

## The Guarantee of Implementation of the Theory of Foreseeable Violation in the Convention on the International Sale of Goods and Iran's Rights

Mehri Shams<sup>1</sup>, Jamshid Noorshargh<sup>2\*</sup>, Ahmad Shams<sup>3</sup>, Mehdi Montazer<sup>4</sup>

1. PhD Candidate in Private Law, Islamic Azad University, South Tehran Branch, Tehran, Iran.
2. Assistant Professor, Department of Private Law, Islamic Azad University, South Tehran Branch, Tehran, Iran.
3. Associate Professor, Department of Private Law, Islamic Azad University, South Tehran Branch, Tehran, Iran.
4. Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Humanities, Islamic Azad University, Damavand Branch, Tehran, Iran.

### ARTICLE INFORMATION

Article Type: Original Research

Pages:163-178

Article history:

Received: 03 Apr 2024

Edition: 21 Apr 2024

Accepted: 09 Jun 2024

Published online: 22 Sep 2024

#### Keywords:

Anticipation of Breach, Obligation, International Sale of Goods Convention, Iranian Law, Performance Guarantee.

#### Corresponding Author:

Jamshid Noorshargh

#### Address:

Iran, Tehran, South Tehran Branch, Islamic Azad University, Department of Private Law.

#### Orchid Code:

0000-0002-6028-3845

#### Tel:

021-88833110

#### Email:

jnoorshargh@gmail.com

### ABSTRACT

**Background and Purpose:** In this article, the conditions, effects, and guarantee of anticipating violations before the due date in the International Sale of Goods Convention and the possibility of accepting or not accepting this theory in Iranian law are examined and analyzed.

**Materials and Methods:** This research is theoretical and the research method was descriptive and analytical. The method of collecting information is done using books, articles and treatises and international and domestic documents in a library format

**Ethical Considerations:** In this article, the authenticity of the texts, honesty and trustworthiness have been observed.

**Findings:** Based on the theory of prediction of breach, the possibility and reasonable prediction of breach in the future, which is inferred from the announcement of non-fulfillment of the obligation by the obligor or the circumstances, the obligor has the right to suspend or terminate the contract, as the case may be, or It gives both. The origin of this theory is common law.

**Result:** Considering that the right of suspension is stipulated in the Convention on the International Sale of Goods, it can be stated that this is a strong reason for the difference between these two entities. Article 238 of Iran's Trade Law can be considered as an example of anticipating violations, of course, with a specific executive guarantee (requirement of appropriate guarantee) and a limited territory.

#### Cite this article as:

Shams, M; Noorshargh, J; Shams, A; Montazer, M. *The Guarantee of Implementation of the Theory of Foreseeable Violation in the Convention on the International Sale of Goods and Iran's Rights*. Economic Jurisprudence Studies. 2024.



فصلنامه مطالعات فقه اقتصادی، دوره ششم، شماره سوم، پاییز ۱۴۰۳

### ضمانت اجرای نظریه نقض قابل پیش بینی در کنوانسیون بیع بین المللی کالا و حقوق ایران

مهری شمس<sup>۱</sup>، جمشید نورشرق<sup>۲\*</sup>، احمد شمس<sup>۳</sup>، مهدی منتظر<sup>۴</sup>

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران جنوب، تهران. ایران.
۲. استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران جنوب، تهران. ایران.
۳. دانشیار گروه حقوق خصوصی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران جنوب، تهران. ایران.
۴. استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد دماوند، تهران. ایران.

#### چکیده

**زمینه و هدف:** در این مقاله شرایط و آثار و ضمانت اجرای پیش بینی نقض قبل از رسیدن موعد در کنوانسیون بیع بین المللی کالا و موضوع امکان پذیرش یا عدم امکان پذیرش این نظریه در حقوق ایران بررسی و تحلیل می گردد.

**مواد و روش ها:** این تحقیق از نوع نظری می باشد؛ و روش تحقیق به شکل توصیفی تحلیلی بوده است. روش گردآوری اطلاعات با استفاده از کتب، مقالات و رساله ها و اسناد بین المللی و داخلی و به صورت کتابخانه ای انجام شده است.

**ملاحظات اخلاقی:** در این مقاله اصالت متون، صداقت و امانت داری رعایت گردیده است.

**یافته ها:** بر اساس نظریه پیش بینی نقض، احتمال و پیش بینی متعارف و معقول نقض در آینده که از اعلام عدم اجرای تعهد از جانب متعهد یا شرایط و اوضاع و احوال استنباط می گردد، به متعهدله حسب مورد، حق تعلیق یا فسخ قرارداد و یا هر دو را اعطاء می کند. خاستگاه این نظریه حقوق کامن لا است.

**نتیجه:** با توجه به اینکه در کنوانسیون بیع بین المللی کالا حق تعلیق در کنار حق حبس مقرر شده است؛ می توان بیان نمود که خود این امر دلیل قوی بر متفاوت بودن این دو نهاد می باشد. ماده ۲۳۸ قانون تجارت ایران می تواند به عنوان مصداقی از پیش بینی نقض، البته با ضمانت اجرایی خاص (مطالبه تضمین مناسب) و قلمروی محدود تلقی گردد.

#### اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

صفحات: ۱۶۳-۱۷۸

سابقه مقاله:

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۱/۱۵

تاریخ اصلاح: ۱۴۰۳/۰۲/۰۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۳/۲۰

تاریخ انتشار: ۱۴۰۳/۰۷/۰۱

#### واژگان کلیدی:

پیش بینی نقض، تعهد، کنوانسیون بیع بین المللی کالا، حقوق ایران، ضمانت اجرا.

#### نویسنده مسئول:

جمشید نورشرق

آدرس پستی:

ایران، تهران، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران جنوب، گروه حقوق خصوصی.

تلفن:

021-88833110

کد ارکید:

0000-0002-6028-3845

پست الکترونیک:

jnourshargh@gmail.com

## ۱. مقدمه

در حقوق امروز، دیدگاه به عنوان نظریه «پیش بینی نقض قرارداد مطرح شده است که از موضوعات قابل توجه و بدیع کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا است که در مادتين ۷۱ و ۷۲ در مبحث پنجم بخش مقررات مشترک ناظر بر تعهدات بایع و مشتری به آن پرداخته شده است. بر اساس این نظریه، هر گاه پیش از فرارسیدن موعد انجام تعهد، متعهد به طور صریح اعلام نماید و یا از گفتار و رفتار او چنین استنباط گردد که وی اراده یا توانایی اجرای تعهد در مدت قرارداد را ندارد، پیش‌بینی نقض قرارداد مطرح می‌گردد. و در پی آن موضوع اعمال این نظریه و ضمانت اجراهای نقض قرارداد توسط متعهدله مطرح می‌شود. نظریه پیش‌بینی نقض قرارداد نخست در نظام حقوقی کامن‌لا مطرح گردید و تکامل یافت که امروزه از موضوعات مهم حقوق تجارت بین‌الملل بشمار می‌آید و دارای آثار و فواید زیادی می‌باشد. مثلاً هنگامی که فروشنده کالایی که در سررسید باید آن را به خریدار تحویل دهد، پیش از سررسید فعالیت اقتصادی و تولید محصول را متوقف سازد و حتی کارخانه‌اش را هم می‌فروشد، خریدار باید دارای حق فسخ قرارداد باشد تا از این طریق بتواند کالایی را که فروشنده قادر به تسلیم آن نیست، نسبت به خرید آن از اشخاص ثالث اقدام نماید، و بدینوسیله از افزایش خسارت بر اثر نوسان قیمت بازار پیشگیری نماید. همینطور هنگامی که خریدار اعلام می‌نماید که از قبض کالا و یا پرداخت ثمن خودداری خواهد نمود. فروشنده دارای این حق باشد که بتواند تولید کالای سفارش شده را متوقف سازد و یا از ارسال آن برای خریدار خودداری کند، و یا نسبت به فروش کالا به اشخاص ثالث اقدام نماید. این امکان سبب می‌گردد که طرف قرارداد از بی‌ثباتی و بلا تکلیفی

و نگرانی از سبب احتمال نقض قرارداد در آینده که توسط طرف دیگر قرارداد ایجاد گردیده است، خارج شود. در خصوص کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و حقوق ایران، پژوهش‌های تطبیقی متعددی انجام شده است: محمد مهدی مقدادی، در مقاله‌ای به بررسی پیش‌بینی نقض قرارداد در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، حقوق تطبیقی و ایران پرداخته است (مقدادی، ۱۳۸۶). منصور امینی، همایون مافی وحسین اعظمی چهاربرخ، در مقاله‌ای، حق فسخ ناشی از پیش‌بینی نقض قرارداد در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و حقوق ایران را مورد بررسی قرار داده‌اند (امینی، همایون مافی وحسین اعظمی چهاربرخ، ۱۳۹۰)؛ همچنین رسول قاسمی و محمد هادی مهدوی، در مقاله‌ای، حق فسخ ناشی از پیش‌بینی نقض قرارداد در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و حقوق ایران را بررسی کرده‌اند (قاسمی و مهدوی، ۱۳۹۷). تمایز و نوآوری مقاله حاضر نسبت به سایر پژوهش‌های انجام شده این است که در این مقاله ضمانت اجراهای نظریه نقض قابل پیش‌بینی در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و حقوق ایران بررسی می‌شود. در این مقاله ضمن بررسی و تحلیل شرایط، آثار و ضمانت اجراهای پیش‌بینی نقض قبل از رسیدن موعد در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و حقوق ایران، به این پرسش که در صورت تحقق پذیرش پیش‌بینی نقض قبل از رسیدن موعد در حقوق ایران، ضمانت اجراهای آن چگونه خواهد بود، پاسخ داده خواهد شد. فرضیه مقاله نیز بدین شکل مطرح شده است که حق تعلیق و حق حبس مهمترین ضمانت اجراهای نظریه نقض قابل پیش‌بینی در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و حقوق ایران است.

## ۲. مواد و روش‌ها

این تحقیق از نوع نظری می‌باشد و روش تحقیق به شکل توصیفی تحلیلی بوده است. روش گردآوری اطلاعات با استفاده از کتب، مقالات و رساله‌ها و اسناد بین‌المللی و داخلی و به صورت کتابخانه‌ای انجام شده است.

## ۳. ملاحظات اخلاقی

در این مقاله اصالت متون، صداقت و امانت داری رعایت گردیده است.

## ۴. یافته‌ها

بر اساس نظریه پیش‌بینی نقض، احتمال و پیش‌بینی متعارف و معقول نقض در آینده که از اعلام عدم اجرای تعهد از جانب متعهد یا شرایط واوضاع و احوال استنباط می‌گردد، به متعهدله حسب مورد، حق تعلیق یا فسخ قرارداد و یا هر دو را اعطاء می‌کند. خاستگاه این نظریه حقوق کامن لا است.

## ۵. بحث

پیش‌بینی نقض قرارداد در واقع نوعی تحقق آگاهی است که قبل از فرا رسیدن موعد اجرای تعهد یک طرف، طرف مقابل به این نتیجه دست می‌یابد که متعهد قرارداد را اجرا نخواهد کرد. در حقوق امروز خصوصاً در نظام حقوقی کامن لا، در کنار نقض واقعی، یک نوع نقض دیگر که به نوبه خود یک نقض مستقل محسوب می‌گردد به رسمیت شناخته شده است که از آن به نقض قابل پیش‌بینی، نقض احتمالی قرارداد یا نقض فرضی تعبیر می‌گردد ( صفایی و همکاران، ۱۳۸۷، ۴۲۷ ). این نوع نقض زمانی تحقق می‌یابد که بعد از انعقاد قرارداد و پیش از فرا رسیدن موعد انجام قرارداد، مسئله عدم انجام تعهدات قراردادی متعهد مطرح شود (کارتز، ۱۹۹۱، ۲۱۶). یکی از موضوعات جالب توجه که در کنوانسیون بیع بین‌المللی، در مورد

قراردادهای بیع بین‌المللی کالا مطرح شده «پیش‌بینی نقض قرارداد» است. طبق این نظریه، چنانچه پس از انعقاد قرارداد معلوم شود که یکی از طرفین بخش اساسی تعهدات خود را ایفا نخواهد نمود و یا مرتکب نقض اساسی قرارداد خواهد شد، به طرف دیگر حق داده می‌شود که اجرای تعهدات خود را معلق کند یا قرارداد را فسخ نماید.

## ۵-۱. شرایط اعمال نظریه پیش‌بینی نقض

### قرارداد قبل از رسیدن موعد

در این قسمت به بررسی شرایط اعمال نظریه پیش‌بینی نقض قرارداد قبل از رسیدن موعد پرداخته می‌شود.

## ۵-۱-۱. وجود معیارهای منطقی و معقول

### احتمال نقض در آینده

«از جمله انتقاداتی که از طرف منتقدین بر نظریه پیش‌بینی نقض قرارداد قبل از رسیدن موعد وارد گردیده است، اتکای آن به معیارهای شخصی درون ذاتی است. بدین مفهوم که زمانی که یک طرف قرارداد به این بهانه که متعهد در موعد مقرر به تعهدات قراردادی خویش نخواهد عمل نماید، بتواند از ابزارهایی مانند تعلیق و فسخ قرارداد استفاده کند، از اجرای تعهدات قراردادی خویش خودداری نماید، طریق سوء استفاده از اختیار هموار می‌گردد و این امکان را به فردی که از جهت اقتصادی در موقعیت برتری قرار گرفته است، می‌دهد که به طور خود سرانه مبتنی بر برآوردهای شخصی به قرارداد خاتمه بخشد» (همت کار، ۱۳۸۴، ۶۲-۹۲).

برای برطرف نمودن این نگرانی بر گرایش هر چه بیشتر به سوی ملاک های معقول، عینی و نوعی تأکید گردیده است. بر همین مبنا، رویه‌های قضایی و داوری بین‌المللی حاکی از آن است که عدم

منطقی و معقول بودن احتمال نقض احراز نشود، اصل بر عدم نقض قرارداد است. نگرانی عمده در این خصوص، سوءاستفاده از احتمال نقض قرارداد، توسل جستن به احتمالات غیرمنطقی به منظور خودداری از اجرای تعهدات و بروز بی ثباتی و عدم اطمینان در روابط قراردادی است. شرط مذکور به منظور رفع این نگرانی مطرح شده است. تلاشهایی که در جهت ارائه معیارهای عینی از ماهیت پیش بینی صورت گرفته نیز در این رابطه قابل فهم است.

### ۵-۱-۲. عمده یا اساسی بودن نقض ( کامل

#### بودن امتناع از انجام قرارداد)

بر اساس مواد ۷۱ و ۷۲ کنوانسیون بیع بین المللی کالا نقض باید عمده یا اساسی باشد. اما نقض جزئی ممکن است به طور کلی قابل صرف نظر باشد و یا به موجب آن بتوان مطالبه خسارت نمود، اما ایجاد حق تعلیق یا حق فسخ نمی نماید (دیلمی، ۱۳۹۶، ۳۴). «در مواد ۷۱ و ۷۲ کنوانسیون بیع بین المللی کالا چنانچه امتناع از انجام قرارداد به بخش اساسی تعهدات مربوط باشد و یا به نقض اساسی منجر شود، حق تعلیق یا فسخ قرارداد را برای طرف دیگر ایجاد می کند. در واقع نقض اساسی زمانی محقق می گردد که طرف مقابل قرارداد از بخش عمده ای از انتظارات قراردادی خویش محروم گردد. در حقوق انگلستان هم نقض یک شرط مهم که کلیت و اساس تشکیل دهنده یک قرارداد است، و همواره طرف متضرر را از قسمت عمده انتظارات خویش محروم می گرداند، علتی برای خاتمه دادن به قرارداد قلمداد می گردد. در صورتی که نقض شرط غیر مهم فاقد چنین اثری است» (تریتیل، ۱۹۹۵، ۲۷۱).

شرط کامل بودن نقض را به جدی بودن نقض نیز تعبیر کرده اند و عقیده دارند که امتناع از انجام قرارداد هنگامی تحقق می یابد که شرط جدی بودن

اطمینان به انجام تعهدات قراردادی زمانی زمینه ساز تعلیق و فسخ قرارداد توسط متعهدله می گردد که به ملاک های جدی و معقول متکی باشد و برای تعیین آن باید موضوعات پرونده، سوابق عملکرد، وضعیت طرفین قرارداد، ماهیت قراردادهای گذشته و عرف تجاری مورد توجه و مذاقه قرار گیرد. به عنوان نمونه در بسیاری از موارد ورشکستگی متعهد ملاکی معقول جهت اعمال آثار نظریه دانسته شده است، اگر چه که همیشه اینگونه نیست (کوک، ۱۹۹۴، ۲).

همینطور تصور در پرداخت اقساط قرارداد به طور معقول موجب نامطمئن ساختن بایع در خصوص اقساط آتی می گردد. بنابراین مبنای معقولی برای عدم طمینان می تواند باشد (همت کار، ۱۳۸۴، ۸۴). معقول بودن احتمال سبب می گردد که یک طرف قرارداد از خطر مسئولیت هایی که به موجب قرارداد قبول کرده است، نتواند طفره رود.

بنابراین یکی از شرایط اعمال نظریه پیش بینی نقض قبل از رسیدن موعد، معقول و منطقی بودن احتمال نقض است. زیرا «نگرانی عمده ای که در این نظریه وجود دارد، توسل به احتمالات غیرمنطقی برای خودداری از انجام تعهدات و عدم اطمینان و بروز بی ثباتی در روابط قراردادی و سوءاستفاده از احتمال نقض قرارداد است. مقرر نمودن این شرط به جهت رفع این نگرانی بوده است. تلاش هایی که برای ارائه معیارهای عینی از ماهیت پیش بینی نقض انجام شده است هم در این رابطه قابل درک است» (بارراگراف و همکاران، ۱۳۷۴، ج ۳، ۵۲-۵۱). «قراردادن عبارت هایی نظیر " به منصفه ظهور رسیدن " و " واضح بودن " هم به همین منظور انجام شده است، یعنی باید شخص متعارف مطمئن و متقاعد گردد که نقض قرارداد وقوع خواهد یافت» (شلختریم، ۱۹۹۸، ۸۳). چنانچه

امر به شکل معمول تخلف از قرارداد محسوب نمی‌گردد، مگر اینکه انجام تعهد مستلزم و اجرای مقدماتی باشد که خودداری از انجام آن، فقدان آمادگی در انجام اصل تعهد محسوب گردد. امتناع صریح یا ضمنی از انجام قرارداد، گواه روشنی بر فقدان آمادگی و قصد است، در حالیکه زمان، عنصر مطلوب و اساسی متعهدله باشد. به هر حال شخصی که بر اساس فقدان آمادگی طرف دیگر به قرارداد خاتمه بخشد باید قرائن معقول دال بر فقدان آمادگی متعهد ارائه نماید و مشخص کند که چه قرائن و شواهدی وی را به تعلیق یا فسخ قرارداد رهنمون کرده است» (کارتر، ۱۹۹۱، ۲۸). بر اساس ماده ۱۹۱ قانون مدنی، عقد محقق می‌شود به قصد انشاء، به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند. با استناد به ماده مذکور عدم وجود قصد در انجام معامله در هر صورت معامله را باطل می‌کند. مثلاً اگر فردی مست یا بیهوش باشد و اقدام به معامله کند آن معامله باطل است. زیرا فرد مست و بی‌هوش فاقد اراده است.

#### ۵-۱-۴. مطلق بودن نقض قرارداد

«پیش‌بینی نقض باید در بردارنده یک نقض عمده یا اساسی مطلق و بدون قید و شرط باشد به تعبیر دیگر برای پیش‌بینی نقض باید مستندی وجود داشته باشد مبنی بر اینکه متعهد در موقع اجرای تعهد به طور مطلق و در هر شرایطی قرارداد را نقض خواهد نمود. هر زمان که اعلام، وضعیت و رفتار متعهد از این حکایت کند که وی در صورت عدم تحقق بعضی از شرایط از طرف متعهدله، تعهد خویش را نقض خواهد نمود، این نظریه اعمال نخواهد گردید. چنانچه اعلام متعهد با شک و تردید از قصد خود مبنی بر عدم اجرای تعهد در آینده باشد نیز یک نقض محتمل مشروط وجود دارد نه نقض مطلق» (همت کار دستجردی، ۱۳۸۲، ۶۵).

در رابطه با فقدان آمادگی قصد انجام تعهد قراردادی فراهم باشد. در همین راستا، فقدان آمادگی انجام تعهد پیش از فرا رسیدن موعد مقرر انجام تعهد، می‌تواند پیش‌بینی نقض را توجیه نماید. و در این صورت طرف متضرر حق خاتمه دادن به قرارداد را خواهد داشت» (کارتر، ۱۹۹۱، ۷۳۶). نقض اساسی قرارداد به بنیان آن لطمه زده و سبب می‌شود طرف قرارداد به انتظاراتی که از بستن آن داشته نرسد. برای آن که نقض قرارداد، اساسی شمرده شود باید نتایج آن برای پیمان شکن یا هر شخص متعارفی در شرایط او قابل پیش‌بینی باشد. نقض اساسی قرارداد متشکل از دو عنصر است: نقض قرارداد و محرومیت اساسی. خسارت دخالتی در تحقق نقض اساسی ندارد. عنصر عدم قابلیت پیش‌بینی نیز مانع از اثرگذاری نقض اساسی قرارداد است نه از عناصر نقض اساسی. عناصر عدم اجرای اساسی قرارداد نیز عبارت‌اند از: عدم اجرای قرارداد و محرومیت اساسی. نقض شرط لزوم مطابقت دقیق و نیز عدم اجرای عامدانه‌ای که منجر به عدم اعتماد به اجرای آتی متعهد شود، در حکم محرومیت اساسی هستند. ورود زبان نامتناسب و عدم قابلیت پیش‌بینی نیز مانع اثرگذاری عدم اجرای اساسی هستند نه از عناصر عدم اجرای اساسی.

#### ۵-۱-۳. عدم وجود قصد انجام قرارداد

یکی از مهمترین و اساسی‌ترین ویژگی‌های نظریه پیش‌بینی نقض قبل از رسیدن موعد، فقدان آمادگی و قصد انجام تعهد از طرف متعهد است. «فقدان توانایی متعهد در انجام تعهد و یا رفتار و اظهارات وی که حاکی از ناتوانی و فقدان قصد انجام تعهد است، از اصول حاکم بر نظریه است. به شکل طبیعی هنگامی که موعد انجام تعهد فرا نرسیده است، فرد آماده انجام تعهد نیست. در نتیجه، این

## ۵-۲. ضمانت اجراهای پیش‌بینی نقض قرارداد

در این مبحث سعی بر بررسی ضمانت اجراهای پیش‌بینی نقض قرارداد قبل از رسیدن موعد در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و حقوق ایران است. و در بخش اول موضوع تعلیق اجرای قرارداد و در بخش دوم موضوع فسخ قرارداد با نگرش تطبیقی مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

### ۵-۲-۱. تعلیق اجرای قرارداد

در این قسمت به بررسی موضوع تعلیق اجرای قرارداد پرداخته می‌شود.

### ۵-۲-۱-۱. حق تعلیق اجرای قرارداد در

#### کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا

حق تعلیق اجرای تعهد در ماده ۱-۷۱ کنوانسیون بیع تصریح گردیده است. «بند دوم ماده فوق به متعهدله اجازه می‌دهد که حتی اگر کالا را ارسال نموده و مشتری اسنادی دارد که به واسطه آن حق تصرف کالا را دارد از تحویل کالا به مشتری (متعهد) خودداری نماید. البته این حق دارای شرایطی از جمله عمده بودن نقض پیش‌بینی شده، ندادن تضمین به اجرای مناسب تعهد در آتی و اعلام اخطار تعلیق پس از اقدام به آن و دادن مهلت متعارف به متعهد است» (بارراگراف و همکاران، ۱۳۷۴، ج ۳، ۶۳-۶۲). البته چنانچه متعهد اعلام نماید که به تعهد قراردادی خویش عمل نخواهد نمود، اعلام اخطار لازم نیست. (ماده ۳-۷۲ کنوانسیون بیع) براساس کنوانسیون در اخطار ذکر دلیل تعلیق لازم نیست. اما چون برای متعهد می‌تواند مفید باشد، مصداق رعایت اصل حسن نیت است (اشمیتوف، ۱۳۸۷، ۳۵۵-۳۶۲). با توجه به اینکه برخی از حقوقدانان (بارراگراف و همکاران، ۱۳۷۴، ج ۳، ۵۳)، «اصل حسن نیت در قرارداد را به

صداقت، بیطرفی فعال و حس همکاری اجتماعی، صداقت در رفتار یا گفتار مورد نظر در قرارداد، وفاداری به قصد مشترک توافق شده و پایبندی به انتظارات موجه طرف دیگر یا «وضع فکری کسی که اشتباها به عملی حقوقی اقدام می‌کند، با این تصور که عمل او طبق قانون است، در حالی که چنین نیست، تعریف کرده‌اند»؛ بنابراین یکی از معانی حسن نیت درستی و صداقت است، لذا این تکلیف نباید منحصر به یک مرحله‌ای خاص باشد بلکه باید در تمام مراحل قراردادی رعایت گردد و شایسته‌تر آن است که متعهد از دلایل تعلیق مطلع گردد.

در ماده ۷۱ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مقرر گردیده است که: «اگر پس از انعقاد قرارداد مشخص گردد که یکی از طرفین قرارداد به دلایل ذیل بخش عمده و اساسی تعهدات خویش را اجرا نخواهد کرد، طرف مقابل حق خواهد داشت که ایفای تعهدات خویش را معلق کند. الف) نقصان فاحش در توانایی متعهد به اجرای تعهد یا در اعتبار وی؛ ب - نحوه رفتار وی در تمهید مقدمه انجام قرارداد یا در انجام قرارداد. ۲) اگر فروشنده قبل از بروز موارد موصوف در بند قبلی، کالا را ارسال کرده باشد، از تسلیم آن به مشتری می‌تواند جلوگیری نماید حتی اگر مشتری سندی داشته باشد که وی را محق به وضع ید بر کالا می‌نماید». «اعطای حق اعلام براءت از تعهدات قراردادی به یک طرف قرارداد، زمانی که به طرف مقابل قرارداد مشکوک گردد، با هدف و خواست کنوانسیون بیع که معتبر نگاه داشتن قراردادهای تجاری بین‌المللی به منظور حسن نیت، حفظ امنیت و جدیت در معاملات تجاری بین‌المللی است، هماهنگی ندارد» (پیر پلانته، ۱۳۷۰، ۳۶۱).

ملزم هستند و حتی با وجود احتمال زیاد بر عدم اجرای تعهد از جانب طرف دیگر، طرف مقابل اجرای تعهد خود را نمی‌تواند معلق کند. به عنوان نمونه اگر بر اساس شرایط قراردادی، مقرر گردد که فروشنده نخست کالا را تحویل دهد و یکسال بعد ثمن پرداخت شود، ولی نحوه رفتار مشتری و اوضاع و احوال مشخص کند که او نمی‌تواند یا نمی‌خواهد ثمن را پرداخت نماید، بایع حق تعلیق تحویل کالا را نخواهد داشت. البته درست است که چنانچه اجل هر دو عوض هم زمان باشد می‌توان به حق حبس مذکور در ماده ۳۷۷ قانون مدنی استناد کرد، ولی صرف نظر از آنکه حق حبس فقط در موارد هم زمانی اجل عوضین قابل اعمال است، علاوه بر آن حق حبس و حق تعلیق اجراء دو نهاد حقوقی متفاوت هستند، چون اولاً چنانچه این دو یکسان بودند دیگر نیازی نبود که با پذیرش حق تعلیق اجراء در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، این مقررات هم به حق حبس اشاره کنند. ثانیاً با توجه به متن مقرراتی که حق تعلیق بر اثر پیش‌بینی نقض را پذیرفته‌اند مشخص می‌گردد که پیش‌بینی نقض به تعهدات آینده مربوط می‌باشد، در صورتی که حق حبس به دو تعهد حال مربوط می‌باشد. علاوه بر حق حبس، امکان دارد که ادعا گردد که ماده ۳۸۰ قانون مدنی نیز مصداقی از حق تعلیق بر اثر پیش‌بینی نقض قرارداد می‌باشد. ماده ۳۸۰ قانون مدنی مقرر می‌کند که: «در صورتی که مشتری مفلس گردد 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 نماید». این ماده را حقوق‌دانان با عنوان خیار تفلیس یاد می‌کنند (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ۹۹). با توجه به اینکه خیار و اعمال آن به قرارداد خاتمه می‌بخشد، به روشنی معلوم است که نمی‌توان آن

از طرفی «تدوین‌کنندگان کنوانسیون بیع این مسئله را مدنظر داشته‌اند که فردی که متعهد به اجرای تعهد قبل از طرف دیگر قرارداد است، به اجرای اعمال مقدماتی مکلف است و چنانچه احتمال بسیاری وجود داشته باشد که طرف مقابل او بخش عمده و اساسی تعهدات قراردادی خود را ایفاء نخواهد نمود، سزاوار حمایت می‌باشد. وضعیت ناشایستی برای او خواهد بود چنانچه به ادامه انجام قراردادی باشد که سرانجام به تحمل ضرر و خسارت غیر قابل جبرانی خواهد گردید» (بنت، ۱۹۸۷، ۵۱۳-۵۱۸). این ماده در ۳ بند تنظیم شده است که هر بند مسائلی را تبیین می‌نماید که در ادامه هر کدام مستقلاً تفسیر می‌گردد.

بر اساس بند ۱ ماده ۷۱ کنوانسیون بیع امکان اعمال تعلیق انجام تعهدات مستلزم وجود سه شرط به شرح ذیل می‌باشد: ۱- ظهور ناتوانی متعهد بعد از انعقاد عقد صورت گرفته باشد (اندرلین؛ ماسکو، ۱۹۹۲، ۲). ۲- «ناتوانی متعهد در اجرای قرارداد مشخص گردد. با قرارداد این قید برای تعلیق، یک عدم اجرای منتظره باید نمایان گردد. ۳- عدم انجام قرارداد به بخش اساسی تعهدات تعلق بگیرد». (بارراگراف و همکاران، ۱۳۷۴، ج ۳، ۶۳). بدین صورت فرد برای هر نقضی در آتی نمی‌تواند قرارداد را تعلیق کند. ظاهراً لازم است که وظایف در شرف عدم انجام، دارای اهمیت باشد، اما ضرورت هم ندارد که عدم انجام آنها موجب نقض اساسی، به شکلی که در ماده ۲۵ کنوانسیون بیع آمده است، بشود

## ۵-۲-۱-۲. حق تعلیق ناشی از پیش‌بینی نقض قرارداد در حقوق ایران

در ارتباط با حق تعلیق انجام تعهدات بر اثر پیش‌بینی نقض قرارداد، هیچ نصی در حقوق ایران وجود ندارد و لذا طرفین قرارداد به انجام تعهدات خویش



بدهد. ۳- اگر طرف دیگر اعلام کرده باشد که تعهدات خویش را اجرا نخواهد نمود، الزامات مذکور در بند پیشین منتفی خواهند بود».

ماده ۷۲ کنوانسیون بیع با شرایطی متفاوت از ماده ۷۱، برای طرفی که نقض قرارداد در آینده را توسط طرف مقابل پیش بینی می نماید حق فسخ قائل گردیده است. این شرایط را در سه مورد می توان خلاصه کرد که هر کدام ضمن توضیح با شرایط مذکور در ماده ۷۱ در خصوص حق تعلیق، مقایسه خواهد شد (آقایی؛ ماندگار، عسکری و رنجبر، ۱۳۹۹، ۲۳۱)

### الف) روشن بودن نقض اساسی در آینده

در بند اول ماده ۷۲ کنوانسیون بیع اینگونه مقرر گردیده است که "چنانچه روشن شود" (It Is ... Clear) یکی از طرفین نقض اساسی قرارداد مرتکب خواهد گردید... در صورتی که در ماده ۷۱ کنوانسیون عبارت "چنانچه ظاهر شود" (It Becomes apparent) بکار رفته است. به نظر عبارت "روشن بودن" اطمینان بیشتری نسبت به عبارت "ظاهر بودن" ایجاد می نماید و در "روشن بودن" (ماده ۷۲ کنوانسیون) درجه احتمال رسیدن به واقع، خیلی بیشتر از "ظاهر شدن" در ماده ۷۱ کنوانسیون است. استفاده از دو کلمه متفاوت apparent و clear در دو ماده متوالی از توجه قانونگذار به تفاوت بار معنایی و درجه اطمینان آوری هر یک از آنها حکایت می کند. لذا برای اعمال حق مذکور در ماده ۷۲ کنوانسیون، احتمال نقض باید فراتر از صرف ظهور بوده و بلکه روشن و واضح باشد.

نکته قابل توجه آنکه ماده ۷۱ کنوانسیون، علل و موارد ظهور در عدم انجام تعهد در آینده را مشخص کرده است، در صورتی که در ماده ۷۲ کنوانسیون علل و موارد نقض ذکر نگردیده است. با

را مصداقی از حق تعلیق قلمداد نمود. چون در تعلیق، قرارداد فسخ نمی گردد و همچنان ادامه دارد (رحیمی، ۱۳۸۴، ۱۲۸). اگر قرار باشد خیار تفلیس را مصداقی از نهاد پیش بینی نقض دانست، مشمول حق تعلیق نمی باشد و باید در خصوص حق فسخ (خیار) در مورد آن بحث گردد. بطور کلی می توان بیان نمود که اگر چه در حقوق ایران زمینه روشنی جهت پذیرش تعلیق به علت پیش بینی نقض وجود ندارد، اما با توجه به اینکه الزام یکی از طرفین قرارداد به انجام تعهد، در صورتی که مشخص است که طرف مقابل بخش اساسی تعهد خویش را اجرا نخواهد کرد، به دلیل عدم سازگاری این مسئله ای با عدالت شاید با توجه به مفهوم گسترده همبستگی عوضین و دلالت عرف، در بعضی موارد بتوان تعلیق اجرای قرارداد را مجاز دانست.

### ۵-۲-۲. حق فسخ ناشی از پیش بینی نقض

#### قرارداد

در این بخش حق فسخ به عنوان دومین ضمانت اجرای پیش بینی نقض قبل از رسیدن موعد در کنوانسیون بیع بین المللی کالا و حقوق ایران بررسی می گردد.

### ۵-۲-۲-۱. حق فسخ بر اثر پیش بینی نقض

#### در کنوانسیون بیع بین المللی کالا

ماده ۷۲ کنوانسیون بیع بین المللی کالا مقرر می کند: «۱- چنانچه پیش از تاریخ اجرای قرارداد روشن گردد که یکی از طرفین قرارداد مرتکب نقض اساسی قرارداد خواهد گردید، طرف دیگر می تواند قرارداد را فسخ کند. ۲- طرفی که قصد اعلام فسخ دارد، اگر وقت اقتضا نماید مکلف است اخطار متعارفی به طرف مقابل دهد تا برای او این امکان فراهم گردد که تضمین کافی برای ایفای تعهدش

مرتکب خواهد گردید...». به تعبیر دیگر، برخلاف ماده ۷۱ کنوانسیون، برای فسخ فقط بخش مهمی از قرارداد کافی نیست و باید نقض اساسی (بنیادی) باشد، همانگونه که در موارد دیگر نیز فسخ فقط در صورت نقض اساسی ممکن می‌باشد (مواد ۴۹ و ۶۴ کنوانسیون) (هنری، ۱۹۹۰، ۱۵۴). بر اساس این شرط نقض غیر اساسی قرارداد و حتی نیز در برخی موارد برای فسخ، نقض بخش مهم قرارداد کافی نیست و باید احتمال نقض ناظر بر نقض اساسی قرارداد باشد. ماده ۷۱ کنوانسیون پیش‌بینی «عدم انجام بخش مهم تعهدات» را شرط اعمال حق تعلیق می‌داند. در صورتی که ماده ۷۲ کنوانسیون پیش‌بینی "نقض اساسی" را جهت اعمال حق فسخ، صریحاً شرط و ضروری می‌داند. ماده ۲۵ کنوانسیون بیع نقض اساسی یا بنیادی را این چنین تعریف می‌کند: «نقض قرارداد از سوی یکی از طرفین قرارداد زمانی نقض اساسی محسوب می‌گردد که به ایجاد چنان خسارتی به طرف مقابل منجر شود که وی را از آنچه به موجب قرارداد استحقاق انتظار آن را داشته است، اساساً محروم کند، مگر آنکه طرفی که مبادرت به نقض قرارداد نموده است، چنین نتیجه‌ای را پیش‌بینی ننموده است و یک شخص متعارف همانند وی هم در شرایط و اوضاع و احوالی مشابه نمی‌توانسته آن را پیش‌بینی کند».

اما هیچ یک از مواد کنوانسیون بیع تعریفی از «عدم انجام بخش مهم تعهدات» ارائه نداده‌اند (بهنام؛ بهنام سارنگ، ۱۳۹۹). لذا به استناد بند ۱ ماده ۷۲ کنوانسیون «هر زمان روشن گردد که یکی از طرفین قرارداد در آینده مرتکب نقض اساسی خواهد گردید، طرف مقابل می‌تواند قرارداد را فسخ کند. زمانی اعلام فسخ قرارداد باید صورت پذیرد که تا حد امکان شک در مورد بنیادی بودن پیش

اینحال برخی از مفسرین گفته‌اند که اگر شدت نقصان در توانایی متعهد یا اعتبار وی خیلی بیشتر و یا نحوه رفتار وی در تمهید مقدمات اجرا یا خود اجرا خیلی نامناسب باشد، می‌توان آن را از موارد نقض روشن دانست (اندرلین؛ ماسکو، ۱۹۹۲، ۲۹۱). با اینحال پاراگراف ۳ ماده ۷۲ کنوانسیون، اعلام متعهد مبنی بر عدم اجرای تعهدات آتی را از موارد آشکار پیش‌بینی نقض روشن در آینده دانسته است که حتی در این خصوص ارسال اخطاریه مذکور در پاراگراف ۲ ماده ۷۲ کنوانسیون را به واسطه احتمال فراوان وقوع نقض نیاز نمی‌داند. همینطور همچنین بند ۲ ماده ۷۳ در خصوص قراردادهای اقساطی، عدم پرداخت یک یا چند قسط از اقساط قرارداد را سببی متعارف و معقول برای احتمال وقوع نقض در آینده می‌شناسد. همینطور برخی از مفسرین پرداخت و یا تحویل چند قسط به صورت معیوب را هم مبنایی روشن و موجه برای احتمال وقوع نقض در آینده نسبت به کل قرارداد می‌دانند (DiMatteo, 2005, 129).

همینطور برخی از حقوق دانان ورشکستگی و یا شروع روند ورشکستگی خریدار را هم از موارد روشن بودن نقض اساسی در آینده می‌شناسند (Honnold, 1999, 496) قید روشن بودن نقض در آینده، به این دلیل است که یکی از طرفین قرارداد بر اساس معیارهای غیر معقول اقدام به فسخ قرارداد نماید، زیرا علاوه بر این کار، ممکن است مسئول خسارت طرف مقابل محسوب شود، ممکن است با توجه به ماده ۷۲ نیز ناقض قرارداد تلقی گردد.

### ب) احتمال ارتکاب نقض اساسی

دومین شرطی که ماده ۷۲ کنوانسیون بیع مقرر می‌دارد این است که: «باید روشن گردد که یکی از طرفین قرارداد نقض اساسی (بنیادی) قرارداد را

بینی نقض (یا نقض از پیش) از بین رفته باشد» (اندرلین؛ ماسکو، ۱۹۹۲، ۲۹۲)، «چون اگر تصور اعلام کننده فسخ منطبق با واقع نباشد، خود اعلام فسخ می تواند یک نقص بنیادی محسوب گردد و طرف دیگر را قادر سازد که قرارداد را فسخ نماید» (اندرلین؛ ماسکو، ۱۹۹۲، ۲۹۱). احتمال نقض قرارداد در اکثر نظام های حقوقی پذیرفته شده است اگر بعد عقد انجام شرط ممتنع شود یا حین عقد ممتنع بوده کسی که شرط به نفع او شده اختیار فسخ معامله را خواهد داشت مگر اینکه امتناع مستند به فعل مشروط له باشد اگر دو طرف هنگام عقد از عدم اجرای شرط آگاه باشد شرط باطل است نظریه نقض قرارداد راهی برای جبران یا کاهش خسارت. اگر احتمال نقض قرارداد در حد ظن غالب باشد، موجب خیار است؛ اما اگر اوضاع به گونه ای نباشد که کاملاً آشکار نماید، متعهد، نسبت به تعهدات قراردادی آینده خود پایبند نخواهد بود یا به گونه ای باشد که متعهدله نتواند قطعی بودن نقض تعهدات را پیش از فرا رسیدن موعد آن اثبات کند، درجه اطمینان از پیمان شکنی آینده برای فسخ قرارداد کافی نیست، ولی نظر به اینکه بیم ورود زیان به طرف دیگر وجود دارد، تعلیق انجام تعهدات متقابل و مطالبه تضمین مناسب پیش بینی می شود.

### ج) اخطار به طرف مقابل در صورت کفایت زمان

براساس ماده ۷۱ کنوانسیون بیع بین المللی کالا، ارسال اخطار به طرف مقابل از تعلیق جهت اعمال حق تعلیق ضروری شناخته نشده است و فقط طرف تعلیق کننده می بایست بعد از اعمال حق تعلیق خود، آن را به طرف دیگر اعلام کند. در صورتی که ماده ۷۲ کنوانسیون بیع آن را ضروری دانسته است که طرفی که قصد فسخ قرارداد را دارد، اگر

زمان اقتضاء نموده و اجازه دهد، اخطاری معقول باید به طرف مقابل داده تا او را نسبت به ارائه تضمین کافی برای تعهدش قادر سازد. اما پرسشی که ایجاد می گردد این است که مقصود از آوردن قید "چنانچه زمان اجازه دهد" چه می باشد؟ عقیده بعضی از حقوق دانان بر این است با توجه به گسترش وسایل ارتباطی در عصر فعلی و ارتباطات مدرن، فرض صورتی که زمان اقتضای اخطار نداشته نباشد خیلی دشوار است (هانولد، ۱۹۹۹، ۴۹۰). در چنین شرایطی، طرفی که می خواهد قرارداد را فسخ کند، با دادن اخطار، از طریق تأخیر در اعمال فسخ و همچنین با توجه به اظهارات طرف دیگر قرارداد، می تواند تصمیم معقولانه و درستی در مورد فسخ اتخاذ کند. لذا «فایده دیگر اعلام و ارسال اخطار این است که شخص از پیش بینی خویش در مورد نقض اساسی آینده مطمئن می گردد، ولی در خصوص فرضی که اطمینان کافی وجود دارد، نیازی به اخطار نیست. بند ۳ ماده ۷۲ همین موضوع را تبیین می کند و به موردی اشاره می نماید که طرف قرارداد اعلام نموده که تعهدش را ایفاء نخواهد کرد» (اندرلین؛ ماسکو، ۱۹۹۲، ۲۹۳).

به استناد ماده ۲۷ کنوانسیون «تأخیر یا عدم وصول اخطار، به حق اخطار دهنده خللی وارد نمی کند، اما در مواردی که اخطار لازم است، این امر به نفع اخطار دهنده است که از وصول آن حصول اطمینان نماید» (اندرلین؛ ماسکو، ۱۹۹۲، ۲۹۴).

در این بند نیز مانند بند ۲ ماده ۷۱ به تضمین کافی اشاره گردیده است که همان گونه که در بخش پیش بیان گردید، کفایت تضمین بر حسب شرایط و اوضاع و احوال خاص مورد معین می شود و با علت فسخ قرارداد ارتباط کامل دارد. در هر صورت، اگر چنین تضمینی ارائه گردد، دیگر دلیلی

مقرر باید الزام متعهد به اجرای تعهد قراردادی را مطالبه کند. لذا در حقوق ایران پیش‌بینی نقض قرارداد موجب اعطای حق تعلیق و حق فسخ برای طرف مقابل نمی‌گردد. با این حال مقرراتی در حقوق ایران وجود دارد که امکان دارد که ادعا شود که به نوعی آنها بیانگر ضمانت‌اجراهایی برای پیش‌بینی نقض قرارداد می‌باشند. برای نمونه به ماده ۳۸۰ قانون مدنی اشاره می‌گردد که مقرر می‌دارد: «چنانچه مشتری مفلس شود و عین مبیع نزد او موجود باشد، بایع حق استرداد آن را دارد و اگر مبیع هنوز تسلیم نگردیده باشد، می‌تواند از تسلیم آن امتناع نماید». همچنین ماده ۵۳۳ قانون تجارت هم مقرر می‌دارد: «چنانچه شخصی مال التجاره‌ای به تاجر ورشکسته فروخته ولی هنوز آن جنس نه به خود تاجر ورشکسته تسلیم شده و نه به شخص دیگر که به حساب او بی‌آورد آن شخص می‌تواند به اندازه‌ای که وجه آن را نگرفته از تسلیم مال التجاره امتناع نماید». با این توضیح که در ماده ۳۸۰ ق.م. کلمه مفلس معادل ورشکستگی می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۱). بنابراین مواد ۳۸۰ ق.م. و ۵۳۳ ق.ت. شباهت خیلی زیادی با یکدیگر دارند. اما سؤال اینجا است که امتناع مذکور در دو ماده فوق‌الذکر از باب حق حبس است و یا اینکه از باب حق فسخ قرارداد می‌باشد؟ اگر امتناع مذکور از باب حق فسخ قلمداد شود، در این صورت مواد مذکور به مصادیق پیش‌بینی نقض تشابه فراوانی خواهند داشت. اما اینکه عده‌ای از حقوق دانان عنوان ماده ۳۸۰ ق.م. را "خيار تفليس" قرار داده‌اند می‌تواند قول بر حق فسخ بودن مواد ۳۸۰ ق.م. و ۵۳۳ ق.ت. را قوت بخشد. ولی از دو جهت می‌توان موضوع را به گونه‌ای دیگر تحلیل نمود. اولاً استفاده از اصطلاح "امتناع" به جای اصطلاح فسخ و ثانیاً تصریح ماده ۵۳۴ ق.ت. مبنی بر این که به مدیر

برای فسخ قرارداد نخواهد بود. بعد از فسخ هم بر اساس ماده ۲۶ باید یادداشتی به طرف مقابل داده شود، در غیر این صورت فسخ اعتبار نخواهد داشت. بند ۳ ماده ۷۲ به موردی اشاره می‌کند که یک طرف قرارداد اعلام کرده که تعهداتش را اجرا نخواهد کرد و بدین شکل، چون اطمینان کافی در خصوص نقض در آینده ایجاد می‌گردد، دیگر نیازی به اخطار دادن نیست. همچنین بعضی دیگر (وضیفه رضایی، ۱۳۸۹، ۳۲) اظهار نموده‌اند هنگامی که هیچ فرصتی برای ابلاغ نیست و زمان تحویل چندان نزدیک است که تضمین در وقت مناسب نمی‌تواند ارائه گردد، دادن اخطار لزومی ندارد.

#### ۵-۲-۲-۲. فسخ قرارداد بر اثر پیش‌بینی نقض در حقوق ایران

در نظام حقوقی ایران به استناد مواد ۲۳۷ الی ۲۳۹ قانون مدنی، حتی نقض فعلی قرارداد همان ابتدا نیز به طرف دیگر عقد حق فسخ نمی‌دهد، بلکه طبق ماده ۲۳۷ ق.م. باید متعهدله نخست اجبار متعهد را بخواهد و مطابق ماده ۲۳۸ ق.م. چنانچه اجبار مقدور نباشد، باید تعهد به توسط شخص دیگری به هزینه متعهد انجام شود. و اگر مطابق مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ نتوان عمل کرد، آن موقع متعهدله به استناد ماده ۲۳۹ ق.م. حق فسخ قرارداد را خواهد یافت. لذا با توجه به وجود مقرراتی این چنینی در حقوق ایران که اصل را بر اجرای اجباری قرارداد دانسته و حق فسخ را استثناء محسوب نموده است، به طریق اولی به نظرمی‌رسد که پیش‌بینی نقض تعهدات به طرف مقابل قرارداد حق فسخ نمی‌دهد. یعنی حتی اگر متعهد صریحاً از پیش اعلام نماید که تعهدش را اجرا نخواهد کرد، و مرتکب نقض از پیش (پیش‌بینی نقض) شود، طرفین باید به قرارداد گردن نهند. و متعهدله نیز حق فسخ ندارد، بلکه در موعد

تصفیه اجازه حفظ و بقای معامله و مطالبه تسلیم مال التجاره را در ازای پرداخت قیمت المسمی داده است، بر حق حبس بودن مواد مذکور دلالت می‌کند. چون اگر مواد مذکور بیانگر حق فسخ بوده و شخص در برابر ورشکسته از حق فسخ خود استفاده کند، دیگر مدیر تصفیه حق مطالبه تسلیم مال التجاره را نخواهد داشت. لذا مواد مذکور مبتنی بر حق فسخ نبوده و بلکه مبنای آنها حق حبس می‌باشد. بنابراین با پیش بینی نقض قابل مقایسه نمی‌باشند. از طرفی همان‌گونه که در مطالب قبلی تبیین گردید در نظریه پیش‌بینی نقض، یکی از عوضین حال و دیگری مدت‌دار می‌باشد، در صورتی که در مواد ۳۸۰ ق.م و ۵۳۳ ق.ت، با ورشکسته شدن مدیون، کلیه دیون وی حال می‌گردد، لذا تعهد مدیون حال است و بحث از پیش بینی نقض در آینده منتفی است و اگر نقضی هم باشد به حال مربوط می‌باشد. بنابراین نمی‌توان مواد مذکور را مصداقی از پیش‌بینی نقض محسوب نمود (رحیمی، ۱۳۸۴، ۱۴۱) و در هر صورت، چنانچه از رفتار و گفتار یک طرف معلوم گردد که وی در آینده مرتکب نقض اساسی قرارداد خواهد گردید، طرف مقابل حق فسخ ندارد و باید ابتدا اجبار طرف دیگر را از دادگاه تقاضا کند.

ماده دیگری که در نظام حقوقی ایران از لحاظ نهاد پیش‌بینی نقض قابل بررسی است، ماده ۲۳۸ قانون تجارت می‌باشد. ماده فوق بیان می‌دارد: «چنانچه بر علیه شخصی که براتی را قبول کرده ولی وجه آن را پرداخت نکرده است، اعتراض عدم تأدیه شود دارنده براتی که همان شخص قبول کرده ولی هنوز موعد پرداخت آن نرسیده است می‌تواند از قبول کننده درخواست کند که برای پرداخت وجه آن ضامن دهد یا به نحو دیگری پرداخت آن را تضمین کند». البته در این ماده ضمانت اجرای عدم معرفی

ضامن و یا عدم تضمین پرداخت بیان نشده است. این ماده اوضاع و احوال خاص قبولکننده را موجب پیش‌بینی حق مطالبه ضامن یا هر تضمین مناسب دیگر دانسته است. این ماده فقط در مورد برات قابل اعمال بوده و قانون گذار چنین تضمینی را به واسطه شرایط و تضمینات خاص اسناد تجاری، برای دارنده برات قائل گردیده است. عده‌ای از حقوق دانان عقیده دارند که که از تنقیح مناط ماده ۲۳۷ ق.ت می‌توان اینگونه نتیجه گرفت که در ماده ۲۳۸ هم اگرچنین قبول کننده‌ای نه ضامن بدهد و نه پرداخت آن را به شکل دیگری تضمین کند، دین او حال می‌گردد (دمرچیلی و دیگران، ۱۳۸۲، ۵۰۲). بنظر بتوان ماده ۲۳۸ را مصداق درستی از پیش‌بینی نقض در آینده محسوب نمود. با این حال باید دو نکته را در نظر داشت. اولاً، ماده مذکور صرفاً در مورد برات قابل اعمال است و ثانیاً، اثر پیش‌بینی نقض بر اساس ماده فوق فقط حق مطالبه ضامن یا تضمین دیگر می‌باشد. بنابراین حق فسخ یا تعلیق ایجاد نمی‌کند. البته در مورد برات، حق فسخ و یا حق تعلیق منتفی بوده و یا فاقد نفع برای دارنده برات می‌باشد. چون اولاً اصولاً دارنده تعهدی در مقابل قبول کننده نداشته که بخواهد تعلیق نماید و ثانیاً، فسخ هم به نفع دارنده نمی‌باشد، چون حداقل حق مراجعه به یکی از مسئولین برات از دست می‌دهد.

#### ۶. نتیجه

چنانچه پس از انعقاد قرارداد معلوم شود که یکی از طرفین، بخش اساسی تعهدات خود را ایفا نخواهد نمود و یا مرتکب نقض اساسی قرارداد خواهد شد، به طرف دیگر حق داده می‌شود که اجرای تعهدات خود را معلق کند یا قرارداد را فسخ نماید. خاستگاه این نظریه، حقوق کامن‌لا است. چون در اکثر کشورهای پیرو نظام حقوقی رومی

ژرمنی، در مواقع نقض تعهد، اصل بر اجرای اجباری می‌باشد، در صورتی که در نظام کامن‌لا اصل بر مطالبه خسارت است و بنابراین پذیرش فسخ و مطالبه خسارت بر اثر پیش‌بینی نقض، در نظام کامن‌لا آسان‌تر بوده است. آثار پیش‌بینی نقض در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، حق فسخ و حق تعلیق اجرای قرارداد است. ولی برخلاف برخی از نظام‌های حقوقی مانند آمریکا که شرایط تحقق حق تعلیق و حق فسخ یکسان و مشابه است، در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا شرایط حق فسخ از شرایط حق تعلیق سخت‌گیرانه‌تر است. در حقوق ایران مقررهای که به واسطه آن بر اثر پیش‌بینی نقض به طرف مقابل قرارداد حق فسخ یا تعلیق اعطاء گردد، وجود ندارد. زیرا در حقوق ایران اصل بر اجرای اجباری می‌باشد و حتی بدو نیز در موارد نقض فعلی و واقعی هم حق فسخ وجود ندارد و بلکه نخست باید الزام متعهد، سپس انجام توسط شخص ثالث و سرانجام بر حق فسخ قائل بود. با مذاقه در قوانین، در مورد تعلیق هم این نتیجه استنباط می‌گردد که تعلیق اجرا نهادی متفاوت از حق حبس است. با توجه به اینکه در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا حق تعلیق در کنار حق حبس مقرر شده است می‌توان بیان نمود که خود این امر دلیل قوی بر متفاوت بودن این دو نهاد می‌باشد. ماده ۲۳۸ قانون تجارت ایران می‌تواند به عنوان مصداقی از پیش‌بینی نقض، البته با ضمانت اجرایی خاص (مطالبه تضمین مناسب) و قلمروی محدود تلقی گردد. ارائه تضمین کافی موجب می‌گردد که هم تعلیق پایان یابد و هم حق فسخ از بین برود، چون دیگر دلیلی برای ترس و نگرانی از عدم اجرای تعهد در آینده وجود نخواهد داشت. کفایت تضمین نیز با توجه به علل و شرایط تعلیق و فسخ تعیین می‌گردد. موعد انجام تعهد هم بعد از ارائه تضمین

کافی به صورت معقولی تمدید می‌گردد؛ هر چند که به این مطلب در کنوانسیون، اشاره نگردیده است. بطور کلی می‌توان گفت با توجه به اینکه مقررات کنوانسیون در اغلب موارد به زیان کشورهای جهان سوم نیست، لذا چنانچه بررسی مقتضیات و نیازهای بین‌المللی ما را به قبول راه حل‌های کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، در زمینه پیش‌بینی نقض رهنمون شود، الحاق ایران به کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و پذیرش مقرراتی مخالف حقوق داخلی برای تجارت بین‌المللی بلامانع است.

#### ۷. سهم نویسندگان

کلیه نویسندگان به صورت برابر در تهیه و تدوین پژوهش حاضر مشارکت داشته‌اند.

#### ۸. تضاد منافع

در این پژوهش هیچگونه تضاد منافی وجود ندارد.

## منابع

## منابع فارسی

- اشمیتوف، کلاً یوام، حقوق تجارت بین‌الملل، ترجمه بهروز اخلاقی، چاپ اول، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۷.
- آقایاری، علی؛ ماندگار، مصطفی؛ عسکری، سید حکمت‌الله؛ رنجبر، مسعود رضا؛ اصول حاکم بر ارزیابی خسارات ناشی از نقض قرارداد در کنوانسیون بیع‌المللی کالا با مطالعه تطبیقی در حقوق ایران، مجله تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، شماره چهل و هشتم، تابستان ۱۳۹۹.
- امینی، منصور؛ مافی، همایون؛ اعظمی چهاربرخ، حسین؛ بررسی حق فسخ ناشی از پیش‌بینی نقض قرارداد در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و حقوق ایران، مجله مطالعات حقوقی، دوره سوم، شماره یکم، بهار و تابستان ۱۳۹۰.
- بارراگراف، جرج و همکاران، تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی، ترجمه مه‌راب داراب پور، جلد سوم، چاپ اول، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۴.
- بهنام، محمد؛ بهنام سارنگ، رؤیا، «طرق جبرانی در فرض نقض قابل پیش‌بینی در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و حقوق ایران»، تهران، سومین کنفرانس ملی و دومین کنفرانس بین‌المللی حقوق و علوم سیاسی، ۱۳۹۹.
- پیر پلانته، ژان، «حقوق جدید بیع بین‌المللی (کنوانسیون سازمان ملل متحد مورخ ۱۱ آوریل ۱۹۸۰)»، ترجمه ایرج صدیقی، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره چهارده و پانزده، ۱۳۷۰.
- دمرچیلی، محمد و دیگران، قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی، چاپ سوم، تهران، انتشارات میثاق عدالت، ۱۳۸۲.
- دیلمی، احمد، «نظریه پیش‌بینی نقض قرارداد و منطق حل معضل ناشی از آن در فقه امامیه»، فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی، شماره اول، ۱۳۹۶.
- رحیمی، حبیب‌الله، «پیش‌بینی نقض قرارداد»، مجله پژوهش حقوق و سیاست، شماره چهارده و پانزده، ۱۳۸۴.
- صفایی، سید حسین و همکاران، حقوق بیع بین‌المللی، چاپ دوم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۷.
- قاسمی، رسول؛ مهدوی، محمد هادی، حق فسخ ناشی از پیش‌بینی نقض قرارداد در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و حقوق ایران، مجله: تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، شماره سی و هفتم، زمستان ۱۳۹۷.
- مقدادی، محمد مهدی؛ بررسی پیش‌بینی نقض قرارداد در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، حقوق تطبیقی و ایران، مجله دانشکده علوم انسانی دانشگاه سمنان «پاییز ۱۳۸۶ - شماره ۱۹.
- ناصر، کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوق کنونی، چاپ ششم، تهران، انتشارات میزان، ۱۳۸۱.
- همت کار دستجردی، حسین، «پیش‌بینی نقض قراردادهای و آثار آن»، رساله دکتری، تهران، دانشگاه آزاد اسلامی مرکز، ۱۳۸۲.
- همت کار، حسین، «نظریه مقابله با نقض احتمالی قرارداد»، مجله دانشکده علوم اداری و اقتصاد دانشگاه اصفهان، شماره دو، ۱۳۸۴.
- وظیفه رضائی، شهرام؛ ابلاغ در قانون آیین دادرسی دادگاههای عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹/۰۱/۲۱، مجله فقه، حقوق و علوم جزا، شماره دوازدهم، تابستان ۱۳۹۸.

## منابع لاتین

Bennett, Trevor, «Comments on Article 71, in Cesar Massimo Bianco & Michael Joachim Bonell Commentary on the International Sale – the 1980 Vienna Sale Convention», Available on line at: 2013/3/20, 1987.

Carter, John, Breach of Contract, Vol II, First edition, London, Publications Sweet & Maxwell, 1991.

Carter, J W, Breach of Contract (The Law book Company limited), Second Edition, Sydney, Publications University of Sydney, 1991.

Henry, Black s, Compell Black Law Dictionary, 6th ed, New York, West Publishing Co, 1990.

Enderlein, Fritz & Maskow, Dictrech, «International Sales Law», Available on line at, 1992.

Honnold, John, «Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention», Available on line at <http://www.unilex.info/cisg/cases/article>, 1999.

Kock, Robert, «The Concept of Fundamental Breach of Contract under un Convention on Contract for International Sale of Goods», Available on line at, 1994.

DiMatteo, Larry A, INTERNATIONAL SALES LAW (a critical analysis of cisg jurisprudence), Second Edition, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

Schlechtriem, Peter, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods, Translated by G. Thomas, First edition, London, Oxford University Press, 1998.

Treitel, G H, The Law of Contract, 9th ed, London, Publications Sweet and Maxwell, 1995



