان آثار خاتمه قرارداد به طور کلی، بیان می‌دارد: «خاتمه قرارداد طرفین را از تعهداتشان نسبت به تأثیر یا مطالبه اجرا بری می‌سازد، لیکن منوط به مقررات ۹-۳۰۶ الی ۹-۳۰۸ نسبت به حقوق و تکالیف محقق شده تا زمان خاتمه اثری ندارد».^{۶۲} این در حالی است که مقررات کنوانسیون ۱۹۸۰ نسبت به آثار فسخ رویکرد روشن و واضحی نداشته و از مواد ۸۱ و ۸۴ کنوانسیون مذکور در خصوص آثار فسخ، برداشت‌های متفاوتی شده است. بنابراین در هر مورد که قانونی خاص در نتیجه پیش‌بینی نقض قرارداد حق خاتمه یا فسخ قرارداد را اعطا نموده باشد، آثار فسخ یا خاتمه را باید بر اساس همان قانون یا نظام حقوقی حاکم بر آن قانون تعیین نمود. مقایسه آثار فسخ و خاتمه قرارداد در نظام‌ها و قوانین مختلف موضوعی مستقل بوده و خود نیازمند تحقیقی جامع می‌باشد که از حوصله این مقاله خارج است.

۴. فسخ قرارداد به واسطه پیش‌بینی نقض در حقوق آمریکا و انگلیس

همان‌طور که در مبحث پیشین بیان گردید، در نظام حقوقی انگلیس ضمانت اجرای پیش‌بینی نقض، صرفاً اعطای حق فسخ به طرف قرارداد می‌باشد و لذا در حقوق انگلیس از

62. Termination of the contract releases both parties from their obligation to effect and to receive future performance, but, subject to Articles 9:306 to 9:308, does not affect the rights and liabilities that have accrued up to the time of termination.

باب پیش‌بینی نقض نمی‌توان قرارداد را تعلیق نمود.^{۶۳} لیکن در حقوق آمریکا در موارد پیش‌بینی نقض به استناد ماده ۲-۶۱۰ UCC هم امکان تعلیق قرارداد و هم امکان فسخ قرارداد وجود دارد.

نکته آنکه پیش‌بینی نقض در حقوق انگلیس ممکن است از اوضاع و احوال موجود و یا اعلام صریح یا ضمنی عدم انجام تعهد از سوی متعهد (رد قرارداد) استنباط شود،^{۶۴} به طوری که در پرونده *Universal Cargo Carriers Corp v Citati* خواننده با توجه به اوضاع و احوال قادر به انجام تعهدات آینده خود نبود و حتی اینکه خواننده اعلام می‌نمود تعهدات را انجام خواهد داد نیز در تصمیم دادگاه تغییری ایجاد ننمود و دادگاه احتمال نقض را بسیار بالا دانست.^{۶۵} در حالی که در حقوق آمریکا به استناد صدر ماده ۲-۶۱۰ UCC، علی‌الاصول اعلام متعهد بر عدم انجام تعهد می‌تواند به عنوان پیش‌بینی نقض قرارداد تلقی گردد.

در حقوق انگلیس اکثر حقوق دانان در صورت پیش‌بینی نقض قرارداد، برای طرف مقابل قائل به دو حق می‌باشد: حق اول آنکه طرف غیر ناقض اعلام صریح یا ضمنی طرف مقابل مبنی بر نقض قرارداد را پذیرفته و به قرارداد خاتمه داده و جهت مطالبه خسارت اقامه دعوا نماید. در این صورت نیازی به صبر تا زمان سررسید تعهد جهت اقامه دعوی خسارت نمی‌باشد. دوم آنکه نقض را نپذیرفته و منتظر اجرای تعهد در سررسید بماند.^{۶۶} در حالی که در حقوق آمریکا علاوه بر دو حق مذکور، حق تعلیق قرارداد نیز برای طرف مقابل وجود

63. Kokh, Robert, op. cit, p 2 .

64. Suff, Mamah , Essential Contract Law, Cavendish Publishing Limited, London, Second edition, 2000, pp. 105-106 & Richard Stone, The Modern Law Of Contract, Cavendish Publishing Limited, London, 5th ed, 2002, p424.

65. Geoff Monahan, Essential Contract Law, Cavendish Publishing Limited, London, Second Edition, 2001, p 144.

66. Suff, Mamah. Op. cit. p. 105 & Richard Stone, op. cit, p424.

دارد. البته در حقوق انگلیس نیز بعضی حقوق‌دانان حق سومی را برای طرف غیر ناقض قائل شده و آن «حق انجام معامله جایگزین و یا انجام تعهد به هزینه متعهد» قبل از سررسید تعهد می‌باشد.^{۶۷} چنین حقی برای کاهش میزان خسارات کاملاً منطقی به نظر می‌رسد.

نکته آنکه حق منتظر ماندن تا زمان سررسید تعهد و بی‌توجهی نسبت به پیش‌بینی نقض، منوط به سه شرط است. شرط اول آنکه انتظار، سبب نقض تعهد کاهش خسارات نباشد. شرط دوم آنکه طرف غیر ناقض بتواند به تنهایی و بدون نیاز به همکاری طرف مقابل به انجام تعهدات خود ادامه دهد. شرط سوم آنکه ادامه قرارداد متضمن نفع و فایده قابل توجه و غیرقابل جایگزین برای طرف غیر ناقض داشته باشد.^{۶۸}

بر خلاف حقوق انگلیس، در حقوق آمریکا علی‌الاصول در صورت «رد قرارداد»^{۶۹} توسط متعهد است که طرف مقابل می‌تواند بر اساس نظریه پیش‌بینی نقض، قرارداد را فسخ نماید. زیرا، احتمال نقض در موارد اعلام رد بسیار بیشتر از موارد پیش‌بینی نقض حاصل از اوضاع و احوال می‌باشد. پیش‌بینی ناشی از اعلام رد متعهد، احتمال نقض در آینده را بسیار بالا می‌برد. با این وجود حتی در حقوق آمریکا نیز تمایل رویه قضایی بر آن است که پیش‌بینی نقض ناشی از اوضاع و احوال مسلم و رد ضمنی قرارداد را نیز مشمول ماده ۶۱۰-۲ بداند.

۵. فسخ قرارداد ناشی از پیش‌بینی نقض در حقوق ایران

در حقوق ایران مستند به مواد ۲۳۷ الی ۲۳۹ قانون مدنی، حتی نقض فعلی قرارداد ابتداءً به طرف مقابل حق فسخ نمی‌دهد و بلکه متعهدله باید ابتدا اجبار متعهد را بخواهد (ماده

67. Richard Stone, op. cit, p424.

68. Suff, Mamah, op. cit, p106.

69. Repudiation.

(۲۳۷) و اگر اجبار مقدور نباشد، تعهد باید به وسیله شخص دیگری به هزینه متعهد انجام گردد (ماده ۲۳۸) و چنانچه نتوان بر اساس مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ عمل نمود، آنگاه متعهدله مستند به ماده ۲۳۹ ق.م، حق فسخ قرارداد را خواهد داشت. حال با توجه به چنین مقرراتی در حقوق ایران که اجرای اجباری را اصل دانسته و حق فسخ را استثنا می‌داند، به طریق اولی باید اظهار داشت که پیش‌بینی نقض تعهدات به طرف مقابل حق فسخ نمی‌دهد. حتی چنانچه متعهد از قبل صریحاً اعلام کند که تعهدش را انجام نخواهد داد، باز هم متعهدله حق فسخ ندارد و بلکه باید در موعد مقرر الزام متعهد به انجام تعهد را مطالبه نماید. بنابراین در نظام حقوقی ایران پیش‌بینی نقض قرارداد نه حق تعلیق و نه حق فسخ به طرف مقابل اعطا می‌کند. با این وجود در حقوق ایران مقرراتی وجود دارد که ممکن است ادعا شود به نوعی یانگر ضمانت اجراهایی برای پیش‌بینی نقض قرارداد می‌باشند.

به عنوان مثال ماده ۳۸۰ قانون مدنی بیان می‌دارد: «در صورتی که مشتری مفلس شود و عین مبیع نزد او موجود باشد، بایع حق استرداد آن را دارد و اگر مبیع هنوز تسلیم نشده باشد می‌تواند از تسلیم آن امتناع کند.» ماده ۵۳۳ قانون تجارت نیز بیان می‌دارد: «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.» توضیح آنکه مفسس مذکور در ماده ۳۸۰ ق.م معادل ورشکستگی می‌باشد.^{۷۰} بنابراین مواد ۳۸۰ ق.م و ۵۳۳ ق.ت تشابه بسیار زیادی با هم دارند. حال سؤال آن است که امتناع مذکور در دو ماده فوق از باب حق حبس است و یا آنکه از باب حق فسخ قرارداد می‌باشد؟ چنانچه امتناع مذکور را از باب حق فسخ بدانیم در این صورت مواد مذکور تشابه فراوانی به مصادیق پیش‌بینی

۷۰. ناصر، کاتوزیان؛ قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، منبع پیشین، ذیل ماده ۳۸۰.

نقض خواهد داشت. اینکه عده‌ای از حقوق‌دانان عنوان ماده ۳۸۰ ق.م. را «خیار تفلیس» قرار داده‌اند می‌تواند قول بر حق فسخ بودن مواد ۳۸۰ ق.م. و ۵۳۳ ق.ت. را تقویت کند. لیکن اولاً: استفاده از اصطلاح «امتناع» به جای فسخ و ثانیاً: صراحت ماده ۵۳۴ ق.ت. که به مدیر تصفیه اجازه حفظ و بقای معامله و مطالبه تسلیم مال التجاره را در ازای پرداخت قیمت المسمی داده است، دلالت بر حق حبس بودن مواد مذکور دارند. زیرا، چنانچه مواد مذکور بیانگر حق فسخ بوده و شخص در برابر ورشکسته از حق فسخ خود استفاده نماید، دیگر مدیر تصفیه حق مطالبه تسلیم مال التجاره را نخواهد داشت. بنابراین مواد مذکور مبتنی بر حق فسخ نبوده و بلکه مبنای آنها حق حبس می‌باشد و لذا قابل مقایسه با پیش‌بینی نقض نمی‌باشند. وانگهی همان‌طور که قبلاً بیان گردید در نظریه پیش‌بینی نقض، یکی از عوضین حال و دیگری مدت‌دار می‌باشد، در حالی که در مواد ۳۸۰ ق.م. و ۵۳۳ ق.ت، با ورشکسته شدن مدیون، کلیه دیون او حال می‌شود، لذا تعهد مدیون حال است و صحبت از پیش‌بینی نقض در آینده منتفی است و اگر نقضی هم باشد مربوط به حال است. لذا مواد مذکور را نمی‌توان مصداقی از پیش‌بینی نقض دانست.^{۷۱}

ماده دیگری که در حقوق ایران از حیث نهاد پیش‌بینی نقض قابل بررسی است، ماده ۲۳۸ قانون تجارت می‌باشد. ماده مذکور مقرر می‌دارد: «اگر بر علیه کسی که براتی را قبول کرده ولی وجه آن را پرداخته 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 آن ضامن دهد یا پرداخت آن را به نحو دیگری تضمین نماید». ماده مذکور اوضاع و احوال خاص قبول کننده را باعث پیش‌بینی حق مطالبه ضامن یا هر تضمین مناسب دیگر دانسته است. این ماده صرفاً در خصوص برات قابل اعمال بوده و

۷۱. حبیب‌الله، رحیمی؛ منبع پیشین، ص ۱۴۱.

به واسطه شرایط و تضمینات خاص اسناد تجاری، قانون‌گذار چنین تضمینی را برای دارنده برات قائل شده است. عده‌ای از حقوق‌دانان اعتقاد دارند که از تنقیح منای ماده ۲۳۷ ق.ت. می‌توان چنین نتیجه گرفت که در ماده ۲۳۸ نیز در صورتی که چنین قبول‌کننده‌ای نه ضامن بدهد و نه پرداخت آن را به نحو دیگری تضمین نماید، دین او حال می‌شود.^{۷۲} به نظر می‌رسد ماده ۲۳۸ را بتوان مصداق صحیحی از پیش‌بینی نقض در آینده محسوب نمود. با این وجود باید توجه داشت که اولاً: ماده مذکور تنها در خصوص برات قابل اعمال بوده و ثانیاً: اثر پیش‌بینی نقض مطابق ماده مذکور صرفاً حق مطالبه ضامن یا تضمین دیگر می‌باشد و لذا حق فسخ یا تعلیق ایجاد نمی‌نماید. البته در خصوص برات، حق فسخ و یا حق تعلیق منتفی بوده و یا فاقد نفع برای دارنده برات می‌باشد. زیرا، اولاً: علی‌الاصول دارنده تعهدی در برابر قبول‌کننده نداشته که بخواهد تعلیق کند و ثانیاً فسخ نیز به نفع دارنده نمی‌باشد، زیرا، حداقل حق مراجعه به یکی از مسئولین برات (برانگیر) از دست می‌دهد.

ممکن است ادعا شود که در حقوق ایران بر اساس نظریه همبستگی یا موازنه عوضین می‌توان نظریه پیش‌بینی نقض قرارداد را توجیه نمود. توضیح آنکه چنانچه قبل از موعد تعهد معلوم شود که متعهد نمی‌خواهد یا نمی‌تواند تعهدات خود را انجام دهد، بر اساس نظریه همبستگی عوضین طرف مقابل می‌تواند از انجام تعهد خود امتناع و قرارداد را فسخ نماید. لیکن در پاسخ باید اظهار داشت که نظریه همبستگی عوضین هرچند که برای توجیه حق تعلیق به واسطه پیش‌بینی نقض ناشی از اعلام رد قرارداد و عدم انجام تعهد از سوی متعهد مناسب می‌باشد، لیکن نمی‌توان بر اساس آن حق فسخ اعطا نمود. حق تعلیق و همچنین حق حبس که مبنای حقوقی آنها نیز همبستگی عوضین می‌باشد،^{۷۳} در تعارض با

۷۲. محمد، دمرچلی و دیگران؛ قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی، میثاق عدالت، تهران، چاپ سوم، ۱۳۸۲، ص ۵۰۲.

۷۳. ناصر، کاتوزیان؛ قواعد عمومی قراردادها (اجرای قرارداد)، شرکت سهامی انتشار، ویرایش جدید، جلد

اصل لزوم قراردادها قرار ندارند. در حالی که اعطای حق فسخ در اثر پیش‌بینی نقض مستنداً به همبستگی عوضین، تفسیری بسیار موسع از نظریه همبستگی عوضین بوده و در تعارض با اصل لزوم قراردادها می‌باشد.

عده‌ای از حقوق‌دانان، فسخ قرارداد بر مبنای خيار تعذر تسلیم را در مواردی که تعذر مربوط به طبیعت موضوع قرارداد باشد، مصداقی از نظریه پیش‌بینی نقض دانسته‌اند.^{۷۴} در تعریف خيار تعذر تسلیم بیان شده است: «هرگاه ناتوانی در تسلیم مورد معامله بعد از عقد عارض شود، خواه موجب آن در طبیعت موضوع باشد یا در ناتوانی متعهد، طرف دیگر عقد می‌توان آن را فسخ کند».^{۷۵} اگر مبنای تعذر ناتوانی مالی طرف قرارداد باشد، حداقل در مورد تجار موضوع همان است که در باب ورشکستگی بیان گردید. در مواردی که ناتوانی مربوط به موضوع قرارداد باشد نیز، چنانچه ناتوانی به واسطه تلف موضوع قرارداد یا امری که در حکم تلف است (مانند فرار پرنده فروخته شده) باشد، موضوع مشمول تلف قبل از قبض بوده و در نتیجه قرارداد منفسخ شده و نوبت به حق فسخ نمی‌رسد. در سایر موارد نیز قدرت بر تسلیم در موعد تسلیم شرط می‌باشد (ماده ۳۷۰ ق.م.) و لذا چنانچه قبل از موعد قدرت بر تسلیم نباشد، نمی‌توان قرارداد را قبل از فرا رسیدن موعد فسخ نمود.

بنابراین ملاحظه می‌شود که در حقوق ایران مستندی وجود ندارد که بر اساس آن بتوان در اثر پیش‌بینی نقض قرارداد، به طرف مقابل حق فسخ اعطا نمود. حتی یافتن مبنایی حقوقی که بر اساس آن بتوان مقنن را تشویق به قانون‌گذاری در این خصوص نموده، به نحوی که نظر شورای نگهبان را نیز تأمین نماید، دشوار می‌باشد. نظریه همبستگی عوضین

۴، چاپ پنجم، ۱۳۸۷، صص ۹۹-۷۹، ش ۷۵۱-۷۴۱.

۷۴. حبیب‌الله، رحیمی؛ منبع پیشین، ص ۱۴۱.

۷۵. ناصر، کاتوزیان؛ قواعد عمومی قراردادها، انتشارات بهنشر، جلد ۵، چاپ اول، ۱۳۶۹، ص ۳۹۶، ش ۱۰۶۰.

علی‌رغم آنکه در توجیه حق تعلیق ناشی از پیش‌بینی نقض مؤثر می‌باشد، لیکن به واسطه تعارض مستقیم با اصل لزوم قراردادهای نمی‌تواند توجیه کننده حق فسخ در اثر پیش‌بینی نقض باشد.

حال سؤالی که مطرح می‌شود آن است که علی‌رغم فقدان نصی خاص در خصوص پیش‌بینی نقض در حقوق ایران، آیا طرفین می‌توانند از طریق درج شرط در ضمن قرارداد، در موارد پیش‌بینی نقض برای خود حق تعلیق یا فسخ قائل شوند؟ در پاسخ باید اظهار داشت ذکر چنین شروطی به‌طور کلی و بدون تعیین دقیق آنکه چه امور یا اقداماتی به منزله پیش‌بینی نقض تلقی می‌گردد، شرط را مجهول و غرری ساخته و لذا نمی‌توان آن را صحیح دانست. اما چنانچه مصادیق و اقداماتی که سبب پیش‌بینی نقض است صراحاً مشخص شود (به عنوان مثال قید گردد در صورت ورشکستگی طرف مقابل یا در صورت عدم تجهیز کارگاه تا موعد مقرر و یا عدم پرداخت دو قسط)، در این صورت چنین شروطی صحیح است؛ اما به هر حال در موارد حق فسخ نباید آنها را مصداقی از نهاد پیش‌بینی نقض دانست، بلکه موارد مذکور حسب مورد مصداقی از خیارات و به‌ویژه خیار تخلف از شرط خواهد بود. البته به هر حال در حقوق ایران ممکن است با رعایت ماده ۹۶۸ ق.م.و.ح. حتی در مواردی که فقط یکی از طرفین قرارداد خارجی باشد، چنین شروطی از طریق ارجاع به مقرراتی که در آنها پیش‌بینی نقض مقرر گردیده (مانند CISG)، در قرارداد درج گردد. بسیار مشاهده شده است که در قراردادهای بین یک ایرانی با طرفی خارجی، طرفین قوانینی (مانند مقررات CISG و UNIDROIT) را حاکم قرار داده که در آنها حق فسخ ناشی از پیش‌بینی نقض مقرر شده است. طرفین ایرانی می‌توانند با آشنایی با شرایط و آثار چنین نهادی و عنداللزوم استفاده به موقع از آن، خود را از ضرر دور داشته و منافع خود را تأمین نمایند.

نتیجه‌گیری

۱. مطابق نظریه پیش‌بینی نقض، احتمال و پیش‌بینی معقول و متعارف نقض در آینده که مستنبط از اوضاع و احوال یا اعلام عدم انجام تعهد از سوی متعهد باشد، به متعهدله حسب مورد حق تعلیق یا فسخ قرارداد یا هر دو را اعطا می‌کند.

۲. زادگاه نظریه پیش‌بینی نقض در حقوق کامن‌لا می‌باشد. زیرا، در اکثر کشورهای پیرو نظام رومی-ژرمنی، در موارد نقض تعهد، اصل بر اجرای اجباری می‌باشد، در حالی که در کامن‌لا اصل بر مطالبه خسارت می‌باشد و لذا در نظام کامن‌لا پذیرش فسخ و مطالبه خسارت در اثر پیش‌بینی نقض آسان‌تر بوده است.

۳. اثر پیش‌بینی نقض ممکن است حق تعلیق، حق فسخ و یا هر دوی آنها باشد. مقررات ULIS و مقررات PECL، در صورت «عدم اجرای اساسی» قرارداد، تنها قائل به حق خاتمه دادن به قرارداد می‌باشند. اثر خاتمه دادن به قرارداد در مقررات مذکور همانند اثر حق فسخ در حقوق ایران تنها ناظر بر آینده می‌باشد.

نظام حقوقی انگلیس نیز در صورت تحقق شرایط پیش‌بینی نقض تنها قائل بر حق فسخ برای طرف مقابل می‌باشد.

در نظام حقوقی آمریکا و مقررات UNIDROIT و کنوانسیون CISG، اثر پیش‌بینی نقض هم حق فسخ و هم حق تعلیق اجرای قرارداد می‌باشد. لیکن باید توجه داشت که در حقوق آمریکا شرایط تحقق حق تعلیق و حق فسخ مشابه و یکسان می‌باشد، در حالی که در مقررات UNIDROIT و CISG شرایط تحقق حق فسخ سخت‌گیرانه‌تر از شرایط تحقق حق تعلیق می‌باشد.

۴. در حقوق کنونی ایران، قانونی که بر اساس آن بتوان در اثر پیش‌بینی نقض به طرف مقابل حق فسخ یا تعلیق اعطا نمود وجود ندارد. در حقوق ایران اصل بر اجرای اجباری می‌باشد و حتی در موارد نقض فعلی و واقعی نیز بدو حق فسخ وجود ندارد و بلکه باید ابتدا الزام متعهد، سپس انجام توسط ثالث و نهایتاً قائل بر حق فسخ بود. در خصوص

تعلیق نیز باید توجه داشت که تعلیق اجرا نهادی متفاوت از حق حبس می‌باشد. مقرر نمودن حق تعلیق در کنار حق حبس در کنواسیون CISG و UNIDROIT دلیلی محکم بر متفاوت بودن این دو نهاد می‌باشد. ماده ۲۳۸ قانون تجارت ایران را می‌توان مصداقی از پیش‌بینی نقض، البته با قلمروی محدود و ضمانت اجرایی خاص (مطالبه تضمین) تلقی نمود.

۵. در حقوق ایران پسندیده است که قانون‌گذار در قوانین آتی، از نظریه همبستگی عوضین برای اعطای حق تعلیق به واسطه پیش‌بینی نقض، البته در مواردی که این پیش‌بینی ناشی از رد قرارداد (اعلام صریح عدم انجام تعهد از سوی متعهد) و یا از اوضاع و احوال مسلم استنباط شده باشد، استفاده نماید. لیکن باید توجه داشت اعطای حق فسخ بر اساس نظریه همبستگی قابل توجیه نمی‌باشد. زیرا، اعطای حق فسخ در اثر پیش‌بینی نقض مستنداً به همبستگی عوضین، تفسیری بسیار موسع از نظریه همبستگی عوضین بوده و در تعارض با اصل لزوم قراردادهای استثنایی بودن موارد فسخ می‌باشد.

۶. چنانچه طرفین قرارداد، حق فسخ یا تعلیق به واسطه پیش‌بینی نقض را در قرارداد شرط نمایند، چنانچه مصادیقی که پیش‌بینی نقض محسوب می‌گردد صراحتاً تعیین نگردد، شرط مذکور به واسطه مجهول و غرری بودن باطل خواهد بود. اما چنانچه مصادیق و اقداماتی که سبب پیش‌بینی نقض است صراحتاً مشخص شود (به عنوان مثال قید گردد در صورت ورشکستگی طرف مقابل یا در صورت عدم تجهیز کارگاه تا موعد مقرر و یا عدم پرداخت دو تا از اقساط)، در این صورت چنین شروطی صحیح است؛ اما نباید آنها را مصداقی از نهاد پیش‌بینی نقض دانست، بلکه موارد مذکور حسب مورد مصداقی از اختیارات و به‌ویژه اختیار تخلف از شرط خواهد بود.

به هر حال در حقوق ایران ممکن است با رعایت ماده ۹۶۸ ق.م و حتی در مواردی که فقط یکی از طرفین قرارداد خارجی باشد، چنین شروطی از طریق ارجاع به مقرراتی که در آنها پیش‌بینی نقض مقرر گردیده (مانند CISG)، در قرارداد درج گردد. بسیار مشاهده شده است که در قراردادهای بین یک ایرانی با طرفی خارجی، طرفین قوانینی (مانند

مقررات (UNIDROIT) را حاکم قرار داده که در آنها حق فسخ ناشی از پیش‌بینی نقض مقرر شده است. طرفین ایرانی می‌توانند با آشنایی با شرایط و آثار چنین نهادی و عنداللزوم استفاده به موقع از آن، خود را از ضرر دور داشته و منافع خود را تأمین نمایند.

منابع

الف) فارسی

۱. دمرچیلی، محمد و دیگران؛ قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی، میثاق عدالت، تهران، چاپ سوم، ۱۳۸۲.
۲. رحیمی، حبیب‌الله؛ پیش‌بینی نقض قرارداد، مجله پژوهش حقوق و سیاست، سال هفتم، ش ۱۵ و ۱۶.
۳. ژان پیر، یلاتار؛ حقوق جدید بیع بین‌المللی، ترجمه دکتر ایرج صدیقی، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوق بین‌الملل، ش چهاردهم و پانزدهم، ۱۳۷۰.
۴. صفایی، سید حسین و همکاران؛ حقوق بیع بین‌المللی با مطالعه تطبیقی، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۴.
۵. کاتوزیان، ناصر؛ قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، میزان، تهران، چاپ ششم، بهار ۸۱، ذیل ماده ۳۸۰.
۶. کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها (اجرای قرارداد)، شرکت سهامی انتشار، ویرایش جدید، ج ۴، چاپ پنجم، ۱۳۸۷.
۷. گروهی از دانشمندان (هجده نفر)؛ تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی، ترجمه دکتر مهربان داراب پور، گنج دانش، ۱۳۷۴، ج ۳.

ب) لاتین

1. Chengwei, Liu, Remedies for Non-Performance: Perspectives from CISG, UNIDROIT Principles & PECL, 2003, Available at: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei-77.html>.
2. Cheshire and Fifoots, Law of Contract, 9th ed, London, 1979.
3. Corbin A.L, Corbin on Contracts, Vol. 4, 1985.

4. Dawson, Francis, Metaphors and Anticipatory Breach of Contract, The Cambridge law Journal, Great Britain, April 1981.
5. Enderlein, Fritz & Maskow, Dictrich, *International sales law*, New York, Oceana publication. 1992.
6. Gilbey-strub M, *International and Comparative Law Quarterly-The Convention on the International Sale of Goods-Anticipatory Repudiation and Developing Countries*-Vol, 38-July 1989.
7. Ingeborg Schwenzer and Christiana Fountoulakis, *International sales law* , Cavendish, 2007.
8. J.c. smith, *the law of contract*, London, Sweet Maxwell, 1989.
9. John, Honnold , *Uniform law for international sales* , 2 th ed , Denver , kluwer law and taxation pub , 1991.
10. John Felemegas, An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law, Cambridge University Press, 2007.
11. Karla C. Shippey, A Short Course in International Contracts, World Trade Press, 2nd Edition, 2003.
12. Koch, Robert, *the concept of fundamental breach of contract under CISG*, Available at([http; cisg w3.law.pace.edu.cisg/biblio/koch.html](http://w3.law.pace.edu/cisg/biblio/koch.html)).
13. Larry A. DiMatteo, *INTERNATIONAL SALES LAW(a critical analysis of cisg jurisprudence)*, Cambridge University Press, 2005.
14. Nienaber-P.M. The Effect of Anticipatory Repudiation: Principle and Policy-The Cambridge Law Journal-1962.

15. Richard Stone, Contract law, Cavendish Publishing, Fifth ed, 2003.
16. Rowley, Keith A, A Brief History of Anticipatory Repudiation in American Contract Law, University of Cincinnati Law Review, 2001, Available at: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rowley.html>.
17. Rowley, Keith A, Anticipatory Repudiation of Letters of Credit, 2003, available at: [http:// papers. ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=431940](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=431940).
18. Richard Stone, The Modern Law Of Contract, Cavendish Publishing Limited, 5th ed, 2002, p449.
19. Suff, Mamah ,ESSENTIAL CONTRACT LAW, Cavendish Publishing Limited, London, Second edition, 2000 .
20. von Ziegler, Alexander, *THE RIGHT OF SUSPENSION AND STOPPAGE IN TRANSIT (AND NOTIFICATION THEREOF)*, JOURNAL OF LAW AND COMMERCE, number 25, 2005-2006.