

چگونگی اعمال فسخ در فرض نقض تعهدات قراردادی در کنوانسیون بیع بین الملل ۱۹۸۰، حقوق ایران و حقوق عراق

علی خیری جبر* - سید محمد مهدی قبولی درافشان** - اعظم انصاری***

چکیده

فسخ قرارداد از ضمانت‌اجراهای نقض تعهدات قراردادی در نظام‌های مختلف حقوقی است که همواره سؤالاتی پیرامون چگونگی و شرایط اعمال آن مطرح است. آیا متعهدله طرف قرارداد می‌تواند اقدام به فسخ نماید یا اختیار اعمال آن با دادگاه است؟ شرایط اعمال فسخ چگونه است؟ مقاله با روشی توصیفی-تحلیلی و تطبیقی این سؤالات را در کنوانسیون بیع بین الملل ۱۹۸۰، حقوق ایران و حقوق عراق پاسخ می‌دهد و وجوه افتراق و شباهت میان آنها را تبیین می‌نماید. بررسی‌ها نشان می‌دهد در حقوق ایران و کنوانسیون اعمال فسخ اصولاً با دارنده حق فسخ است ولی در حقوق عراق، قاعده کلی امکان مطالبه فسخ قرارداد از دادگاه است و ارزیابی شرایط فسخ و اعمال آن اصولاً با قاضی است. همچنین در کنوانسیون فسخ با اخطار فسخ به نقض‌کننده تعهد و در زمان متعارف صورت می‌گیرد و از زمان ارسال یا وصول اخطار به مخاطب نفوذ می‌یابد لیکن در حقوق ایران اعمال فسخ تشریفات ویژه‌ای ندارد و فوری نیست. در مجموع فسخ با اراده خود متعهدله و از راه اخطار فسخ با شرایط اقتصادی و خصوصاً اقتضانات تجاری بین‌المللی مناسب تر به نظر می‌رسد زیرا از سویی با اصل سرعت در تجارت بین الملل تناسب دارد و از سوی دیگر امنیت اقتصادی طرف دیگر را نیز تأمین می‌نماید.

کلید واژگان: نقض تعهدات قراردادی، فسخ قضایی، حقوق ایران، حقوق عراق،

کنوانسیون وین ۱۹۸۰

* دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی گروه حقوق دانشگاه فردوسی مشهد،

alikhairi.jebur@mail.um.ac.ir

** (نویسنده مسئول)، دانشیار گروه حقوق دانشگاه فردوسی مشهد، ghaboli@um.ac.ir

*** استادیار گروه حقوق دانشگاه فردوسی مشهد، aansari@um.ac.ir

چگونگی اعمال فسخ در فرض نقض تعهدات قراردادی در کنوانسیون بیع بین الملل ۱۹۸۰، حقوق ایران و حقوق عراق

علی خیری جبر*

سید محمد مهدی قبولی درافشان**

اعظم انصاری***

دیباچه

قرارداد از مهمترین ابزارهای حقوقی است که مردم در جامعه و فعالان تجاری در عرصه بین‌المللی برای رفع نیازهای خویش و تأمین منافع اقتصادی خود از آن استفاده می‌نمایند. بطور معمول قراردادها از مهمترین منابع پدیدآمدن تعهدات در عرصه‌های داخلی و نیز بین‌المللی نیز بشمار می‌آیند. به دیگر سخن در بسیاری از موارد پس از آنکه قراردادی بطور صحیح منعقد می‌گردد، تعهداتی بر عهده طرفین قرارداد قرار می‌گیرد. حتی در عرصه بین‌المللی ممکن است انعقاد یک قرارداد میان اتباع کشورهای مختلف، به انعقاد قراردادهای

* دانش آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی گروه حقوق دانشگاه فردوسی مشهد،

alikhairi.jebur@mail.um.ac.ir

** (نویسنده مسئول)، دانشیار گروه حقوق دانشگاه فردوسی مشهد، ghaboli@um.ac.ir

*** استادیار گروه حقوق دانشگاه فردوسی مشهد، aansari@um.ac.ir

فصلنامه مطالعات بین‌المللی (ISJ)، سال پانزدهم، شماره ۳، زمستان ۱۳۹۷، صص ۱۱۴-۱۹

متعدد و تبعی دیگر نیز بیانجامد. بنابراین اهمیت قراردادها و مسائل پیرامون آن در حوزه روابط بین‌المللی کمتر از عرصه داخلی نیست. در این راستا یکی از اصول مسلمی که از نظر اخلاقی و حقوقی و بین‌المللی مطرح می‌شود لزوم پای‌بندی به این تعهدات است. با این حال گاهی برخی اشخاص تعهدات قراردادی خویش را نقض می‌نمایند و آن را بطور کلی یا جزئی اجرا نمی‌نمایند. این مسئله در ارتباط با قراردادهای بین‌المللی که از نظر ارزش اقتصادی و نیز تنوع و پیچیدگی با قراردادهای داخلی قابل قیاس نیستند و مهمتر به شمار می‌آیند، توجه بیشتری را به خود جلب می‌نماید. در این ارتباط فسخ قرارداد یکی از ضمانت‌اجراهایی است که در نظام‌های حقوقی مختلف و حتی اسناد بین‌المللی مهم برای نقض تعهدات قراردادی پیش‌بینی شده است. البته در جزئیات این ضمانت اجرا از جهات مختلفی چون تقدم اجرای عینی تعهد بر فسخ یا مخیر بودن متعهدله میان فسخ و مطالبه اجرای عین تعهد، شرایط پیدایش حق فسخ و نیز شیوه اعمال و آثار فسخ تفاوت‌هایی میان نظام‌های مختلف حقوقی و نیز اسناد بین‌المللی وجود دارد. در هر حال یکی از سؤال‌های مطرح در این زمینه این است که بر فرض وجود شرایط فسخ در فرض نقض تعهدات قراردادی، آیا فسخ قرارداد با اراده طرف قرارداد صورت می‌گیرد یا اراده قاضی و نهادهای دولتی در این زمینه کارساز است؟ و بطور کلی شرایط اعمال فسخ چگونه است؟ این پژوهش مسئله یادشده را در کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بیع بین‌المللی کالا م‌صوب ۱۹۸۰؛ حقوق ایران و حقوق عراق بررسی نموده و وجوه تشابه و تفاوت این نظام‌های حقوقی را روشن می‌نماید. بررسی کنوانسیون از این جهت ضروری است که سند بین‌المللی مهمی بوده و نتیجه مطالعات تطبیقی و برآیند نظام‌های حقوقی بزرگی چون نظام حقوقی رومی ژرمنی و کامن‌لا است و گاهی ممکن است به عنوان قانون حاکم بر خرید و فروش بین اتباع کشورهای مختلف لازم‌الاجرا باشد. این نکته نیز قابل ذکر است که قبل از تدوین و تصویب کنوانسیون بیع بین‌المللی ۱۹۸۰، کنوانسیون‌های دیگری (کنوانسیون‌های لاهه ۱۹۶۴ در خصوص تشکیل و آثار بیع بین‌المللی) نیز وجود

۱. در این نوشتار جهت رعایت اختصار از کلمه «کنوانسیون» یا «کنوانسیون وین» استفاده خواهد شد.

داشته است که به دلیل عدم توانایی در تلفیق و هماهنگ سازی میان سنتها و منافع نظامهای حقوقی جاری و ساری در کشورهای مختلف، نتوانسته اقبال عمومی را در سطح بین‌المللی به خود جلب نماید. این در حالی است که کنوانسیون بیع بین الملل ۱۹۸۰ با اقبال مناسبی در عرصه روابط بین الملل مواجه شده است و تا کنون ۸۹ کشور به عضویت آن در آمده‌اند که بخش مهمی از تجارت جهانی نیز توسط همین کشورها انجام می‌گیرد. با این اوصاف و با توجه به اهمیت این کنوانسیون در روابط تجاری بین‌المللی مطالعات حقوقی پیرامون آن می‌تواند ایده‌های مناسبی را برای تنظیم روابط تجاری بین‌المللی پیش روی دولت‌ها قرار داده و در تصمیم‌گیری دولتها در خصوص پیوستن به چنین معاهدات بین‌المللی مثمر ثمر باشد. بررسی تطبیقی میان نظام‌های حقوقی ایران و عراق نیز از این جهت اهمیت دارد که این دو کشور، همسایه بوده و به ویژه امروزه مراودات فراوانی میان آنها برقرار است و کشور عراق نیز بر خلاف کشور ایران، از اعضای کنوانسیون بیع بین الملل ۱۹۸۰ می‌باشد. برای بررسی این موضوع که نحوه اعمال حق فسخ ناشی از نقض تعهدات قراردادی به چه ترتیبی است و چه قواعدی بر آن حکمفرماست، ابتدا قواعد حاکم بر اعمال حق فسخ در کنوانسیون مطالعه خواهد شد. سپس دیدگاه حقوق ایران و حقوق عراق در زمینه موضوع بررسی می‌شود.

۱. اجرای حق فسخ ناشی از نقض تعهدات قراردادی در کنوانسیون وین

کنوانسیون وین در مواردی از فسخ به عنوان یکی از ضمانت‌اجراهای نقض تعهدات توسط بایع و مشتری یاد نموده است (شیروی، ۱۳۹۰: ۱۹۹). این مسئله بویژه در مواد ۴۹ و ۶۴ کنوانسیون مورد اشاره قرار گرفته است. در بند نخست هر دو ماده در وهله اول نقض اساسی از موجبات فسخ دانسته شده و در وهله دوم در مواردی که نقض اساسی نباشد و مهلتی اضافی به متعهد برای اجرای تعهد داده شود و وی اقدام به اجرای تعهد ننماید، حق فسخ پذیرفته شده است. به موجب ماده ۴۹ کنوانسیون «۱. در موارد زیر مشتری می‌تواند

۱ http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html (last visited 29/Jan/2019)

قرارداد را فسخ نماید: الف. در صورتیکه عدم ایفای هریک از تعهدات بایع بموجب قرارداد یا این کنوانسیون نقض اساسی قرارداد محسوب شود؛ یا ب. در صورت عدم تسلیم کالا هرگاه بایع ظرف مدت اضافی که مطابق بند ۱ ماده ۴۷ توسط مشتری تعیین شده است کالا را تسلیم ننماید یا اعلام کند که ظرف مدت مزبور، کالا را تسلیم نخواهد کرد...»^۱ به موجب ماده ۶۴ کنوانسیون نیز «۱. در موارد زیر بایع می‌تواند قرارداد را فسخ نماید: الف. در صورتیکه عدم ایفای هریک از تعهدات مشتری به موجب قرارداد یا این کنوانسیون، نقض اساسی قرارداد محسوب شود؛ یا ب. هرگاه مشتری ظرف مدت اضافی که مطابق بند ۱ ماده ۶۳ توسط بایع تعیین شده است تعهدات خود را در زمینه تأدیه ثمن یا قبض کالا ایفا نکند یا اعلام نماید که ظرف مدت مزبور، ایفای تعهد نخواهد کرد...». در ماده ۷۲ نیز که هم در مورد مشتری و هم در مورد بایع قابل اجراست، آمده است: «۱. هرگاه پیش از تاریخ اجرای قرارداد معلوم شود که یکی از طرفین مرتکب نقض اساسی قرارداد خواهد شد طرف دیگر می‌تواند قرارداد را فسخ نماید...».

در هر حال آنچه مربوط به موضوع این مقاله است این است که حق فسخ پذیرفته شده در کنوانسیون، فسخ قضایی نبوده و اعمال آن نیازمند دخالت قاضی نیست (عبدالحمید، ۲۰۰۲: ۲۵۳؛ شفیق، ۱۹۸۸: ۱۸۲؛ سلیم، ۲۰۰۴: ۷۸). در واقع نقش قاضی، انشاء فسخ قرارداد نیست بلکه نقش وی می‌تواند نظارت پسینی باشد. کنوانسیون در پیدایش حق فسخ معیارهای سختی همچون نقض اساسی قرارداد را تشریح نموده ولی از نظر اجرایی، ارزیابی وجود اسباب فسخ و اعمال فسخ با متعهدله است (سلیم، ۲۰۰۴: ۸۲). این امر موجب می‌گردد که طرفین بتوانند بویژه در مواردی که در بازار نو سانات قیمت وجود دارد، قرارداد

۱. گفتنی است ترجمه ارائه شده از مواد کنوانسیون مقتبس از ترجمه ارائه شده در شماره ۹ مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی دوره دهم (دفتر خدمات حقوقی، ۱۳۶۷: ۲۳۵-۳۱۳)، است لیکن در ترجمه یادشده، از فسخ قرارداد با عنوان بطلان یادشده که با توجه به اینکه در متون رسمی چنین عبارتی وجود ندارد، بطلان به فسخ تغییر داده شد. به عنوان مثال در متن عربی ماده ۴۹ کنوانسیون که توسط آنسیترا ل منتشر شده است، آمده است: «۱. يجوز للمشتري فسخ العقد:» (لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، ۲۰۱۱: ۱۵) در حالی که در ترجمه یادشده آمده است: «در موارد زیر مشتری می‌تواند قرارداد را باطل اعلام نماید...» (دفتر خدمات حقوقی، ۱۳۶۷: ۲۷۱).

را فسخ نموده و به سرعت قراردادهای جایگزینی برای تأمین منافع خویش منعقد نمایند (Singh, 2015: 298-299). در هر حال هنگامی که براساس کنوانسیون نقض تعهدات قراردادی به پیدایش حق فسخ می‌انجامد، اعمال حق فسخ نیازمند اخطار مبنی بر فسخ قرارداد به نقض‌کننده قرارداد است که باید بررسی نمود اخطار مزبور از نظر کنوانسیون باید حائز چه شرایطی باشد و فسخ قرارداد باید در چه مدتی رخ دهد.

۱-۱. اخطار فسخ و شرایط آن

فسخ از نظر کنوانسیون وین با اراده دارنده حق فسخ صورت می‌پذیرد لیکن برای اعمال فسخ باید اخطار ساده‌ای به متعهد ارسال گردد تا وی از اراده دارنده حق در خصوص فسخ آگاهی یابد. برخی (عبدالعزیز، ۱۹۹۶: ۳۹۱-۳۸۹) ادعا نموده‌اند کنوانسیون در این زمینه از حقوق آلمان پیروی نموده است.

در هر حال براساس ماده ۲۶ کنوانسیون «اعلام فسخ قرارداد صرفاً در صورتی نافذ است که طی اخطاری به طرف دیگر به عمل آید». در مقام تبیین لزوم این اخطار گفته شده (فتیحه، ۲۰۱۵: ۵۶) مبنای چنین اخطاری اصل حسن‌نیت در معاملات است زیرا ممکن است فسخ قرارداد تجاری تبعات خطرناکی برای طرف دیگر بدنبال داشته باشد و طبیعتاً طرف اخیر در صورتیکه در مورد فسخ آگاهی یابد می‌تواند از خسارتهای آتی خویش اجتناب نماید مثلاً چنانچه استمرار اجرای قرارداد هزینه‌هایی برای وی داشته باشد با آگاهی از فسخ قرارداد دیگر به اجرای آن ادامه نخواهد داد. همچنین به اعتقاد برخی (Al-Hajaj, 2015: 29-30) لزوم اخطار موجب ثبات بیشتر روابط قراردادی میان فروشنده و خریدار است چرا که اگر متعهدله به نقض‌کننده تعهد اعلام ننماید که قرارداد فسخ شده روابط قراردادی، علیرغم وجود نقض اساسی همچنان باقی خواهد ماند.

اخطار برای همه انواع فسخ الزامی بوده و اختصاص به مورد خاصی ندارد؛ بنابراین چه سبب فسخ، نقض اساسی باشد چه سبب آن اعطای مهلت اضافی و عدم اجرای تعهد توسط متعهد در آن مهلت باشد و خواه نوع فسخ کلی یا جزئی باشد، در همه این موارد، باید اخطار صورت گیرد (حسین، ۲۰۱۷: ۳۲۸).

حال سؤال این است که آیا اخطار مورد نظر کنوانسیون باید شکل خاصی داشته باشد؟ در پاسخ باید گفت کنوانسیون شکل ویژه‌ای برای اخطار معین ننموده و اینکه اخطار در بردارنده چه چیزی باشد را نیز مشخص ننموده است (حسین، ۲۰۱۷: ۲۳۸؛ عبدالحمید، ۲۰۰۲: ۲۵۶؛ فتیحه، ۲۰۱۵: ۵۶؛ نیس، ۲۰۰۵: ۲۴۹). بنابراین اخطار تابع شکل خاصی نیست مگر اینکه طرفین بر شکل ویژه‌ای توافق نموده باشند یا رویه طرفین یا عرف تجاری شیوه خاصی در این زمینه اقتضا نماید. همچنین در مواردی که دولتهای متعاقد با استناد به ماده ۹۶ کنوانسیون اعمال ماده ۱۱ را رزو نموده باشند اخطار فسخ جز با شیوه مکتوب ممکن نیست (Singh, 2015: 299).

هرچند مضمون اخطار در کنوانسیون معین نشده است ولی برخی (عبدالحمید، ۲۰۰۲: ۳۵۶) به درستی بیان داشته‌اند که اطلاعات مندرج در اخطار باید به گونه‌ای باشد که هر شخص متعارف در جایگاه و با شرایط مخاطب اخطار، بتواند متوجه فسخ عقد گردد. گفتنی است در تعیین محتوای اخطار، علاوه بر توافق‌های میان طرفین، عرف‌های تجاری و نیز رویه سابق معمول بین طرفین قرارداد تاثیرگذار است (عبدالعزیز، ۱۹۹۶: ۴۰۲). همچنین برخی (عبدالحمید، ۲۰۰۲، صص ۲۵۷-۲۵۶) معتقدند همان‌گونه که اخطار عدم‌مطابقت باید متضمن نوع و ماهیت عیب کالا باشد، اخطار فسخ نیز باید ماهیت نقض قرارداد را که موجب فسخ شده است در برداشته باشد؛ زیرا این امر با تکلیف رعایت حسن‌نیت سازگاری دارد و موجب می‌گردد مخاطب اخطار بتواند موضع خویش را در قبال فسخ مشخص نماید و برحسب مورد اقدامات مناسب را مقابل فسخ انجام دهد.

یکی از نکات مهم در مورد اخطار فسخ این است که نباید در اخطار فسخ، تهدید به فسخ شود زیرا تهدید به فسخ با فسخ متفاوت بوده و فسخ محسوب نمی‌شود بلکه به

۱. به موجب ماده ۹۶ کنوانسیون «هریک از کشورهای متعاقد که قوانین داخلی آن انعقاد کتبی قراردادهای بیع یا مستند نمودن آنها را به صورت کتبی لازم بدانند، می‌تواند هر زمان طبق ماده ۱۲ با صدور اعلامیه اعلام نماید که هریک از مقررات ماده ۱۱، ماده ۲۹ یا فصل دوم این کنوانسیون که انعقاد قرارداد بیع یا اصلاح آن یا اقاله یا هر نوع ایجاب و قبول یا سایر انواع اعلام اراده را به هر شکل غیر کتبی اجازه می‌دهد، شامل طرفی که در کشور مزبور محل تجارت دارد نخواهد بود.»

عکس از تهدید به فسخ، تمایل به بقاء قرارداد دانسته می‌شود (عبدالحمید، ۲۰۰۲: ۲۵۷؛ فتیحه، ۲۰۱۵: ۵۷؛ حسین، ۲۰۱۷: ۲۸۴-۲۸۳). همچنین اخطار فسخ نمی‌تواند ناظر به فسخ معلق باشد زیرا فسخ معلق نیازمند تحقق شرایطی در آینده است و به این جهت اخطار فسخ مورد نظر کنوانسیون محسوب نمی‌شود (عبدالحمید، ۲۰۰۲: ۲۵۷؛ فتیحه، ۲۰۱۵: ۵۷). در مورد اینکه اخطار به چه زبانی باید صورت گیرد نیز می‌توان گفت مهم این است که اخطار به زبانی صورت گیرد که طرف مقابل بتواند آن را بفهمد و غالباً اخطار به زبانی صورت می‌گیرد که همه ارتباطات و اخطارها و ابلاغ‌های طرفین با آن زبان صورت گرفته است. در هر حال اگر در قرارداد، زبان خاصی تعیین شده باشد، اخطار باید به همان زبان رخ دهد ولی اگر زبان خاصی تعیین نشده باشد، باید با در نظر گرفتن عرف‌ها، شرایط و اوضاع و احوال مربوط به قرارداد و از جمله مذاکراتی که بین طرفین صورت گرفته، زبانی را که شخص متعارف در موقعیت نقض‌کننده تعهد بدان اتکا می‌کند، مد نظر قرار داد (المسدی، ۲۰۱۰: ۲۴۳؛ فتیحه، ۲۰۱۵: ۵۷؛ عبدالحمید، ۲۰۰۲: ۲۵۷-۲۵۸).

نکته دیگر در مورد اخطار این است که با توجه به اطلاق ماده ۲۶ کنوانسیون، اخطار می‌تواند کتبی یا شفاهی باشد. لیکن مهم این است که در هر دو صورت واضح و قابل فهم باشد چرا که اگر فهم آن غیرممکن باشد اخطار اثر خود را بر جای نخواهد گذاشت (عبدالحمید، ۲۰۰۲: ۲۵۹-۲۵۸؛ المسدی، ۲۰۱۰: ۲۴۴). همچنین در برخی آراء قضایی، اقامه دعوی فسخ در دادگاه و تکمیل دادخواست جایگزین اخطار فسخ دانسته شده است (Al-Hajaj, 2015: 30).

گفتنی است به اعتقاد برخی (عبدالحمید، ۲۰۰۲: ۲۵۹) فسخ عملی از نظر کنوانسیون پذیرفته نیست، زیرا صدور افعالی که دلالت بر فسخ نماید، اخطار محسوب نمی‌شود. این در حالی است که برخی دیگر (Magnus, 2005: 427; cf. Singh, 2015: 300) با استناد به ملاک ماده ۱۱ کنوانسیون در خصوص اصل رضائی بودن و آزادی شکل انعقاد قرارداد معتقدند در مواردی که فعل یا رفتار دارنده حق فسخ به روشنی حاکی از قصد وی مبنی بر

۲Roder V Rosedwn Federal District Court Australia (28 April 1995); Jewelry Case Superme Court Austria (28 April 2000) (Al-Hajaj, 2015: 30)

خاتمه قرارداد باشد و این رفتار به طرف مقابل نشان داده شود، فسخ نافذ است.

انتخاب وسیله و روش مناسب برای اخطار بی‌اهمیت نیست. زیرا براساس ماده ۲۷ کنوانسیون «در مواردی که هر نوع اخطار، تقاضا یا سایر انواع مراسلات توسط یکی از طرفین مطابق این فصل و با وسایلی متناسب با اوضاع و احوال صادر یا انجام می‌شود، تأخیر یا اشتباه در ارسال یا عدم وصول آن او را از حق استناد به مراسلات مذکور محروم نمی‌سازد مگر اینکه در این فصل از کنوانسیون طور دیگری تصریح شده باشد». حکم این ماده نسبت به اخطار فسخ نیز جاری است و چنانچه اخطار با وسایل مناسب انجام گیرد و ارسال‌کننده اخطار تقصیری مرتکب نشده باشد، می‌تواند از حکم این ماده بهره‌گیرد (فتیحه، ۲۰۱۵: ۵۸-۵۹). در واقع براساس ماده ۲۷ کنوانسیون، چنانچه اخطار به موقع با وسایل مناسبی انجام گیرد، مسئولیت تأخیر در رسیدن آن به مخاطب اخطار با ارسال‌کننده نیست. به دیگر سخن کنوانسیون مسئولیت متولی وسایل ارسال (پست یا تلگرام یا تلکس و...) را برعهده ارسال‌کننده اخطار نمی‌گذارد (شفیق، ۱۹۸۸: ۱۲۳-۱۲۲). به همین جهت برخی (Magnus, 2005: 426-427) اعتقاد دارند، دریافت اخطار از منظر کنوانسیون اهمیت زیادی ندارد. البته این قاعده، امری نیست و طرفین می‌توانند برخلاف آن توافق نمایند که اینگونه وظیفه حسن‌نیت ایجاب می‌کند که اگر ارسال‌کننده از عدم وصول اخطار آگاهی یافت، مخاطب اخطار را در جریان محتوای اخطار قرار دهد. حتی گاهی وظیفه تقلیل خسارات تکلیف‌یاد شده را متعین می‌نماید (عبدالحمید، ۲۰۰۲: ۲۶۴-۲۶۳).

سؤال دیگری که در مورد اخطار باید به آن پاسخ داد، این است که زمان نفوذ اخطار چه زمانی است؟ برخی با توجه به ماده ۲۷ کنوانسیون زمان نفوذ اخطار را زمان ارسال آن دانسته‌اند زیرا پس از ارسال در موقع مناسب و با وسایل مناسب، اصولاً مسئولیتی متوجه ارسال‌کننده اخطار نیست (Singh, 2015: 302). لیکن برخی دیگر نظریه و صول را در این مورد جاری دانسته و نفوذ اخطار را منوط به وصول آن به مخاطب دانسته‌اند (عبدالحمید، ۲۰۰۲، صص ۲۶۴-۲۶۵). قائلین به نظریه اخیر در زمانی که اخطار به دلایلی که مرتبط با ارسال‌کننده نیست، به مخاطب آن وصل نمی‌گردد، اخطار را از زمان فرضی و صول در شرایط معمول مؤثر می‌دانند (Al-Hajaj, 2015: 35). در مقام داوری میان این دو دیدگاه،

بنظر می‌رسد نظریه وصول با احکام کنوانسیون سازگار است چرا که در مورد تشکیل قرارداد و در مورد نفوذ ایجاب (بند نخست ماده ۱۵ کنوانسیون) و قبول (بند دوم ماده ۱۸ کنوانسیون) نیز نظریه وصول به صراحت پذیرفته شده است. بنابراین براساس اصل مزبور، اخطار نیز باید هنگام وصول آثار خود را برجای گذارد. این نظر با سایر اصولی که کنوانسیون برپایه آن استوار است مانند اصل حفظ قرارداد و محدودیت موارد فسخ نیز هماهنگی دارد (فتیحه، ۲۰۱۵: ۵۹). در واقع ماده ۲۷ کنوانسیون باید تفسیر مضیق شده و فقط مربوط به حالتی دانسته شود که سازمانی که متولی ارسال اخطار است خطایی مرتکب شده و بدلیل خطای آن سازمان، اخطار در موعد مقرر یا هیچگاه به طرف مقابل نرسیده است. در این حالت ارسال‌کننده می‌تواند، اخطار را معتبر به شمار آورده و به‌رغم اینکه به مخاطب آن نرسیده است آن را نافذ و مؤثر به شمار آورد؛ لیکن در غیر این مورد اخطار فقط پس از وصول به مخاطب، اثر خویش را برجای می‌گذارد خصوصاً اینکه کنوانسیون، از انفساخ خود به خودی قرارداد سخن نگفته است تا عقد بدون آگاهی طرفین یا یکی از ایشان برهم نخورد و از این جهت قابل تصور نیست که کنوانسیون فسخ قرارداد را به صرف ارسال اخطار و بدون اینکه طرف دیگر نسبت به آن آگاهی یابد، پذیرفته باشد (عبدالحمید، ۲۰۰۲: ۲۶۶-۲۶۷).

حال چنانچه پذیرفته شود که اثر اخطار با وصول آن به مخاطب اخطار است این سؤال مطرح می‌شود که آیا امکان انصراف از فسخ وجود دارد یا خیر؟ پاسخ به این سؤال از این جهت اهمیت دارد که گاهی ارسال‌کننده اخطار فسخ، به دلایلی به حفظ قرارداد و استفاده از سایر ضمانت‌اجراهای نقض قرارداد مانند جبران خسارت یا تقلیل ثمن متمایل می‌شود. در هر حال در پاسخ به سؤال بنابر یک نظر تا زمانی که مخاطب اخطار پذیرش فسخ را اعلام نکرده یا به اتکای فسخ قرارداد، اقدامی انجام نداده باشد، ارسال‌کننده می‌تواند اخطار خویش را مسترد دارد (Al-Hajaj, 2015: 35; cf. Jacobs, ۲۰۰۳: ۴۲۶) لیکن بنا بر نظری دیگر هنگامی که اخطار واصل شده باشد، اثر خود را برجای گذاشته و قرارداد فسخ می‌گردد و امکان عدول از آن وجود ندارد. بنابراین اگر استرداد اخطار همزمان یا قبل از اخطار فسخ به مخاطب اخطار واصل گردد، دیگر اخطار فسخ اثری نخواهد داشت و استرداد اخطار مورد قبول است. بنظر می‌رسد، پاسخ اخیر با احکام

کنوانسیون مطابقت بیشتری دارد (عبدالحمید، ۲۰۰۲: ۲۶۸-۲۶۷).

۱-۲. مهلت فسخ

اصولاً از نظر کنوانسیون وین اعمال حق فسخ تابع مهلت ویژه‌ای نیست لیکن در مواردی از این اصل عدول شده و اعمال فسخ در مدت متعارف لازم است که طبیعتاً اخطار فسخ قرارداد باید در آن مهلت انجام گیرد (محاسنه، ۲۰۱۱: ۲۵۱). بند ۲ ماده ۴۹ کنوانسیون و نیز بند ۲ ماده ۶۴ به بیان مهلت‌های مزبور پرداخته است. بند ۲ ماده ۴۹ در مورد فسخ از جانب مشتری و بند ۲ ماده ۶۴ مربوط به فسخ از جانب بایع است. در ادامه فسخ قرارداد توسط مشتری و فسخ قرارداد توسط بایع بطور جداگانه بررسی می‌شود.

۱-۲-۱. فسخ قرارداد توسط مشتری

بند ۲ ماده ۴۹ کنوانسیون مقرر می‌دارد: «۲- با وجود این، در مواردی که بایع کالا را تسلیم نموده باشد، مشتری حق اعلام فسخ قرارداد را از دست خواهد داد مگر اینکه: (الف) در صورت تأخیر تسلیم مشتری ظرف مدت متعارفی پس از وقوف به انجام تسلیم اعلام فسخ کند؛

(ب) در صورت نقض هر یک از تعهدات (از جانب بایع) جز تأخیر تسلیم، ظرف مدت متعارفی به شرح ذیل اعلام فسخ نماید:

۱. پس از اینکه نسبت به نقض، اطلاع حاصل نموده یا می‌بایست اطلاع حاصل می‌کرده است؛

۲. پس از انقضای مهلت اضافی که مطابق بند ۱ ماده ۴۷ توسط مشتری تعیین شده است یا پس از اعلام بایع مبنی بر اینکه ظرف مدت مزبور، تعهدات خود را ایفا نخواهد کرد یا

۳. پس از انقضای مهلت اضافی که مطابق بند ۲ ماده ۴۸ توسط بایع تعیین شده است یا پس از اعلام مشتری دایر بر اینکه ایفای تعهد را قبول نخواهد کرد.»

بنابراین براساس ماده فوق باید میان دو حالت تفکیک نمود. حالتی که بایع تعهد به تسلیم را انجام نداده و حالتی که تعهد به تسلیم را انجام داده است. در حالت نخست،

کنوناسیون موعده ویژه‌ای برای فسخ تعیین ننموده است و مشتری می‌تواند از زمان نقض اساسی قرارداد به خاطر عدم تسلیم کالا توسط بایع یا پایان مهلت اضافی که به بایع برای انجام تعهدش داده است اقدام به فسخ قرارداد در هر زمانی که بخواهد بنماید (عبدالحمید، ۲۰۰۲، ص ۲۷۲).

گفتنی است در صورتی که تعهد تسلیم توسط بایع انجام نشده باشد و حق فسخ به خاطر نقض احتمالی پیش‌بینی شده در ماده ۷۲ کنوانسیون پدید آمده باشد، مشتری می‌تواند فسخ زودرس را تا زمان فرا رسیدن موعد اجرای تعهد اعمال نماید (عبدالحمید، ۲۰۰۲: ۲۷۳-۲۷۱).

در حالت دوم یعنی انجام شدن تعهد به تسلیم، فسخ قرارداد باید در مدت متعارفی انجام گیرد در غیر این صورت مشتری، حق فسخ خود را از دست می‌دهد. لیکن در خصوص اینکه مبدأ مدت متعارف چه زمانی است کنوانسیون میان دو فرض تفکیک نموده است. فرض نخست، فرضی است که تسلیم با تأخیر رخ داده است و در واقع نقض تعهد، همان تأخیر در تسلیم است و فرض دیگر نقض‌هایی غیر از تأخیر در تسلیم است. در ادامه این دو مورد بررسی می‌گردد.

الف- مبدأ مهلت متعارف در فرض تأخیر در تسلیم

در این فرض مبدأ شروع مهلت متعارف، زمان آگاهی مشتری به تسلیم کالاهاست. در اینجا معیار، علم واقعی و فعلیت یافته مشتری است و به همین جهت برخی (هوزیه، ۲۰۰۵: ۴۳۸) بر این باورند که اثبات آن در عمل دشوار است.

نکته قابل توجه این است که تسلیمی که مبدأ شروع مهلت متعارف است، تسلیم کامل کالاهاست. البته در صورتی که مسئله فسخ جزئی در میان باشد، ملاک، تسلیم کامل همان جزئی است که فسخ قرارداد ناظر به آن جزء است.

در هر حال مهلت متعارف در زمینه اعلام فسخ در صورت تأخیر در تسلیم بسیار کوتاه است چرا که فروشنده در هر حال کالا را تسلیم نموده و خریدار برای تصمیم‌گیری در خصوص فسخ نیاز به زمان زیادی ندارد (Huber & Mullis, 2007: 240).

در مورد حق فسخ مربوط به قراردادهای اقساطی که مشمول بند ۱ ماده ۷۳ کنوانسیون بوده و هم در مورد بایع و هم مشتری اجرا می شود، چنانچه مشتری بخواهد حق فسخ را نسبت به یکی از اقساط و دفعات اعمال نماید، تسلیم کامل مربوط به همان دفعه ملاک عمل است.

گفتنی است اگر حق فسخ مشتری در این خصوص مربوط به نقض احتمالی اقساط و دفعات آتی باشد، براساس بند ۲ ماده ۷۳، نیز حق فسخ باید ظرف مدت متعارفی انجام شود و مبدأ این مدت متعارف از تاریخ نقض تعهدی است که اعتقاد به نقض اساسی نسبت به اقساط و دفعات آتی را ایجاد نموده است (عبدالحمید، ۲۰۰۲: ۲۷۴).

ب- مبدأ مهلت متعارف در فرض نقض سایر تعهدات

چنانچه کالاها توسط بایع تسلیم شده باشد و نقض تعهدات بایع به جهتی غیر از تأخیر در تسلیم باشد مانند اینکه کالاها با قرارداد مطابقت نداشته باشد، مبدأ مهلت متعارف برای فسخ به ترتیب ذیل است:

اولاً از زمانی که مشتری از نقض تعهد توسط بایع آگاه می گردد یا می بایست آگاه می شد.

ثانیاً در فرض اعطای مهلت اضافی به فروشنده، از زمان انقضای مهلت اضافی یا از زمانی که بایع اعلام نماید که در مهلت اضافی تعهداتش را انجام نخواهد داد.

ثالثاً براساس بند ۲ ماده ۴۸ کنوانسیون چنانچه فروشنده از خریدار درخواست کند که نظر خود را درباره پذیرش یا عدم پذیرش ایفای تعهدش توسط وی اعلام نماید و مشتری ظرف مدت متعارف این درخواست را اجابت ننموده باشد، فروشنده می تواند ظرف مدت منعکس در درخواست خود، تعهدش را ایفا کند. بموجب این ماده کنوانسیون مهلتی اضافی را به بایع برای انجام تعهدش اعطا نموده است. در این حالت مهلت متعارفی برای فسخ از تاریخ انقضای مهلت اضافی پذیرفته شده در ماده یادشده آغاز خواهد شد.

در هر حال هدف از تعیین مهلت متعارف برای اعلام فسخ، مقابله با خریداران با سوءنیتی است که در مواردی که قیمت کالاها افزایش می یابد تمایلی به فسخ ندارند ولی چنانچه قیمت کالاها به نحو قابل توجهی کاهش یابد به فسخ پناه می برند (عبدالعزیز، ۱۹۹۶: ۳۸۱).

۲-۱-۲. فسخ قرارداد توسط فروشنده

در خصوص مهلت حق فسخ بایع به خاطر نقض تعهدات توسط مشتری می‌توان میان دو حالت تفکیک نمود. حالت نخست این است که مشتری ثمن را نپرداخته است، در این حالت فروشنده برای فسخ محدود به زمان خاصی نیست و گذشت زمان حق وی در مورد فسخ را از بین نمی‌برد (صفایی و همکاران، ۱۳۹۲: ۲۴۳؛ عبدالحمید، ۲۰۰۲: ۲۸۱) لیکن در حالتی که مشتری ثمن را بطور کامل پرداخت نموده است برای فسخ مهلت تعیین شده و در این راستا کنوانسیون میان دو فرض تفکیک نموده است: فرض نخست، اجرای همراه با تأخیر تعهد توسط مشتری و فرض دوم موارد دیگری است که نقض تعهدات مشتری رخ داده است. در ادامه این دو فرض بررسی می‌شود.

الف- مهلت فسخ در فرض انجام همراه با تأخیر تعهد

در صورتی که مشتری تعهدات خویش را با تأخیر انجام داده باشد و یکی از موجبات فسخ وجود داشته باشد، چنانچه فسخ قبل از آگاهی بایع نسبت به انجام تعهد صورت گرفته است فسخ قرارداد، صحیح است. لیکن اگر بایع پس از آگاهی از انجام تعهد توسط مشتری تمایل به اعمال فسخ داشته باشد، امکان فسخ وجود ندارد. در واقع مهلت فسخ تا قبل از آگاهی نسبت به انجام تعهد توسط مشتری است. بنابراین چنانچه مشتری ثمن را پرداخته باشد لیکن تأخیر در پرداخت آن نموده باشد یا تأخیر در اجرای تعهدی دیگر غیر از پرداخت ثمن نموده باشد مانند تأخیر در قبض کالا یا مشخص نمودن کالاها، در صورتی که نقض تعهد، اساسی باشد بایع تا قبل از آگاهی نسبت به اجرای تعهد، می‌تواند حق فسخ خویش را اعمال نماید (شفیق، ۱۹۸۸: ۲۰۵). نکته قابل توجه این است که ملاک در اینجا علم واقعی بایع است نه علم مفروض یا تکلیف به آگاهی (عبدالحمید، ۲۰۰۲: ۲۸۱-۲۸۲).

ب- مهلت فسخ در فرض سایر تخلفات

در صورتی که نقض تعهدات مشتری مربوط به پرداخت ثمن و تأخیر در انجام تعهدات

نیز نباشد (مانند امتناع از قبض مبیع)، کنوانسیون مهلت اعمال فسخ را مهلتی متعارف دانسته و مبدأ مهلت متعارف از زمانی است که بایع نسبت به نقض تعهد آگاهی یافته یا می‌بایست آگاه می‌شد. در واقع در این خصوص آگاهی مفروض ملاک عمل است. همچنین در فرضی که بایع به مشتری برای انجام تعهداتش، مهلت اضافی اعطا نموده باشد، مبدأ مهلت متعارف از زمان انقضاء مهلت اضافی یا از زمانی است که مشتری اعلام نموده تعهدات خود را ظرف مدت اضافی یاد شده انجام نخواهد داد.

۲. اجرای حق فسخ ناشی از نقض تعهدات قراردادی در حقوق ایران و حقوق عراق

۲-۱. چگونگی اجرای حق فسخ ناشی از نقض تعهدات قراردادی در حقوق ایران

در حقوق ایران در صورتی که یکی از موجبات پیدایش حق فسخ به خاطر نقض تعهدات قراردادی وجود داشته باشد؛ قاعده کلی این است که فسخ از اعمال حقوقی یکجانبه بوده و با اراده دارنده حق فسخ یا نماینده قانونی یا قراردادی وی قابل اجراست. این قاعده با آنچه توسط کنوانسیون بیع بین‌المللی پذیرفته شده است مقاربت دارد و در راستای تامین منافع اقتصادی طرفین قرارداد و نیز دولت می‌باشد. زیرا برای اعمال فسخ نیاز به مراجعه به دادگاه و وجود ندارد و این مسئله نه تنها از هزینه‌های بی‌جهت دادرسی جلوگیری به عمل می‌آورد بلکه از تراکم پرونده‌های قضایی نیز می‌کاهد. از این جهت آنچه در عرصه تجارت بین‌الملل رخ می‌دهد با آنچه در حقوق داخلی ایران پذیرفته شده است قابل تطبیق و سازگاری است. لیکن نکته‌ای که حقوق ایران را با عرف موجود بین‌المللی که در کنوانسیون انعکاس یافته است متمایز می‌نماید این است که اصولاً اجرای حق فسخ تشریفات ویژه‌ای ندارد و براساس ماده ۴۴۹ قانون مدنی ایران «فسخ به هر لفظ یا فعلی که دلالت بر آن نماید حاصل می‌شود». بدیهی است، حق فسخ در صورتی امکان اجرا خواهد داشت که دارنده حق، آن را اسقاط ننموده باشد. در هر حال از نظر ثبوتی، تحقق فسخ نیازمند انشاء فسخ و ابراز آن با استفاده از چیزی است که دلالت بر اراده فسخ نماید. بنابراین و همانگونه که برخی حقوقدانان (شهیدی، ۱۳۸۸، ص ۲۰۵؛ بهرامی احمدی، ۱۳۸۶: ۲۷۶) نیز بیان داشته‌اند، با توجه به اینکه فسخ یک عمل حقوقی محسوب می‌شود، قواعد مربوط به

اهلیت نیز در اعمال آن لازم الاجراست.

گفتنی است به‌رغم اینکه اصولاً دارنده حق فسخ برای اعمال حق خویش نیازمند مراجعه به دادگاه نیست (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۶۹-۷۰؛ شیروی، ۱۳۹۶: ۲۹۳؛ قاسم زاده و همکاران، ۱۳۸۴: ۱۶۶) و از این جهت حقوق ایران با کنوانسیون قرابت دارد و چنانچه حکمی هم صادر شود جنبه اعلامی (و نه انشائی) دارد (نهرینی، ۱۳۹۰: ۱۴۶) ولی استثنائاً در مواردی، فسخ به سبب نقض تعهدات قراردادی نیازمند حکم دادگاه است. به عنوان نمونه طبق مواد ۱۲ و ۱۴ قانون روابط موجر و مستأجر ۱۳۵۶ در فسخ اجاره‌های مشمول این قانون، فسخ قضایی حاکم است. به دیگر سخن در مورد فسخ اجاره‌های یاد شده، متقاضی فسخ باید درخواست خویش را تقدیم مرجع صالح قضایی نماید تا دادگاه در مورد فسخ تصمیم‌گیری نماید. بنابراین در این خصوص نمی‌توان حکم دادگاه را اعلامی دانست بلکه باید از تأسیسی بودن حکم سخن گفت و حکم را موجب قطع رابطه حقوقی دانست. این رویکرد قانونگذار مورد انتقاد قرار گرفته و برخی صاحب‌نظران (کاتوزیان، ۱۳۷۸: ۴۹۳؛ کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۲۰۷) آن را با توجه به زیانی که برای موجر به دنبال دارد، بدعتی دانسته‌اند که با اصول حقوق ایران متعارض است. در هر حال از مصادیق دیگری که فسخ قرارداد نیازمند حکم قضایی است، فسخ قرارداد ارفاقی به سبب تخلف تاجر و رشکسته نسبت به اجرای شرایط قرارداد است چرا که همانگونه که برخی اساتید (شیروی، ۱۳۹۶: ۲۹۳) بیان داشته‌اند به استناد ماده ۴۹۴ قانون تجارت فسخ قرارداد در این حالت نیازمند اقامه دعوی است.

یک سؤال مهم پیرامون فسخ این است که در موارد وجود حق فسخ به سبب نقض تعهدات قراردادی آیا فسخ باید با فوریت صورت گیرد یا اینکه برای اعمال فسخ، فوریت شرط نیست؟

در پاسخ باید گفت قانونگذار ایران در مورد برخی اختیارات تصریح بر فوریت بودن نموده است؛ به عنوان نمونه به موجب ماده ۴۱۵ قانون مدنی «خیار رؤیت و تخلف و صف بعد از رؤیت فوری است». به موجب ماده ۴۳۵ قانون مدنی نیز «خیار عیب، بعد از علم به آن، فوری است». لیکن در مورد برخی اختیارات از جمله خیار تأخیر ثمن و خیار تخلف شرط تصریحی به فوریت نشده است و همین امر موجب اختلاف میان حقوقدانان ایران شده

است. به اعتقاد برخی حقوقدانان (شهیدی، ۱۳۸۷: ۷۵-۷۶؛ شهیدی، ۱۳۸۱، ص ۲۸۹) از آنجا که خیار فسخ معامله مخالف اصل لزوم قراردادهاست باید فقط آن را در موارد مسلم جاری دانست و نمی‌توان پس از پیدایش خیار، بقاء آن را در موارد تردید استصحاب نمود زیرا خیار، استعداد بقا ندارد تا بتوان از استصحاب برای باقی بودن آن استمداد جست. برخی از اساتید (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۱۷۳-۱۷۲) نیز از اصل عدم ولایت انسانی بر انسان دیگر، فوریت خیار را استنتاج نموده‌اند. طبیعی است مطابق این نظر باید حق فسخ با لحاظ فوریت عرفی آن اعمال گردد. در واقع مقصود از فوری بودن خیار این نیست که هر درنگ کوتاهی نیز خیار را ساقط می‌نماید، بلکه مقصود فوریت عرفی است و همانگونه که در ماده ۱۱۳۱ قانون مدنی ایران آمده «...تشخیص مدتی که برای امکان استفاده از خیار لازم بوده، بنظر عرف و عادت است» (قاسم زاده، ۱۳۹۳: ۱۴۵). برخی دیگر از حقوقدانان (کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۳۵۶؛ کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۷۷؛ همچنین رک. امامی، ۱۳۷۵: ۵۴۲؛ صفایی، ۱۳۸۵، ص ۳۱۱؛ طاهری، ۱۴۱۸، ص ۱۳۴ و ۱۵۴) معتقدند با توجه به اینکه قانونگذار بر فوری بودن برخی اختیارات تصریح نموده است لذا استنباط می‌شود که در مورد سایر اختیارات، تأخیر به اصل حق آسیب نمی‌رساند؛ همچنانکه استصحاب نیز بقای حق را ایجاب می‌نماید.

بنظر می‌رسد استناد به استصحاب نمی‌تواند قوی باشد زیرا جریان استصحاب در مواردی که موضوع آن، استعداد بقاء ندارد یا به تعبیری در موارد شک در مقتضی، محل تردید است. لیکن اینکه قانونگذار در مواردی تصریح به فوری بودن نموده و در مواردی سکوت نموده بیانگر این است که حداقل نظریه فوری نبودن خیار به اراده قانونگذار نزدیک‌تر است و نمی‌توان از این ظهور و قرینه قوی به راحتی عبور نمود. البته برخی (خدابخشی، ۱۳۹۶: ۴۴۸) ادعا نموده‌اند رویه قضائی ایران تمایل به فوری بودن اختیارات دارد.

در هر حال باید توجه داشت پذیرش نظریه فوری نبودن به این معنا نیست که تأخیر دارنده حق فسخ بدون محدودیت پذیرفته شود بلکه آنگونه که برخی اساتید (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۷۸؛ کاتوزیان، ۱۳۸۵: ۳۵۶) بیان نموده‌اند «هرگاه تأخیر در استفاده از خیار چندان به درازا کشد که از آن رضای به عقد استنباط شود، در سقوط خیار تردید نباید کرد، بویژه اگر

اوضاع و احوال و قرائن دیگر نیز این ظهور را تأیید کند».

در پایان این قسمت و با توجه به نکات فوق می‌توان گفت، در حقوق ایران در خصوص چگونگی و شرایط اعمال حق فسخ، تفکیکی میان قراردادهای تجاری و غیر تجاری (قراردادهای مصرف کننده) دیده نمی‌شود. به نظر می‌رسد باید در چنین رویکردی بازنگری نمود. زیرا قراردادهای تجاری اقتضائات خاص خود را دارد و به همین جهت ملاحظه گردید که کنوانسیون با توجه به همین اقتضائات اخطار فسخ را برای فسخ قرارداد، ضروری دانسته است تا امنیت روابط اقتصادی بین‌المللی حفظ گردد. به نظر می‌رسد در حقوق ایران پذیرش این مسئله (یعنی لزوم اخطار برای فسخ قرارداد) حداقل در مورد روابط تجاری بین‌المللی با مبانی حقوق ایران منافاتی ندارد و با توجه به اهمیت عرف در حقوق قراردادهای ایران و اینکه عرف تجارت بین‌الملل امروزه اخطار فسخ را از لوازم حسن نیت در تجارت به شمار می‌آورد، شایسته است قانونگذار ایران نیز قاعده‌ای مناسب در این زمینه وضع نماید.

۲-۲. چگونگی اجرای حق فسخ ناشی از نقض تعهدات قراردادی در حقوق عراق

بر خلاف کنوانسیون و حقوق ایران، بر اساس بند نخست ماده ۱۷۷ قانون مدنی عراق مصوب ۱۹۵۱ میلادی، نقض تعهدات قراردادی توسط متعهد با شرایطی امکان درخواست فسخ از دادگاه را برای متعهدله فراهم می‌نماید و این دادگاه است که در مورد اعمال یا عدم اعمال فسخ تصمیم‌گیری می‌نماید. از این رو طبیعی است که با وصول درخواست فسخ به دادگاه ابتدا درخواست مورد ارزیابی دادگاه قرار می‌گیرد (الف) سپس در صورتی که دادگاه مصلحت بداند اقدام به فسخ قرارداد خواهد نمود (ب).

۲-۲-۱. ارزیابی درخواست فسخ توسط دادگاه

هنگامی که یکی از طرفین قرارداد درخواست خویش را برای فسخ به دادگاه تقدیم می‌نماید و سبب آن را نقض تعهد توسط طرف مقابل اعلام می‌کند، دادگاه باید قبل از حکم به فسخ یا عدم آن، نقض ادعایی و انتساب یا عدم انتساب آن به متعهد و نیز میزان عدم

اجرای تعهد با توجه به توافق طرفین قرارداد را بررسی نماید (جوهری، ۲۰۱۳، ص ۲۳). قاضی در ابتدا شرایط مورد نیاز برای فسخ را بررسی خواهد کرد؛ مسائلی از قبیل اینکه نقض تعهد، کلی بوده یا جزئی؟ آیا تأخیر در انجام تعهد رخ داده یا خیر؟ آیا متعهد له آمادگی برای انجام تعهداتش و حق درخواست فسخ از دادگاه را داشته است یا خیر؟

آنگونه که برخی صاحب نظران (الحکیم و همکاران، ۲۰۱۲، ص ۱۷۸) بیان داشته‌اند، قاضی، اختیار وسیعی در ارزیابی درخواست فسخ دارد به همین جهت در مواردی که توجیه کافی برای حکم به فسخ وجود داشته باشد، حکم بدان می‌نماید و گاهی از صدور حکم به فسخ خودداری نموده و به متعهد، مهلتی برای اجرای تعهد می‌دهد. در هر حال قاضی در رأی خویش از شرایط و اوضاع و احوال پیرامون پرونده الهام می‌گیرد و به حسن نیت و سوء نیت متعهد نیز توجه می‌نماید.

به عنوان مثال اگر مشاهده کند که متعهد سوء نیت داشته و آشکارا نقض تعهد نموده و به رغم اینکه متعهد له به وی هشدار داده است، باز هم تعهدش را انجام ندهد، حکم به فسخ می‌نماید ولی اگر متعهد با حسن نیت باشد و عدم اجرای تعهد مربوط به اوضاع و احوال خارج از اراده وی است و مقدار انجام نشده تعهد، نسبت به کل تعهد کم اهمیت باشد یا اینکه تأخیر در انجام تعهد موجب ضرر شدیدی به متعهد له نگردیده است، در چنین حالتی حکم به فسخ ندهد، بلکه به متعهد مهلت می‌دهد. بنابراین با توجه به نکات فوق درخواست فسخ از دادگاه به معنای حتمی بودن حکم به فسخ نیست (سعد و قاسم، ۲۰۱۰: ۱۱۲؛ معوض، ۲۰۰۸: ۸۸۷). گفتنی است قاضی در ارزیابی نقض تعهد دو معیار را مدنظر قرار می‌دهد: معیار شخصی که به شخص طرف قرارداد و حسن نیت یا سوء نیت وی توجه دارد و به کمیت و کیفیت نقض تعهد توجه نمی‌نماید. براساس این معیار اینکه تعهد نقض شده، تعهدی اساسی یا فرعی است، اهمیتی ندارد بلکه مهم اراده طرفین قرارداد است که از دید ایشان نقض تعهدی که رخ داده، اساسی است یا نقضی ساده محسوب می‌شود (حمو، ۲۰۱۱: ۷۰). معیار دیگر معیار موضوعی است که قاضی براساس آن به کمیت و کیفیت نقض تعهد به صورت نوعی توجه می‌نماید. به عنوان نمونه چنانچه تعهد کارگر انجام کار معین مانند رنگ نمودن یک خانه بوده است و کارگر همه اجزاء آن را رنگ نموده و فقط

بالکن را رنگ نکرده است، در این حالت، قسمت اعظم تعهد انجام یافته و مجالی برای فسخ قرارداد باقی نمی‌ماند، لیکن اگر قسمت اعظم تعهد انجام نمی‌گرفت قاضی حکم به فسخ قرارداد می‌داد (حمو، ۲۰۱۱: ۷۱). بنظر می‌رسد قاضی در استفاده از معیارهای فوق دارای اختیار و سبب است زیرا ماده ۱۷۷ قانون مدنی عراق اختیار ارزیابی قاضی در بررسی تقاضای فسخ را محدود ننموده است.

۲-۲-۲. فسخ به حکم قاضی

در صورتی که پس از ارزیابی درخواست فسخ توسط قاضی، وی به این نتیجه برسد که مصلحت در فسخ قرارداد است، حکم به فسخ قرارداد می‌دهد. به دیگر سخن انشاء فسخ قرارداد توسط دادگاه رخ می‌دهد و در حکم فسخ قرارداد تجلی می‌یابد.

لیکن این سؤال قابل طرح است که آیا قاضی باید حکم به فسخ کل قرارداد دهد یا می‌تواند به فسخ جزئی قرارداد نیز حکم نماید؟

در پاسخ باید گفت، قاعده کلی در فسخ قرارداد، فسخ کلی است و اصولاً باید فسخ نسبت به همه اجزاء قرارداد رخ دهد لیکن این قاعده بدون استثناء نیست و گاهی امکان فسخ جزئی قرارداد نیز وجود دارد (حمو، ۲۰۱۱، ص ۸۱؛ جوهری، ۲۰۱۳: ۴۶). اگر از بررسی اوضاع و احوال مشخص گردد که باقی ماندن عقد بی‌فایده است یا سوءنیت متعهد در عدم اجرای قرارداد یا اجرا نمودن قسمت بیشتر قرارداد مشخص گردد یا احراز گردد که اجرای معیوب یا همراه با تأخیر به‌گونه‌ای است که هدف مورد نظر از عقد محقق نمی‌شود، در این مورد قاضی حکم به فسخ کل قرارداد می‌نماید (منصور، ۲۰۰۰: ۴۱۱). همچنین در موردی که تعهد قابل تجزیه نیست یا در صورت امکان تجزیه، چنانچه قسمتی که بدون اجرا باقی می‌ماند، قسمت اساسی قرارداد باشد در این مورد نیز باید کل قرارداد فسخ گردد (جوهری، ۲۰۱۳: ۴۶) لیکن در مواردی که قرارداد قابل تجزیه است بویژه قراردادهای مستمری که انجام اجزاء مختلف آن مستقل از یکدیگر است، قاضی بنا بر تشخیص خود می‌تواند حکم به فسخ جزئی نماید (امازوز، ۲۰۱۱: ۴۵۱-۴۵۲؛ حمو، ۲۰۱۱: ۸۴). هنگامی قاضی تصمیم به فسخ جزئی قرارداد می‌گیرد که اجرا نمودن جزئی تعهد،

اهمیت زیادی نداشته باشد و تعهد نیز قابل تجزیه باشد (جوهری، ۲۰۱۳: ۴۷-۴۸؛ حمو، ۲۰۱۱: ۸۵؛ الجارحی، ۱۹۸۸: ۱۰۷).

دستاورد

بررسی‌های به عمل آمده در این پژوهش نشان می‌دهد که در کنوانسیون اعمال فسخ نیازمند مطالبه از دادگاه نیست. عدم لزوم دخالت قضائی در فسخ مبتنی بر مصالح تجارت بین‌الملل و به ویژه اصل سرعت در روابط تجاری و تقلیل خسارات است. به ویژه اینکه عدم لزوم دخالت قضایی در اعمال فسخ با مصالح دولتها نیز سازگارتر است زیرا در صورت الزامی بودن مراجعه به دادگاه برای فسخ هم موجب تراکم پرونده‌ها و استهلاک نیروی انسانی می‌گردد هم هزینه‌های دادرسی (برای دولت و نیز فعالان تجاری) افزایش می‌یابد که از لحاظ اقتصادی به صرفه نیست. البته برای اعمال فسخ از نظر کنوانسیون باید احتیاطی به متعهد ارسال گردد تا وی از اراده دارنده حق در خصوص فسخ آگاهی یابد. طبیعتاً این احتیاط پاسخگوی لزوم تامین امنیت روابط اقتصادی میان کنشگران تجارت بین‌الملل است. گفتنی است در زمینه پذیرش فسخ عملی از نظر کنوانسیون اختلاف وجود دارد. اصولاً از نظر کنوانسیون اعمال حق فسخ تابع مهلت ویژه‌ای نیست لیکن در مواردی از این اصل عدول شده و از لزوم اعمال فسخ در مدت متعارف سخن گفته شده که طبیعتاً احتیاط فسخ قرارداد باید در آن مهلت انجام گیرد. در نظام حقوقی ایران نیز فسخ با اراده متعهدله صورت می‌پذیرد و برای اعمال آن نیاز به حکم قضایی نیست. بنابراین حقوق ایران و کنوانسیون از این جهت که فسخ را نیازمند حکم دادگاه نمی‌دانند با یکدیگر مقاربت دارند. لیکن در حقوق ایران، برعکس کنوانسیون، فسخ تشریفات ویژه‌ای (مانند ارسال احتیاط) نیاز نداشته و اصولاً فوریت در اعمال فسخ به دلیل نقض تعهدات قراردادی شرط نیست. در نظام حقوقی عراق برخلاف کنوانسیون و حقوق ایران، مطابق بند نخست ماده ۱۷۷ قانون مدنی عراق فسخی که به عنوان ضمانت اجرای نقض تعهدات قراردادی پذیرفته شده، فسخ قضائی است که فقط با حکم دادگاه رابطه قراردادی را منحل می‌نماید و از این جهت نقش بسیار مهمی برای دادگاه در ارزیابی نقض تعهدات قراردادی و اعمال فسخ

پذیرفته شده است. البته در حقوق ایران نیز استثنائاتی بر قاعده کلی وارد است؛ از جمله فسخ ناشی از تخلف از تعهدات در اجاره‌های مشمول قانون روابط موجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ که متعهدله نمی‌تواند رأساً قرارداد اجاره را فسخ نماید بلکه این دادگاه است که به فسخ قرارداد اجاره حکم می‌دهد. از این جهت نوعی تشابه میان حقوق ایران و عراق مشاهده می‌شود.

در پایان بنظر می‌رسد رویکرد حقوق ایران و کنوانسیون از این جهت که فسخ را در اختیار متعهدله قرارداد است نسبت به رویکرد حقوق عراق که فسخ قضایی را به عنوان قاعده کلی پذیرفته است، با اقتضائات اقتصادی سازگارتر است. از این رو پیشنهاد می‌شود نظام حقوقی عراق نیز فسخ قرارداد را پس از اخطار مطالبه انجام تعهد، در اختیار متعهدله قرار دهد و برای قاضی نقش پسینی قائل گردد. همچنین به نظر می‌رسد، دادن اخطار فسخ به متعهد برای آگاهی وی از اراده متعهدله بر فسخ قرارداد که مطابق کنوانسیون پذیرفته شده است، راه‌حل مناسبی برای کاهش خسارتهای وارد بر متعهد است. از این رو پیشنهاد می‌شود که حقوق ایران نیز برای تأمین امنیت اقتصادی کنشگران تجارت بین‌الملل و هماهنگی با اسناد و رویه‌های بین‌المللی، حداقل در مناسبات تجاری بین‌المللی با تدوین مقرره‌ای مناسب اخطار فسخ را برای مؤثر بودن فسخ، الزامی نماید.

پی‌نوشت‌ها
(۱) منابع فارسی
کتب:

۱. امامی، سید حسن؛ حقوق مدنی؛ جلد ۱، تهران: انتشارات کتابفروشی اسلامی، ۱۳۷۵.
۲. بهرامی احمدی، حمید؛ حقوق مدنی (۳)، کلیات عقود و قراردادها؛ چاپ دوم، تهران: بنیاد حقوق میزان، ۱۳۸۶.
۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر؛ فلسفه عمومی حقوق بر پایه اصالت عمل، تئوری موازنه؛ چاپ اول، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۱.
۴. شهیدی، مهدی؛ حقوق مدنی، جلد ۲، اصول قراردادها و تعهدات؛ چاپ دوم، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۱.
۵. شهیدی، مهدی؛ حقوق مدنی ۶؛ چاپ نهم، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۷.
۶. شهیدی، مهدی؛ حقوق مدنی، جلد ۵، سقوط تعهدات؛ چاپ نهم، تهران: انتشارات مجد، ۱۳۸۸.
۷. شیروی، عبدالحسین؛ حقوق تجارت بین‌الملل؛ چاپ دوم، تهران: سازمان مطالعه و تدوین علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)، پژوهشکده تحقیق و توسعه علوم انسانی، ۱۳۹۰.
۸. شیروی، عبدالحسین؛ حقوق قراردادها، انعقاد، آثار و انحلال؛ چاپ دوم، تهران: سازمان مطالعه و تدوین علوم انسانی دانشگاه‌ها (سمت)، پژوهشکده تحقیق و توسعه علوم انسانی، ۱۳۹۶.
۹. صفایی، سید حسین؛ دوره مقدماتی حقوق مدنی، جلد ۲. قواعد عمومی قراردادها؛ چاپ چهارم، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۵.
۱۰. صفایی، سید حسین، کاظمی، محمود، عادل، مرتضی و میرزائزاد، اکبر؛ حقوق بیع بین‌المللی؛ چاپ چهارم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۹۲.
۱۱. طاهری، حبیب‌الله؛ حقوق مدنی، جلد ۴؛ قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، ۱۴۱۸ق.
۱۲. قاسم زاده، سید مرتضی، ره پیک، حسن و کیایی، عبدالله؛ تفسیر قانون مدنی، اسناد،

- آرا و اندیشه‌های حقوقی؛ چاپ دوم، تهران: سمت، ۱۳۸۴.
۱۳. قاسم زاده، سیدمرتضی؛ حقوق مدنی، عقد بیع و شروط و خيارات؛ چاپ اول، تهران: بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۳.
۱۴. کاتوزیان، ناصر؛ حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها؛ جلد ۵، چاپ دوم، تهران: شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا، ۱۳۷۶.
۱۵. کاتوزیان، ناصر؛ دوره مقدماتی حقوق مدنی، در سهایی از عقود معین؛ جلد ۱، چاپ هفتم، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۸۴.
۱۶. کاتوزیان، ناصر؛ دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی، قرارداد-ایقاع؛ چاپ یازدهم، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۵.
۱۷. کاتوزیان، ناصر؛ دوره عقود معین، حقوق مدنی؛ جلد ۱، چاپ هفتم، تهران: شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا، ۱۳۷۸.
۱۸. نهرینی، فریدون؛ ماهیت و آثار فسخ قرارداد در حقوق ایران؛ چاپ سوم، تهران: کتابخانه گنج دانش، ۱۳۹۰.

مقالات:

۱. خدابخشی، عبدالله؛ «فوریت یا تراخی در اعمال خیار»؛ فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، ۴۷ (۳)، صص ۴۳۵-۴۵۰، ۱۳۹۶.

سایر منابع:

۱. دفتر خدمات حقوقی (۱۳۶۷)، «نوانسیون سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بیع بین‌المللی کالا (مورخ ۱۹۸۰)»، مجله حقوقی، ۱۰ (۹): ۳۱۳-۲۳۵.

(۲) منابع عربی

كتب:

١. الجارحي، مصطفى؛ فسخ العقد، دراسه مقارنه فى القانونين المصرى و الفرنسى؛ الطبعة الاولى، القاهرة: دارالنهضة العربيه، ١٩٨٨.
٢. حسين، اكرم محمد؛ الاخلال بالتنفيذ فى بيع التجاره الدوليه. دراسه مقارنه؛ الطبعة الاولى، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقيه، ٢٠١٧.
٣. الحكيم، عبدالمجيد، البكرى، عبدالباقى و البشير، محمد طه؛ الوجيز فى نظريه الالتزام فى القانون المدنى العراقى، مصادر الالتزام؛ الجزء الاول، بغداد: مكتبة السنهورى، ٢٠١٢.
٤. سعد، نبيل ابراهيم و قاسم، محمدحسن؛ مصادر الالتزام؛ الطبعة الاولى، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقيه، ٢٠١٠.
٥. سليم، عصام انور؛ خصائص البيع الدولى وفقا لاتفاقيه الامم المتحده بشأن البيع الدولى للبضائع المبرمه فى فيينا ١٩٨٠؛ الطبعة، الاسكندريه: منشأة المعارف، ٢٠٠٤.
٦. شفيق، محسن؛ اتفاقيه الامم المتحده بشأن البيع الدولى للبضائع، دراسه فى قانون التجاره الدولى؛ القاهرة: دارالنهضة العربيه، ١٩٨٨.
٧. محاسنه، نسرین سلامه؛ التزام البائع بالتسليم و المطابقه، دراسه فى القانون الانجليزى و اتفاقيه الامم المتحده للبيع الدولى للبضائع ١٩٨٠، اتفاقيه فيينا؛ الطبعة الاولى، عمان: دارالثقافه للنشر و التوزيع، ٢٠١١.
٨. المسدى، اسامه حجازى؛ القواعد المنظمه لعقود البيع و التجاره الدوليه؛ القاهرة: دارالكتب القانونيه، دارشحات للنشر و البرمجيات، ٢٠١٠.
٩. معوض، فؤاد محمد؛ دورالقاضى فى تعديل العقد، دراسه تأصيليه و تحليليه فى الفقه الاسلامى و القانون الوضعى؛ الطبعة، الاسكندريه: دارالجامعه الجديد للنشر، ٢٠٠٨.
١٠. منصور، محمدحسين؛ مصادر الالتزام، العقد و الاراده المنفرده؛ بيروت: الدار الجامعيه للنشر و التوزيع، ٢٠٠٠.

ساير منابع:

١. اماوز، لطيفه (٢٠١١)، التزام البائع بتسليم المبيع فى القانون الجزائرى، مذكره لنيل درجة

- الدكتوراه في العلوم. تخصص قانون، كلية الحقوق و العلوم السياسييه، الجزائر.
۲. جوهرى، سعيدة (۲۰۱۳)، سلطة القاضي في فسخ العقد. مذكره تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون تخصص عقود و مسؤوليه، جامعه اكلي محند اولحاج، البويره، كلية الحقوق و العلوم السياسييه، قسم القانون الخاص.
۳. حمو، حسيه (۲۰۱۱)، انحلال العقد عن طريق الفسخ، مذكره لنيل درجه الماجستير في القانون فرع: قانون المسؤولييه المهنيه، جامعه مولود معمرى، تيزى وزو، كلية الحقوق و العلوم السياسييه، مدرسه الدكتوراه للعلوم القانونيه و السياسييه.
۴. عبدالحميد، خالد احمد (۲۰۰۲)، فسخ عقد البيع الدولى وفقاً لإتفاقيه فيينا لعام ۱۹۸۰، مذكر لنيل درجه الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعه القاهره.
۵. عبدالعزيز، جمال محمود (۱۹۹۶)، الالتزام بالمطابقه في عقد البيع الدولى للبضائع، رساله دكتوراه، جامعه القاهره، كلية القانون.
۶. فتحيه، بن زروق (۲۰۱۵)، فسخ العقد طبقاً لإتفاقيه فيينا لسنة ۱۹۸۰ الخاصه بالبيع الدولى للبضائع، مذكره لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود و المسؤولييه، جامعه الجزائر (۱)، كلية الحقوق.
۷. لجنه الأمم المتحده للقانون التجارى الدولى (۲۰۱۱)، إتفاقيه الأمم المتحده بشأن عقود البيع الدولى للبضائع. نيويورك: الأمم المتحده.
۸. نيس، نغم حنا رؤوف (۲۰۰۴)، التزام البائع بالتسليم في عقد البيع الدولى للبضائع وفقاً لإتفاقيه فيينا ۱۹۸۰ دراسه تحليليه، اطروحه دكتوراه فلسفه في القانون الخاص، جامعه الموصل.

(۳) منابع انگليسى

Book:

1. Huber, Peter & Mullis, Alastair, **The CISG A new textbook for students and practitioners**, Germany: Sellier. European law publishers, 2007.

Articles:

1. Magnus, Ulrich, "The Remedy of Avoidance of Contract Under CISG - General Remarks and Special Cases", **Journal of Law and Commerce**, Vol. 25: 423-436, 2005.
2. Jacobs, Christopher M, "Notice of Avoidance under the CISG: A Practical Examination of Substance and Form Considerations, the Validity of Implicit Notice, and the Question of Revocability", **University of Pittsburgh Law Review**, Vol. 64: 407-429, 2003.

Other sources:

1. Al-Hajaj, Amir (2015). *The concept of fundamental breach and avoidance under CISG*, PhD thesis, Brunel University, London.
2. Singh, Lachmi (2015). *The United Nation Convention on Contracts for the International Sales of Goods 1980 (CISG) An examination of the buyers remedy of avoidance under the CISG: How is the remedy interpreted, exercised and what are the consequences of avoidance?*, PhD thesis, University of the West of England.
3. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_stat.html (last visited 29/Jan/2019)