

## تحلیل حقوقی - اقتصادی پیش‌بینی نقض قرارداد

مجتبی اشراقی آرانی\*

پذیرش: ۹۲/۲/۲۴

دریافت: ۹۰/۱/۱۹

نقض / نقض پیش از موعد / پیش‌بینی نقض / تحلیل اقتصادی

### چکیده

زمان تحقق نقض قرارداد از اموری است که قواعد گوناگونی را در نظام‌های حقوقی مختلف به خود اختصاص داده است. در حقوق برخی از کشورها، طرف قرارداد اصولاً زمانی ناقض تعهد قراردادی خود شناخته می‌شود که علاوه بر انقضای موعد تعهد، طلبکار اجرای تعهد را نیز مطالبه کند و بدهکار به تعهد خود عمل نکرده باشد. در برخی دیگر، صرف انقضای موعد و عدم انجام تعهد به تنهایی برای تحقق نقض قرارداد لازم و کافی است. اما رژیم‌های حقوقی دیگر هرچند اصولاً انقضای مدت را شرط لازم و کافی برای نقض می‌دانند اما اگر قبل از رسیدن موعد، نقض تعهد قراردادی قابل پیش‌بینی باشد، ضمانت‌های اجرایی نقض قرارداد را قابل اعمال می‌دانند. در این مقاله با تبیین ماهیت و تحلیل اقتصادی پیش‌بینی نقض قرارداد در چارچوب تحلیل اقتصادی قراردادها، اعتبار آن در نظام بین‌المللی و حقوق ایران بررسی می‌شود.

طبقه‌بندی JEL: K00, K10, K21

## مقدمه

اصولاً هدف اولیه طرفین قرارداد در زمان انعقاد آن، اجرای قرارداد با حسن نیت و صداقت تمام است؛ اما ممکن است بنا به دلایلی یکی از طرفین یا هر دوی آنها در زمانی که باید به تعهد خویش عمل کنند، جزئاً یا کلاً از اجرای آن سرباز زنند. هرچند در بیش تر موارد، نقض قرارداد به سبب عدم اجرای تمام یا قسمتی از آن در سررسید صورت می گیرد، اما گاه از اوضاع و احوال نوعی یا شخصی حاکم بر اجرای عقد، نقض قرارداد پیش از رسیدن موعد اجرای آن قابل پیش بینی است؛ از جمله آن که انجام تعهد طرف قرارداد براساس سیر متعارف امور و یا داده های فنی مستلزم طی فرایندی یک ساله باشد و متعهد تا ۴ ماه مانده به زمان اجرای قرارداد هیچ کاری انجام نداده باشد. در چنین حالتی، علی رغم عدم انقضای موعد قراردادی، نقض قرارداد به خوبی قابل پیش بینی است.

این تحقیق، نقض قابل پیش بینی قرارداد از بُعد اقتصادی و حقوقی را بررسی می کند. این نوع نقض اصولاً در قراردادهای مدت دار و مستمر از قبیل قراردادهای پیمانکاری یا قراردادهای سفارش تهیه و ساخت کالا رخ می دهد؛ از این رو، آشنایی با آن برای بیش تر تجار و کارفرمایان سودمند است. تجار و به ویژه کارفرمایانی که طرف قراردادهای درازمدت بوده و رفتار طرف معامله و اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد، نقض قرارداد را برایشان قابل پیش بینی ساخته است باید از حقوق و تکالیف خود در این فرض آگاه باشند. مقاله حاضر با در نظر گرفتن نیاز این عده، به بررسی این مسائل می پردازد: (۱) با توجه به مفهوم پذیرفته شده نقض قرارداد، آیا پیش بینی نقض در آینده نیز ضمانت های اجرایی نقض قرارداد را به دنبال دارد؟ (۲) در این صورت، ماهیت حقوقی نقض پیش از موعد چیست؟ (۳) آیا اعمال ضمانت های اجرایی نقض بر نقض قابل پیش بینی از نظر کارایی اقتصادی مفید است؟ (۴) در صورت پیش بینی نقض قرارداد، آثار مثبت اقتصادی کدام یک از ضمانت های اجرایی بیش تر است؟ (۵) پذیرش نهاد نقض قابل پیش بینی چه آثار اقتصادی ارزنده ای در سطح کلان دارد؟ (۶) از نظر اصول و قواعد حقوقی، چه ایرادهایی بر نقض قابل پیش بینی وارد است؟ (۷) موضع معاهدات بین المللی و قوانین کشورهای دیگر نسبت به این نهاد چگونه است؟ (۸) با توجه به وضع موجود، آیا می توان به پذیرش نقض قابل پیش بینی در

نظام حقوقی ایران قائل بود یا خیر؟

در مورد ادبیات موضوع این مقاله لازم به ذکر است که در تحقیقات داخلی فقط از باب حقوقی به این مسأله پرداخته شده و قابلیت پذیرش آن در نظام حقوق داخلی به صورت مختصر بررسی شده است.<sup>۱</sup> با این که مقالات خارجی بسیاری درباره نقض قابل پیش‌بینی نگاشته شده و برخی از کتاب‌های معتبر حقوقی به آن پرداخته‌اند، اما، هریک تنها بخشی از موضوع را پوشش داده و تحلیل حقوقی صرف و یا تحلیل اقتصادی صرف محسوب می‌شوند. همچنین، از نظر حقوقی، نقض قابل پیش‌بینی تنها از دیدگاه کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (وین ۱۹۸۰)، آن هم از دیدگاه پذیرش و شرایط تحقق آن بررسی شده و ماهیت حقوقی این نهاد مسکوت مانده است. از سوی دیگر، بیش تر مقالات خارجی فقط به تحلیل اقتصادی ضمانت‌های اجرایی نقض پرداخته و این ضمانت‌های اجرایی را در بازارهای رقابتی پردازش کرده‌اند.

در این مقاله با توجه به اهمیت ویژه مسائل مربوط به اجرای قرارداد و آثار اقتصادی قابل توجهی که عدم اجرای آن بر جامعه می‌گذارد، به‌طور خاص به بررسی مبانی نظری پیش‌بینی نقض قرارداد از جنبه‌های اقتصادی و حقوقی پرداخته می‌شود. در تحلیل اقتصادی از مبانی تحلیل اقتصادی قراردادها - به‌ویژه تحلیل اقتصادی خاتمه قراردادهای تجاری - به دلیل نقض قابل پیش‌بینی بهره وافی برده شده است. در تحلیل اقتصادی علاوه بر شرایط بازار رقابتی، بازارهای انحصاری (با توجه به انحصاری بودن بیش تر خدمات در جمهوری اسلامی ایران) نیز مدنظر بوده و برای تمیز بهینه بودن یا نبودن نهاد نقض قابل پیش‌بینی از مفاهیم کارائی پارتو و یا کالدور - هیکس استفاده شده است. همچنین، نقد حقوقی نیز با توجه به اوضاع و احوال اقتصادی جامعه ایران انجام شده تا اتخاذ این نهاد فارغ از آثار ملاحظات مربوط به تحلیل اقتصادی صورت نگرفته باشد. به عبارت دیگر، آنچه این نوشتار را از سایر تحقیقات داخلی و خارجی انجام شده در این باره متمایز می‌سازد، تحلیل اقتصادی مسأله در سطح طرفین قرارداد و نیز در سطح کلان و همچنین، تحکیم و تقویت مبانی حقوقی نقض قابل پیش‌بینی با توجه به ماهیت حقیقی آن و ملاحظات اقتصادی امر است.

۱. حسین صفایی (۱۳۸۷)؛ صص ۵۲-۴۵.

2. Schelechtriem (1998); Hannauld (1991); Stoljar (1974).

بنابراین، پس از بررسی مفهوم و شرایط لازم برای پیش‌بینی نقض قرارداد و تجزیه و تحلیل نظرات مختلفی که درباره ماهیت حقوقی این نهاد وجود دارد و اتخاذ یکی از آن‌ها تأثیر قابل‌ملاحظه‌ای بر جایگاه این نهاد در نظام‌های حقوقی به‌ویژه ایران می‌گذارد، به کارایی اقتصادی این نهاد از جنبه‌های مختلف جهت تبیین فایده به‌کارگیری این نهاد در نظام حقوقی پرداخته شده تا در صورت اثبات بهره‌وری و کارایی آن، با اطمینان هرچه تمام‌تر در مقابل انتقادات و ایرادهای حقوقی وارد بر نظریه نقض قابل‌پیش‌بینی ایستاده و بر اعتبار و لزوم به‌کارگیری آن پافشاری شود. در این میان، نظام‌های حقوقی مختلفی همچون نظام حقوقی انگلستان و ایالات متحده آمریکا و نیز معاهدات و اسناد بین‌المللی به‌ویژه «کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (وین ۱۹۸۰)» - که کامل‌تر به این مسأله پرداخته است - مورد توجه قرار گرفته تا با استفاده از دستاوردهای این مطالعه تطبیقی، موضع حقوق ایران به بهترین نحو روشن شود.

### ۱. مفهوم، ماهیت حقوقی و مبانی پیش‌بینی نقض قرارداد

در این بخش (۱-۱)، پس از تعریف نقض قابل‌پیش‌بینی قرارداد، شرایط لازم برای پیش‌بینی نقض در آینده، تبیین شده و سپس، ماهیت حقوقی و تاریخچه این نهاد بررسی می‌شود. در بخش (۱-۲) با توجه به روشن شدن موضوع، پذیرش این نهاد در نظام حقوقی، تحلیل اقتصادی شده و به ایرادهای حقوقی وارده پاسخ داده می‌شود.

#### ۱-۱. مفهوم، ماهیت و تاریخچه نقض قابل‌پیش‌بینی

در ادامه، مفهوم نقض قابل‌پیش‌بینی با ذکر نمونه‌های بارز آن در جامعه و نیز ماهیت حقوقی این نهاد به‌همراه منشأ پیدایش آن در نظام حقوقی بررسی و تحلیل می‌شود.

#### ۱-۱-۱. مفهوم و شرایط لازم برای پیش‌بینی نقض قرارداد

پیش‌بینی نقض قرارداد به معنای واضح بودن نقض قرارداد قبل از موعد اجرای تعهد قراردادی است<sup>۱</sup> و نشان می‌دهد یک طرف قرارداد از طریق شواهد، قرائن و یا دلایل

1. Black (2004); p.200.

قانع‌کننده به این نتیجه رسیده است که طرف مقابل وی، قصد ارتکاب عملی را دارد که نقض قرارداد تلقی می‌شود.<sup>۱</sup> به عبارت دیگر، اگر قبل از زمان انجام تعهد، طرفی که ملزم به انجام تعهد است صریحاً اعلام کند که قرارداد را اجرا نمی‌کند یا عملی انجام دهد که هر انسان متعارفی در آن اوضاع و احوال خاص به این نتیجه برسد که طرف مقابل تعهد خود را ایفا نخواهد کرد، این اظهار یا عمل، «فسخ پیش از موعد (قابل پیش‌بینی)»<sup>۲</sup> یا «نقض پیش از موعد (قابل پیش‌بینی)»<sup>۳</sup> محسوب می‌شود و برخی حقوقدانان از آن با عنوان «نقض فرضی» نیز یاد کرده‌اند.<sup>۴</sup>

همان‌طور که از تعریف بالا به خوبی آشکار است، برای تحقق نقض قابل پیش‌بینی قرارداد وجود دو شرط اساسی لازم است: نخست آن که نقض قابل پیش‌بینی در قراردادهایی تحقق می‌یابد که زمان اجرای تعهد حداقل یکی از طرفین در آینده باشد (از این قراردادها در حقوق خارجی با عنوان *executory contract* یاد می‌شود).<sup>۵</sup> بنابراین، در قراردادهایی که موعدی برای اجرای تعهد تعیین نشده است و به عبارت بهتر، زمان تعهد هر دو طرف قرارداد، حال محسوب می‌شود، پیش‌بینی نقض قرارداد بی‌معنا است.

دوم این که برای تحقق نقض قابل پیش‌بینی باید درجه‌ای از یک ظن متاخم به یقین و قابل قبول بر این امر وجود داشته باشد که متعهد به هنگام فرارسیدن موعد اجرای تعهد، مرتکب نقض قرارداد خواهد شد و این تصمیم نمی‌تواند صرفاً براساس حدس و گمان یا پیش‌بینی بدون دلیل گرفته شود. البته منظور این نیست که یک قطعیت غیرقابل انکار برای وقوع نقض در آینده وجود دارد، بلکه همان‌طور که دادگاه برلین در سال ۱۹۹۳ اظهار داشت «یک درجه بالای احتمال برای نقض کفایت می‌کند».<sup>۶</sup> به عبارت دیگر، نمی‌توان قرارداد را تنها بر مبنای یک ترس شخصی از نقض آینده فسخ کرد، بلکه باید به دلایل نوعی اثبات کرد که طرف قرارداد به تعهد خود عمل نخواهد کرد. به همین دلیل، برخی حقوقدانان معتقدند به دلیل آن که اگر یکی از طرفین بدون حصول اطمینان از تحقق نقض

1. Schelechtriem (1998); p.67.

2. Anticipatory Repudiation

3. Anticipatory Breach

۴. صفایی (۱۳۸۷)؛ ص ۳۵۰.

5. Kerr (1972); p.456.

6. Schelechtriem (1998); p.56.

در آینده قرارداد را فسخ کند، خود مرتکب نقض یک‌جانبه قرارداد می‌شود؛ بنابراین «دادن اخطار کتبی به طرف مقابل، روش خوبی برای پیش‌بینی حساب‌شده و همچنین جلوگیری از بروز مشکلات ناشی از فسخ ناموجه است»<sup>۱</sup>. به این ترتیب، ممکن است قراینی از قبیل نقص جدی در توانایی متعهد در اجرای تعهد یا اعتبار او، یا رفتار او در تهیه مقدمات اجرای قرارداد و... وقوع احتمالی نقض قرارداد را آشکار سازد. در نهایت، می‌توان دو معیار کلی برای قابل‌پیش‌بینی بودن نقض اساسی آینده ذکر کرد: ۱) گفتار یا رفتار طرف نقض‌کننده قرارداد این قابلیت پیش‌بینی را القا کند؛ به‌عنوان مثال خریدار اعلام کند که تعهدات خود را انجام نخواهد داد یا آن‌که اساساً منکر وجود قرارداد شود. همچنین، اگر فروشنده مبیع را مجدداً به شخص ثالثی بفروشد و یا ابزارهایی را که متعهد شده بود با آن‌ها برای خریدار کالا تولید کند را به غیر بفروشد. ۲) یک واقعیت نوعی از قبیل تخریب کارخانه فروشنده در اثر آتش‌سوزی یا برقراری تحریم‌های بین‌المللی یا کنترل‌های مالی که اجرای آینده قرارداد را غیرممکن می‌سازد، قابلیت پیش‌بینی نقض را مسجل کند.

## ۲-۱-۱. ماهیت حقوقی نقض قابل‌پیش‌بینی

اما مسأله‌ای که در این جا مطرح می‌شود، ماهیت نقض قابل‌پیش‌بینی است. آیا رسیدن به این نتیجه که متعهد در موعد اجرای تعهد به آن عمل نخواهد کرد به‌معنای تحقق نقض قرارداد است تا از هم‌اکنون طرف دیگر قرارداد را از ضمانت‌های اجرایی نقض قرارداد برخوردار سازد؟

این چنین نقضی، هیچ‌گاه یک عدم اجرای واقعی تعهد قراردادی محسوب نمی‌شود؛ زیرا، بنابر فرض، هنوز زمان اجرای تعهد فرا نرسیده است<sup>۱</sup>. به‌عبارت دیگر، یک قرارداد به دو صورت با پذیرش نقض قبل از موعد نقض می‌شود: ۱) وقتی بعد از موعد اجرای تعهد، متعهد کلاً یا جزئاً از اجرای آن خودداری کند، مثلاً فروشنده کالای فروخته شده را تحویل ندهد و یا پیمانکار قرارداد را به‌طور ناقص انجام دهد. ۲) وقتی متعهد قبل از رسیدن موعد اجرای تعهد، قصد خود را مبنی بر عدم اجرای تعهد در آینده به‌طور صریح اعلام کند و یا مرتکب عملی شود که از آن عمل به‌طور متعارف، عدم اجرای تعهد در آینده استنباط می‌شود.

۱. صفایی (۱۳۸۷)؛ ص ۳۴۵.

2. Stoljar (1974); p.35.

حالت اخیر که از آن به نقض قابل پیش‌بینی یا نقض پیش از موعد تعبیر می‌شود، از نظر بیش تر حقوقدانان کامن لا، در حقیقت به منزله فسخ قرارداد است. به همین دلیل، در این نظام معمولاً به جای اصطلاح «نقض پیش از موعد» اصطلاح «فسخ پیش از موعد» به کار گرفته می‌شود.<sup>۱</sup> در حقیقت، فسخ قرارداد می‌تواند قبل و یا در زمان اجرای تعهد و یا بعد از آن باشد که در هر حال، زمان فسخ در ماهیت آن تأثیری نخواهد داشت، به جز آن که اگر فسخ پیش از موعد اجرا انجام شود، متعهد فرصت بیش تری برای بازپس‌گیری این عمل خویش خواهد داشت بدون آن که صعوبتی برای طلبکار ایجاد شود. در حقیقت، نقض قرارداد به معنای دقیق کلمه، نه پیش از موعد، بلکه در زمانی محقق می‌شود که تعهد قراردادی باید اجرا شود.<sup>۲</sup>

با این حال، اگر متعهد صراحتاً اعلام کند یا ضمناً از رفتار او استنباط شود که تعهد آینده را انجام نخواهد داد، این فسخ از این جهت می‌تواند به عنوان نقض قرارداد تلقی شود که مدیون، تعهد خود به اجرای قرارداد و تدارک مقدمات آن را شکسته است و نقض این تعهد یک نقض فعلی و کنونی محسوب می‌شود نه نقض پیش از موعد؛ زیرا، هریک از طرفین تا زمان خاتمه اجرای قرارداد، متعهد به اجرای قرارداد و پایبندی به مفاد آن هستند. تعیین اجل ولو برای مدتی طولانی به معنای معافیت طرفین از تعهدات ناشی از قرارداد تا انقضای اجل نیست، بلکه طرفین باید مقدمات اجرای قرارداد را تهیه و تدارک دیده و از هرگونه اقدامی که با اجرای قرارداد در موعد اجرای تعهد منافات دارد، خودداری کنند. چگونگی می‌توان نقض قرارداد تعهد به بیع را در حالتی که متعهد مورد معامله را قبل از موعد انجام معامله، مجدداً به غیر فروخته است، نپذیرفت و منتظر رسیدن موعد اجرای تعهد برای اعمال ضمانت‌های اجرایی قانونی علیه ناقض ماند.

### ۳-۱-۱. تاریخچه نهاد نقض قابل پیش‌بینی

این نهاد برای اولین بار در سال ۱۸۵۳ در انگلستان و به موجب دعوی Hochster V. de la tour مطرح شد. در این پرونده، خوانده اعلام کرده بود که تعهد خویش را به موجب قرارداد کار انجام نخواهد داد و طرف دیگر قرارداد براساس این اعلام، درحالی که هنوز

1. Nolen (1960); p.120.

2. Ibid.

موعد اجرای تعهد فرا نرسیده بود، اقدام به طرح دعوا علیه ممتنع کرد. خواننده ایراد کرد که این دعوا قبل از موعد قانونی اقامه شده و به عبارت دیگر دعوا «منجز» نیست.<sup>۱</sup> همچنین، اعلام فسخ از سوی وی تنها به منزله یک پیشنهادی بوده که اگر مورد قبول خواهان قرار می‌گرفت قرارداد اقاله<sup>۲</sup> می‌شد. براساس این استدلال، در صورتی که خواهان پیشنهاد خواننده را نپذیرد به‌طور ضمنی خود را متعهد ساخته تا زمان فرارسیدن موعد اجرای تعهد، برای اجرای تعهد قراردادی آماده باشد و آنگاه پس از انقضای موعد، اقدام به طرح دعوای نقض قرارداد کند.<sup>۳</sup> دادگاه هیچ توجیهی برای استدلال خواننده مبنی بر آمادگی خواهان برای اجرای تعهد ظرف چندین هفته قبل از اقامه دعوا نیافت و دعوای خواهان را علی‌رغم نرسیدن موعد اجرای تعهد، قانونی قلمداد کرد.<sup>۴</sup>

نظریه نقض قابل‌پیش‌بینی در حقیقت چهره تکامل یافته یک نظریه قدیمی‌تر است که براساس آن، اگر یکی از طرفین قرارداد، اجرای تعهد را قبل از رسیدن موعد آن غیرممکن سازد، طرف دیگر می‌تواند علیه او اقامه دعوا کند.<sup>۵</sup> به عبارت دیگر، عدم امکان اجرای تعهد موجب در صورتی که از متعهد ناشی شده باشد به منزله نقض فعلی قرارداد محسوب می‌شود. این نظریه، ابتدا در دعوایی<sup>۶</sup> در سال ۱۵۹۶ مطرح شد که در آن، موجری به موجب قرارداد، تعهد به تمدید عقد اجاره تا چندین سال متوالی کرده بود، لیکن چند روز پس از آن عقد، زمین (عین مستاجر) را به مدت ۸۰ سال به شخص ثالثی انتقال داده بود. در پی شکایت مستاجر مبنی بر آن که موجر اجرای تعهد خود را در آینده غیرممکن کرده است، موجر چنین استدلال کرد هنوز زمان اجرای تعهدش فرا نرسیده تا به سبب آن ناقض شناخته شود. اما قاضی با رد استدلال موجر چنین رای داد که ناتوانی از اجرای تعهد آینده که خود متعهد موجر آن شده است از هم‌اکنون قابل‌پیش‌بینی است و قرارداد نقض شده محسوب می‌شود.<sup>۷</sup> اگرچه نهاد نقض متوقع ابتدا در نظام حقوقی انگلستان ایجاد و به کار گرفته شد، اما باید

۱. براساس اصول و قواعد آیین دادرسی مدنی، شخص در صورتی می‌تواند اقامه دعوا کند که حق مورد مطالبه او «منجز و حال» شده باشد.

۲. فسخ با توافق هر دو طرف قرارداد.

3. Nolen (1960); p.120.

4. Campbell (1905); p.64.

5. Ibid.

6. The Main's Case.

7. Stoljar (1974); p.356.



توجه داشت که قانون بیع کالای انگلستان SGA مبحث مستقلی را به این موضوع اختصاص نداده است و قانون متحدالشکل تجاری امریکا و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (وین ۱۹۸۰) به مراتب جامع‌تر به این مسأله پرداخته است که در قسمت مربوط به آن توضیح پیش‌تری ارائه می‌شود.

## ۱-۲. تحلیل اقتصادی و نقد حقوقی پیش‌بینی نقض قرارداد

### ۱-۲-۱. تحلیل اقتصادی نقض قابل‌پیش‌بینی قرارداد

گرایش تحلیل اقتصادی حقوق، با دقت و وسواس قابل‌ملاحظه‌ای، قواعد و نهادهای مختلف حقوق قراردادهای را تحلیل و تجزیه کرده، اما نهاد نقض قابل‌پیش‌بینی کم‌تر مورد توجه متخصصان این رشته از حقوق قرار گرفته است. در این مقاله سعی شده است کاراترین راه‌حل برای پیش‌بینی نقض قرارداد در فرض مختلف مسأله، تجزیه و تحلیل شود. برای این منظور از مبانی تحلیل اقتصادی قراردادهای با توجه به مفاهیم کارایی از قبیل کارایی پارتو، ارزیابی هزینه‌های معاملاتی و... استفاده شده است. در تحلیل اقتصادی از تکنیک‌ها، روش‌ها و ارزش‌های اقتصادی استفاده می‌شود تا قواعد و نهادهای حقوقی مفید و کارآمد و نیز عکس‌العمل افراد (طرف‌های قرارداد) در مقابل آن‌ها شناسایی و معرفی شوند. تمام این تحلیل و بررسی‌های اقتصادی با تکیه بر عنصر کارایی صورت می‌گیرد. کارایی یعنی با توجه به محدودیت‌ها و کمبودها به نحوی از امکانات موجود استفاده شود که بالاترین میزان مطلوب حاصل شود.

در تحلیل اقتصادی حقوق به پیروی از مکتب کلاسیک جدید اقتصاد خرد و اقتصاد رفاه که مکتب غالب در این رشته است، دو مفهوم و معیار برای تعیین کارایی و بهره‌وری در مورد یک رفتار و یا نهاد شایع است: کارایی پارتو و کارایی کالدور-هیکس. کارایی پارتو بیانگر حالتی است که شخصی مطلوبیت بیش‌تری کسب کند بی‌آن‌که از مطلوبیت دیگران کاسته شود. در مقابل، بهره‌وری کالدور-هیکس درباره موقعیتی است که افزایش مطلوبیت برخی به قیمت زیان یا کاهش مطلوبیت دیگران باشد. در حقیقت، کارایی کالدور-هیکس به حالتی اطلاق می‌شود که در مقایسه با حالت قبل حداقل یک نفر از مطلوبیت بیش‌تری

برخوردار شود هر چند که موجب کاهش مطلوبیت دیگران شود ولی میزان مطلوبیت بیش تر از خسارت و کاهش مطلوبیت دیگران باشد. در این مقاله، کارا بودن پذیرش نهاد نقض قابل پیش‌بینی و نوع کارایی آن بررسی شده است.

### ۱-۲-۱. تحلیل اقتصادی در سطح روابط قراردادی

در وهله نخست ممکن است این چنین به نظر برسد که به دلیل هزینه معاملاتی<sup>۱</sup> زیادی که در زمینه تجارت به‌ویژه در سطح بین‌المللی وجود دارد، فسخ قرارداد و بیع مجدد با اشخاص ثالث - آن‌هم به دلیل نقض تعهدی که احتمال وقوع آن در آینده می‌رود - از نظر اقتصادی واجد کارایی نباشد. از نظر برخی حقوقدانان<sup>۲</sup> (از قبیل هانولد) نیز همین ملاحظات اقتصادی سبب شده است تا طراحان کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (وین ۱۹۸۰)، شرایط لازم برای فسخ قرارداد را (از قبیل نقض اساسی قرارداد) دشوار سازند.<sup>۳</sup>

اما با تأملی عمیق‌تر می‌توان دریافت که پذیرش نهاد نقض قابل پیش‌بینی و ترتب ضمانت‌های اجرایی مربوطه - به‌ویژه حق فسخ - می‌تواند کارایی اقتصادی قرارداد را به حداکثر برساند. در حقیقت، فسخ قرارداد پیش از موعد اجرای تعهد به دلیل پیش‌بینی نقض، از مصادیق بارز «کارایی پارتو» است؛ زیرا زیان‌دیده را از ضرری قطعی در آینده رهایی بخشیده و در نتیجه او را در موقعیت بهتری قرار می‌دهد، بی‌آن‌که طرف دیگر را در موقعیت بدتری رها کند. به عبارت دیگر، تا وقتی موعد اجرای تعهد فرا نرسیده است اطلاع از وقوع نقض احتمالی و خاتمه دادن به رابطه قراردادی، پیش از اوج گرفتن خسارات ناشی از عدم اجرای قرارداد، هر دو را در موقعیت بهتری قرار می‌دهد؛ زیرا، با گذشت بیش‌تر زمان، میزان خسارت وارده به متعهدله و به تبع آن میزان مسئولیت ناقض قرارداد، افزایش می‌یابد. این در حالی است که علاوه بر این امر، این رفتار طرف زیان‌دیده کاملاً رفتار انسان متعارف و معقولی است که درصدد کاهش هزینه‌ها است، در غیر این صورت، خودش مسئول این اهمال خواهد بود.

با وجود این، بهیچ‌گونه ضمانت اجرای فسخ را نمی‌توان بدون توجه به شرایط بازار ارزیابی

1. Transaction Costs

2. Hannauld, 1991, p145

3. Jackson, 1978. p82

کرد. بنابراین، بازارهای اقتصادی را باید به بازارهای رقابتی و بازارهای انحصاری تقسیم کرد.

#### الف) پیش‌بینی نقض در بازار انحصاری

در بازار انحصاری، فسخ قرارداد از نظر اقتصادی وسیله کارایی محسوب نمی‌شود؛ زیرا خریدار نمی‌تواند موضوع قرارداد را از محل دیگری تهیه کند و از استفاده از آن محروم می‌شود. به همین دلیل، در این فرض باید به راه‌های دیگری توسل جست. یکی از این راه‌ها برای زیان‌دیده آن است که بدون فسخ قرارداد فقط اجرای تعهد خود را برای اعمال فشار بر طرف مقابل جهت عمل به قرارداد، معلق کرده و این امر و دلیلش را به اطلاع طرف مقابل برساند. تعلیق اجرای تعهد وسیله‌ای برای اعمال فشار بر طرف دیگر و نیز رفع شبهات است. از سوی دیگر، اگر این احتمال وجود داشته باشد که پیش‌بینی طرف متضرر درباره نقض آینده قرارداد منطبق با واقع نباشد، مطالبه تضمین برای اجرای تعهد موجد و دادن تضمین از سوی طرف دیگر عقد می‌تواند وسیله مناسبی برای رفع هرگونه شبهه‌ای باشد. به این وسیله، نه تنها خسارت ناشی از عدم انجام تعهد آتی از سوی طرف قرارداد به آسانی از محل این تضمین قابل وصول خواهد بود، بلکه در صورت ندادن تضمین، نقض قرارداد مسلم بوده و از فعلیت کافی و محقق (نه نقض پیش از موعد بلکه نقض در موعد) برای اعلام فسخ قرارداد برخوردار است. علاوه بر این، تئوری هزینه معاملاتی در این مورد کاملاً به نفع متضرر از نقض قرارداد عمل می‌کند؛ زیرا هزینه‌های معاملاتی که افراد برای انعقاد

۱. به‌طور کلی محق بودن طلبکار به اقدام فوری فسخ از چند جهت متضمن منافی برای اوست. اولاً؛ تنها فسخ فوری قرارداد است که می‌تواند از باز نگه‌داشتن قرارداد که متضمن خطری بارز و ضرری آشکار برای طلبکار است جلوگیری کند؛ زیرا تا زمانی که قرارداد به قوت خود باقی است تمام تعهدات و مسئولیت‌های طلبکار هم چنان پابرجا خواهد بود؛ در نتیجه، طرف ناقض تعهد می‌تواند از اوضاع و احوال آینده از قبیل عدم امکان اجرای تعهد آتی، به‌عنوان عذر عدم اجرای تعهد خویش بهره‌بردار.

ثانیاً؛ فسخ قرارداد به‌دلیل پیش‌بینی نقض اساسی، طلبکار را از قید یک رابطه نامطلوب که آمیخته با اضطراب و پریشانی است نجات داده و علاوه بر آن، فرصت خوبی برای تسریع جبران مافات در اختیار طلبکار قرار می‌دهد. این فسخ مانع از مطالبه خسارت وارده به طلبکار نیست؛ زیرا فسخ قرارداد خسارات آینده را جبران کرده و تأثیری در زیان وارده به طلبکار تا زمان فسخ ندارد. با این حال، محاسبه میزان خسارات وارده تا آن زمان از محاسبه عدم انجام تعهد دشوارتر است، زیرا به دلیل نگذشتن مدت چشمگیری از زمان انعقاد عقد، چه بسا میزان خسارت نزدیک به صفر باشد و در نظر عرف به آن اعتنا نمی‌شود. در حقیقت، یکی از فواید پذیرش نهاد نقض قابل پیش‌بینی برای متعهد، کم شدن میزان خساراتی است که باید جبران کند. به‌همین دلیل، شاید اشتباه نباشد اگر بگوییم که این نهاد صرفاً بیانگر یک حق نیست بلکه ترکیبی از حق و تکلیف است. (Audit (1990; p.153)

قرارداد متحمل می‌شوند قابلیت آن را دارد که در اعلام قصد فسخ از سوی زیان‌دیده به دلیل پیش‌بینی نقض قرارداد، ناقض را به دادن تضمین مناسب برای اجرای تعهد خویش وادارد.<sup>۱</sup>

#### ب) پیش‌بینی نقض در بازار رقابتی

در مورد معاملات با موضوع کالاها و خدمات رقابتی (غیرانحصاری)، طرف متضرر از نقض قرارداد می‌تواند به‌جای منتظر ماندن تا زمان موعد اجرای تعهد، با فسخ قرارداد، موضوع عقد را از محل دیگری تهیه کند. در این صورت، اگر وی با اعلام فسخ، طرف قرارداد را به حال خود گذاشته و به دنبال راهکارهای جایگزین نظیر تهیه موضوع قرارداد از طرق دیگر برآید، ممکن است به سودی دست یابد که از خساراتی که می‌توانست با اقامه دعوا علیه ناقض، به‌دست آورد بسیار بیش‌تر باشد. طلبکار اگر خریدار باشد، می‌تواند کالای مورد نیاز خود را از جای دیگر تهیه کرده و به این ترتیب از اتلاف وقت جلوگیری کند؛ و اگر فروشنده باشد می‌تواند کالا را به دیگری فروخته یا اساساً از ساخت کالا خودداری کند و به این ترتیب از پرداخت هزینه گزاف جلوگیری کند.<sup>۲</sup>

در حقیقت، پابندی به قراردادی که طرف قرارداد خود صراحتاً اعلام کرده به تعهدش عمل نخواهد کرد و یا اوضاع و احوال چنین نقضی را پیش‌بینی می‌کند، حتی در فرضی که خلاف این پیش‌بینی احتمال داده شود، اجرای تعهدی را به‌دنبال خواهد داشت که از روی بی‌میلی بوده و مطلوبیت لازم را برای طرف مقابل به همراه ندارد. بنابراین، فسخ قرارداد در صورت پیش‌بینی نقض و توسل به راه‌های دیگر برای تهیه موضوع قرارداد از این‌گونه اجراها کارا تر خواهد بود.

همچنین، در صورتی که نقض قابل پیش‌بینی نه از اراده بلکه از عدم توانایی متعهد ناشی شده باشد، مانند زمانی که متعهد نتواند مقدمات اجرای تعهد موجب خود را فراهم کند و یا از اوضاع و احوال حاکم از قبیل ناتوانی مالی او مشخص باشد که نمی‌تواند دین خود را ادا کند و یا حتی خسارت عدم انجام تعهدش را پردازد (مثلاً پرداخت دیون خود را متوقف کرده و یا دادخواست ورشکستگی خود را به دادگاه تسلیم کرده باشد) انگیزه طلبکار برای

1. Jackson (1978); p. 84 .

2. Mc Lennan (1972); p. 325.

فسخ قرارداد بیش‌تر از تمایل متعهد به این کار خواهد بود؛ زیرا در چنین فرضی متعهد نمی‌تواند هزینه فسخ را درونی کند؛ به عبارت دیگر، کارایی اقتصادی فسخ قرارداد توسط متعهد با تردید جدی روبه‌رو است.<sup>۱</sup> در حقیقت، اعلام فسخ از سوی وی نقض قطعی و بالفعل قرارداد محسوب شده و مستلزم آن است که خسارات طلبکار را جبران کند؛ کاری که از دست او ساخته نیست. اما قانون‌گذار باید به طلبکار چنین قراردادی که از این عدم امکان اجرا آگاه شده، امکان فسخ قرارداد را اعطا کند تا خواسته درونی او به حقیقت پیوندد و آثار فسخ را کسی متحمل شود که توانایی بیش‌تری دارد. به عبارت بهتر، در چنین حالتی حمایت از طرف زیان‌دیده یک اصل پذیرفته‌شده از نظر اقتصادی محسوب می‌شود؛ زیرا موجب گردش سرمایه (کالاها و خدمات) به سمت استفاده‌کننده‌ای می‌شود که بیش‌ترین ارزش را برای آن قائل است. در غیر این صورت، ادامه حیات این قرارداد جز قماربازی متعهد با پول طلبکار نتیجه‌ای در پی ندارد.

البته در شرایطی که نقض قرارداد در آینده قابل پیش‌بینی بوده و هزینه‌های معاملاتی لازم برای تعقیب اقدامات پس از فسخ، در مقایسه با مزایای حاصل از این اقدام قابل توجه است (از قبیل معاملات بین‌المللی که هزینه بسیاری برای یافتن طرف قرارداد، مذاکرات مقدماتی و انعقاد قرارداد می‌طلبد) فسخ قرارداد در عمل می‌تواند به یک ضمانت اجرای ناکارا از نظر اقتصادی منجر شود. هرچند در چنین شرایطی نیز ممکن است طرف زیان‌دیده ترجیح دهد با فسخ قرارداد به کلی از اجرای آن و مطالبه خسارات خود گذشته و خسارت احتمالی جهت طرح دعوا را بر دوش نقض‌کننده قرار دهد.<sup>۳</sup>

## ۱-۲-۱-۲. تحلیل اقتصادی در سطح کلان

از دیدگاه اقتصاد کلان نیز پذیرش و به‌کارگیری این نهاد، منافع جامعه را تأمین می‌کند و گامی در راستای تقویت بازار و گردش سرمایه محسوب می‌شود. در حقیقت، منتظر ماندن تا زمان اجرای تعهد قراردادی برای تحقق قطعی نقض قابل پیش‌بینی و سپس فسخ آن، با تسریع و تسهیل معاملات تجار که از مبانی حقوق تجارت و نیز اقتصاد بازار محسوب

1. Internalization.

2. *Ibid.*

3. *Ibid.*

می‌شود، منافات دارد. قانون‌گذار باید ابزارهای لازم برای گردش سریع کالاها و خدمات را فراهم کند و در این راستا بی‌دلیل بر اجرای قراردادی اصرار نرزد که امید متعارف به اجرای آن در آینده دور یا نزدیک نمی‌رود. اما، مخالفان براساس تحلیل اقتصادی کلان به نتیجه‌ای متفاوت رسیده‌اند؛ زیرا براساس استدلال آن‌ها، ثبات اقتصادی طولانی‌مدت، مستلزم امنیت معاملات و پرهیز از انحلال و گسستگی آن به دلایل واهی و احتمالی است؛ در این صورت است که افراد به انعقاد قراردادهای تجاری اعتماد کرده و بازار از رکود اقتصادی دور می‌ماند. در پاسخ به این استدلال می‌توان گفت که هرچند امنیت قراردادی مستلزم ثبات و عدم انحلال معاملات است، اما اگر با دلایل متقن و قابل قبول بتوان نقض قرارداد را در آینده پیش‌بینی کرد چگونه می‌توان بر آن بود که فسخ قرارداد از سوی طرف زیان‌دیده برخلاف این ثبات معاملات است؟ آیا امنیت قرارداد تنها در زمان انعقاد قرارداد لازم است و یا آن‌که طرفین هنگام اجرا نیز باید از احساس امنیت و رسیدن به عوض قراردادی برخوردار باشند؟ به عبارت بهتر، فسخ قرارداد به دلیل پیش‌بینی نقض بیش از هر چیز به دلیل نبود امنیت و ثبات در آن قرارداد است.

## ۲-۲-۱. نقد حقوقی نهاد نقض پیش از موعد

از دیدگاه استدلال حقوقی چندین انتقاد بر نظریه نقض قابل‌پیش‌بینی وارد شده است که بررسی آن‌ها مبانی و مزایا یا معایب این نهاد را به خوبی روشن می‌کند:<sup>۱</sup>

۱) اولین ایراد بر نظریه فوق، غیرمنطقی بودن این استدلال است که نقض تعهد در قالبی غیر از قالب «عدم اجرای تعهد براساس مفاد آن» محقق پنداشته شود. تعهد وقتی نقض شده محسوب می‌شود که طبق مفاد آن اجرا نشود نه آن‌که پیش از رسیدن موعد اجرا و برخلاف مفاد تعهد، آن را منقوض تلقی کنیم.<sup>۲</sup> در پاسخ به این ایراد گفته شده است که در این زمینه منطقی‌جایی برای حکومت بر حقوق ندارد و بیش از آن‌که حقوق زاییده بی‌روح منطقی باشد ابزاری برای اجرای عدالت است.<sup>۳</sup> پاسخ دقیق‌تر به این ایراد آن است که طرح دعوا براساس نقض قابل‌پیش‌بینی در حقیقت طرح دعوا به دلیل نقض یک تعهد صریح یا

1. Nolen (1960); p.124; Hovey (1942); p. 234.

2. Corbin (1950); p. 96.

3. *Ibid.*

ضمنی موجود در قرارداد نیست، بلکه به سبب نقض یک وظیفه قراردادی مبنی بر جلوگیری از آسیب‌رساندن به اعتماد طلبکار در قرارداد است (پاسخی که بر امنیت معاملات تجاری مبتنی است).

۲) الزام خواننده به پرداخت خسارت به دلیل نقض تعهدی که هنوز انجام نداده، مصداق بارز بی‌عدالتی است؛ زیرا خواننده حسب مفاد قرارداد مکلف بوده در موعدی که در قرارداد تعیین شده به تعهد خود عمل کند و ناقض شناختن او قبل از آن زمان برخلاف مفاد قرارداد و غیرمنصفانه است. در پاسخ به این ایراد می‌توان گفت علت طرح دعوا علیه خواننده نه عدم اجرای تعهدات قراردادی بلکه فسخ زیان‌بار و غیرقانونی قرارداد و نیز سوءاستفاده از اعتماد طلبکار است. چگونه می‌توان ملزم کردن طرف قرارداد به اجرای تعهدش را عادلانه دانست، در حالی که طرف دیگر اعلام کرده یا از رفتار او استنباط می‌شود که به تعهد خود عمل نخواهد کرد؟

۳) چندین ایراد بر ضمانت اجرای جبران خسارات ناشی از نقض پیش از موعد، قابل طرح است: نخست آن‌که، امکان مطالبه خسارت قبل از رسیدن موعد انجام تعهد، محاسبه خسارت را بسیار دشوار ساخته و مستلزم آن است که دادگاه بتواند میزان خسارات وارده به طلبکار (خواهان) را تخمین بزند. دوم آن‌که مشخص نیست خسارات باید در چه زمانی ارزیابی شود؟ در زمان پیش‌بینی نقض یا موعد اجرای تعهد؟ ایراد سوم این است که در صورت پذیرفته شدن ارزیابی خسارات قبل از موعد اجرای تعهد، این ارزیابی براساس قیمت کنونی صورت می‌گیرد یا قیمت آینده؟ و ایراد آخر این که خسارت عملاً باید در چه زمانی پرداخت شود؟<sup>۱</sup>

در پاسخ به ایرادهای بالا باید گفت که نخستین ایراد با ملاحظه دو مسأله به خوبی قابل رفع است: اول این که هر چند در بیش تر موارد دعوا قبل از موعد انجام تعهد اقامه شده است اما به دلیل کند بودن فرایند دادرسی، رای دادگاه زمانی صادر می‌شود که موعد اجرا فرا رسیده است. دوم آن‌که چنین محاسبه‌ای در نظام حقوقی بی‌سابقه نیست؛ زیرا در مواردی حکم به جبران خساراتی داده می‌شود (مسئولیت قهری یا قراردادی) که در آینده به خواهان وارد خواهد شد. سؤال سوم نیز به این صورت پاسخ داده می‌شود که فلسفه پذیرش نهاد

نقض قابل پیش‌بینی تسریع در حل و فصل اختلافات، تسهیل معاملات و جلوگیری از افزایش خسارات بیش‌تر است. در این صورت، باید در زمان پیش‌بینی نقض، امکان مطالبه خسارت برای طرف متضرر قرارداد وجود داشته باشد و در همان زمان نیز خسارت از سوی کارشناس ارزیابی شود. به این ترتیب، بدیهی است ارزیابی خسارت براساس قیمت‌های کنونی بازار انجام می‌شود نه قیمت کالا در زمان اجرای تعهد؛ زیرا، در صورت اخیر برخلاف اهداف بنیادین نهاد نقض پیش از موعد که کاهش خسارات محسوب می‌شود عمل شده است. و در آخر، پرداخت خسارت از سوی ناقض قرارداد باید در همین زمان انجام شود؛ در غیر این صورت طرح دعوای جبران خسارت قبل از انقضای موعد اجرای تعهد، فایده و اثری ندارد.

## ۲. بررسی اعتبار پیش‌بینی نقض قرارداد در کنوانسیون‌های بین‌المللی و قوانین داخلی کشورها

در این بخش ابتدا به بررسی جایگاه نقض قابل پیش‌بینی در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و برخی از اسناد بین‌المللی و نیز حقوق داخلی کشورهای فرانسه، انگلستان و ایالات متحده به‌طور مختصر پرداخته می‌شود. آنگاه با نظر به حاصل مطالعه تطبیقی در حقوق خارجی اعتبار حقوقی نقض پیش از موعد در حقوق ایران مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد.

### ۲-۱. جایگاه پیش‌بینی نقض قرارداد در اسناد بین‌المللی و قوانین خارجی

کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (وین ۱۹۸۰) به‌عنوان مهم‌ترین سند قابل اجرا در زمینه تجارت بین‌المللی صراحتاً آثار نقض قرارداد را در صورت پیش‌بینی آن قبل از رسیدن موعد اجرای تعهد، بیان کرده و در مواد ۷۱ تا ۷۳، شرایط تحقق نقض قابل پیش‌بینی و آثار آن را بیان داشته است. بر این اساس، اگر قبل از زمان اجرای قرارداد، حسب اعلام طرف متعهد یا اوضاع و احوال حاکم بر اجرای قرارداد، «آشکار» باشد که نامبرده مرتکب نقض «اساسی» (به مفهوم مندرج در ماده ۲۵ کنوانسیون) قرارداد خواهد شد، طرف دیگر می‌تواند قرارداد را فسخ کند (ماده ۷۲ کنوانسیون) و اگر نقض تنها در رابطه با بخش عمده‌ای از تعهدات<sup>۱</sup> به‌علت نقصان فاحش در توانایی متعهد یا اعتبار او و یا نحوه رفتارش در تمهید مقدمه

1. Substantial Part of Obligation.



اجرای قرارداد یا در اجرای قرارداد باشد، موجد حق تعلیق برای طرف زیان‌دیده خواهد بود (ماده ۷۱ کنوانسیون). ماده ۷۳ کنوانسیون نیز به تفصیل، قواعد مربوط به پیش‌بینی نقض قراردادهای اقساطی را مقرر داشته است. نکته حائز اهمیت این است که یکی از اهداف اساسی کنوانسیون ثبات کافی قراردادهای تجاری بین‌المللی است، به گونه‌ای که اجرای آن‌ها حتی در شرایط نامطلوب نیز تجویز شود تا اعتماد و حسن‌نیت روابط تجاری بین‌المللی ارتقا یابد. به این ترتیب، از نظر این کنوانسیون، فسخ قرارداد تنها در مواردی جایز است که ادامه قرارداد آشکارا یکی از طرفین یا هر دوی آن‌ها را به ضرری جبران‌ناپذیر دچار کند. به همین دلیل، مواد ۴۹ و ۶۴ کنوانسیون به خریدار و فروشنده حسب مورد اجازه می‌دهد تا تنها در صورتی که طرف دیگر قرارداد مرتکب نقض اساسی قرارداد به مفهوم ماده ۲۵ کنوانسیون شده باشد قرارداد را فسخ کند. به‌طور خلاصه، فسخ قرارداد در این کنوانسیون تنها به‌عنوان آخرین راه‌حل<sup>۱</sup> و بنا بر ضرورت پذیرفته شده است.

با توجه به ملاحظات ذکر شده، در وهله اول به نظر می‌رسد ماده ۷۲ با روح کنوانسیون در تعارض است. نخست آن‌که این مقرره به یکی از طرفین اجازه فسخ می‌دهد در حالی که عملاً هیچ نقضی رخ نداده و زمان اجرای تعهد هنوز فرا نرسیده است. دوم آن‌که این مقرره تنها مربوط به عدم امکان اجرای نوعی نبوده بلکه عدم امکان شخصی اجرا را نیز شامل می‌شود. با این حال، منافع ناشی از اتخاذ این نهاد که پیش از این به آن‌ها اشاره شد کشورهای عضو کنوانسیون را به تجویز فسخ قرارداد در صورت پیش‌بینی نقض اساسی قرارداد واداشته است.

کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (وین ۱۹۸۰) تأثیر قابل ملاحظه‌ای بر اسناد بین‌المللی پس از خود، از قبیل اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی (UNIDROIT) و اصول اروپایی حقوق قراردادهای (PECL) گذاشته است. در این مورد، اصول اروپایی حقوق قراردادهای در ماده ۳۰۴-۹ با مضمونی کاملاً مشابه ماده ۳-۳-۷ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی یونیدروا، مقرر داشته است: «در صورتی که قبل از زمان اجرای تعهد قراردادی، عدم اجرای اساسی آن توسط یکی از طرفین آشکار باشد، طرف دیگر حق فسخ قرارداد را خواهد داشت». بنابراین، در این اصول متحدالشکل نیز همچون کنوانسیون وین، عرف این است

که نتوان از طرف قرارداد انتظار داشت تا به پایبندی به قراردادی ادامه دهد که وقوع نقض اساسی توسط طرف دیگر در موعد مقرر در آن آشکار است.

همچنان که در مبحث تاریخچه ملاحظه شد، نهاد نقض پیش از موعد ریشه در حقوق انگلستان دارد. گستردگی این نهاد در این کشور به مراتب بیش تر از سایر نظام‌های حقوقی است و فقط به مبحث بیع اختصاص ندارد، بلکه در سایر عقود هم می‌توان از آن بهره جست. اگرچه قانون بیع انگلستان (SGA, 1979)، در ظاهر شبیه کنوانسیون نیست و بحث مستقلاً شبیه آنچه در کنوانسیون آمده در این قانون به چشم نمی‌خورد، اما رویه قضایی انگلستان به لحاظ شرایط ماهوی با کنوانسیون تفاوت چندانی ندارد و تنها به جای لفظ «نقض اساسی»<sup>۱</sup> که در صدر ماده ۷۲ به کار رفته از لفظ «رد»<sup>۲</sup> استفاده شده است که در واقع به معنای نقض و عدم اجرای قرارداد است. ایالات متحده آمریکا نیز در قانون متحدالشکل تجارت (UCC) به صراحت نقض قابل پیش‌بینی را در مواد ۶۰۹ و ۶۱۰ به رسمیت شناخته و علاوه بر دو شرط اساسی بودن و آشکار بودن، شرط سومی را نیز به آن افزوده است و آن تجاری بودن قرارداد است. اما حقوق فرانسه به کلی با پیش‌بینی نقض قرارداد بیگانه است؛ زیرا این نظام حقوقی اساساً مبتنی بر لطف و الثفات به بدهکار بنا شده؛ بنابراین، نه تنها پیش‌بینی نقض قرارداد هیچ اثری نداشته و حتی صرف انقضای موعد نیز برای تحقق نقض کافی نیست، بلکه این امر مستلزم مطالبه طلبکار است.

## ۲-۲. جایگاه نقض قابل پیش‌بینی در نظام حقوقی ایران

همان‌طور که پیش از این ملاحظه شد، پیش‌بینی نقض قرارداد ریشه در نظام کامن لو داشته و حقوق رومی - ژرمنی به خصوص فرانسه اساساً با این نظریه بیگانه است. نظریه غالب حقوقدانان ایرانی نیز بر آن است که نمی‌توان نقض پیش از موعد را به عنوان قاعده و اصل پذیرفت.<sup>۳</sup> دلایلی که در تأیید این ادعا می‌توان از آن بهره جست عبارت‌اند از:

(۱) شباهت حقوق ایران با نظام حقوقی فرانسه ذهن را به آن سو می‌برد که در حقوق

1. Fundamental Breach

2. Repudiation

ایران نیز تا زمانی که موعد اجرای تعهد فرا نرسیده باشد امکان طرح دعوا بر مبنای نقض قرارداد وجود ندارد.

(۲) علاوه بر این، مطابق یک استدلال حقوقی، در آن دسته از نظام‌های حقوقی که ضمانت اجرای اولیه نقض قرارداد، الزام متعهد به اجرای عین قرارداد است، نقض پیش از موعد به رسمیت شناخته نمی‌شود؛ زیرا، به دلیل غیرمنطقی بودن بسیار الزام متعهد به اجرای قرارداد قبل از رسیدن موعد، دعوی طلبکار بر مبنای نقض قابل پیش‌بینی با تردید بسیار از سوی محاکم روبه‌رو خواهد شد!

(۳) همچنین بر اساس ماده ۲۲۶ قانون مدنی ایران، نقض قرارداد زمانی حاصل می‌شود که اولاً تعهد دارای زمان معینی باشد. ثانیاً این مدت منقضی شده باشد و تعهد اجرا نشده باشد و یا در صورتی که زمان تعیین نشده باشد اولاً تعهد از سوی طلبکار مطالبه شود؛ ثانیاً حق تعیین زمان با شخص اخیر بوده و متعهد از انجام تعهد خودداری کند. در واقع، قبل از رسیدن زمان انجام تعهد، به هیچ وجه متعهد، ناقض محسوب نمی‌شود. فسخ قرارداد نیز که بر اساس تحلیل اقتصادی به عمل آمده در بخش اول این مقاله، در صورت پیش‌بینی نقض (به شرط رقابتی بودن بازار) بهترین ضمانت اجرا به‌شمار می‌آید، حتی در صورت انقضای موعد تعهد و عدم انجام آن نیز ممکن نیست و حتی طبق قاعده مندرج در ماده ۲۳۷ قانون مدنی طلبکار تنها می‌تواند به حاکم رجوع کرده و تقاضای اجبار متعهد به ایفای تعهد کند و اگر اجبار ممکن نشد و انجام توسط ثالث هم ممکن نبود آنگاه مشتری حق فسخ خواهد داشت.

(۴) علاوه بر این، بر اساس ماهیت نقض قابل پیش‌بینی نیز می‌توان به همین نتیجه رسید؛ زیرا اعلام طرف به عدم انجام تعهد در آینده و یا چنین استنباطی از رفتار و اوضاع و احوال مربوطه دلالت بر فسخ قرارداد از سوی متعهد دارد که در حقوق خارجی به دلیل تخلف از بنای طرفین مبنی بر پایبندی به قرارداد، موجب ایجاد حق فسخ برای طرف دیگر می‌شود. اما در حقوق ایران چنین فسخی به دلیل آن که هیچ حق فسخی برای فسخ‌کننده وجود ندارد، بی‌اثر بوده و در نتیجه به موجب ماده ۲۱۹ قانون مدنی

لطمه‌ای به ثبات و ادامه حیات قرارداد وارد نمی‌کند. به عبارت دیگر، نمی‌توان چنین نقضی را فسخ قرارداد محسوب کرده و آن را موجب تحقق نقض موجد حق فسخ برای طرف دیگر به‌شمار آورد.

اما به نظر می‌رسد که حقیقت این نهاد حتی به صورت یک اصل و قاعده در نظام حقوقی ایران قابل پذیرش است. این اصل نه تنها از استقرای قوانین مدنی و تجارت قابل استنباط است، بلکه صحت آن با پاسخ به کلیه شبهات و استدلال‌های فوق، به خوبی تأیید می‌شود:

۱) شباهت حقوق ایران و فرانسه هرچند قابل انکار نیست اما در این مورد یک قیاس مع الفارق است؛ زیرا نظام حقوقی فرانسه اصولاً مبتنی بر ارفاق و عنایت به بدهکار پایه‌ریزی شده و به همین دلیل تحقق نقض تعهد در این حقوق اصولاً منوط به مطالبه طلبکار و عدم انجام تعهد از سوی بدهکار است؛<sup>۱</sup> در حالی که در حقوق ایران نقض قرارداد به صرف انقضای موعد و عدم انجام تعهد، محقق پنداشته می‌شود. در این صورت، احتمال پذیرش نهاد نقض پیش از موعد در حقوق ایران برخلاف حقوق فرانسه بعید نیست.

۲) هرچند ضمانت اجرای نخستین نقض قرارداد در حقوق ایران الزام به اجرا است و چنین الزامی قبل از رسیدن موعد دور از عقل و مفاد قرارداد است اما اگر نقض قرارداد در آینده از هم اکنون قابل پیش‌بینی باشد، اعمال دیگر ضمانت‌های اجرایی نقض از قبیل مطالبه خسارت و تعلیق انجام تعهد خویش، دور از منطقی نخواهد بود و عدم امکان اجرای یک ضمانت خاص نباید ما را به حذف اصل مسأله هدایت کند. چه بسا بتوان از این نیز فراتر رفت و اعمال کلیه ضمانت‌های اجرایی، حتی الزام به اجرای تعهد را ممکن دانست؛ زیرا، در صورت تحقق نقض قرارداد، متعهد باید به ضمانت اجرای نقض که انجام تعهد خویش، صرف نظر از زمان توافق شده در قرارداد است ملزم شود؛ زیرا این تکلیف نه از قرارداد بلکه از حکم قانون‌گذار ناشی شده است و قانون‌گذار می‌تواند به علت تخلف از قرارداد، از هم اکنون متعهد را به اجرای تعهد خویش وادار کند.

۳) تعبیر ماهیت نقض قابل پیش‌بینی به فسخ غیرقانونی قرارداد فقط در موردی مصداق

۱. ناصر، کاتوزیان (۱۳۸۷)؛ قواعد عمومی قراردادها، جلد چهارم، چاپ پنجم، شرکت سهامی انتشار، ص ۱۴۲.

دارد که اولاً نقض نه از عدم امکان اجرای تعهد که از اراده متعهد ناشی شده باشد و ثانیاً قصد متعهد عدم اجرای کل قرارداد باشد. درحالی‌که از تعریف و مفهوم این ماهیت به خوبی نقض جزئی از قرارداد و نیز در اثر عدم امکان آتی اجرای قرارداد استنباط می‌شود.

۴) علاوه بر استدلال‌های نقضی فوق، عرف مهم‌ترین دلیل تأیید پذیرش پیش‌بینی نقض در ایران است. عرف تجار و معامله‌کنندگان به‌خوبی بر این دلالت دارد که در صورت پیش‌بینی نقض قرارداد از سوی یکی از طرفین، طرف دیگر منتظر فرارسیدن موعد اجرای تعهد ناقص نمانده و با فسخ قرارداد به دنبال تهیه کالا یا خدمت موضوع عقد از محل دیگری برآید. بنابراین، می‌توان در بیش‌تر موارد، این عرف را به‌منزله شرط ضمنی طرفین در عقود تلقی کرده و ضمانت اجرای قانونی تخلف از شرط را بر آن بار کرد.

۵) علاوه بر تمام دلایل مذکور، استقرای قوانین داخلی از قبیل مواد ۲۳۷، ۲۳۸ و ۵۳۳ قانون تجارت می‌تواند ما را به پذیرش این نهاد مفید در حقوق رهنمون سازد.<sup>۱</sup>

۱. طبق ماده ۲۳۷ قانون تجارت، «پس از اعتراض نکول، ظهرنویس‌ها و برات‌دهنده به تقاضای دارنده برات باید ضامنی برای تأدیبه وجه آن در سر وعده بدهند یا وجه برات را به انضمام مخارج اعتراض‌نامه و مخارج برات رجوعی (اگر باشد) فوراً تأدیبه نمایند.» این ماده شباهت بسیاری با ماده ۷۲ کنوانسیون وین ۱۹۸۰ دارد. در واقع، در ماده ۲۳۷ قانون تجارت تعهدی صورت گرفته که هنوز موعد انجام آن نرسیده است، ولی از آنجا که محال علیه برات را قبول نکرده و این امر، انجام تعهد در سر موعد از سوی متعهدین برات را با تردید جدی مواجه می‌کند، قانون‌گذار به دارنده برات حق داده است که مشابه ماده ۷۲ کنوانسیون مزبور مطالبه ضامن کرده و در غیر این صورت، ملزم به اجرای اصل تعهد خویش می‌شود. مستند دیگر در این خصوص، ماده ۲۳۸ قانون تجارت است که متضمن محتوایی به مانند ماده پیشین است. طبق این ماده: «اگر علیه کسی که براتی را قبول کرده ولی وجه آن نپرداخته، اعتراض عدم تأدیبه شود، دارنده براتی که همان شخص قبول کرده ولی هنوز موعد پرداخت آن نرسیده است می‌تواند از قبول‌کننده تقاضا نماید که برای پرداخت وجه آن ضامن دهد یا پرداخت آن را به نحو دیگری تضمین کند.» این ماده با صراحت بیش‌تری نسبت به ماده قبل، پذیرش نهاد نقض قابل‌پیش‌بینی را اثبات می‌کند؛ زیرا در ماده ۲۳۸ نه‌تنها پیش‌بینی نقض مستند به عمل خود متعهد است (برخلاف ماده ۲۳۷ که مستند به عمل شخص دیگری است) بلکه تصریح در فرا نرسیدن موعد انجام تعهد و در عین حال اعمال نوعی ضمانت اجرا برای عدم پرداخت است.

علاوه بر این، ماده ۵۳۳ قانون تجارت در مورد عدم امکان انجام تعهد به‌دلیل ورشکستگی مقرر می‌دارد: «هرگاه مال‌التجاره‌ای به تاجر ورشکسته فروخته ولیکن هنوز آن جنس نه به خود تاجر ورشکسته تسلیم شده و نه به کس دیگر که به‌حساب او بیاورد آن کس می‌تواند به اندازه‌ای که وجه آن را نگرفته از تسلیم مال‌التجاره امتناع کند.» از آنجا که با ورشکستگی خریدار، پرداخت ثمن از سوی او در پاره‌ای ابهام فرومی‌رود و احتمال عدم انجام تعهد از سوی وی تقویت می‌شود، قانون‌گذار به فروشنده حق می‌دهد از انجام تعهد خود (تسلیم مبیع) امتناع کند. این تعلیق انجام تعهد تنها بر یک حق حبس ساده دلالت نمی‌کند، که اگر این چنین بود با توجه به قاعده بودن آن نیازی به تصریح نداشت بلکه با توجه به عدم انجام تعهد طلبکار، به‌طور ضمنی فسخ قرارداد را (ادامه در صفحه بعد) (ادامه از صفحه قبل) به ذهن القا می‌کرد. از مجموع موارد فوق می‌توان استنباط کرد که در حقوق ایران نیز اگر

## جمع‌بندی و ملاحظات

پیش‌بینی نقض قرارداد که به معنای روشن و قطعی بودن تصمیم یک طرف برای نقض تعهد خویش پیش از فرا رسیدن زمان اجرای آن است، می‌تواند از مهم‌ترین ابزارهای حقوق قراردادهای در راستای تسهیل معاملات و تسریع گردش کالاها و خدمات باشد. به این ترتیب، ترتب ضمانت اجرای نقض بر پیش‌بینی آن نه تنها موجب ارتقای امنیت روانی طرفین در مورد اجرای تعهدات قراردادی می‌شود بلکه کارایی اقتصادی قرارداد را با جلوگیری از افزایش خسارات وارده به طرفین و نیز روانه کردن کالا یا خدمات به سوی کسی که بیش‌ترین ارزش را برای آن قائل است، به حداکثر می‌رساند.

پیش‌بینی نقض و اعمال ضمانت اجرای آن از قبیل فسخ قرارداد، تعلیق اجرای تعهد طرف متضرر و نیز مطالبه خسارت، برخلاف تصور مرسوم تعهدی بر تعهدات قراردادی نمی‌افزاید، بلکه درصدد تنبیه سوءاستفاده‌کننده از اعتماد قراردادی و نیز جبران خسارت کسی است که با انعقاد عقد، به اجرای حسن‌نیت‌دار آن بر طبق سیر متعارف امور دل سپرده است. کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (وین ۱۹۸۰) به‌عنوان مهم‌ترین سند لازم‌الاجرا در زمینه تجارت بین‌الملل و به تبع آن دیگر اسناد و معاهدات منطقه‌ای و بین‌المللی با الهام‌گیری از حقوق کامن‌لو به صراحت نقض قابل‌پیش‌بینی را موجد حق فسخ و مطالبه خسارت برای طرف متضرر اعلام کرده است. هرچند برخی از نظام‌های حقوقی نزدیک به حقوق ایران از قبیل فرانسه به‌دلایلی در پذیرش این نهاد سودمند با مشکل اساسی روبه‌رو هستند (کشور فرانسه نه تنها فرارسیدن موعد، بلکه لزوم مطالبه انجام تعهد را شرط تحقق نقض قرارداد می‌داند و از این‌رو در این کشور بسیار دشوار است تا نقض قابل‌پیش‌بینی موجد حق برای طرف زیان‌دیده شناخته شود)، لیکن در حقوق ایران علی‌رغم آن که ظاهر برخی مواد قانون مدنی به‌طور مطلق انقضای موعد را برای تحقق نقض ضروری می‌بیند، اما با استقرای قوانین مدنی و تجارت و نیز توجه به عرف تجار و مبانی مسئولیت قراردادی می‌توان به رسمیت شناختن این نهاد توسط حقوق ایران را آشکارا استنباط کرد.

---

پیش از فرارسیدن زمان تسلیم مبیع و یا پرداخت ثمن یکی از دو طرف بنا به دلایل و شواهد قوی و محکمه‌پسند به این نتیجه برسد که طرف مقابل نمی‌تواند در موعد مقرر به تعهد خود عمل کند، وی حق دارد علاوه بر تعلیق تعهد خویش و در مواردی درخواست تضمین از طرف ناقض بر مبنای تعذر تسلیم (خیار تعذر تسلیم) و یا عدم قدرت بر تسلیم قرارداد را فسخ کند.

## منابع

- بابایی، ایرج (۱۳۸۶)؛ «مبانی نظری رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق»، مجله پژوهش حقوق و سیاست، شماره ۲۳.
- میرزائزاد جویباری، اکبر، «فسخ و آثار آن در کنوانسیون بیع بین الملل کالا و مقایسه آن با حقوق انگلستان، فرانسه و ایران»، استاد راهنما دکتر صفایی، رساله دکترای حقوق خصوصی.
- سیدحسین صفایی و دیگران (۱۳۸۷)؛ حقوق بیع بین المللی با مطالعه تطبیقی، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ دوم.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)؛ قواعد عمومی قراردادها، جلد سوم، شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان ناصر (۱۳۸۷)؛ الزام‌های خارج از قرارداد، جلد اول: قواعد عمومی مسئولیت مدنی، انتشارات دانشگاه تهران.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷)؛ قواعد عمومی قراردادها، جلد چهارم، چاپ پنجم، شرکت سهامی انتشار.
- Audit, Bernard (1990); *La vent internationale de marchandises*, L.G.D.J, Paris.
- Black, Henry (2004); *Law Dictionary*, Eighth Edition, West Publishing co. New York.
- Campbell, Collin P. (1905); "The Doctrine of Anticipatory Breach", *General Law Journal*, vol. 60.
- Enderlin, Fritsand, Maskow, Dietrich, (1992); *Convention on The Limitation Period in The International Sale of Goods*, Oceana Publication.
- Nina Galston and Hans Smith (1984); *The United Nation Convention on Contract for The International Sale of Goods*, Parker School of Foreign and Comparative Law.
- Honold, John (1991); *Uniform Law for International Sale Under The 1980 United Nation Convention*, Kluwer Publishing.
- Howery, William H. (1942); "Anticipatory Breach of Long Term Leases", *University of Kansas City Law Review*.
- Jackson, Thomas H. (1978); "Anticipatory Repudiation and The Temporal Element of Contract Law: An Economic Inquiry into Contract Damages in Case of Perspective Non-Performance", *Stanford Law Review*, vol. 31, pp. 69-119.

- Kerr, AJ. (1972); "Anticipatory Breach of Contract: Some Problems Discussed", *The South African Law Journal*, vol. 16.
- Kritzer, Albert (1989); *Guide to Practical Applications of the United Nation Convention on Contract for the International Sale of Goods*, Kluwer publishing.
- McLennan JS. (1972); "Damages for Anticipatory Breach of Contract", *The South African Law Journal*, vol.19.
- Schlechtriem, Peter (1998); *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, Translated by G. Thomas, Oxford University Press.
- Stoljar, Samuel (1974); *Some Problems of Anticipatory Breach*, Melbourne University Law School, vol. 14.
- Warren, Peter (1984); "Contractual Rights Following Anticipatory Breach", *Holdsworth Law Review*, vol. 35.
- William M. Nolen (1960); "The Doctrine of Anticipatory Breach of Contract", *Louisiana Law Review*, vol. 20.