

Original Article

Termination of the contract before the due date due to anticipation of violation of Iranian law and the Convention on the International Sale of Goods (Vienna-1980)

Mehri Shams¹, Jamshid Noorshargh^{*2} , Ahmad Shams³, Mehdi Montazer⁴

¹ PhD student in private law, South Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran

² Assistant Professor, Department of Private Law, South Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran

³ Associate Professor, Department of Private Law, South Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran

⁴ Assistant Professor, Department of Private Law, Faculty of Humanities, Damavand Branch, Islamic Azad University, Iran



[20.1001.1.24237566.1401.6.2.5.4](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.23400.1331)



[10.22080/LPS.2022.23400.1331](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.23400.1331)

Received:

April 14, 2022

Accepted:

September 14, 2022

Available online:

November 30, 2022

Keywords:

termination of contract,
prediction of violation,
fundamental violation,
Iranian law.

Abstract

In Iranian law, it will be possible to resort to the guarantee of performance of breach of contract, when the deadline for the performance of the contract has arrived but the obligor has not fulfilled his obligations, but it is possible before the deadline to fulfill the obligation, based on the explicit declaration of the obligor or according to Under the current circumstances, one of the parties to the contract understands conventionally and reasonably that the obligation will not be fulfilled within the stipulated time, in this case, it is necessary to resort to the guarantee of breach of contract, including termination, as stated in Article 72 of the 1980 Convention on the International Sale of Goods. The existence of the right of termination due to anticipated violation" has been specified. But it is not specified in Iranian law. The purpose of this article is to examine this theory and the extent to which this right of termination can be reflected in Iranian law and the relationship of this rule with Iranian legal rules and to explain that its acceptance does not conflict with any of the rules governing Iran's legal system and can be used alongside other rules can be applied and it can be accepted in Iranian law.

***Corresponding Author:** Jamshid Noorshargh

Address: Assistant Professor, Department of Private Law, South Tehran Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran

Email: jnourshargh@gmail.com



Extended abstract

1. Introduction

From the point of view of the parties, the most important issue after concluding the contract is the timely fulfillment of the contractual obligations, and breaching the contract is never in the interest of the contracting parties. There is a possibility in long-term contracts that sometimes one of the parties is willing or able to fulfill the obligations before the due date. If not, what will be the legal remedy in this case? In different legal systems, to protect the rights of the party affected by the contract, measures such as the obligation to fulfill the same obligation, termination or suspension of the contract have been considered. However, less attention has been paid to this issue, whether it is possible to imagine the right to cancel or suspend the fulfillment of obligations before the due date for the fulfillment of obligations due to anticipated violations? One of these rules is "the existence of the right of termination before the due date of execution due to anticipated violation" which is stipulated in Article 72 of the 1980-Vienna Convention on the International Sale of Goods. In this article, while explaining the nature and concept of the theory and its effects and guaranteeing its implementation in the convention, the principles and foundations of this theory in Iranian law are examined to find out whether this theory can be accepted in Iranian law.

2. Methods

The research method in this research, like most researches in humanities, is mainly in the form of library and documents. The method of data analysis in this research is descriptive and analytical. And the methods of logical and rational and inductive arguments are used, which will

be based on library studies and original sources and relying on known legal principles of legal doctrine and also based on the analysis of the opinions of courts and arbitration tribunals.

3. Findings

Research findings:

1-Referring to the principle of the necessity of contracts cannot prevent the implementation of the theory of anticipation of violation, because the principle of necessity obliges the parties to maintain the contract, but not in every situation. In fact, the commitment of the parties to the provisions of the contract is accepted by the law and customs to the extent that the rights of the parties and the fairness of exchange are respected. In other words, it is necessary for the agreement of the parties not to impose the contract on one of the parties. By presenting a new interpretation of this principle, it can be seen as the meaning of fulfilling the reasonable and conventional expectations of the parties during the contract.

2- In this theory, the breach of the contract is only foreseeable, so the other party cannot be allowed to rule on the breach of the contract based on guesswork and probability, and it is not wise to oblige the obligee to wait until the execution of the contract. Therefore, it is the way to balance it, based on concrete and objective criteria, this theory is considered to have the effects of a real violation.

3- Some of the bases mentioned for the theory of violation prediction go back to the principle of the rule of will in contracts, the interpretation of the wills and requirements of the agreement of the parties during the conclusion of the contract. From this point of view, the

provisions of the theory can be justified either based on the direct will of the parties in the contract, or based on the implied will of the parties, which is the customary assumption of the contract.

4- Although the theory and its foundations are not specified in the laws of Iran, but the basis of violation of an implied condition accepted by an entity can be adopted as the basis of the theory, with this analysis, the right to terminate the original contract as a guarantee for the implementation of the violation of the condition It is implied for the other party.

5- The prediction of the above theory in the international legal documents is evidence of the existence of an international custom regarding the contents of the theory and indicates the wisdom of the collective wisdom of the world and justifies the right of suspension or termination for the obligor. Relying on these foundations, it can be said that this theory not only does not conflict with the rules and principles governing contracts in Islamic and Iranian law, but it can be accepted as a new theory in contract law, and the effects and rulings resulting from it can be accepted. justified in domestic law. Despite this, it is appropriate for the legislator to clarify this theory in Iranian law to remove any ambiguity and doubt.

4. Conclusion

Different legal systems use different methods to prevent or compensate

damages in the law of contracts, but regardless of the conditions and circumstances in contractual relations, there will be no necessary efficiency and effectiveness, the theory of the article approved by the Convention on the International Sale of Goods in 1980 - Vienna, today it is considered one of the important rules of international trade law and it has many effects and benefits, such as: preventing contractual damages or increasing them and actually dealing with damages, creating peace of mind for the parties and exiting the parties around the contract from Uncertainty, instability and worry about the future and the possibility of concluding a new contract with a third party seller or the possibility of replacing goods and speed in the field of commercial transactions, and in general insisting on the guarantee of anticipating violations such as suspension and termination frees the obligee from the burden of obligations. A contract that will be violated in the future is a good guarantee to prevent losses in a contractual relationship. The right of rescission with the conditions and effects listed in Article 72 of the Convention does not exist in Iranian law, but the examination of jurisprudence and legal institutions of the Iranian legal system indicates the existence of the necessary grounds for accepting the above theory in Iranian law. Also, this theory can be justified based on the implicit condition that an institution is accepted.

علمی پژوهشی

فسخ عقد قبل از رسیدن موعد اجرا بر اثر پیش‌بینی نقض در حقوق ایران و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰-وین)

مهری شمس^۱، جمشید نورشرق^{۲*} ID، احمد شمس^۳، مهدی منتظر^۴

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



[20.1001.1.24237566.1401.6.2.5.4](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.23400.1331)



[10.22080/LPS.2022.23400.1331](https://doi.org/10.22080/LPS.2022.23400.1331)

چکیده

موضوع نقض قرارداد و ضمانت اجرای ناشی از آن، از مباحث مهم در حقوق قراردادها است. در حقوق ایران توسل به ضمانت اجرای نقض قرارداد، هنگامی که موعد اجرای قرارداد فرارسیده باشد ولی متعهد، تعهدات خود را انجام نداده است، میسرخواهد بود، اما امکان دارد قبل از فرارسیدن موعد انجام تعهد، بر اساس اعلام صریح متعهد و یا با توجه به احوال موجود، یکی از طرفین عقد به طور متعارف و معقول بفهمد که در موعد مقرر تعهد ایفا نخواهد گردید، در این حالت نیز توسل به ضمانت اجرای نقض قرارداد، از جمله فسخ ضرورت می‌یابد که در ماده ۷۲ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰ وجود حق فسخ در اثر پیش‌بینی نقض^۱ تصریح شده است. اما در حقوق ایران هیچ ماده قانونی در مورد آن تصریح نگردیده است. هدف این مقاله بررسی این نظریه و رابطه این قاعده با قواعد موجود در حقوق ایران است تا معلوم گردد تا چه حد این حق فسخ قابل انعکاس در حقوق ایران است و ضمن بررسی حقوق ایران و استناد به اصول و قواعد کلی درصدد تبیین این موضوع هستیم که گرچه نظریه فسخ عقد قبل از رسیدن موعد اجرا بر اثر پیش‌بینی نقض، در حقوق ایران و منابع فقهی فاقد سابقه تقنینی و تشریحی است اما پذیرش آن با هیچ یک از قواعد حاکم بر نظام حقوقی ایران مغایرت نداشته و می‌تواند در کنار سایر قواعد بکار رود و قابلیت پذیرش آن در حقوق ایران وجود دارد.

تاریخ دریافت:

۲۵ فروردین ۱۴۰۱

تاریخ پذیرش:

۲۳ شهریور ۱۴۰۱

تاریخ انتشار:

۹ آذر ۱۴۰۱

کلیدواژه‌ها:

فسخ عقد، پیش‌بینی نقض، کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، نقض اساسی، حقوق ایران

* نویسنده مسئول: جمشید نورشرق

آدرس: استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد تهران جنوب، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

ایمیل: jnourshargh@gmail.com

۱ مقدمه

می‌رسد که برای حمایت از حقوق متعهدله ای که مطمئن است که طرف مقابل او یعنی متعهد، تعهداتش را در موعد مقرر ایفا نخواهد نمود، ضروری است که راه حلی ارائه گردد. در واقع در دنیای کنونی، این نظریه از قواعد مهم حقوق تجارت بین‌الملل محسوب می‌گردد و آثار و فواید بسیاری بر آن مترتب می‌باشد. بررسی تطبیقی نظریه‌ای در قواعد بین‌المللی و قواعد حقوق ملی غالباً از طریق دو روش صورت می‌پذیرد. در شیوه اول؛ با بررسی و مذاقه در قواعد حقوق ملی سعی می‌گردد که همان قاعده بین‌المللی یا قواعد مشابه مورد شناسایی واقع شود و درحقیقت تلاش می‌گردد که قاعده مورد نظر به عنوان یک قاعده ملی معرفی شود. اما چنانچه مفاد قاعده مزبور در حقوق ملی یافت نگردد. شیوه دوم بررسی و تحقیق آثار و شرایط قاعده، مورد تحقیق خواهد بود، به‌گونه‌ای که در جهت پاسخگویی به این سؤال سعی می‌شود که آیا قاعده بین‌المللی مورد تحقیق، توانایی جمع‌شدن با قواعد ملی و داخلی را دارد و آیا می‌تواند در نظام حقوق داخلی، به‌عنوان یک قاعده نوظهور مورد قبول و پذیرش قرار گیرد؟ ازطرف دیگر پذیرفتن یک قاعده بین‌المللی در حقوق ملی حداقل دارای دو اثر حقوقی می‌باشد؛ اول اینکه، وجود آن در حقوق داخلی، مانع الحاق دولت به اسناد بین‌المللی نمی‌گردد، و دوم آنکه، برفرض پیوستن به اسناد بین‌المللی اجرای آن در حقوق ملی، باعث ایجاد صورت استثنایی نگردیده و کاربرد آن محدود به قدر متیقن نمی‌شود. یکی از این قواعد که موضوع این پژوهش نیز می‌باشد "وجود حق فسخ قبل از رسیدن موعد اجرا برائث پیش‌بینی نقض" که در ماده ۷۲ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰- وین، به آن اشاره گردیده است. بر اساس ماده فوق‌الذکر، در صورتی که پیش از فرا رسیدن موعد ایفای تعهد به طور متعارف و معقولی مشخص گردد که تعهد ایفا نخواهد گردید مثل اینکه متعهد اعلام نماید که تعهداتش را اجرا نخواهد کرد، طرف دیگر با ارسال اخطاری می‌تواند اراده خود را برای فسخ اعلام کند و اگر متعهد برای ایفای تعهد

از آغاز انعقاد قرارداد تا قبل از اجرای کامل آن، امکان دارد به علت بروز اتفاقاتی ادامه حیات عقد مورد تردید واقع گردد، مثلاً زمانی که پیش از رسیدن موعد اجرای عقد معلوم گردد که متعهد قصد و یا قدرت ایفای تعهد را ندارد و لذا نقض قرارداد به طور جدی و به عنوان نقض اجتناب ناپذیر مورد انتظار است این سؤال ایجاد می‌گردد که آیا از این لحظه می‌توان متعهدله را برای بری نمودن خود از تعهدات متقابل و مطالبه خسارت محق دانست؟ زیرا در دیدگاه طرفین مهم‌ترین مسئله پس از توافق آنان و انعقاد قرارداد، ایفای بموقع تعهدات قراردادی است و نقض قرارداد، هیچگاه مطلوب متعاقدین نمی‌باشد این احتمال در قراردادهای بلند مدت وجود دارد که گاهی بعد از انعقاد قرارداد و قبل از سررسید اجرای تعهد، یکی از طرفین مایل و یا قادر به اعمال تعهدات خود نباشد، در این صورت چاره حقوقی چه خواهد بود؟ هنگامی که طرفین عقد، تعهدات خود را ایفا نمایند، مشکل خاصی ایجاد نمی‌شود. همین‌طور در فرضی که یکی از طرفین عقد یا هر دوی آنها از ایفای تعهدات حال شده خود امتناع نمایند، در نظام‌های حقوقی مختلف، برای حفظ حقوق طرف متضرر عقد، تمهیداتی مانند الزام به ایفای عین تعهد، فسخ و یا تعلیق عقد در نظر گرفته شده است. اما به این مسئله کمتر توجه گردیده است که آیا قبل از فرا رسیدن موعد اجرای تعهدات نیز می‌توان حق فسخ یا تعلیق ایفای تعهدات را برائث پیش‌بینی نقضی که در آتی یقیناً از جانب یکی از متعاقدین ایجاد خواهد شد، تصور نمود؟ به‌عبارت‌دیگر آیا می‌توان همان حقوقی را برای متعهدله ای که موعد ایفای تعهدات طرف مقابل او نشده است، اما یقین می‌باشد که تعهداتش را به‌موقع و در موعد مقرر ایفا نخواهد نمود، قائل گردید که برای یک متعهدله، زمان نقض واقعی قرارداد قائل می‌شویم؟ شاید در آغاز سخن‌گفتن از فسخ عقد قبل از فرا رسیدن موعد اجرای آن، به نظر عجیب و مخالف اصل لزوم قراردادهای باشد، ولی با اندکی تأمل بدیهی به نظر



مفهوم نقض و انواع آن به طور مختصر ارائه می‌گردد.

برخی از اساتید حقوق ایران اعتقاد دارند که نقض قرارداد دارای مفهومی روشن است و عدم اجرای تعهدات قراردادی یا انجام با تأخیر آن و یا اجرای ناقص یا نادرست قرارداد در زمان مقرر را که برحسب ماهیت و نوع تعهد و کیفیت اجرای آن معین می‌شود، به معنای نقض قرارداد قلمداد می‌کنند (کاتوزیان، ۱۴۰۰: ۱۶۸). در حقوق «کامن لا» بعضی حقوقدانان نقض قرارداد را به سه دسته تقسیم نموده اند: ۱- ردّ قرارداد: ردّ قرارداد هنگامی تحقق می‌یابد که اقدامات و یا اظهارات یک طرف قرارداد، نشانگر آن باشد که قصد انجام قرارداد را ندارد، و یا اینکه به صراحت اعلام نماید که نمی‌تواند و یا نمی‌خواهد که به تعهدات قراردادی خویش عمل نماید؛ ۲- غیرممکن ساختن: زمانی که یکی از طرفین خود را بر اثر سهل انگاری و یا عمد، از ایفاء تعهدات قراردادی ناتوان سازد؛ ۳- قصور در اجرای قرارداد: یا در واقع نقض قرارداد، پس از رسیدن موعد اجرا، که هر یک از آنها با توجه به نوع نقض و نوع تعهدات، دارای آثار متفاوتی می‌باشد. برخی دیگر از حقوقدانان کامن لا، انواع نقض را در دو دسته خلاصه نموده اند: ۱- هنگامی که یکی از طرفین قرارداد، پیش از رسیدن موعد اجرا و یا پیش از اجرای کامل، قرارداد را رد می‌نماید و ۲- هنگامی که یکی از طرفین قرارداد، نقض اساسی را در مورد قرارداد، مرتکب می‌شود. در همه این تقسیم بندی ها، یک مورد از موارد نقض، هنگامی است که پیش از رسیدن موعد ایفاء تعهد، قرارداد از قبل، نقض می‌گردد. این نوع نقض است که موضوع پژوهش بر آن قرار دارد یعنی "پیش‌بینی نقض قبل از رسیدن موعد" که ضمانت اجراهای خاص خود را از جمله فسخ در بر دارد. بنابراین در تبیین مفهوم نظریه پیش‌بینی نقض قبل از رسیدن موعد می‌توان بیان نمود که این نقض بدان معناست که چنانچه پس از انعقاد عقد و پیش از رسیدن موعد اجرای آن، متعهد به طور صریح اعلان کند که قرارداد را در موعد

حاضر به ارائه تضمین مناسب نباشد متعهدله دارای حق فسخ می‌گردد.

در این مقاله، ضمن تبیین ماهیت و مفهوم نظریه و همچنین آثار و ضمانت اجراهای آن و بررسی شرایط و ویژگی‌های نظریه در کنوانسیون، اصول و مبانی این نظریه در حقوق ایران بررسی می‌گردد تا به این سؤال‌ها پاسخ داده شود که آیا این نظریه در حقوق ایران قابلیت پذیرش دارد و آیا پذیرش آن با ساختارها و اصول حقوق قراردادهای در حقوق ایران مغایر نمی‌باشد؟

۲ مفهوم نقض قرارداد با بررسی جایگاه پیش‌بینی نقض قبل از رسیدن موعد اجرا

نظریه فسخ قرارداد به علت پیش‌بینی وقوع نقض اساسی در آینده، چنانکه اغلب حقوق دانان و شارحان کنوانسیون بیع نیز اشاره نموده اند، از کامن لا اقتباس شده است (صفایی، ۱۳۹۲، ۲۵۷). برای بررسی نظریه فسخ عقد قبل از رسیدن موعد اجرا بر اثر پیش‌بینی نقض، ابتدا بررسی و تحلیل پیش‌بینی نقض قبل از موعد اجرا و یا به عبارتی نقض احتمالی ضرورت می‌یابد و همچنین تطبیق آن با اصول حقوقی دیگر لازم است. اما شایسته است که بدو مفهوم نقض مورد بررسی قرار گیرد، در اصطلاح حقوقی، نقض قرارداد هنگامی تحقق می‌یابد که یکی از اطراف عقد یا هر دو، به مفاد عقد و تعهدات ناشی از آن ملتزم نباشند و در حقیقت با عدم پایبندی به تعهدات قراردادی خود، در موعد مقرر تعهدات خویش را ایفا نکنند، اما پیش‌بینی نقض قبل از رسیدن موعد که به نوبه خود، یک نقض مستقل به شمار می‌آید، هنگامی تحقق می‌یابد که بعد از انعقاد عقد و پیش از رسیدن موعد اجرای تعهد، مورد عدم ایفاء تعهدات قراردادی ایجاد گردد (Carter, 1991:216). برای بهتر مشخص شدن جایگاه پیش‌بینی نقض قبل از رسیدن موعد و این

به‌عنوان نمونه، هنگامی که شخصی تعهد می‌نماید که کالای معین و مشخصی را در آینده می‌فروشد اما قبل از فرارسیدن تاریخ مقرر، آن کالا را به فرد دیگری بفروشد، این متعهد نقض ضمنی را مرتکب شده است (Cheshire & Chevalier, 1991: 535).

۳ شرایط فسخ قرارداد بر اثر پیش‌بینی نقض کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰- وین)

شرایط ایجاد حق فسخ قرارداد بر اثر پیش‌بینی نقض از ماده ۷۲ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا به شرح ذیل قابل اقتباس است.

۳٫۱ فرا نرسیدن موعد اجرای تعهد

مقصود از فرانسیدن موعد ایفای تعهد، فاصله زمانی مابین زمان انعقاد قرارداد و موعد ایفای تعهد ناشی از عقد است. زیرا چنانچه زمان اجرای تعهد فرارسیده باشد ولی متعهد از اجرای تعهدات خویش امتناع نماید، متعهدله می‌تواند به روش‌های جبران خسارت در کنوانسیون بابت عدم ایفای تعهد مقرر در قرارداد، متوسل گردد که البته انتخاب هر یک بستگی به مفاد قرارداد دارد. (اندرز، ۱۴۰۰: ۵۶۱-۵۶۳). از طرف دیگر چنانچه تحقق نقض در هنگام انعقاد عقد یا قبل از آن معلوم باشد مثلاً آشکار باشد که اجرای تعهد بیست روز به طول می‌انجامد اما ضمن عقد مدت آن را ده روز قرار داده باشند در چنین صورتی متضرر در واقع با علم به آن نقض، حق فسخ خود را به طور ضمنی اسقاط نموده است. همچنین چنانچه در هنگام انعقاد عقد آشکار باشد که به هیچ عنوان امکان عمل به مفاد عقد وجود ندارد، در این حالت نیز عقد باطل خواهد بود.

۳٫۲ اساسی بودن نقض

در ماده ۷۲ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا یکی از شروط لازم برای فسخ قرارداد اساسی بودن نقض

مقرر انجام نخواهد داد و یا اینکه نشانه‌ها و آثار عدم تمایل، عدم آمادگی و یا عدم توانایی متعهد به ایفاء تعهدات قراردادی نمایان شود، به گونه‌ای که این عدم توانایی، عدم آمادگی و یا عدم تمایل به اندازه‌ای باشد که نقض قرارداد در موعد مقرر انجام قرارداد، از جانب متعهد قابل پیش‌بینی باشد (Chitty, 2004: 1390). در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰ نیز مواد ۷۱ تا ۷۳ کنوانسیون به نظریه پیش‌بینی نقض قبل از رسیدن موعد اختصاص دارد، البته در اسناد بین‌المللی دیگر مانند اصول قراردادهای اروپایی و اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی که تدوین آنها پس از کنوانسیون بوده است، نیز این نظریه راه پیدا کرده است (فیضی چکاب و موسوی، ۱۴۰۰: ۹۱).

به‌طور کلی مفهوم پیش‌بینی نقض قبل از رسیدن موعد جدا و دور از اصطلاح لغوی آن نمی‌باشد، چون معادل انگلیسی آن Anticipatory Breach است که حقوق‌دانان آن را به "پیش‌بینی نقض" یا "نقض پیشاپیش" یا "نقض قابل‌پیش‌بینی" ترجمه نموده‌اند، بعضی نیز به این دلیل که امکان وقوع این‌گونه نقض از مرحله شک و احتمال گذشته است، آن را "نقض منتظره" ترجمه و تعبیر نموده‌اند (داراب پور، ۱۳۹۷: ۲۷).

با توجه به مطالب فوق، می‌توان ادعا نمود که نقض قرارداد در واقع دارای یک مفهوم عام است و امکان دارد که پیش، هم‌زمان و یا پس از موعد اجرای قرارداد محقق گردد، با این تفاوت که نقض واقعی قرارداد بیانگر عدم ایفای تعهد در موعد مقرر در عقد می‌باشد ولی پیش‌بینی نقض بیانگر عدم اجرای تعهدات قراردادی از جانب متعهد، پیش از رسیدن موعد انجام قرارداد است. علاوه بر این، برای پیش‌بینی نقض قبل از رسیدن موعد دو حالت متصور می‌باشد: گاهی پیش‌بینی نقض قرارداد به طور صریح است و گاهی نیز به طور ضمنی است؛ بنابراین هنگامی که متعهد به طور صریح انجام تعهدات قراردادی را در آتی، رد می‌نماید، در واقع متعهد نقض صریح را مرتکب شده است. اما



الف) محرومیت اساسی طرف قرارداد از انتظار قراردادی

ب) قابلیت پیش‌بینی ضرر برای ناقض قرارداد
البته با استنباط از ماده ۲۵ کنوانسیون، در حالت اثبات شرط اول از جانب مدعی نقض اساسی، شرط دوم مفروض است و ناقض قرارداد باید عدم قابل‌پیش‌بینی بودن را اثبات نماید. اما موردی که لازم است به آن توجه گردد این است که در ماده ۲۵ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، نقض اساسی مستقل از مفاهیم حقوق ملی و بدون توجه به قواعد حقوق داخلی تعریف شده است. به همین علت برای احراز اساسی بودن نقض، بر اساس بند ۱ ماده ۷ به خصیصه بین‌المللی آن باید توجه نمود.

ماده ۲۵ کنوانسیون بر میزان زیان واقعی تکیه ندارد بلکه منافع ویژه و خاص متعهدله ملاک ارزیابی میزان شدت نقض می باشد (Schlechtriem, 1981, 177). این سخن بدین مفهوم است که چنانچه پس از نقض قرارداد، دیگر انجام قرارداد برای طرف زیان دیده نفعی در بر نداشته باشد، نقض اساسی محسوب می گردد، البته میزان و درجه خسارت به انتظارات طرف قرارداد را صرفاً در الفاظ قرارداد نمی توان یافت بلکه در احوال احوال حاکم بر روابط قراردادی باید جست (Schlechtriem, 1986, 187). برخی از شارحان کنوانسیون بیع نیز قابلیت پیش‌بینی نقض را به عنوان یکی از عناصر نقض اساسی بیان کرده اند (Chengwei, 2003; Ferrari, 2006; 498). در صورتی که این عدم قابلیت پیش‌بینی است که عنصر نقض اساسی محسوب می گردد (Will in: Bianca & Bonell, 1987; 214، شعاریان، ۱۳۹۵، ۳۳). بر اساس ماده ۱۰ کنوانسیون فوق هنگامی نقض قرارداد اساسی محسوب می گردد که نقض قرارداد بدانند یا باید در هنگام انعقاد قرارداد می دانست که هر فرد معقولی در همان موقعیت طرف مقابل عقد، چنانچه نقض و آثار آن را پیش‌بینی می کرد، به انعقاد قرارداد اقرار نمی نمود (داراب پور، ۱۳۷۴، ۱۳-۳۴).

بیان گردیده است و در ماده ۲۵ کنوانسیون نقض اساسی این‌گونه تبیین گردیده است: «نقض قرارداد توسط یکی از طرفین قرارداد، زمانی نقض اساسی محسوب می گردد که منجر به ورود چنان خسارتی به طرف دیگر شود که وی را از آنچه استحقاق انتظار آن را به موجب قرارداد داشته است، اساساً محروم کند، مگر اینکه طرفی که مبادرت به نقض قرارداد نموده است چنین نتیجه ای را پیش‌بینی نمی کرده و یک فرد متعارف همانند او نیز در اوضاع و احوال مشابه، نمی توانسته آن امر را پیش‌بینی نماید».

درحقوق ایران نقض قرارداد به اساسی و غیراساسی تقسیم نگردیده است که آن را می توان از ایرادهای قانون مدنی محسوب کرد. (شعاریان و رحیمی ۱۳۹۵، ۳۴۸).

از اقدامات و مواردی که می‌توان آنها را به عنوان نقض اساسی قرارداد تلقی نمود و بر اساس آن، قرارداد را قبل از موعد اجرا فسخ نمود در ذیل به آنها اشاره می‌گردد:

فروش کالایی که نسبت به تحویل آن به مشتری تعهد گردیده است؛ و یا فروش ماشین‌آلات و دستگاه‌های تولیدی که فروشنده نسبت به تولید آن کالا برای خریدار تعهد نموده است (Honnold, 1999, 438). همچنین زمانی که قرار شده است که متعهد، کالایی را تولید کند و در موعد مشخصی تحویل نماید اما هیچگونه اقدامی جهت تولید آن کالا انجام نداده باشد. همچنین ورشکستگی متعهد را نیز از جمله موارد پیش‌بینی نقض اساسی می‌توان محسوب کرد (Chengwei, 2005: 32). البته در مورد اساسی بودن تأخیر، حسب مورد متفاوت می‌باشد. به عنوان نمونه برای اینکه تأخیر، نقض موجد خیار فسخ تلقی شود از نظر عرف باید اساسی باشد بنابراین صرف اعلان متصدی حمل و نقل در تأخیر یک روزه بارگیری (که تأخیری متعارف است) باعث توجیه فسخ نخواهد بود. بر اساس ماده ۲۵ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، دو شرط برای وقوع نقض اساسی لازم است:

۲ ماده ۷، ملاک تفسیر کنوانسیون، اصول کلی حقوقی موجود در آن است. البته باید توجه داشت که در بررسی این معیار و ملاک، شرایط خاص حاکم بر قرارداد و اجرای آن و همچنین توانایی‌های شخصی طرف قرارداد را باید در نظر داشت، چون در هنگام انعقاد عقد این توانایی‌های شخصی و شرایط و اوضاع و احوال خاص جزء قصد طرفین بوده است، لذا می‌توان گفت که ملاک نوعی بودن را با توجه به شخص متعهد و نسبت به توانایی‌های شخصی او باید اعمال گردد (حسامی و لطفی، ۱۳۹۹: ۴۵).

۳/۵ عدم ارائه تضمین مناسب و کافی از طرف متعهد

مفهوم تضمین مناسب این است که نسبت به انجام قرارداد و یا جبران همه ضررهای ناشی از عدم انجام قرارداد اطمینان به دست آید. البته الزامی ندارد که تضمینات، انجام کامل قرارداد را تضمین کند، به تعبیری امکان دارد انجام با تأخیر، تضمین گردد؛ بنابراین چنانچه انجام با تأخیر، نقض اساسی نباشد، مسلماً امکان فسخ قرارداد نیز وجود نخواهد داشت، اما این تضمین به‌گونه‌ای باید باشد که سبب رضایت و اطمینان طرف مقابل گردد. درحقیقت باید اقدامات عملی صورت‌گرفته و یا مدارک مستند ارائه گردد، مثل اثبات این مسئله که علت توقف تولید، عدم مواد اولیه بوده است و با تأمین آن مواد از منبع دیگر، تولید ادامه خواهد یافت و یا پرداخت بهای کالا توسط بانک تضمین گردد (صفایی و دیگران، ۱۳۹۲: ۳۳۷). یا در مواردی علت تردید به عدم اجرای قرارداد، ناشی از اعتصاب کارگران باشد که در این حالت ضمانت اجرا باید بیانگر آن باشد که اعتصاب مرتفع گردیده و یا منبع جایگزینی برای آن وجود دارد. اما در مواردی که علت ممنوعیت در صادرات می‌باشد، اخذ مجوز صادرات تضمین مناسبی می‌تواند باشد (Eenderlein, 2009: 247).

۳/۳ ارسال اخطار متعارف و معقول

در صورت فسخ قرارداد و در نتیجه عدم اجرای آن بدون اعلام قبلی موجب خواهد شد که طرف مقابل قرارداد همچنان اجرای قرارداد را انتظار داشته باشد، بنابراین مطابق بند ۲ ماده ۷۲ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا چنانچه وقت کافی وجود داشته باشد، ضرورت دارد که اخطار قبلی به جهت فسخ قرارداد به طرف مقابل ارسال گردد. البته وجود وسایل جدید ارتباطی ارسال این‌گونه اخطار را بدون اخلاص در آزادی عمل فرد متضرر ممکن می‌سازند، مسلماً در صورت وجود زمان کافی، ارسال چنین اخطاری از لوازم حسن‌نیت محسوب می‌گردد (Honold, 1999: 438). مقصود از ارسال اخطار، صرف ارسال نمی‌باشد بلکه با توجه به قاعده کلی موجود در کنوانسیون که واصل شدن کلیه اطلاعات اراده است، می‌باشد که استنباط این قاعده از موادی از کنوانسیون مانند (۱۸(۲)، (۱۵(۱)، (۴۸(۴)، ۲۲ می‌باشد. همچنین با توجه به ماده ۷۲ کنوانسیون این اخطار باید معقول باشد به‌گونه‌ای که متعهد زمان کافی جهت ارائه تضمین مناسب را داشته باشد. در این رابطه نیز با استنباط از مواد مختلف کنوانسیون از جمله موادی مانند بند ۲ ماده ۹، بند ۱ ماده ۴۳، بند ۳ ماده ۸، بند ۱ ماده ۳۹ و... می‌توان گفت که معیار و ملاک، ضابطه نوعی، البته با توجه به توانایی‌های شخص متعهد و شرایط و اوضاع و احوال حاکم بر اجرای قرارداد خواهد بود.

۳/۴ آشکار بودن نقض در آینده

یکی از مهم‌ترین نکات در ماده ۷۲ کنوانسیون آشکار بودن نقض می‌باشد. اما پرسشی که در این خصوص مطرح می‌باشد این است که ملاک آشکار بودن نقض چیست؟ بعضی اعتقادشان بر این است که ملاک قاطع در ماده ۷۲ کنوانسیون نظر شخص متعارف است یعنی اینکه آیا نظر شخص متعارف این است که نقض قرارداد مطمئناً وقوع خواهد یافت یا خیر؟ به بیان دیگر در این رابطه معیار پذیرش "معیار نوعی" خواهد بود، چون بر اساس بند



۴ بررسی وجود یا قابلیت پذیرش حق فسخ بر اثر پیش‌بینی نقض قبل از رسیدن موعد در حقوق ایران

نظریه فسخ عقد قبل از رسیدن موعد اجرا بر اثر پیش‌بینی نقض در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا تصریح گردیده است مسلماً علاوه بر داشتن اصول ثابت، از مبانی و پشتوانه حقوقی و منطقی برخوردار است، و بر همین مبنا، حقوق‌دانان خارجی بر اساس آرای خود، مبانی حقوقی این نظریه را تحلیل نموده‌اند، اما با توجه به اینکه این نظریه در حقوق ایران از شهرت چندانی برخوردار نمی‌باشد و دلیل و نص خاصی دال بر نظریه یا احکام و آثار آن به نظر نمی‌آید، لذا تبیین مبنا برای این‌گونه نهادی در حقوق ایران مشکل می‌باشد، با این حال به نظر می‌آید بر اساس اصول کلی و قواعد موجود فقه که حقوق ایران مبتنی بر آن است، می‌توان به مبانی این نظریه در حقوق ایران دست یافت. هنگامی که حق فسخ قبل از رسیدن موعد بر اثر پیش‌بینی نقض، در حقوق ایران بررسی می‌گردد، این پرسش اساسی مطرح می‌شود که باید به آن‌ها پاسخ داد اول اینکه: آیا متون فقهی و یا قوانین موجود برای پیش‌بینی نقض عقد، حق فسخی را به عنوان یک قاعده در نظر گرفته‌اند؟ و دوم اینکه در صورت منفی بودن پاسخ سؤال فوق، آیا قراردادان چنین حق فسخی برای پیش‌بینی نقض در حقوق ایران امکان‌پذیر می‌باشد؟ به تعبیر دیگر، آیا پذیرش این‌گونه حق فسخی در حقوق ایران بامانع یا موانع حقوقی خاصی روبرو می‌باشد؟ برای پاسخ به سؤالات فوق استقرا در مقررات و قوانین و بررسی نظریات فقهی در جهت شناسایی این قاعده در حقوق ایران ضرورت دارد تا ضمن تبیین اشکالات موجود در این خصوص، امکان یا عدم امکان پذیرش این قاعده در حقوق ایران بررسی و تحلیل گردد.

۴/۱ بررسی وجود یا عدم وجود حق فسخ در حقوق ایران

از بررسی متون قانون ایران وجود سه نوع مقرر قانونی در مورد نقض عقد ملاحظه می‌گردد:

نوع اول: قواعد مبنی بر نقض قرارداد به‌طورکلی در مواد ۲۱۹ الی ۲۳۰ و ۲۳۵ الی ۲۴۳ قانون مدنی تدوین گردیده که بر اساس آنها همه ضمانت اجراها به مرحله پس از وقوع نقض واقعی می‌باشد و از ضمانت اجرای پیش‌بینی نقض عقد و شرایط و آثار آن سخنی بیان نگردیده است. مقررات این فصل از قانون مدنی بیانگر آن است که در صورت تحقق نقض، ابتدا طرف ممتنع، به اجرای تعهد الزام و اجبار می‌گردد و در صورت عدم ایفای از جانب متعهد یا عدم امکان انجام قرارداد توسط شخص ثالث و یا متعهدله، نوبت فسخ قرارداد می‌شود.

نوع دوم: غیر از قواعد عمومی فوق‌الذکر به طور موردی و در باب عقود معین، ضمانت‌های اجرایی نیز برای نقض مفاد عقد بیان گردیده است که در بعضی موارد از قاعده عمومی پیش‌گفته عدول شده است. به‌عنوان نمونه در ماده ۳۷۹ قانون مدنی مقرر گردیده است «اگر مشتری ملتزم شده باشد که برای ثمن ضامن یا رهن بدهد و عمل به شرط نکند، بایع حق فسخ خواهد داشت و اگر بایع ملتزم شده باشد که برای درک مبیع ضامن بدهد و عمل به شرط نکند، مشتری حق فسخ دارد.» همان‌طور که ملاحظه می‌گردد به مرحله پس از نقض واقعی توجه گردیده است لذا در رابطه با پیش‌بینی نقض عقد قبل از رسیدن موعد نمی‌تواند مورد استناد واقع گردد و همین مورد در ماده ۲۴۳ قانون مدنی نیز اشاره گردیده است «هرگاه در عقد شرط شده باشد که ضامنی داده شود و این شرط انجام نگیرد، مشروط له حق فسخ معامله را خواهد داشت.» در ماده ۳۷۹ قانون مدنی همان‌طور که مبرهن است از الزام متعهد صرف‌نظر گردیده است و با نقض تعهد، به متعهد حق فسخ داده شده است.

آن است. و این در واقع همان مفاد نظریه پیش بینی نقض قرارداد است که به علت قاعده دفع ضرر محتمل و لاضرر مشروعیت یافته و عقلایی می گردد.

قاعده لاضرر

یکی از مهم ترین قواعد فقهی قاعده لاضرر است که استناد به آن در این تحلیل، منطقی است، چرا که حتی افرادی که مفهوم قاعده مذکور را نفی حکم ضرری دانسته اند، اعتقاد دارند که بر مبنای قاعده لاضرر، لزوم معامله ضرری برداشته شده و طرف زیان دیده می تواند قرارداد را فسخ کند. قاعده لاضرر دلالت بر تزلزل هر گونه عقدی که لزوم آن موجب ضرر می باشد، دارد. با این تحلیل مفاد نظریه فسخ عقد قبل از رسیدن موعد اجرا بر اثر پیش بینی نقض مطابق فقه معاملات است، زیرا پایبندی به عقدی که معلوم است که به زودی از جانب طرف مقابل عقد نقض خواهد شد، مستلزم زیان برای متعاقدين است، زیرا از یک جهت، متعهدله به توقعاتی که از عقد دارد نمی رسد و از جهت دیگر، با پایبندی او به عقد نیز، میزان و قلمرو خساراتی که متعهد در آخر باید جبران کند، توسعه می یابد.

صاحب جواهر حکمی را از برخی فقهاء نقل نموده است که عمومیت آن، مفاد نظریه فسخ عقد قبل از رسیدن موعد اجرا بر اثر پیش بینی نقض را نیز شامل می گردد: «ظاهر اقوال فقهاء این هست که هر وقت در عقد لازمی یکی از طرفین عقد عملی منافی با حقی انجام بدهد که طرف مقابل به موجب عقد مزبور کسب نموده، شارع بر اساس قاعده لاضرر برای طرف دیگر حق فسخ قرار داده است و عقد از طرف او قابل فسخ شده، تا بدین وسیله از او دفع ضرر گردد.» (نجفی، ۱۳۹۴: ۸۰).

قاعده دفع ضرر محتمل

یکی از قواعد عقلی، قاعده وجوب دفع ضرر محتمل می باشد که بر مبنای آن چنانچه انسان هر زمان در چیزی یا عملی احتمال ضرر بدهد برای ایمن ماندن از ضرر و زیان، اجتناب از آن، حکم عقلی می باشد و اگر فردی اعتنایی به این احتمال ننموده و به

در نوع سوم مقرر قانونی که در خصوص نقض تعهد می باشد به موجب آنها علاوه بر اینکه در صورت وقوع نقض تعهد به الزام متعهد نیازی نیست حتی در بعضی موارد فرارسیدن موعد نیز ضروری شناخته نشده است و به تعبیری به علت پیش بینی نقض، حق فسخ به متعهدله داده شده است. در این خصوص به ماده ۳۸۰ قانون مدنی در موضوع خیار تغلیس می توان اشاره نمود. در بعضی مواد هم با این وجود که امکان مطالبه تضمین مناسب پیش از رسیدن موعد ایفای تعهد شناخته شده است اما ضمانت اجرایی برای عدم ارائه تضمین بیان نگردیده است.

۴،۲ مبانی نظریه فسخ عقد قبل از رسیدن موعد اجرا بر اثر پیش بینی نقض

همان طور که بیان گردید این نظریه در کنوانسیون بیع بین المللی کالا، با برخورداری از مبانی و پشتوانه حقوقی و منطقی و اصول ثابت، تدوین و تصریح گردیده است. اما در حقوق ایران تصریح نگردیده لیکن به نظر می رسد بر اساس اصول کلی و قواعد موجود فقه به عنوان مبنای حقوق ایران می توان در مقام بیان مبانی این نظریه و تحلیل آن در حقوق ایران برآمد.

۴،۲،۱ قاعده لاضرر و قاعده دفع ضرر محتمل

پیش بینی نقض عقد، که از اعلان خود متعهد مبنی بر نقض در موعد مقرر حاصل می گردد یا بر اساس عرف و از شرایط و اوضاع و احوال وی بدست آمده است، در واقع مبنای نظریه، پیش بینی ضرر قریب الوقوع می باشد، بدان معنا که از دیدگاه عرف این ضرر مسلم و محقق می باشد. و مسلم است که از لحاظ شرعی و عقلی نباید هیچ ضرری بدون تدارک و بلا جبران باقی بماند، با توجه به اینکه این ضرر در حالت پایبندی طرف مقابل به قرارداد ایجاد می گردد، بنابراین حکم لزوم پایبندی متعاقدين، باید تقیید گردد، چون پیشگیری از ضرر به مراتب بهتر از تدارک و جبران ضرر و زیان است و حکم عقلاء بر



فسخ عقد قبل از رسیدن موعد اجرا بر اثر پیش‌بینی نقض، بنا بر تحلیلی از مدرکات عقل است. به همین دلیل بنای عقلا بر آن مستقر و ثابت می‌باشد. چون بدیهی است که عقل سلیم به شخصی که علم دارد به اینکه در آینده نزدیک با خطر و یا ضرری حتمی روبرو خواهد بود، اجازه نمی‌دهد به انتظار وقوع ضرر و خطر مانده و در هنگام حادثه، آن را از خود دفع نماید، اگر شخصی اینگونه رفتار نماید بدون شک، مورد مذمت عقل خواهد بود. به تعبیر دیگر، عقل اجرای تعهد توسط یک طرف عقد را - چنانچه اجرای تعهدات متقابل طرف مقابل عقد، مورد تردید است- تأیید نمی‌نماید و در صورتی که یک طرف قرارداد به طور متعارف پیش‌بینی کند، طرف دیگر نمی‌تواند و یا نمی‌خواهد تعهداتش را به موقع انجام دهد، عقل این انتظار را بیهوده می‌داند. این حکم عقلی، دقیقاً مطابق نظریه مورد نظر و بحث مقاله است. از طرف دیگر نیز مطابق نظریه اجرای اجباری قرارداد، اجبار کردن و الزام طرف دیگر قرارداد- که زمان ایفاء تعهداتش فرا رسیده باشد- به ایفاء تعهد و سپس در انتظار رسیدن زمان ایفاء تعهد طرف مقابل قرارداد شدن- در صورتی که به شکل معقول پیش‌بینی می‌گردد که تعهد ایفاء نخواهد گردید- کاری، عبث و غیرمنطقی خواهد بود که عقل و بناء عقلا آن را جایز نمی‌شمارند.

۴،۲،۳ تخلف از شرط ضمنی

یکی از بنیادی‌ترین مبانی که براساس آن می‌توان نظریه فسخ عقد قبل از رسیدن موعد اجرا بر اثر پیش‌بینی نقض را توجیه کرد، این است که نقض زود هنگام عقد، به نوعی نقض یک تعهد حال است و تخلف از شرط ضمنی تلقی می‌گردد. در فقه، شروط ضمن عقد به دو نوع شروط صریح و شروط غیرصریح تقسیم می‌گردند (نایینی، ۱۴۲۷، ۲۸۵). شروط صریح شروطی هستند که صریحاً در متن عقد ذکر شده‌اند و هیچیک از طرفین نمی‌توانند برخلاف آن ادعایی داشته باشند ولی شروط غیرصریح (ضمنی) شروطی هستند که به دلالت صریح و مطابقی از عقد فهمیده نمی‌شوند بلکه به

موجب عمل به آن دچار ضرر شود، مورد نکوهش عقلا خواهد بود بنابراین دفع ضرر محتمل واجب می‌باشد (خویی، ۱۴۱۷، ۲۱۵؛ طباطبایی، ۱۴۱۵، ۴۸۷). منظور از ضرر، خسارت و زیانی است که فردی در مال، موقعیت یا جسم دیگری که شئون وی قانوناً و شرعاً محترم می‌باشد وارد کند، ضرر امری عرفی می‌باشد (محمدی، ۱۳۸۲، ۸۷). و مقصود از محتمل در قاعده فوق، ظنی است که عقلا در ارتباطات خود اعتنایی بدان نمی‌کنند (عراقی، ۱۴۰۵: ۱۴۳). لذا پایبندی یک طرف به قراردادی که از جانب طرف دیگر عقد در آینده ای نزدیک نقض می‌گردد، مستلزم زیان برای دو طرف قرارداد و یا حداقل برای متعهدله است، و هر چه را که از نظر عرف ضرر باشد، باید جبران نمود. در نظریه فوق نیز پیش‌بینی نقض قرارداد در حقیقت پیش‌بینی زیان قریب الوقوع است. این زیان را که عرف نیز آن را ضرر مسلم می‌داند، بدون جبران نباید باقی گذاشت و عقلانی‌ترین روش جبران، پیشگیری از آن است. بنا بر قول پروفیسور وینتروپ «عدم اعطای حق اعمال ضمانت اجراهای پیش‌بینی نقض و انتظار برای وقوع نقض واقعی همان اندازه صلح طلبانه است که گفته شود یک کشور حق هیچگونه اقدامی برای دفاع ندارد و باید منتظر حمله و اشغال دشمن بماند» (Winthrop, 1924, p. 333).

۴،۲،۲ عقل و بنای عقلا

از دیدگاه فقه اسلامی یکی از منابع استنباط، عقل می‌باشد و رابطه میان عقل و شرع، رابطه‌ای مبتنی بر «کل ما حکم به العقل، حکم به الشرع» می‌باشد (مظفر، ۱۴۲۳: ۲۶۱). حتی می‌توان چنین ادعا نمود که زمانی که در باره مسئله‌ای نقلاً دلیلی در شرع وجود ندارد هم شرعاً و هم عقلاً، احکام عقلی حجت هستند، لذا دلیل عقل در استنباط‌های حقوقی جایگاه ویژه‌ای داشته و در منابع مختلف حقوقی بدان استناد گردیده است. بعضی از فقها دلیل فقهی خیلی از احکام معاملات را عقل و بنای عقلا محسوب نموده‌اند، مانند لزوم تعادل عوضین، صحت معامله معاطاتی و موارد دیگر. مفاد نظریه

۵/۱ حق تعلیق

متعهدله نمی‌تواند آشکار بودن نقض اساسی قبل از رسیدن موعد را اثبات نماید. در این‌گونه موارد که از یک سو میزان اطمینان کافی برای فسخ قرارداد وجود ندارد و از سوی دیگر، با توجه به شرایط و اوضاع و احوال، مثل گفتار و رفتار و اقدامات متعهد، احتمال نقض قرارداد و وقوع ضرر و خسارت می‌رود، تعلیق اجرای تعهدات قراردادی متقابل و مطالبه تضمین کافی و مناسب، در ماده ۷۱ در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا پیش‌بینی گردیده است. به استناد ماده فوق جهت اعمال حق تعلیق شرایط و موارد ذیل باید رعایت گردد:

۵/۱/۱ کافی بودن احتمال نقض عقد

برای حق تعلیق قرارداد از جانب متعهدله، اولین نکته قابل‌توجه، کافی بودن احتمال نقض قرارداد از جانب متعهد است، منظور این است که حتماً لازم نیست که پیش‌بینی نقض به درجه یقین برسد و همین که در مرحله احتمال باقی بماند کافی است، به تعبیر دیگر، تعلیق هنگامی صورت می‌گیرد که درجه کمتری از احتمال نقض قرارداد وجود دارد، زیرا هنگامی که قطعاً معلوم باشد که قرارداد نقض می‌گردد، مثلاً متعهد صریحاً اعلان نماید که پایبند به قرارداد نیست، تعلیق مفهومی نخواهد داشت، در چنین حالتی متعهدله یا باید بر مبنای اعلان متعهد به قرارداد خاتمه دهد، یا با توجه به تشخیص خود تا فرارسیدن موعد اجرا صبر نماید. البته نباید ضمانت اجرای تعلیق را از مطالبه تضمین جدا نگریست، این تعلیق و مطالبه تضمین، برای ایجاد اطمینان در متعهدله نسبت به احساس تردید و تهدیدی است که در او به وجود آمده و به قصد برطرف نمودن تردیدی است که نسبت به اجرای قرارداد، در وی ایجاد شده است (Chengwei, 2005:46).

۵/۱/۲ اساسی بودن نقض احتمالی

در مورد تعلیق عقد، نکته دوم این است که حمایت متعهدله در برابر احتمال نقض قرارداد، در قالب تعلیق عقد که مقدمه فسخ قرارداد است، ایجاب

دلالت تضمینی و یا التزامی در ضمن عقد قرار می‌گیرند. به بیان دیگر، شروط تضمینی نه قبل از عقد و نه در ضمن عقد به صراحت مورد مذاکره و توافق طرفین قرار نمی‌گیرند، ولی عرف و عادت و بنای عقلاء وجود آن‌ها را مسلم فرض می‌کند (محقق داماد، ۱۳۸۸، ۴۹۰). در هر عقدی یک شرط تضمینی عرفی وجود دارد که از رد قرارداد قبل از موعد مانع می‌گردد، چون شرط تضمینی عرفی در واقع شرطی است که عرف پایبندی و التزام به آن را به متعاقدين تحمیل می‌نماید، مگر آنکه خلاف آن در مفاد عقد تصریح شده باشد. بنابراین مفهوم شرط تضمینی که در درون مفاد قرارداد اصلی فرض می‌گردد، دلالت بر این حقیقت دارد که هیچکدام از طرفین عقد حق ندارند قراردادی را که هنوز زمان انجام آن فرا نرسیده است، رد نمایند و از انجام آن امتناع کنند و یا اینکه اقدامات و افعالی را انجام دهند که حاکی از نقض قرارداد در آینده باشد، و تا موقعی که خلاف این شرط عرفی، در مفاد قرارداد قید نگردیده باشد، طرفین عقد باید به مفاد آن پایبند باشند و هر نوع تخلف از این شرط، به مشروط له حق فسخ می‌دهد و او با استناد به خیار تخلف از شرط، می‌تواند براساس تشخیص خود، قرارداد را فسخ کند.

۵ ضمانت اجرای پیش‌بینی نقض

ضرورت بررسی ضمانت اجرای نظریه پیش‌بینی نقض بدان جهت است که در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا به طور مستقل، برای نظریه پیش‌بینی نقض، ضمانت‌های اجرایی مقرر گردیده است؛ بنابراین مطالعه این ضمانت‌های اجرا از جهت مبنای و قواعد و آثار قابل تأمل می‌باشد. ضمانت‌های اجرایی اصلی نظریه پیش‌بینی نقض تعلیق قرارداد و حق فسخ قرارداد است که دومی موضوع مقاله می‌باشد، ضمن بررسی این دو ضمانت اجرا، ضمانت اجرای مطالبه خسارت نیز به صورت مختصر تبیین می‌گردد.



یا رفتار ضمنی تعیین می‌شود، متفاوت بوده و هرکدام بحثی مستقل را می‌طلبد که در ادامه به تفکیک بررسی می‌گردند:

۵٫۲٫۱ پیش‌بینی نقض به دلیل ردّ صریح قرارداد

اولین نوع پیش‌بینی نقض که دارای شرایط پیچیده خاصی هم نمی‌باشد، نقضی که توسط متعهد به علت ردّ صریح قرارداد صورت می‌گیرد، بر اساس کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، پیش‌بینی نقض قرارداد، هنگامی موجب تحقق حق فسخ می‌گردد که معلوم و مشخص باشد که این نقض اساسی است، و یکی از مصادیق آشکار این حکم، آن است که متعهد اعلام نماید که قرارداد را انجام نخواهد داد؛ بنابراین یکی از فواید پیش‌بینی نقض، این‌گونه در نظر گرفته شده است که با فسخ قرارداد از جانب متعهدله، لازم نیست که همواره نگران این موضوع باشد که عقیده متعهد، تا فرارسیدن موعد اجرا، تغییر کرده و او قرارداد را انجام می‌دهد (Honnold, 1999: 438)؛ لذا پیش‌بینی نقض در سررسید انجام قرارداد، با تحقق شرایطی برای متعهدله حق فسخ ایجاد می‌نماید که این شرایط از جمله اینکه اول نقض اساسی باشد و دوم اینکه وقوع نقض اساسی، معلوم و مشخص باشد. اساسی بودن نقض، یعنی احراز شرط اول، آن‌چنان دشوار به نظر نمی‌رسد، آشکارترین مصداق نقض، عدم انجام قرارداد می‌باشد و قطعاً نقض اساسی بشمار می‌آید. معلوم است هنگامی که یک طرف قرارداد اعلان می‌کند که تعهداتش را ایفاء نخواهد نمود، نقض اساسی تعهدات قراردادی تحقق خواهد یافت، اما در مورد احراز شرط دوم یعنی مشخص و معلوم بودن نقض باید بیان نمود که شیوه‌ای که در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مورد استفاده قرار گرفته است، تعیین نمودن قطعیت لازم را در خصوص نقض اساسی به دشوارترین جنبه تفسیری ماده ۷۲ کنوانسیون تبدیل کرده است. با بررسی و تحلیل دقیق مفاد کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و دیدگاه‌های شارحان آن، می‌توان چنین بیان نمود که

می‌کند که احتمال وجود نقضی باشد که در صورت تحقق، منجر به حق فسخ می‌شود. به عبارت دیگر، اگر نقض قرارداد به‌گونه‌ای باشد که منجر به فسخ حق فسخ نشود و ضرر زیان‌دیده به طرق دیگر مانند جبران خسارت قابل جبران باشد، این بدان معناست که اصل قرارداد نباید آسیب ببیند و به قوت خود باقی بماند و تعهدات متقابل نیز انجام شود و خسارات وارده در نهایت جبران شود؛ بنابراین حتی در صورت نقض واقعی نیز در این مرحله متعهدله حق ندارد به تعهدات متقابل خود عمل نکند و به طریق اولی در صورت احتمال چنین نقضی در آینده، نمی‌توان این را حق تلقی کرد؛ بنابراین در پیش‌بینی نقض برای متعهدله زمانی حق تعلیق ایجاد می‌کند که در صورت تحقق آن، حق فسخ ایجاد می‌گردد. حق تعلیق و مطالبه تضمین مناسب در صورتی می‌تواند قابل اعمال باشد که احتمال بالایی از ارتکاب نقض اساسی قرارداد توسط طرف مقابل را بدهد.

۵٫۲ حق فسخ

در خصوص پیش‌بینی نقض می‌توان حق تعلیق را ضمانت اجرایی مخصوص آن قلمداد نمود، اما برخلاف آن، حق فسخ از ضمانت‌های اجرایی می‌باشد که فقط اختصاص به آن ندارد، بلکه به‌عنوان یک قاعده کلی، هرگاه در انجام مفاد قرارداد، قصور و کوتاهی صورت گیرد که موجب نقض اساسی قرارداد گردد، قرارداد قابل فسخ می‌باشد (Schlechtriem, 1986: 78). اگرچه در نظام‌های حقوقی دنیا، شرایط اعمال حق فسخ، متفاوت می‌باشد اما موضوع حق فسخ همواره در قوانین و حقوق کشورها به عنوان یکی از طرق انحلال قرارداد بوده است. احتمالی باعث حق فسخ می‌شود که عقلاً به آن ترتیب اثر می‌دهند و به طور معقول و با معیار نوعی، نقض قرارداد در آینده قریب به یقین است (امینی، ۱۳۹۰: ۴۶). البته شرایط احراز حق فسخ به دلیل احتمال و پیش‌بینی نقض از سوی طرف مقابل یکسان نیست، زیرا با توجه به اینکه فسخ قرارداد صراحتاً از سوی طرف مقابل مردود بوده و یا به واسطه شرایط

۵،۲،۲ پیش‌بینی نقض به دلیل مشخص بودن نقض از شرایط و اوضاع و احوال

دومین نوع از پیش‌بینی نقض، هنگامی است که قرارداد به طور صریح از جانب متعهد رد نگردیده است، ولی شرایط و اوضاع و احوال نشانگر آن است که در سررسید موعد، قرارداد انجام نخواهد گردید و یا انجام آن، به شکلی ناقص خواهد بود به گونه‌ای که نقض اساسی وقوع یابد. بر اساس یک دیدگاهی، هنگامی که معلوم و مشخص است که قرارداد در موعد مقرر انجام نخواهد گردید و یا به طور ناقص انجام خواهد شد، اساساً مصادیق اوضاع و احوال و قرائن برای وقوع نقض اساسی در آتی، می‌تواند از اعمال و یا گفتار متعهد و یا وقایع عینی مثل از بین رفتن کارخانه بایع در حادثه آتش‌سوزی و یا اعمال نظارت‌های کنترلی مالی یا اعمال تحریم که انجام قرارداد را در آتی ناممکن می‌کند، مشخص گردد. هنگامی که یک طرف قرارداد اعلان می‌نماید که تعهدات خویش را با تأخیر انجام می‌دهد و زمان اجرا جزء ارکان قرارداد باشد، یا تأخیر مورد پیش‌بینی تا آن اندازه جدی باشد که موجب نقض اساسی گردد، همچنین ورشکستگی و آغاز عملیات تصفیه، از موارد دیگری هستند که نقض تعهد در آن‌ها مبرهن است (Enderlein, 1992: 291). برای اینکه فسخ قبل از رسیدن موعد بر اثر پیش‌بینی نقض، قابل تفسیر و توجیه باشد، باید مشخص و معلوم باشد که متعهد نمی‌خواهد و یا نمی‌تواند در موعد مقرر، قرارداد را انجام دهد، اما چنانچه نحوه عملکرد او فقط این تردید را ایجاد نماید که وی آمادگی و یا توانایی انجام قرارداد را ندارد، و در اینجا باید از ضمانت اجرای «مطالبه تضمین کافی و مناسب» استفاده گردد. حتی هنگامی که مشخص باشد که نقض اساسی وقوع خواهد یافت، هم بیان شده است که به مصلحت صاحب حق است که پیش از فسخ قرارداد، نخست با استفاده از ضمانت اجرای خفیف‌تر، به مطالبه تضمین مناسب، خصوصاً زمانی که هنوز در خصوص جدی بودن موانع ایفای تعهدات تردید دارد.

مفهوم «مشخص بودن» مفهوم و معنایی عرفی می‌باشد و مقصود از مشخص بودن نقض برای تحقق حق فسخ، آن هست که یک فرد متعارف و معقول، قبول کند و متقاعد گردد که نقض قرارداد، مطمئناً رخ خواهد داد (Schlechtriem, 1986: 96).

علاوه بر اینکه در ادامه مقاله به طور مبسوط به بررسی تطبیقی موضوع مقاله در حقوق ایران پرداخته می‌شود اما در این قسمت نیز اجمالاً اشاره می‌گردد.

در حقوق ایران، ماده قانونی که به مفاد مواد ۷۲ و ۷۳ کنوانسیون دلالت نماید، تصریح نشده است. در حقوق ایران متعهدله برای استفاده از ضمانت اجرای عدم اجرای تعهدات قراردادی، ضرورت دارد که برای اجرای تعهد مدت معینی مشخص شده باشد و آن مدت منقضی گردیده و متعهد تعهد خود را ایفاء نکرده باشد و چنانچه جهت اجرای تعهد مدت زمانی مشخص نگردیده باشد، متعهدله ایفاء تعهد را مطالبه کرده، مشروط بر اینکه تعیین زمان اجرای تعهد در اختیار متعهدله باشد، و متعهد به تعهد خود عمل نکند (ماده ۲۲۶ ق.م.).

لذا اگرچه که نظریه فوق در حقوق ایران بیگانه است. ولی با استقراء در قوانین موضوعه آثار و نشانه‌های آن قابل ملاحظه است و بر مبنای وجوب دفع ضرر محتمل قابل توجیه می‌باشد. لذا از نهادهای معامله به قصد فرار از دین (ماده ۱۱۴ ق.آ.د.م. و ماده ۲۱۸ مکرر قانون مدنی)، خیار تغلیس (تعذر تسلیم ماده ۳۸۰ ق.م. و ماده ۴۱۲ ق.ت)، نقصان در اعتبار مالی متعهد (مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ ق.ت.) و حکم مندرج در ماده ۵۳۳ ق.ت. و ماده ۳۷۷ ق.م. و ۳۴۸ ق.م با استناد به مواد ۲۳۹ و ۲۴۰ و ۲۴۸ می‌توان آثار نظریه را استنباط نمود (صفایی، ۱۳۹۲، ۲۶۲).



۶ نهادهای فقهی و قانونی مورد استفاده جهت استناد به پذیرش نظریه

با توجه به اینکه بسیاری از احکام شرع مقدس به ویژه در مورد معاملات، حکم امضایی است، زیرا اکثر معاملات در عرف مردم رایج است و لذا موضع شارع نسبت به آنها بیشتر امضایی است؛ بنابراین ردی نیز اگر از جانب شرع صورت گرفته باشد، نسبت به آن باید اطلاع حاصل می‌گردد؛ بنابراین در این قسمت مقاله مبانی موجود در حقوق ایران و همچنین فقه که اساس و پایه حقوق ایران است، و نیز وجود آثار و نتایج حاصل از این نظریه در موارد مشابه در حقوق ایران بررسی می‌گردد، هرچند موارد فوق الذکر از لحاظی با مفاد نظریه فرق داشته باشد. اما صرفاً برای انتخاب بیان درست در موضوعات مطروحه و تطبیق آنها با مفاد نظریه نمی‌باشد بلکه برای بررسی امکان پذیرش و نهادینه کردن نظریه پیش‌بینی نقض می‌باشد و همچنین برای بررسی تطابق یا عدم تطابق با اصول و قواعد عمومی قراردادها، نهادهایی مانند خیار تعذر تسلیم، حق حبس، خیار تفلیس و تلف مبیع قبل از قبض، بررسی و تحلیل می‌گردند. با بررسی و تحلیل و اثبات پذیرش نظریه پیش‌بینی نقض در حقوق ایران، ضمانت اجراهای بر اثر پیش‌بینی نقض مانند تعلیق و فسخ و آثار آن نیز تحلیل می‌گردد.

۶٫۱ خیار تعذر تسلیم

اگرچه خیار تعذر تسلیم در قانون مدنی تصریح نگردیده است ولی باید وجود این خیار را لازمه عدالت معاوضی دانست (خیاط مشهدی، ۱۳۹۵: ۵۹). از استقرا در قانون مدنی دریافت می‌گردد که عدم قدرت بر تسلیم، نه فقط مانع ایجاد عقد و تعهد می‌گردد بلکه چنانچه بعد از انعقاد عقد هم عارض گردد، باعث از بین رفتن التزام به قرارداد می‌شود. مواد ۲۴۰، ۲۳۹، ۳۸۰، ۴۷۶، ۴۸۸، ۵۳۴ و قانون مدنی می‌تواند مستندات و ادله قوی بر وجود خیار تعذر تسلیم در حقوق ایران تلقی گردند (طباطبایی یزدی،

۱۳۷۸: ۱۲۸). در فقه امامیه بنا به نظر مشهور در صورت تعذر شرط و عدم امکان الزام متعهد، متعهدله دارای حق فسخ می‌گردد و پیش از آن عقد را نمی‌تواند فسخ کند (نائینی، ۱۴۲۷: ۵۶۲). بعضی از فقها، صرف نقض عهد را سبب ایجاد حق فسخ برای متعهدله دانسته و ایجاد این حق فسخ را منوط به تعذر اجبار و الزام متعهد نمی‌دانند. در دیدگاه فقها مقصود از نقض، نقض بعد از رسیدن زمان انجام قرارداد است نه قبل از آن (بهبهانی، ۱۴۱۷: ۱۲۷). به عقیده صاحب جواهر اگر متعهد اعلان کند که تعهد خود را ایفا نخواهد کرد، نقض تحقق یافته و متعهدله حق فسخ عقد را خواهد داشت. ظاهراً قاعده‌ای که بر پایه آن تا زمان رسیدن موعد باید منتظر ایفا تعهد ماند، مبتنی بر مورد غالب می‌باشد و شامل موارد خاصی که به شکل معقول و متعارف پیش از رسیدن موعد، عدم امکان انجام تعهد معلوم گردد، نمی‌باشد. این نکته را از بعضی موارد مسلم نیز می‌توان استنباط نمود. مثلاً در حالتی که انجام مفاد تعهد در آینده، عرفاً غیرممکن و متعذر شود، حسب مورد عقد منحل و یا برای متعهدله حق فسخ (خیار تعذر تسلیم) ایجاد می‌گردد اعم از اینکه زمان ایفای تعهد فرارسیده باشد یا خیر، در هر دو حالت چنانچه انجام تعهد متعذر شود (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۱۲۹).

بنابراین چنانچه ملاحظه می‌شود اگرچه بعضی از مصادیق نظریه پیش‌بینی نقض قبل از رسیدن موعد اجرا در کتاب‌های فقهی سخن گفته و مورد بررسی واقع گردیده است ولی بحث مستقلی در مورد آن صورت نگرفته است اما به هر جهت حق فسخ عقد قبل از رسیدن موعد اجرا بر اثر پیش‌بینی نقض در منابع فقه که پایه حقوق ایران است، مورد شناسایی واقع نگردیده است. احتمال دارد فقها و شارحان قانون مدنی در روابط مرتبط با حقوق خصوصی اشخاص، به مقرر نمودن این حق فسخ نیازی ندیده‌اند زیرا در حقوق ایران به دلیل وجود قاعده لزوم و اصل اجرای عین تعهد که بر اساس مفاد توافق متعاقدين است، متعهد ملزم است که

خویش را به تعویق بیندازد. دقیقاً حق حبس نیز به هر یک از متعاقدين این اختیار و حق را می‌دهد که تا زمانی که طرف دیگر حاضر به اجرای تعهدات مقابل نشده است، از اجرای تعهداتش امتناع نماید. هر دو حق مزبور به دلیل متقابل بودن تعهدات طرفین قرارداد و حاکی از رابطه متقابل و وابستگی میان تعهدات آنها است (عربشاهی کریز، ۱۳۹۷: ۱۲۶-۱۲۹).

با تدقیق در این دو نهاد حقوقی، چنین استنباط می‌گردد که منشأ تأسیس این دو نهاد نیز واحد می‌باشد، چون هر یک از طرفین عقد با انتظار دستیابی به هدف نهایی انعقاد قرارداد، تعهدات متقابل خود را اجرا نمایند، بنابراین اگر این انتظار مشروع و قانونی تحقق نیابد، با احساس تهدید و خطری که هر یک از طرفین عقد می‌کند در جهت انجام اقدامات لازم جهت حفظ حقوق قراردادی و قانونی خود تلاش خواهد نمود، و حداقل به دلیل امتناع طرف مقابل قرارداد، از اجرای تعهداتش به طور موقت خودداری نماید، تا اینکه نهایت امر وضعیت ایفای تعهدات متقابل مشخص گردیده و یا تضمینات لازم و کافی برای ادامه روند ایفای تعهدات ارائه گردد. در حقیقت این روش استدلال سبب نزدیک ساختن دو نهاد حقوقی مزبور می‌گردد اما مسلماً این دو نهاد حقوقی دارای تفاوت‌هایی نیز هستند، چون حق حبس با حق تعلیق در نظریه پیش‌بینی نقض قبل از رسیدن موعد اجرا، از جنبه مبنایی متفاوت هستند، چون اولاً بر اساس نظر بعضی از حقوق‌دانان، مبنای حق حبس برخلاف حق تعلیق، تعادل و همبستگی عوضین می‌باشد و در صورت اعمال شدن حق حبس، طرف دیگر عقد، تعهدات متقابلش را باید ایفا نماید. اما در صورت اعمال حق تعلیق، طرف دیگر عقد، نخست بایستی تضمین مناسبی را ارائه نماید و سپس تعهداتش را ایفا نماید که این مسئله به طور مستقیم، با تعهدات قراردادی طرف دیگر، تناسبی ندارد، ثانیاً تفاوت دیگری که هست، حق حبس، مربوط به تعهدات حال می‌باشد، ولی حق تعلیق در رابطه با تعهدات

تعهدات خود را ایفا نموده و یا اینکه تمامی خسارات متعهدله را جبران کند و دراین خصوص هیچ‌گونه تکلیفی برای متعهدله مقرر نگردیده است اما در حقوق کامن لا و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا حق فسخ قبل از رسیدن موعد بر اثر پیش‌بینی نقض مورد شناسایی و تصریح شده است. در واقع قاعده لزوم به گونه دیگری تجلی‌یافته است، زیرا در این نظام حقوقی قاعده لزوم به مفهوم الزام به اجرای عین تعهد نمی‌باشد بلکه به این مفهوم است که یا باید متعهد قرارداد اصلی را اجرا نماید و یا اینکه خسارات متعهدله را جبران نماید و متعهدله را در وضعیت و موقعیت اقتصادی قرار بدهد که چنانچه قرارداد اجرا می‌گردید، او در آن موقعیت قرار می‌گرفت، از سوی دیگر علاوه بر تعهد مذکور که برعهده متعهد می‌باشد، متعهدله هم چنانچه با نقض قرارداد مواجه شود، نسبت به تقلیل خسارت تکلیف دارد که از آن با عنوان قاعده مقابله با خسارت تعبیر می‌گردد (داراب پور، ۱۳۹۷: ۴).

۶،۲ حق حبس

در حقوق ایران، حق حبس به‌گونه‌ای مشابه حق تعلیق مقرر در نظریه فسخ عقد قبل از رسیدن موعد اجرا بر اثر پیش‌بینی نقض است. حق حبس اصطلاحی فقهی - حقوقی است که البته در اکثر نظام‌های حقوقی وجود دارد. در حقوق ایران هم در مواد ۳۷۷ و ۱۰۸۵ قانون مدنی و همچنین مواد ۳۷۱ و ۳۹۰ قانون تجارت منعکس گردیده است. در واقع حق تعلیق مورد بحث، از جهاتی با حق حبس موجود در حقوق شباهت دارد و از جهاتی نیز تفاوت دارد. اما با توجه به موضوع مقاله به کمک قاعده حق حبس، می‌توان حق تعلیق برگرفته از نظریه پیش‌بینی نقض قبل از رسیدن موعد اجرا را عقلایی، عرفی و منطبق با ساختارها و اصول حقوق قراردادی دانست، این حق تعلیق به هر یک از متعاقدين اختیار می‌دهد که بر اساس توافق و قانون و به علت اینکه در موقعیت طرف مقابل تغییرات و اتفاقی حادث گردیده است که حاکی از امکان و احتمال عدم ایفای تعهد است، به طور موقت انجام تعهدات



ثمن) را ندارد، بنابراین جهت نجات خویش با اعمال خیار تغلیس اقدام به فسخ معامله و استرداد عین مال از میان اموال مفلس می‌نماید، حتی اگر او هیچ مال دیگری از آن عین در بر نداشته باشد. امکان دارد بیان گردد که اعمال خیار تغلیس دارای شرایطی از جمله حال بودن ثمن معامله در زمان حجر است، یعنی چنانچه موعد پرداخت ثمن فرا نرسیده باشد، امکان فسخ معامله نیز وجود ندارد، چون به سبب حجر دیون مؤجل، حال نمی‌شود و فقط با فوت است که دیون متوفی حال می‌گردد (محقق بحرانی، ۱۴۳۳: ۳۹۷). البته در حقوق مدنی نیز موضوع خیار تغلیس مطرح است و حقوق دانان ماده ۳۸۰ قانون مدنی را علت پذیرش خیار تغلیس مطروحه در فقه دانسته‌اند. برخی از شارحان قانون مدنی، ماده ۳۸۰ را در مقام بیان شکل خاصی از حق حبس می‌دانند (عدل، ۱۳۷۳: ۲۳۱). اما اکثر حقوق دانان اعتقاد دارند که ظاهر ماده ۳۸۰ قانون مدنی بر این امر دلالت دارد (شهیدی، ۱۳۸۲: ۱۸۲). اما دکتر کاتوزیان معتقد است که بخش دوم ماده ۳۸۰، چهره خاصی از حق حبس است و نظرش بر این است که در جایی که خریدار قادر به وفای به تعهد خود نیست و نسبت به تأدیه ثمن توانایی ندارد (کاتوزیان، ۱۳۸۷: ۱۸۳). باتوجه به وجود خیار تغلیس در فقه، می‌توان به این نتیجه دست یافت که جعل حق فسخ قبل از رسیدن موعد بر اثر پیش‌بینی نقض و صبر نکردن تا سررسید اجرای تعهد، مغایرت و تعارضی با اصول قراردادهای ندارد (امامی، ۱۳۹۹: ۵۲۸).

۶٫۴ تلف مبیع قبل از تسلیم

با مذاقه در مفهوم ماده ۳۸۷ قانون مدنی چنین استنباط می‌گردد که در عقود معوض در مواقعی که مورد تعهد برای یک طرف عقد، عین معین بوده و قبل از موعد تلف می‌شود، به علت اینکه معلوم می‌باشد که متعهد قادر به اجرای تعهد خود، در موعد مقرر نخواهد بود، عقد منفسخ می‌شود و در نتیجه تا زمان تسلیم طرف مقابل نسبت به عقد ملتزم باقی نمی‌ماند (مفهوم ماده ۳۸۷ قانون مدنی). ولی تلف مبیع پیش از تسلیم دارای صورتهای

مؤجل هم صادق می‌باشد (کاتوزیان، ۱۳۹۶: ۳۰۹). اما حق تعلیق در نظریه پیش‌بینی نقض قبل از رسیدن موعد اجرا، قابل اعمال در عقود مؤجل نیز می‌باشد (درویش پوریان و اسدی کوه باد، ۱۳۹۵: ۹-۱۲). در این نوشتار سعی می‌گردد تا حق فسخ ناشی از نهادهای حقوقی - فقهی را که به‌گونه‌ای معادل حق فسخ در نظریه پیش‌بینی نقض قبل از رسیدن موعد اجرا، است مورد بررسی قرار گیرد، اگرچه موارد مذکور با مفاد نظریه از جهاتی تفاوت‌هایی داشته باشند.

۶٫۳ خیار تغلیس

از دیگر موضوعات فقهی و حقوقی که می‌توان از آن به‌عنوان توجیه‌کننده حق فسخ مقرر در نظریه پیش‌بینی نقض قبل از رسیدن موعد اجرا، استفاده نمود، خیار تغلیس است. به عقیده اکثر حقوق دانان در ماده ۳۹۶ قانون مدنی، با وجود اینکه اسمی از خیار تغلیس ذکر نشده است ولی این خیار در قانون مدنی، ماده ۳۸۰ پیش‌بینی گردیده و از فقه به قانون آمده است. در رابطه با خیار تغلیس صاحب شرایع بیان نموده است که: «در صورتی که حکم افلاس شخصی صادر گردد، هر طلبکاری که عین مالش موجود است، می‌تواند آن را بردارد، اگرچه غیر از آن عین چیز دیگری نزد مفلس باقی نمانده باشد» (محقق حلی، ۱۴۰۳: ۳۴۵) و شهید ثانی نیز می‌فرماید: «اگر طلبکار شخص مفلس کالای خود را بیابد، مخیر است معامله را فسخ و مقدم بر سایر طلبکاران، آن را تصاحب نماید، یا برای دریافت ثمن، در کنار دیگران قرار گیرد» (شهید ثانی، ۱۴۱۳: ۳۲۵). این نهاد فقهی نیز شباهت قابل‌توجهی با مفاد نظریه پیش‌بینی نقض قبل از رسیدن موعد اجرا دارد، زیرا بر اساس این نظریه هم هنگامی که یک طرف عقد متوجه می‌گردد که طرف مقابل، به هر علتی دیگر توانایی ایفای تعهداتش را در موعد مقرر ندارد، در مرحله اول می‌تواند اقدام به تعلیق و سپس به فسخ معامله اقدام کند، دقیقاً مانند فردی که خود را طرف معامله با فرد مفلس می‌بیند و با علم به اینکه مفلس توانایی ایفای تعهدش (تأدیه

عرصه تجارت می باشد، امروزه از قواعد مهم حقوق تجارت بین الملل محسوب می گردد و آثار و فواید زیادی بر آن مترتب می باشد از جمله: پیشگیری از خسارات قراردادی یا افزایش آن و در واقع مقابله با خسارات، ایجاد آرامش روانی متعاملین و خروج اطراف قرارداد از بلاتکلیفی، بی ثباتی و نگرانی از آینده و امکان جایگزینی کالا و سرعت در عرصه معاملات و یا امکان کلی تمسک به ضمانت اجراهای پیش بینی نقض مانند تعلیق و فسخ موجب رهایی متعهدله از زیر بار تعهدات قراردادی که در آینده با نقض مواجه خواهد شد می گردد و تضمین مناسبی جهت پیشگیری از زیان در یک رابطه قراردادی می باشد. حق فسخ با شرایط و آثار مندرج در ماده ۷۲ کنوانسیون بیع بین المللی کالا در حقوق ایران وجود ندارد و در آثار حقوق دانان این نوع حق فسخ ذکر نشده است؛ بنابراین نمی توان این قاعده را یکی از قوانین موجود در حقوق ایران معرفی کرد. اما این امر مانع از آن نیست که قانونگذار ایران این حق را به عنوان گزینه جدید فسخ به رسمیت بشناسد، زیرا اعمال این نظریه منافاتی با سایر قواعد حقوق داخلی ایران ندارد. اگر چه که در حقوق ایران این قاعده وجود ندارد، اما بررسی نهادهای فقهی و حقوقی نظام حقوقی ایران حاکی از وجود زمینه های لازم برای پذیرش نظریه فوق در حقوق ایران است. استناد به اصل وجوب قراردادها نمی تواند مانعی برای پذیرش و اجرای نظریه باشد، زیرا درست است که اصل لزوم، طرفین را ایجاب می کند که قرارداد را حفظ کنند، اما نه در همه شرایط، زیرا الزام متعاقدين به مفاد عقد و حفظ قرارداد تا اندازه ای معقول و قانوناً قابل قبول است که رعایت حقوق طرفین عقد و نیز عدالت معاوضی صورت گیرد و به بیان دیگر لازمه تراضی متعاقدين عدم تحمیل قرارداد بر یکی از طرفین است زیرا اگر فرضاً یکی از طرفین قبلاً اعلام کند که به تعهدات قراردادی خود در موعد مقرر عمل نمی کند، تکلیف طرف دیگر تعهد به انجام تعهدات خود و سپس منتظر ماندن برای فرارسیدن موعد انجام قراردادی که این اطمینان

مختلفی است. یعنی در این گونه موارد مشتری به استناد قاعده تعذر تسلیم، می تواند قرارداد را فسخ کرده و ثمن را مسترد نماید (نجفی، ۱۳۹۴: ۸۹). در رابطه با حکم موردی که تلف مبیع به دست بایع صورت می گیرد، مابین فقها اختلاف نظر وجود دارد. نظر یک طرف را نمی توان نظر مشهور دانست اما عده زیادی از فقها در این رابطه نیز معتقدند که مشتری مخیر است نسبت به اینکه به علت تعذر تسلیم عقد را فسخ کند و ثمن را مسترد نماید و یا به بایع رجوع نموده و مثل یا قیمت را مطالبه کند (شهید اول، ۱۴۱۲: ۲۱۳)؛ لذا میان حکم تعذر تسلیم و حکم نظریه پیش بینی نقض قبل از رسیدن موعد اجرا در دو حالت فوق شباهت زیادی وجود دارد، چون با مذاقه در استدلال فقها استنباط می گردد که حق فسخ و ابقا برای خریدار، به اینکه تعذر بعد و یا قبل از رسیدن موعد ایفای تعهد باشد، ارتباطی ندارد. زیرا فروشنده به تعهدش نمی تواند عمل نماید و اجرای تعهد متعذر گردیده است و به همین دلیل حق فسخ را خریدار پیدا کرده است، به همین دلیل تعذر تسلیم، با نظریه پیش بینی نقض قبل از رسیدن موعد اجرا مشابه می باشد و پایه و اساس حکم در هر دو مورد یکسان می باشد و البته باید متذکر گردید که فقط تعذر موقتی هست که سبب ایجاد حق فسخ می گردد و در صورتی که تعذر دائمی باشد، معمولاً فقها به انفساخ عقد قائل هستند (بحرالعلوم، ۱۴۰۳: ۱۷۰-۱۷۳). یعنی اگر تسلیم عوض یا معوض متعذر شود و این تعذر دائمی باشد در این حالت عقد منفسخ می گردد (صفایی، ۱۳۸۶: ۲۹۸).

۷ نتیجه

نظام های مختلف حقوقی از ابزارها و روشهای گوناگونی جهت پیشگیری و یا جبران خسارت در حقوق قراردادها استفاده می نمایند اما اگر بدون توجه به شرایط و اوضاع و احوال در روابط قراردادی، صرفاً به ابزارهای کهن و تکراری توسل گردد، کارایی و اثربخشی لازم وجود نخواهد داشت، نظریه مقاله که مصوب کنوانسیون بیع بین المللی کالا ۱۹۸۰- وین، به عنوان یکی از اسناد مهم بین المللی در



تعارض یا عدم تعارض آن قاعده با قواعد حقوق داخلی صورت می‌گیرد نه وجود یا عدم وجود قاعده، لذا در این مقاله نیز این شیوه برگزیده شده است که نتیجه آن عدم مخالفت حق فسخ بر اثر پیش بینی نقض قبل از موعد اجرا، با قواعد حقوق ملی است. بنابراین وجود ماده ۷۲ کنوانسیون بیع مانعی برای الحاق ایران به آن نمی‌تواند باشد و استفاده از آن خصوصاً در حقوق تجارت، موجب رعایت اصل سرعت در معاملات تجاری خواهد گردید. زیرا با هر قاعده‌ای که احتمال نقض قرارداد تجاری و اختلال و کندی سرعت در معاملات باشد باید مقابله نمود و همچنین چون بازرگانان در قراردادهای تجاری خود از عرفی منسجم و مدون استفاده می‌کنند لذا از لحاظ موضوعی نیز پیش بینی نقض قرارداد برای آنان آسان تر می‌باشد. ضمن اینکه مشکلات اثباتی موجود روابط مدنی در تعاملات اقتصادی با توجه به عرف‌های خاص بین‌تجار کمتر وجود دارد. به نظر می‌رسد پذیرش نظریه فوق‌نه تنها به ساختارها و هنجارهای فقهی و قانونی ما آسیبی وارد نمی‌کند بلکه کاملاً عقلایی بوده و سبب افزایش میزان التزام عملی به قراردادها از سوی متعاقدین می‌گردد.

همچنین اگر این نظریه در حقوق ایران پذیرفته شود قاعده استثنایی تلقی نمی‌شود زیرا با قواعد موجود در حقوق ایران تفاوتی ندارد و حتی می‌تواند در کنار قواعدی مانند اصل لزوم و روش تفسیری آن مورد استفاده قرار گیرد. مانند تفاسیر دیگر قواعد حقوق خصوصی تفسیری گسترده خواهد بود نه محدود.

است که به طور متعارف و معقول در موعد سررسید نقض می‌شود، مسلماً برخلاف فحوای متعاقدین بوده و لذا هیچ عقل سلیمی بر آن حکم نخواهد کرد. با توجه به اینکه در حقوق ایران، از نظریه پیش بینی نقض قبل از رسیدن موعد اجرا و ضمانت اجراهای آن به صراحت نصی وجود ندارد، اما این نظریه را بر مبنای شرط ضمنی که نهادی پذیرفته شده است، می‌توان توجیه نمود، در واقع هر عقد دربردارنده این شرط ضمنی می‌باشد که حتی پیش از رسیدن زمان انجام قرارداد، متعاقدین خود را متعهد و ملتزم به ایفاء مفاد عقد در سررسید مقرر می‌دانند. لذا باید تمهیدات لازم را برای ایفای تعهدات قراردادی به عمل آورند و همچنین نباید نسبت به عدم انجام آن و نقض قرارداد اقدام نمایند. بنابراین اگر یکی از متعاقدین با اعمال یا اظهارات خود قصد داشته باشد در موعد مقرر به تعهدات قراردادی خود عمل نکند، در واقع امکان اجرای قرارداد از وی سلب شده و از شرط ضمنی تخلف کرده است. با این تفسیر حق فسخ قرارداد اصلی به‌عنوان ضمانت اجرای تخلف از شرط ضمنی برای طرف مقابل حاصل می‌شود. همچنین عقل و بنا عقاء هم از دیگر مبنایی است که این نظریه و آثار و احکام مترتب بر آن را می‌توان با آن تحلیل کرد. با تمام اوصاف بر اساس مبانی موجود در فقه به عنوان اساس حقوق ایران که برخوردار از پشتوانه حکم عقل و بنا عقاء است، می‌توان ادعا کرد که این نظریه نه تنها منافاتی با اصول و قواعد حاکم بر قراردادها در حقوق ایران ندارد، حتی به‌عنوان یک نظریه جدید در حقوق قراردادها قابل پذیرش می‌باشد. ضمناً کلیه مقررات و آثار آن در حقوق ایران قابل توجیه است. همانگونه که در مقدمه ذکر گردید شیوه دیگری هم برای برای پذیرش یا عدم پذیرش قواعد بین‌المللی در حقوق ملی وجود دارد و برای دستیابی به این امر، تحلیل آثار و شرایط آن قاعده ضرورت دارد تا بتوان به این سؤال که آیا امکان جمع آن قاعده با قواعد حقوق ملی وجود دارد؟ و چنانچه روش فوق‌اعمال گردد خیلی از ایرادات مطروحه ایجاد نمی‌شود و لذا منحصراً بررسی

Reference

- Amini, Mansour and Azami Chaharbarkh, Hossein, (2013), "Investigation of the right of termination due to anticipated breach of contract in the Convention on the International Sale of Goods and Rights of Iran", *Journal of Legal Studies*, No. 4, pp. 35-42.
- Anders, Daoud, (1400), "Income on the Convention on the International Sale of Goods and Iran's Rights", *Citizenship Law Studies Quarterly*, No. 21, pp. 1-26.
- Emami, Seyyed Hassan, (2019). *Civil rights*, 16th edition, Tehran: Islamiye Publications.
- Bahrami Ahmadi, Hamid, (1390). *The law of obligations and contracts*, Tehran: Imam Sadegh University Press.
- Jafari Langroudi, Mohammad Jaafar, (1381). *The general philosophy of contracts based on the originality of action (equilibrium theory)*, Tehran: Ganj Danesh Publications.
- Hasami, Ali and Lotfi, Alireza, (2019), "Comparative study of the obligation to enforce the contract in Iranian law and the 1980 Vienna Convention on the International Sale of Goods", *Quarterly Journal of New Achievements in Humanities Studies*, No. 34, pp. 41-51.
- Hosseini Moghadam, Seyyed Hassan, (2018), "Comparative study of the consequences of termination of the contract in the Convention on the International Sale of Goods (1980 Vienna) and the subject law of Iran", *Comparative Law Research Quarterly*, year 3, number 1, pp. 39-64.
- Khayat Mashhadi, Fahima, (2015), "Unforgiveness of contract execution and its effect on necessary contracts", *Vakil Mofafen Magazine*, No. 15, pp. 121-145.
- Darabpour, Mehrab, (2017). *The rule of dealing with losses*, first edition, Tehran: Ganj Danesh Library Publications.
- Darvish Pourian, M. Al-Banin and Asadi Koh Bad, Hormuz, (2015), "Comparative study of the right of imprisonment in Iranian law and the Convention on the International Sale of Goods adopted in 1980", *Fiqh, Law and Criminal Sciences Quarterly*, No. 2, pp. 7-18.
- Shahidi, Mehdi (2012). *Civil rights, works of contracts and obligations*, first edition, Tehran: Majd Publications.
- Shaareyan, Ebrahim; Rahimi, Farshid, (2015), *International Sales Law*, 2nd edition, Tehran, Shahr-danesh.
- Safai, Seyyed Hossein; Mahmoud Kazemi, Morteza and Mirza Nejad, Akbar, (2012). *International sales law, a review of the 1980 international sales convention, with a comparative study in the laws of Iran, France, England, and the United States of America*, Tehran: Tehran University Press.
- Safai, Seyyed Hossein (2016). *Civil rights (general rules of contracts)*, 11th edition, Tehran: Mizan publications.
- Adl, Mustafa, (1373), *Civil Rights*, first edition, Qazvin: Bahrul Uloom Publications.



Arabshahi Kariz, Mahmoud, (2017), "The right of arrest in the 1980 Vienna International Sales Convention", Law Studies Quarterly, No. 19, pp. 121-132.

Asgari, Jafar (2012). Predictable breach of contract in Imami jurisprudence and Iranian law, doctoral thesis, Tehran: Imam Sadiq University.

Faizi Chekab, Gholam Nabi and Mousavi, Seyedah Mitra, (1400), "The point of transfer of risk of contractual liability in international contracts for the sale and transportation of natural gas from the perspective of the Convention on the International Sale of Goods (Vienna, 1980)", Judicial Law Perspectives, No. 95, pp. 85-105.

Katouzian, Nasser (2017). Civil rights course: Moin contracts, Tehran: Publishing Company.

Katouzian, Nasser (1400). General rules of contracts, fifth edition, Tehran: Publishing Company.

Katouzian, Nasser (2016). Civil law in the current law system, 8th edition, Tehran: Mizan Publications.

Katouzian, Nasser (2007). General rules of contracts, fifth edition, Tehran: Publishing Company.

Mohammadi, Abolhasan, (2012) Qawad al-Fiqh, 6th edition, Tehran, Mizan Publishing House.

Mohagheq Damad, Seyyed Mustafa (1388). General Theory of Terms and Obligations in Islamic Law, Tehran: Publishing Center of Islamic Sciences.

Arabic Refrence:

Al-Ansari, Morteza, (1428), Al-Makasab, Qom: Majmaal al-Fikr al-Islami.

Bojnordi, Seyyed Hassan, (1419), Al-Qasas Al-Faqih, Qom: Al-Hadi Publishing House, Al-Awali.

Bahr al-Uloom, Seyyed Muhammad, (1403), Balgha al-Faqih, Commentary and Commentary: Mohammad Taqi Al Bahr al-Uloom, Tehran: Manuscripts of the School of Al-Sadiq (AS).

Behbahani Wahid, Muhammad Baqir, (1417), the margin of Al-Faideh and Al-Barhan, Qom: Al-Allama Al-Mujjad Al-Wahidi Al-Bahbahani Foundation.

Har Ameli, Muhammad bin Hassan, (2017), Al-Shia's Tools, Beirut: Dar Ahya al-Trath al-Arabi.

Al-Khomeini, Seyyed Ruhollah, (1384), Kitab al-Bai, Tehran: Institute for editing and publishing Imam Khomeini's works.

Khoei, Seyyed Abulqasem (1417), Misbah al-Asul, speech: Seyyed Mohammad Sarwar Vaez Hosseini, Davari Publications.

The first martyr, (1412). Al-Dros al-Sharia, Qom: Al-Nashar al-Islami al-Awali Institute.

Shahid Sani, (1413). Al-Rawzah al-Bahiyya fi Sharh al-Luma'ah Al-Damashqiyya, Qom: Al-Nashar al-Islami Al-Awli Institute.



Tabatabai Yazdi, Seyyed Mohammad Kazem, (1378), *Marjih al-Makasab*, Qom: Ismailian Institute.

Tabatabaei, Seyyed Mohammad Kazem, (1415), *Mofatih al-Asul*, Al-Al-Bait Institute.

Iraqi, Sheikh Agha Zia, (1405), *Nahayeh al-Afkar*, speech: Mohammad Taghi Boroujerdi, first edition, Al-Nashr al-Islami Institute.

Mohagheq Bahrani, Yusuf, (1433), *al-Hadaiq al-Nadrah*, Qom: Al-Nashr al-Islami Institute of the Congregation of Teachers.

Mohagheq Hali, Abulqasem Najmuddin Jafar bin al-Hassan, (1403), *Islamic*

Laws in Halal and Haram Issues, edited by Al-Sayed Sadiq Al-Shirazi, Tehran: Esteghlal Publications, second edition.

Muzaffar Mohammad Reza, (1423), *Usul al-Fiqh*, Qom: Al-Nashr al-Islami Institute.

Naini, Mohammad Hossein, (1427), *Maniyah al-Talib fi Sharh al-Makasab*, Qom: Al-Nashr al-Islami Institute.

Najafi, Mohammad Hassan, (2014), *Javaher al-Kalam*, research and suspension: Sheikh Ali Al-Akhundi, Tehran: Dar al-Kutb al-Islamiya.

English Reference:

Bianca, Cesare Massimo & Michael Joachim Bonell (1987). *Bennett Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sale Convention*, Milan

Carter, W. (1991). *Breach of Contract*, Sydney: The Law Book Company Limited.

Cheshire, C., & Chevalier, G. (1991). *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*, London: Butterworths.

Chitty, J. (2004). *Chitty on Contracts*, London: Sweet & Maxwell Publications.

Chengwei, L. (2005). *Suspension or Avoidance due to Anticipatory Breach: perspectives from Articles 71/72 CISG, the UNIDROIT principles*, *Journal of Law*, 4(8), 261-278.

Enderlein, F. (1992). *International Sales Law, United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Diertich: Oceana Publications.

Enderlein F. (2009). *International sale law*, Available at: <http://www.cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein.html> (2009/10/22).

Honnold, O. (1999). *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, The Hague: Kluwer: Law International.

Schlechtriem, P. (1986). *Uniform Sales Law- The UN- Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Vienna: Manz.

Treitel, G. (1995). *Treitel: The Law of Contract*, London: Sweet & Maxwell.



UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna-1986). (Document A/CONF.97/18, Annex I).

Winthrop, Ballantine, Henry, Feb 1924, Anticipatory breach and the enforcement of contractual duties, Michigan law review, vol.22.