

نقض اساسی قراردادها در کنوانسیون (CISG) و ضرورت قانون‌گذاری آن در نظام

حقوقی افغانستان

فریده خاکی؛ عضو آکادمی رهبری زنان

چکیده

کنوانسیون بیع بین المللی کالا، مصوب 1980 وین یکی از مهمترین اسنادی است که در زمینه یکسان سازی حقوق ماهوی تصویب شده است. الحاق به کنوانسیون، نیازمند بررسی دقیق کارکردها و ویژگی های آنست. بنده با سعی و تلاش خود طی شش هفته دو مورد از موضوعات مورد بحث کنوانسیون مذکور را که نقض اساسی و نقض احتمالی بود طی مبحث جداگانه مورد واکاوی قراردادها است. همچنان کنوانسیون موجب ارتقای نظام حقوقی، کاهش هزینه ها، افزایش تجارت و توسعه اقتصادی شده و نتیجتاً افزایش رفاه عمومی را در پی دارد و با ملاحظه همین نتایج الحاق افغانستان به کنوانسیون توصیه میشود.

روش تحقیق در این مقاله ای تحقیقی تحلیلی- استنباطی بوده و بصورت فیش برداری با روش کتابخانه یی در احراز تیوری نقض اساسی صورت گرفته است. رساله حاضر طی سه مبحث تنظیم شده است، مبحث اول راجع به تعاریف و کلیات در خصوص نقض اساسی و بررسی آن در نظام حقوقی افغانستان پرداخته شده است، مبحث دوم نیز به بررسی مفهوم نقض احتمالی در نظام حقوقی افغانستان اختصاص یافته است و در مبحث سوم به چرایی الحاق افغانستان به کنوانسیون CISG خواهیم پرداخت.

مهمترین موانع در راستای این تحقیق عدم موجودیت منابع (کتاب و مقاله) به ویژه در عرصه نظام حقوقی افغانستان بوده فلذا بنده صرفاً از منابع معتبر بصورت مقاله یی در این تحقیق استفاده نموده ام.

واژه گان کلیدی: نقض اساسی، نقض احتمالی، قانون قرارداد های تجارتي و فروش اموال، نظام حقوقی افغانستان، الحاق به CISG

مقدمه

افزایش سطح تجارت در قرن بیستم، انگیزه دولت‌های برای هماهنگ کردن قوانین بیع بین‌المللی را فراهم کرد و فشار اولیه را برای ایجاد یک قانون بین‌المللی در اثر افزایش چشمگیر تجارت بین‌المللی در این قرن حاصل شد. CISG مصوب 1980 (وین) به دلیل طراحی اساسی آن، که بطور خاص برای بیع بین‌المللی صورت گرفته است، مزایای بسیاری در زمینه تجارت بین‌المللی دارد و هدف آن به حد اکثر رساندن فروش‌های بین‌المللی است. این کنوانسیون مانند هر توافق بین‌المللی دیگر قلمرو، ساختار و ویژه‌گی‌های خاصی دارد که مذاقه در امکان سنجی الحاق افغانستان به این کنوانسیون ضروری است. از سوی دیگر تبیین چگونگی الحاق افغانستان به معاهدات بین‌المللی و نحو لازم‌الاجرا شدن مفاد این معاهدات در حقوق داخلی و تعیین جایگاه معاهدات بین‌المللی نسبت به حقوق داخلی در این رهگذر متمرکز خواهد بود. در قانون قرارداد‌های تجاری و فروش اموال تقسیم‌بندی نقض اساسی و غیر اساسی وجود ندارد و صرفاً فصل نهم در ماده 75 به تعریف نقض قرارداد پرداخته است، در کنار آن طی مبحث جداگانه‌ای دیگر نقض احتمالی قرارداد بصورت ضمنی نیز در قانون مذکور پیش‌بینی نشده است که در این مقاله تحقیقی به این دو اصطلاح مهم در نظام حقوقی افغانستان و مفهوم آن پرداخته شده است. زیرا مهمترین نقش مفهوم نقض اساسی قرارداد آنست که زمینه ابطال قرارداد را فراهم می‌آورد، و مرز میان جبران‌های معمول و جبران‌های قاطع را مشخص می‌کند. و پیش‌بینی نقض احتمالی بصورت ضمنی در واقع متعهدله را از زیان‌های ناشی از نوسانات قیمت نجات داده و ثبات قرارداد میان طرفین می‌انجامد. که تعریف این دو اصطلاح حقوقی در واقع کنوانسیون CISG به شکل بهتر و جامع‌تر بیان نموده است.

و هم‌چنین کنوانسیون CISG موجب ارتقای نظام حقوقی، کاهش هزینه‌ها، افزایش تجارت و توسعه اقتصادی شده و نتیجتاً افزایش رفاه عمومی را در پی دارد و با ملاحظه همین نتایج، الحاق افغانستان به کنوانسیون مذکور توصیه می‌شود.

و مقاله حاضر طی سه مبحث تنظیم شده است.

مبحث اول: اهمیت و ضرورت تحقیق

سابقه ایده ای نقض اساسی در کنوانسیون 1980 وین و ماده 10 کنوانسیون 1964 لاهه بر میگردد که از مباحثات طولانی تصویب شده بود. به طور خلاصه عبارت (نقض اساسی) سابقه تاریخی ندارد. این عبارت اصطلاح حقوقی تازه بوده است که حاصل مصالحه است و اصطلاح است که قابلیت تفسیرهای مختلف دارد. تا اکنون تحت این عنوان تحقیقی که در صدد بررسی مقررات بین المللی و حقوق راجع به مفهوم نقض اساسی قرارداد ها باشد انجام نگرفته است و شاید بدور از مبالغه نباشد که تحقیق هذا نخستین تحقیق در این راستا است.

عدم تحقیق در این رابطه می تواند دلایل مختلف داشته باشد از جمله عدم توجه نهاد های مربوطه به این امر، نبود نهاد که در واقع ضرورت قانون گذاری اصطلاحات جدید حقوقی و قبول شده توسط اکثر کشورهای جهان امروز را به بررسی بپردازد و نقاط قوت و مفید آنرا برای نظام حقوقی افغانستان پیشنهاد کند، مشکلات سیاسی موجود در کشور که پیوسته اقتصاد را تحت الشعاع خود قرارداده است، نبودن برنامه های جامع و سیاست های بلند مدت اقتصادی و سایر ناهماهنگی های موجود می باشد.

در حالیکه پیوستن افغانستان به کنوانسیون CISG به طور قطع خالی از مفید نیست زیرا پیوستن افغانستان به کنوانسیون مذکور سبب گسترش مبادلات تجاری بین المللی و در نتیجه ارتقاء تجاری، کاهش اختلافات تجاری به جهت انتخاب آسان قانون حاکم، ارتقاء روابط دوستانه بین ملت ها و کشور ها، ایجاد وحدت در حقوق بین الملل و ارتقاء حقوقی کشور، استحکام بیشتر قرارداد های تجاری به جهت شفافیت بیشتر، افزایش بهره وری و کاهش ضرر و سایر خسارات، ارتقاء امنیت بازرگانی، اشتغال زایی و بالندگی استعداد های اقتصادی کشور، مساعد ساختن زمینه برای سرمایه گذاری و نتیجتاً افزایش رفاه عمومی را به دنبال خواهد داشت.

از این بابت الحاق افغانستان به کنوانسیون مذکور توصیه و پیشنهاد می شود. و با توجه به همین اهمیت و ضرورت فوق تحقیق هذا به عمل آمده است.

هدف این تحقیق در واقع تلاش و سعی در جهت گسترش تحقیقات علمی در خصوص حقوق تجارت بین الملل بطور عام و قراردادهای تجاری بطور اخص می باشد، به امید اینکه تحقیقات بیشتر در زمینه حقوق تجارت بین الملل در چهارچوب نظام حقوقی افغانستان صورت گیرد.

جزء 1: پیشینه نقض اساسی قرارداد در معاهده

در پیش نویس اولیه رومی معاهده، هر یک از التزام های گوناگون، بطور جداگانه ملاحظه گردیده و تخلف از آنها، نقض یک التزام قراردادی ویژه به شمار می آمد. چنین رویکردی بیشتر با نظام حقوق عرفی سازگار بود تا این که در سال 1951 به هنگام تدوین قانون یکنواخت بیع بین المللی لاهه، پیشنهاد شد « مفهوم نقض قرارداد» به جای آن برای پیمان شکنی هر یک از دو طرف به کار رود، نسبت به کل قرارداد گسترش یابد و عبارت « نقض اساسی قرارداد» جایگزین در نقض یک وظیفه اساسی، پذیرش این پیشنهاد بر پایداری قرارداد می افزود زیرا نقض یک وظیفه اساسی ملازمه با نقض اساسی قرارداد ندارد تا به از میان رفتن قرارداد بیانجامد. پیشنهاد مزبور در پیش نویس معاهده 1963 و 1965 آمد و گام بعدی با آوردن «فرد معقول» در تعریف برداشته شد به این ترتیب ارجاع به یک فرد متعارف، مصداق پیدا کرد تا معیار نوعی به معیار شخصی اضافه شود.

هنگام تهیه مقررات آنسیترال در نظر داشتن معیارهای محسوس مورد تأکید قرار گرفت. نظر به این که دولت ها به عدم مطلوبیت و غیر دقیق بودن معیار «فرد متعارف» تأکید داشتند دو نوآوری عمده به وجود آمد: اصطلاح خسارات «عمده» به

تعریف اضافه شد و سپس جمله شرطیه با ((مگر این که)) پیش بینی شد تا بار اثبات قابل پیش بینی بودن را منتقل کند. بر اساس توضیح یاد شده، اصل 23 به صورت زیر تصویب شد:

((نقضی که توسط یکی از طرفین صورت گرفته، هنگامی اساسی محسوب می شود که منجر به خسارات عمده ای به طرف دیگر شود مگر این که طرف نقض کننده پیش بینی نکرده یا دلیلی نداشته که چنان نتیجه ای را پیش بینی کند)) کنفرانس وین با روند پیش گفته، با متنی روبرو شد که با قانون یکنواخت بیع بین المللی، بطور عمده ای متفاوت بود. پس از تبادل دیدگاه ها، عدم حصول انتظارات زیان دیده برای فهم بهتر خسارات عمده در معاهده اضافه شد و فرد متعارف ((در همان اوضاع و احوال)) به عنوان ضابطه معیار نوعی در متن ماده ۲۵ معاهده وین آمد.

جزء 2: مفهوم نقض اساسی قرارداد

دکترین نقض اساسی قرارداد عمدتاً به این فرض استوار است که طرف قرارداد رفتار غلطی را انجام دهد که مربوط به اساس قرارداد شود به رابطه تجاری لطمه می زند. این یک اصل متشکل از کامن لا است. (قاسمی، مهدوی، نصیران 1395:190) ماده (25) کنواسیون CISG بیع بین المللی مقرر می دارد ((نقض قرارداد توسط یکی از طرفین زمانی اساسی است که منجر به ورود چنان خساراتی به طرف دیگر شود که وی را به بطور عمده از آنچه انتظار آن را به موجب قرارداد داشته است محروم نمائید. مگر اینکه طرف ناقض چنین نتیجه ای را پیش بینی نمی کرده و یک فرد متعارف همانند او نیز در شرایط و اوضاع و احوالی مشابه، چنین نتیجه ای را نمی توانست پیش بینی کند)) (نعمت، فاطمیون، 1398:164) مطابق با مواد 49 و 64 این معاهده، تنها اگر یک طرف از اجرای تعهدات قراردادی کوتاهی کند که منجر به نقض اساسی شود، طرف دیگر می تواند قرارداد را ابطال نماید. در بخش دوم ماده 51 معاهده، ابطال تمام قرارداد، مبتنی بر اجرای ناقص بخشی از قرارداد آمده است. در ماده 72 معاهده یاد شده نیز نقض قابل پیش بینی قرارداد دیده می شود. طبق ماده 73 معاهده وین، ابطال قرارداد در مورد تحویل اقساطی آمده است. همچنین برطبق بخش دوم ماده 64 همان معاهده، نقض اساسی به خریدار اختیار می دهد تحویل کالای جایگزین را از فروشنده بخواهد. بنابراین مفهوم نقض اساسی، مرز میان جبران های معمول، و جبران های قاطع را مشخص می کند همچنین نقض اساسی، نقش مهمی در انتقال ضمان معاوضی دارد که طبق ماده 70 معاهده وین ((اگر فروشنده مرتکب نقض اساسی قرارداد شود مواد 69,68,67 مانع از توسل مشتری به طرق جبران خسارت ناشی از نقض که در دسترس اوست، نخواهد بود)).

مهمترین نقش مفهوم نقض اساسی قرارداد آن است که زمینه ابطال قرارداد را فراهم می آورد. به عبارت دیگر اگر چه در معاهده وین بارها از اصطلاح «نقض اساسی» استفاده شده، ولی مهمترین نقش آن در مواد (1) ماده 49 و (1) ماده 69 است که موجب آن ها خریدار یا فروشنده اختیار ابطال قرارداد را می یابند و از تعهدات قراردادی بری می شوند.

به منظور تعیین ضمانت اجرای پیمان شکنی، ابتدا باید اساسی یا غیر اساسی بودن نقض قرارداد مشخص شود. در صورت اساسی بودن، طرف قرارداد حق ابطال آن را می یابد. پس آنچه اهمیت دارد روشن شدن مفهوم «نقض اساسی» است. بر اساس ماده 25 معاهد وین در این خصوص، نکات زیر شایان توجه است:

1. طرفی که از اجرای قرارداد کوتاهی کرده از تعهدی که موجب قرارداد یا عرف بازرگانی یا رویه معمول دو طرف یا مقررات معاهده دارد سر پیچی کرده باشد.

2. نقض قرارداد، طرف قرارداد را از آنچه اساساً از اجرای قرارداد انتظار داشته محروم کرده یا انتظارات او را از قراردادی که بسته از میان برده باشد.

3. نتایج نقض قرارداد از سوی پیمان شکن، قابل پیش بینی باشد. (طالب احمدی، 1393:115).

با توجه به اینکه تعریف ماده 25 کنواسیون CISG از «نقض اساسی» کلی است و به موارد آن اشاره نه نموده است، که در ماده 1-3-7 اصول یونید قوا موارد آن مورد توجه قرار گرفته است. طبق بند دوم این ماده در تعیین اینکه آیا نقض قرارداد اساسی تلقی می شود یا خیر باید به امور زیر توجه داشت:

الف: عدم اجرای تعهد، طرف متضرر را به طور اساسی از آنچه طبق قرارداد مستحق بوده و انتظارش را داشته باشد محروم میکند یا نه؛ مگر این که طرف دیگر نتیجه مزبور را پیش بینی نکرده یا بطور متعارف نمی توانسته است آن را پیش بینی کرده باشد؛

ب: رعایت دقیق تعهدی که اجرا نشده، رکن قرارداد بوده است یا خیر؛

ج: عدم اجرای تعهد، عمدی بوده یا از روی بی احتیاطی؛

د: عدم اجرای تعهد، به طرف متضرر حق می دهد به این اعتقاد برسد که نمی تواند بر اجرای آتی تعهدات او سوی طرف دیگر اتکا کند یا خیر؛

ه: اگر به قرارداد خاتمه داده شود، طرف مسؤول عدم اجرا در نتیجه آماده کردن مقدمات یا اجرای تعهد، متحمل زیان نامناسبی خواهد شد یا خیر.

ماده 1-3-7 اصول قرارداد های تجاری بین المللی مبتنی بر این فرض است که برای تعیین نقض اساسی اوضاع و احوال خاص هر مورد بخصوص در نظر گرفته شود و نیز معیارهای مختلف در تعیین نقض اساسی مورد سنجش قرار گیرند. (شعاریان، بیک پور 1398: 218).

تعریف معاهده وین از نقض اساسی، تعریف روشی نیست، و هیچ نمونه ای هم که در فهم مطلب مؤثر باشد یاد آور نمی شود. و علت آن شاید این باشد که در تعریف نقض اساسی از عبارات کلی نظیری. « خسارت، محرومیت اساسی» و « قابلیت پیش بینی» استفاده شده و علی رغم آسان به نظر رسیدن تعریف، به دلیل کلی بوده آن، تطبیق بر مصادیق دشوار است (همان: 116).

جزء 3: عناصر نقض اساسی قرارداد

1 - محرومیت اساسی قابل پیش بینی از انتظارات قراردادی

در بیان کلی ماده 25 معاهده وین، نقض اساسی با دو عنصر تعریف شده است که عبارتند از: محرومیت اساسی زیان دیده و قابلیت پیش بینی آن از سوی پیمان شکن. در توضیح قسمت نخست ماده یاد شده، نقض اساسی به عنوان سببی برای زیان یک طرف به دیگری معرفی شده است که در نتیجه آن، زیان دیده از آنچه می توانسته از قرار داد انتظار داشته باشد محروم می شود. قسمت دوم ماده 25 معاهده وین به پیمان شکن اجازه می دهد از ابطال قرارداد جلوگیری کند، مشروط برآنکه ثابت کند نتیجه نقض قرارداد را پیش بینی نکرده و هیچ شخص معقولی نیز در شرایط او نمی توانسته چنین نتیجه ای را پیش بینی کند. مفاد این مقرارت، مبتنی بر تمیز میان عناصر مربوط به طرفی است که متحمل زیان شده و طرفی که ناقض قرارداد است. این عناصر عبارتند از «خسارت اساسی» و «انتظارات قراردادی» با در نظر داشتن این که قابل پیش بینی باشد. دو عنصر یاد شده در اصول یونیدقوا، تحت عنوان «عدم اجرای اساسی» در فقره الف بند دوم ماده 1-3-7 آمده اند.

برای آنکه پیمان شکنی به موجب ماده 25 معاهده وین اساسی باشد، زیان دیده باید ضرری را تحمل کرده باشد که منجر به محرومیت اساسی او از آن چیزی شده باشد که از قرارداد انتظار داشته است. این مطلب از پیشینه ماده 25 معاهد وین، بر خلاف پیش نویس آن، معلوم می شود. در پیشینه ماده 25 معاهده وین آمده است. که تعیین نقض اساسی به میزان خسارات وارده مربوط نمی شود بلکه به اهمیت سودی که قرارداد در صورت اجرا برای طرف آن دارد و تعهداتی که به موجب قرارداد به سود متعهد له ایجاد شده باز می گردد. بنابر این در اصول اروپایی و اصول یونید قوا و ماده 25 معاهده وین، ضابطه اصلی یکسان است. عدم اجرای مفاد قرارداد باید منجر به نتایجی شود که زیان دیده را از آنچه به موجب قرارداد

انتظارش را داشته اساساً محروم کند و نیز این موضوع از جناب پیمان شکن یا هر شخص معقولی در شرایط او قابل پیش بینی باشد (طالب احمدی، 1393:119-117).

2- عدم قابلیت پیش بینی

به موجب بخش اخیر ماده 25 کنوانسیون، اگر طرف ناقض، محرومیت اساسی طرف مقابل در اثر نقض را پیش بینی نکرده و یک شخص متعارف در صنف رشته بازرگانی او نیز در همان اوضاع و احوال نمی توانسته چنین نتیجه ای را پیش بین کند، نقض اساسی محقق نشده است. از اینرو، بخش مذکور حاوی هر دو عنصر شخصی و عینی است.

شمار قابل توجهی از شارحان کنوانسیون، قابلیت پیش بینی را به عنوان یکی از عناصر نقض اساسی قرارداد مطرح کرده اند؛ در حالیکه این عدم قابلیت پیش بینی است که عنصر نقض اساسی محسوب می شود این مطلب نه تنها از ظاهر ماده (۲۵) به روشنی قابل استنباط است بلکه با دقت و تأمل بیشتر به این حقیقت دست می یابیم که عدم قابلیت پیش بینی ضرر، عنصر نقض اساسی نیست بلکه نقض با تحقق عنصر پیشبینی بودن نتایج نقض قرارداد از سوی پیمان شکن، محقق می شود و نقش عدم قابلیت پیش بینی صرفاً معاف ساختن طرف ناقض از ضمانت اجرای نقض اساسی است. در خصوص بار اثبات بید گفت که زیان دیده باید ثابت کند متحمل زیان اساسی شده و از آنچه انتظار آن را از بستن قرارداد داشته محروم شده است. اگر محرومیت اساسی احراز شود بار اثبات به عهد پیمان شکن منتقل می شود (نعمت الهلی، فاطمیون: 169).

در خصوص تشخیص قابل پیش بینی بودن باید گفت که دو طرف از ابتدا می توانند در قرارداد تعیین کنند که چه مقرراتی از عدم اجرای تعهدات، اساسی شمرده می شوند. برای مثال ممکن است زمان انجام تعهد را در قید آن قرار دهند تا در صورت عدم انجام تعهد در هنگام تعیین شده، نقض قرار داد، اساسی شمرده شود. بنابراین وضعی که در آن پیمان شکن امکان می یابد به عدم قابلیت پیش بینی استناد کند باید خارج از مفاد قرارداد باشد. در مثال یاد شده، ناقض زمان اجرای تعهد، نمی تواند مدعی شود که نتایج تخلف خود را پیش بینی نمی کرده و خواهان غیر اساسی شمرده شدن نقض قرار داد شود. هنگامی که در متن قرارداد تصریح شده باشد اجرای تعهد از ضروریات قرارداد بوده و اهمیت زیادی برای طرف قرارداد، مجالی برای اثبات این که نقض منجر به خسارات غیر قابل پیش بینی شده وجود ندارد. بر عکس اگر در قرار داد به اهمیت اجرای تعهد تصریح نشده باشد، ممکن است عملکرد پیمان شکن را با مجال بیشتری تفسیر کرد.

اگر هر دو طرف موارد مهم را به صراحت در قرارداد یاد نکند، نوبت به رویه معمول ایشان و عرف و عادت می رسد. در نهایت، تعیین اساسی بودن نقض، مطابق با معیار معاهده وین به عمل می آید که مقرر داشته نقضی اساسی است که پیمان شکن، نتایج آن را پیش بینی کرده و بطور متعارف نیز هر کسی بتواند در همان شرایط، اساسی بودن محرومیت طرف قرارداد را از انتظارات قراردادی پیش بینی کند.

3- محرومیت اساسی از انتظارات قراردادی زیان دیده

در بخش مربوطه به زیان دیده از نقض قرارداد که ممکن است خریدار یا فروشنده باشد باید خسارات اساسی باشد. این موضوع در مقایسه معاهده وین با معاهده مربوط به حقوق یکنواخت بیع بین المللی کالا از نوآوری های معاهده وین به شمار می آید.

اما منظور خسارات چیست یا چی خساراتی اساسی است؟ با توجه به ماده 25 معاهده وین، انتظارات قراردادی کدامند؟ در این قسمت به هر یک از پرسش ها بطور جداگانه پاسخ داده می شود.

خسارات: در مورد مفهوم خسارات، مفسرین معاهده دارای دیدگاه های گوناگون هستند.

کلمه «خسارت» در ماده 25 معاهده وین، معادل واژگان مشابه مورد استفاده در مقررات داخلی و حتی بین المللی نیست و چنان که برخی محققین گفته اند این کلمه برابر با وارژه خساراتی نیست که در ماده 74 معاهده وین آمده تا اگر نقض اساسی نباشد به موجب ماده مذکور طرف قرارداد بتواند در خواست جبران خسارت کند. پس معلوم میشود کلمه خسارت در ماده 25 معاهده وین مفهوم بجز زیان های معمول یا خساراتی اقتصادی که طرف قرارداد تحمل میکند دارد. بطور خلاصه از

تعریف ماده 25 معاهده وین روشن می شود که درجه ای از خسارت ناشی از پیمان شکنی لازم است که اساساً محروم کننده طرف قرارداد از انتظارات او در بستن قرارداد شود.

اساسی بودن محرومیت: طبق ماده 25 معاهده وین، خسارت ناشی از نقض اساسی باید طرف قرارداد را اساساً از انتظارات قراردادی که داشته محروم کند. پس محرومیت اساسی از انتظارات قراردادی، سبب نقض اساسی قرارداد می شود و باید روشن شود که ملاک سنجش اساسی بودن محرومیت چیست.

تعیین این که خسارت اساسی است در پرتو شرایط هر مورد انجام میگیرد، ولی تأکید بیشتر بر انتظارات قراردادی زیان دیده از پیمان شکنی است. پس انتظارات قراردادی، ضابطه اصلی تعیین رخداد زیان آور بودن نقض قرارداد است. انتظارات قراردادی زیان دیده: در استناد به ضابطه انتظارات قرارداد و باید به دو نکته پرداخت: نخست آنکه در تعیین هدف هر طرف از بستن قرارداد نباید به احساس و انگیزه های درونی او توجه شود بلکه باید توجه به شرایط قرارداد، هدف را بطور نوعی تعیین کرد. دیگر آن که در تعیین هدف تشکیل قرارداد، فقط مفاد آن دخیل نیستند بلکه عوامل دیگری چون عرف، رویه معمول میان دو طرف و مقرات حاکم نیز باید به شمار آیند.

با توجه به ماده 25 معاهده وین، آنچه که طرف قرارداد می تواند از قرارداد توقع داشته باشد انتظارات قراردادی نامیده می شود. در توضیح ماده مزبور آورده اند که فقط سودی مورد انتظار طرف قرارداد، ملاک تعیین انتظارات قراردادی نیست بلکه ضابطه دیگری نیز باید به آن افزود. تعهدات و اهمیت تکالیف دو طرف به موجب قرارداد تعیین می شوند. در نتیجه انتظارات قرار دادی جنبه شخصی و درونی ندارند بلکه انتظارتی را که بتوان با توجه به خود قرارداد ایجاد شوند، انتظارات قراردادی می نامند (طالب احمدی، 1393: 125-119).

مبحث دوم: موجودیت نقض اساسی قرارداد در قانون قراردادهای تجاری و فروش اموال

قانون افغانستان نقض اساسی را از نقض غیر اساسی تفکیک نکرده است؛ چرا که اساساً اصطلاح نقض اساسی قرارداد یا معادل آن در این قانون به کار نرفته است. عدم تقسیم نقض قرارداد به اساسی و غیر اساسی یکی از نقص یا خلاء این قانون می باشد. قانون گذار ما با بی توجهی به نقض اساسی دچار افراط و تفریط شده است؛ از جمله این که در حالی که کوچک ترین نقض عهد در بیع عین معین سبب ایجاد حق فسخ برای متعهدله است در بیع کلی: نقض قرارداد هر چقدر هم مهم و اساسی باشد، موجب ایجاد حق فسخ نیست.

چنان که ملاحظه شد تحقق نقض اساسی در کنواسیون CISG منوط به این است که متعهدله متحمل چنان زیانی شده باشد که موجب محرومیت عمده وی از انتظارات قراردادی اش گردد و متعهد چنین محرومیتی را پیش بین نکرده باشد. اثر مهمی که به این مفهوم مرتب می شود عبارت است از: حق متعهدله در مورد فسخ قرارداد یا مطالبه کالا جاگزین.

نقض یک عقد تملیکی مانند بیع ممکن است بدین صورت باشد که موضوع معامله اصلاً تسلیم نشود یا در تسلیم آن تأخیر شود یا آنکه بیع تسلیم شده منطبق با قرارداد نباشد؛ می خواهیم بدانیم موضع قانون ((قرارداد های تجاری و فروش اموال)) در این موارد چیست و زیان دیده از کدام شیوه جبرانی می تواند بهره بگیرد؟ حلت های مختلف نقض و حکم آنها در قانون مزبور پیشبینی شده است تحت عنوان تأخیر در تسلیم و عدم انطباق مبیع تسلیم شده با قرارداد است.

با توجه به اینکه چنین تقسیم بندی در قانون مذکور وجود ندارد ما می توانیم نقض عادی را در فصل نهم تحت عنوان نقض قرارداد در ماده 75 قانون مذکور سراغ کنیم. ماده 75 چنین صراحت دارد ((هرگاه یکی از طرفین نتواند تعهدات خود را مطابق شرایط قرارداد ایفاء یا وطوری ایفاء نماید که با شرایط قرارداد متناقض باشد، در آن صورت وی ناقض قرارداد شمرده شده و طرف مقابل متناسباً مستحق جبران خساره ناشی از این نقض شناخته می شود)) و همچنین در فصل پانزدهم (ایفاء تعهد، نقض و جبران خساره) نیز میتوان آنرا یافت.

چنان که گفته شد، یکی از کار کرد های مهم مفهوم نقض اساسی این است که حق فسخ متعهدله را برای فسخ در چهار چوب واحدی قرار می دهد. در حالیکه در حقوق افغانستان حق فسخ قرارداد چنین نیست. بلکه طی ماده 71 حالت های

پنجگانه را برای فسخ پیشبینی کرده همچنان مجوز حق فسخ را به اساس خیار داده است. با توجه به اینکه اصطلاح نقض اساسی قرارداد در قانون مزبور وجود ندارد اما همان طوریکه در طوریکه در بیع های بین المللی نیز طرفین می تواند مواردی را که برای آنها از اهمیت خاصی برخوردار است به عنوان مصداق نقض اساسی قرارداد ذکر کنند و در صورت تخلف به راحتی قرارداد را فسخ کند. پس به نحوی از آنها میتوان گفت ما با آن در معاملات روزمره روبرو هستیم اما این اصطلاح در نظام حقوقی ما بطور اساسی نا شناخته است و همچنین شرایط ضمنی حق فسخ در ماده 73 قانون ((قراردادهای فروش تجاری و اموال)) را میتوان مسامحتاً تا حدودی زیادی منطبق با مفهوم نقض اساسی قرارداد و مصداق تحقق نقض اساسی دانست، یعنی ناتوانی در اجرای قرارداد، بند دوم این ماده چنین صراحت دارد:

(هر گاه یکی از طرفین قصد خود را به امتناع از انجام تعهدات اساسی ای که نظر به قرارداد عهده دار میباشد، صریحاً ابراز نماید، طرف مقابل می تواند قرار داد را فسخ نماید).

اما با آن هم در کل مفهوم و آثار نقض اساسی در حقوق افغانستان وجود ندارد. بلکه خیارهای متعددی پیش بینی شده است که مجوز فسخ و خاتمه قرارداد هستند. مصادیق خارجی فسخ طبق قانون ((قراردادهای تجاری و فروش تجاری و اموال)) در ماده 39 به مراتب کمتر از مصادیق خارجی فسخ طبق کنوانسیون CISG است. اگر موضوع قرارداد عین معین باشد حسب مورد یکی از خیارهای قانون مزبور اعمال میشود، اما اگر موضوع قرارداد عین کلی با فعل یا ترک فعل باشد، متعهد الزام به اجرای عین تعهد می شود در صورت عدم امکان الزام، متعهدله حق فسخ دارد (نعمت الهی، فاطمیون: صفحات متعدد برای استناد)

جزء 1: شرایط تحقق نقض اساسی قرارداد در نظام حقوقی افغانستان

با توجه به اینکه افغانستان هنوز عضویت کنوانسیون CISG در نیامده، اما در صورت عضویت به کنوانسیون مذکور موارد ذیل باید به عنوان شرایط تحقق نقض اساسی قرارداد در نظام حقوقی افغانستان در نظر گرفته شود. زیرا تعریف ماده 25 کنوانسیون مذکور از نقض اساسی کلی است و به موارد آن اشاره نشده است، و در این مبحث موارد نقض اساسی قرارداد با توجه به ماده 1-3-7 اصول قرارداد های تجاری در نظام حقوقی افغانستان بیان شده است.

1- محرومیت اساسی از انتظارات قراردادی: ماده 25 کنوانسیون بیع بین المللی کالا با بیان این جزء ((محرومیت از انتظارات قراردادی)) یکی از شرایط نقض اساسی قرارداد در ماده مذکور این منظور را میسراند که هدف انتظاراتی است که یک معامله کننده متعارف حق دارد از قرارداد داشته باشد نه انتظارات شخصی که اثبات آن نیز بسیار مشکل است. پس وارد کردن این اصطلاح در ادبیات حقوقی افغانستان مزیت از این نگاه دارد. و به تأمین عدالت همراه با اطمینان برای متضرر می انجامد. معیار مندرج در ماده مذکور از این جهت که محرومیت از منافع را مد نظر قرار می دهد که هر شخص متعارف از چنین قراردادی انتظار دارد، نوعی است، واز این جهت که قرارداد منعقد شده باید با توجه شرایط صریح و ضمنی آن مورد توجه قرار گیرد شخصی است. فلذا پیشنهاد بنده اینست که به اساس ماده 1-3-7 مقررات اصول قراردادهای تجاری بین المللی که بیانگر رجوع به شروط صریح یا ضمنی قرارداد است و در حد ارایه ظابط عینی و محدود کردن قلمرو انتظارات به قرارداد است. و از این بابت که ماده 1-3-7 اصول هم به معیار نوعی و هم معیار شخصی برای تحقق نقض اساسی توجه داشته است، در نظام حقوقی افغانستان هر دو معیار مد نظر قرار بیگردد.

2- مداخله طرف دیگر: نقض اساسی قرارداد نباید از سوی متعهدله صورت گرفته باشد. ماده 2-1-7 اصول قراردادهای تجاری بین المللی مقرر میدارد ((یک طرف قرارداد نمی تواند تا آن میزان که عدم اجرای تعهدات قرارداد از سوی دیگر به دلیل فعل یا ترک فعل خود اوست یا به موجب واقعه دیگری است که مسؤلیت آن بر عهده خود او میباشد، بر عدم اجرای تعهد از سوی طرف دیگر تکیه کند این مطلب در قانون قراردادهای تجاری و فروش اموال وجود ندارد اما در قانون مدنی افغانستان وجود دارد.

3- اعمال دکترین نقض اساسی مطابق با حسن نیت و معامله منصفانه: فردی که بر اساس نظریه نقض اساسی خواهان فسخ قرارداد است، نباید در اعمال این نظریه سوی نیت داشته باشد. در ماده 7-1 اصول قرارداد های تجاری بینالمللی مقرر شده است: ((در تجارت بین المللی هر طرف قرارداد باید مطابق با حسن نیت و معامله منصفانه اقدام کند.)) در مواردی که نقض قرارداد با وجود عمدی بودن، اساسی نباشد، خاتمه دادن به قرارداد برخلاف حسن نیت است. در قانون قرارداد های تجاری و فروش اموال افغانستان در ماده 44 تحت عنوان ایفای تعهد با حسن نیت نیز این امر مورد تاکید قرار گرفته است، چنین صراحت دارد: ((طرفین قرارداد تعهدات مربوط شان را طوری که در قرارداد مشخص گردید بصورت کامل ایفاء می نمایند. اما این تعهدات و وظایف به آنچه در قرارداد تصریح یافته محدود نگردیده بلکه موضوعاتی را نیز در بر میگیرد که موجب قانون، عرف و تعامل موجود، ماهیت و هدف قرارداد حسن نیت متعلق به آن باشد)) همچنین حسن نیت در قراردادها به پا بندی به قول و تعهد و اجتناب از حيله و عدم رعایت انصاف تعریف شده است.

4- قابل پیش بینی بوده محرمیت اساسی از سوی پیمان شکن: قسمت الف بند دو ماده 1-3-7 اصول قراردادهای تجاری بین المللی مشابه اصول 25 کنوانسیون CISG است. براساس این اصل نقض اساسی دارای دو عنصر اساسی است: 1 - خسارت وارده باید متضرر را از آنچه استحقاق انتظار آنرا به موجب قرارداد داشته است اساساً محروم سازد. 2 - از آنجا که خسارات وارده ممکن است تحت تأثیر اوضاع و احوال متفاوتی قرار گیرد، خسارت مربوط محدود به خساراتی است که طرف ناقض پیش بینی می کرده است یا می بایست پیش بینی میکرد برخی از حقوق دانان با این شرط مخالف هستند آنها معتقدند پیمان شکن با این ادعا که از نتایج نقض آگاه نبوده، زیان دید را دچار مشکل میسازد. عبارت ((مگر)) در متن ماده 1-3-7 مقررات اصول حاکی از این است که بار اثبات قابل پیش بینی بودند به عهده ناقض است.

سوال اینست که در چه مقطع زمانی، ناقض قرارداد باید امکان ورود خسارات بطرف مقابل را پیش بینی میکرده است. با توجه به مطالعات بنده در مقالات، بسیاری از نویسندگان بر این عقیده اند که باید زمان ارتکاب نقض قرارداد را معیار قرار داد. برخی از حقوق دانان زمان انعقاد قرارداد را معیار قرار میدهند. گروهی دیگر در آگاهی های که پیمان شکن پس از انعقاد قرارداد پیدا میکند، قائل به تفکیک شده اند. آنها در توان پیش بینی نتایج نقض قرارداد اصل را برعده اعتبار اطلاعات به دست آمده پس از انعقاد قرارداد میگذارند. اما اگر پیمان شکن پس از انعقاد قرارداد اطلاعاتی به دست آورد که بتواند نتایج نقض خود را پیش بینی کند، اطلاعات مزبور تنها تازمانی که اجرای تعهد تدارک دیده شده یا باید مقدمات شروع اجرای تعهد فراهم می آمد، به عنوان استثناء پذیرفته شده است. در نظام حقوقی افغانستان حقوق دانان پاسخ به این سوال که در چه مقطع زمانی، ناقض قرارداد باید امکان ورود خسارت بطرف مقابل را پیش بینی میکرده است. نظر اول را باید در نظر بیگیرند. زیرا به دلایل متعدد قبول نظر اول معقولتر است. اولاً طرفین در لحظه ای انعقاد قرارداد پیش از همه به اجرا می اندیشند نه بر نقض و ثانیاً پذیرش زمان انعقاد قرارداد با اصل حسن نیت منافات دارد، زیرا متعهد میتواند با تکیه بر قابل پیش بینی نبودن آثار نقض در زمان انعقاد از انجام تعهد شانه خالی کند، در حالیکه در زمان نقض، آثار آن را پیش بینی می کرده است. اما برخی از حقوق دانان نیز معتقدند که اطلاعاتی که پیمان شکن پس از بستن قرارداد در مورد آثار تخلف از اجرای تعهدات شان دریافت میکند، نباید به حساب آید.

به اساس کنوانسیون CISG معافیت از مسؤلیت ناشی از نقض اساسی منوط بوجود دو شرط است: هم نقض کننده نتایج ناشی از نقض را پیش بینی نکرده باشد وهم یک شخص متعارف در احوال مشابه قادر به پیش بینی آن نبود باشد. از این نگاه نیز ورود اصطلاح نقض اساسی در نظام حقوقی افغانستان مزیت دارد زیرا باعث جلوگیری مفراط از حد ابطال قرارداد میشود که ثبات و امنیت قرارداد ها را این امر به دنبال خواهد داشت.

5- ضرر و زیان نامتناسب: ممکن است پیمان شکن مقدمات اجرای تعهد را فراهم سازد یا پیشنهاد اجرای آن را به متعهدله بدهد. در این صورت اگر قرارداد را نقض شده، فرض کنیم، ضرر و زیان نامتناسبی به متعهد وارد میشود. براساس جزء (ه) بند دو ماده 1-3-7 مقررات اصول باید به میزان و ورود ضرر و زیان نامتناسب به پیمان شکن توجه کرد (شعاریان، بیگ پور: 218). به نظر بنده توجه به آن در نظام حقوقی افغانستان ضرور نیست. زیرا بر خلاف مقررات اصول در ماده 25 بیع بین المللی کالا به زیان پیمان شکن توجه نشده است. عدم توجه به این شرط به این دلیل است که ترجیح زیان پیمان شکن به

زیان دیده وجهی ندارد. همچنین با این ایراد مواجه است که در صورت پذیرش این شرط، تعیین نقض اساسی به اختیار پیمان شکن در می آید و او میتواند با انجام تمهیداتی از این اختیار سوء استفاده کرده و نقض را از حالت اساسی بودن خارج سازد.

6- عدم اجرای عمدی تعهدات: براساس جزء بند دو ماده 1-3-7 اصول قرارداد های تجاری بین المللی عدم اجرای تعهد باید از روی عمد یا از روی بی توجهی باشد. اما اگر عدم اجرای تعهد اساسی نباشد، خاتمه دادن به قرارداد بر خلاف حس نیت است. البته عمدی بودن یا بی احتیاطی شرط انحصاری نقض اساسی نیست.

7- عدم اتکا به اجرای آتی تعهد: در تعهدات اقساطی یا مستمر چنانچه آشکار باشد که نقض پیدا شده در یکی از وعده های پیشین در کلیه وعده های بعدی تکرار خواهد شد، طرف زیان دیده میتواند حتی در صورتی که نواقص موجود در وعده های سابق به خودی خود حق فسخ قرارداد را به وی ندهد، باز هم براساس جزء اول بند دو ماده 1-3-7 اصول به قرارداد خاتمه دهد. این شرط در مواد 51-72 و 73 کنوانسیون CISG نیز وجود دارد.

8- رکن بوده تعهد نقض شده: طبق بند ب قسمت دو ماده 1-3-7 اصول قراردادهای تجاری بین المللی تعیین اساسی بودن عدم اجرای قرارداد بستگی به رکن بودن تعهد نقض شده دارد. اصول در این مورد ها که چی چیزهای رکن قرارداد محسوب میشود و چه اموری رکن نیست ساکت است و باید به قوانین داخلی (افغانستان) مراجعه کرد. یعنی با عبارت متفاوتی از تعاریف معاهده، شرایط اساسی بودن پیمان شکنی را در قرارداد تعریف نماید (قاسمی، سید محمد هادی، نصیران، 1395: 191-195).

در اصول قرارداد های تجاری بین المللی به تنوع وسیله های جبران خسارت و ضمانت اجرا های نقض قرارداد توجه بیشتری شده است. در راستای اصلاح قانون قرارداد های تجاری و فورس اموال بر اساس ماده 25 کنوانسیون CISG و ماده 1-3-7 مقررات اصول قراردادی های تجاری بین المللی، رعایت اصول زیر پیشنهاد میگردد:

- لزوم جایگزینی مطالبه خسارت و حق فسخ به جای الزام به اجرای عین تعهد در قرارداد های تجاری (شعاریان، بیگ پور، 1398: 239).
- اصل احترام به تشخیص و صلاحدید زیان دیده نقض به حمایت از خود و توسعه وسیله های جبران خسارت غیر قضایی به منظور رعایت اصل سرعت در امور تجاری.
- لزوم ایجاد تنوع در ضمانت اجراهای ناشی از نقض قرارداد به منظور مقابله متناسب با انواع مختلف نقض (طالب احمدی، 1393: 112). یا به عبارت بهتر نظام تقنینی کشور با وارد کردن اصطلاح نقض اساسی قرارداد و تفکیک آن با نقض عادی فسخ قرارداد را در چهار چوب واحد قرار خواهد داد و دیگر فسخ قرارداد بصورت پراکنده طی ماده های مختلف نمی باشد، از این بابت این خود منجر به شفافیت، ثبات و امنیت قرارداد ها خواهد شد، در کنار آن از فسخ قرارداد بصورت افراطی جلوگیری خواهد کرد در نتیجه سبب اعتماد طرفین در قرارداد ها شده، که سرمایه گذاری با اعتماد را به همراه خواهد داشت.
- تا زمانیکه افغانستان به کنوانسیون CISG می پیوندد، به نظام تقنینی افغانستان پیشنهاد می شود که مقررات کنوانسیون مذکور را بصورت عرف مدون در حقوق تجارت داخلی و بین المللی مد نظر قرار دهد.

مبحث سوم: مفهوم نقض احتمالی قرارداد و بررسی آن در نظام حقوقی افغانستان

(قانون قرارداد های تجاری و فروش اموال)

کنوانسیون سازمان ملل متعهد راجع به قراردادهای بیع بین المللی کالا، مصوب 1980، در پاسخ به نیاز عمومی تجارت بین المللی، برای ایجاد مقررات یکنواخت قرارداد بیع تدوین شده است. یکی از موضوعات مهمی که در کنوانسیون وین در بخش مقررات مشترک مطرح شده است، نقض احتمالی قرارداد است.

در واقع اگر یک طرف قرارداد به تعهد قراردادی خود عمل نکند، یا به طرف مقابل اعلان کند که به تعهدات قراردادهایش پایبند نخواهد بود و یا با عمل یا رفتارشان نشان دهد که در اجرای قراردادش ناتوان است نقض قرارداد و

امتناع از انجام آن رخ داده است. از این جهت، نقض قرارداد به دو صورت قابل تصور است. الف: نقض واقعی قرار داد. ب: نقض احتمالی (یا پیشاپیش) آن. در مقاله حاضر شق دوم نقض به ویژه بصورت ضمنی است که در حقوق افغانستان موضوعی نسبتاً ناشناخته است و اگر چه افراد جامعه در عمل با آن روبرو هستند اما از دیدگاه حقوقی کمتر به آن توجه شده است.

الف) نقض واقعی قرارداد: نقض واقعی قرارداد مفهومی روشن دارد. عدم اجرای تعهد قراردادی یا انجام با تأخیر و اجرای نقض یا نادرست قرارداد در زمان مقرر که برحسب ماهیت و نوع تعهد و کیفیت اجرای آن معین میشود، به معنی نقض واقعی قرارداد است. در قانون قراردادهای تجارتي و فروش اموال نیز این امر در فصل نهم تحت عنوان نقض قرارداد در ماده 75 و همچنین در در فصل 15 (ایفای تعهد، نقض و جبران خساره) که قبلاً در فوق ذکر گردید میتوان آنرا یافت.

ب) نقض احتمالی قرارداد: از نظر لغوی به نقض احتمالی، "نقض قابل پیش بین"، "نقض فرض" و "نقض پیش پی" ترجمه شده است. در اصطلاح حقوقی، هر گاه قبل از فرا رسیدن زمان ایفای تعهد قراردادی، متعهد اعلام کند که در موعد مقرر به تعهدات قراردادی خود عمل نخواهد کرد، یا نشانه های عدم توانایی یا آمادگی، یا عدم تمایل متعهد به اجرای قرارداد آشکار شود، در صورتی که این عدم تمایل یا عدم آمادگی به قدر کافی جدی باشد، پس نقض قرارداد در سر رسید (موعد مقرر) از سوی متعهدله قابل پیش بینی است. بر این اساس، آنچه به عنوان نقض احتمالی قرارداد مطرح میشود، به معنای آنست که قبل از فرا رسیدن موعد انجام تعهد، متعهدله پیش بینی کند که متعهد به تعهد خود عمل نخواهد کرد. در این فرض، در صورت پذیرش این نظریه متعهدله که قبل از متعهد می یابد به تعهد خود عمل میکرد، حق دارد حسب مورد قرارداد را فسخ یا اجرای تعهد خود را معلق کند.

نقض احتمالی قرارداد، به دو صورت صریح و ضمنی قابل تصور است، زمانیکه متعهد اعلام می کند که در موعد اجرای قرار داد، تعهد قرار دادی خود را انجام نخواهد داد نقض صریح است، اما به عنوان مثال هر گاه فردی تعهد کند که کالای معینی را در آینده بفروشد و ولی قبل از تاریخ معین آن را به فرد دیگری بفروشد، نقض ضمنی صورت گرفته است (کاظمی، ربیعی، 100:1391)

در قانون قراردادهای تجارتي و فروش اموال هر چند ما در فصل هشتم تحت عنوان (فسخ قبل از وقت) داریم، اما آنچه که تداعی کننده مفهوم نقض احتمالی بصورت ضمنی باشد وجود ندارد، ماده 73 قانون مذکور تحت عنوان شرایط ضمنی حق فسخ نقض احتمالی قرارداد بصورت صریح پیشبینی کرده است اما نقض احتمالی قرارداد را به صورت ضمنی پیشبینی نه نموده است، که ماده مذکور چنین صراحت دارد:

شرایط ذیل در تمام قرارداد ها بطور ضمنی پیش بینی میگردد، مگر اینکه طرفین صریحاً از آنها صرف نظر نموده باشند:

1- هر گاه یکی از طرفین نتواند تعهد اساسی خود را با به سر رسیدن موعد ایفای آن، انجام دهد و چنین عجز بعد از تقاضا برای ایفای تعهد و موجودیت مدت مناسب که در خلال آن باید این عجز بر طرف و تلافی گردد، ادامه یابد، در آن صورت طرف مقابل میتواند قرار داد را فسخ کند.

2- هر گاه یکی از طرفین قصد خود را به امتناع از انجام تعهدات اساسی ای که نظر به قرارداد عهده دار میباشد صریحاً ابراز نماید، طرف مقابل میتواند قرارداد را فسخ نماید.

جزء 1: مبانی نظریه نقض احتمالی قرارداد در نظام حقوقی افغانستان

آنچه مسلم است، نهادی که در نظام کامن لا تثبیت شده و در کشور های مختلف جایگاه خود را پیدا نموده و در قوانین معتبر بین المللی تصویب شده است بدون سبب، مبنا و پشتوانه منطقی و حقوقی نبوده است، اما باید که آیا این قاعده با مبانی حقوقی ما نیز قابل توجیه و پذیرش است، یاخیر؛ در حقوق افغانستان نهاد هایی وجود دارد که بر مبنای آن میتوان نظریه نقض احتمالی را توجیه کرد که در ذیل آنرا بررسی میکنم.

1- تخلف از شرط ضمنی قرارداد: یکی از مهمترین مبانی حقوقی که براساس آن میتوان نظریه نقض احتمالی قرارداد و ضمانت اجراهای آن را توجیه کرد، اینست که نقض زود هنگام قرارداد توسط متعهد، نقض یک تعهد حال و بالفعل و به عبارتی نقض یک شرط ضمنی تلقی شود. در قرارداد، این شرط ضمنی که طرفین نباید مرتکب عملی گردند که مانع اجرای قرارداد شود. این وظیفه که با توجه به اصل حین نیت تحمیل میشود، مستلزم این امر میباشد که طرفین قرارداد هر امری را که به صورت معقول جهت قابلیت اجرای قرارداد لازم است انجام دهند. که در قانون قرارداد های تجارتي و فروش اموال این امر در ماده 44 تحت عنوان (ایفای تعهد باحسن نیت) آمده است. زمانیکه متعهد اعلام مینماید، یا به طریقی محرز میشود که او پابند به قرارداد نیست و در سر رسید به تعهداتش عمل نخواهد کرد، در همان لحظه قرارداد نقض شده و انتظار برای موعد اجرای تعهد، دیگر موضوعیتی عینی نخواهد داشت. بر اساس این دیدگاه، در هر قرارداد این شرط ضمنی وجود دارد که طرفین تعهد نموده اند تا به رابطه قراردادی فی مابین آسیبی نرسانند و به اصطلاح به آن پابند باشند. این گزینه پذیرش نظریه را در حقوق ما تسهیل میکند.

2- قاعده لاضرر: وجوب دفع ضرر محتمل (به حکم عقل و قاعد لاضرر) را میتوان از دیگر مبانی حقوقی نظریه نقض احتمالی قرارداد دانست. التزام و پای بندی یک طرف به قرارداد که در آینده ای نزدیک توسط طرف مقابل نقض خواهد شد مستلزم ضرر برای طرفین یا دست کم متعهدله است، در نظریه نقض احتمالی نیز، پیش بینی نقض قرارداد در واقع پیش بینی ضرر قریب الوقوع است، این ضرر که عرف نیز آن را مسلم میدانند، نباید بدون جبران باقی بماند و پیشگیری از آن عقلانی ترین شیوه جبران به نظر میرسد.

3- عرف و عادت: عرف از این لحاظ اهمیت دارد که منبع قابل اعتمادی برای تعبیین مفاد قرارداد ها و تعهدات طرفین، بویژه در قرارداد های بازرگانی است. بر این اساس عرف و عادت که طرفین بطور صریح یا ضمنی به آن ارجاع میکنند و یا بر آنها تحمیل می شود خلاء های قراردادی را از بین میبرد و اراده طرفین را تکمیل میکند. نقش فوق العاده عرف و عادت در حوزه حقوق قرارداد ها انکار ناپذیر است. در نظام حقوقی افغانستان نیز عرف جایگاه مهمی دارد. حق تعلیق، یا فسخ قرارداد در فرضی که متعهدله دلیل مسلمی بر عدم انجام تعهد از سوی متعهد دارد، یا متعهد به طور صریح عدم انجام تعهد را اعلام میکند، امر متعارف و معقول است که بنای عقلانی نیز آن را تائید میکند و به نظر میرسد، در حال حاضر که افغانستان عضو کنوانسیون وین نمیشد، حد اقل بتوان مقررات کنوانسیون را بعنوان عرف مدون پذیرفت.

4- عدالت و انصاف: در قرارداد های معوض ایفای تعهد یکی از طرفین بطور کامل وابسته به انجام تعهد طرف دیگر است و به اصطلاح تعهد هر یک علت تعهد دیگری است. الزام یک طرف قرارداد به اجرای تعهدش در حالیکه واضح و روشن است که طرف مقابل در موعد مقرر نمیخواهد، یا نمیتواند به تعهد خود عمل نماید برخلاف قاعده همبستگی عوضین و غیر منصفانه است.

در واقع عادلانه نیست. در حالیکه تخلف دیگری از ایفای تعهدش محرز است به ضرر دیگری راضی باشیم و او را ملزم به اجرای قرارداد بدانیم و توجهی به این مهم نداشته باشیم که اطمینان از اجرای تعهد انگیزه ای برای انعقاد عقد است و اگر هر کدام از طرفین می دانستند که به این اطمینان حتی در لحظه ای بعد از انعقاد خدشه وارد میشود، عقد را منعقد نمیکردند. از سوی دیگر، اگر متعهدی که بر مبنای حسن نیت عمل کرده، اعلام کند به دلایلی قادر به ایفای تعهد خود در آینده نمیشد، عدالت و انصاف اقتضا دارد. یا فشاری طرف مقابل به پابندی بر قرارداد مواجه نگردد و طرف دیگر از حق خود سوء استفاده نکند و بر ضرر دیگری عمل ننماید.

5- قاعده مقابله با خسارت: هر شخص مکلف است، در جهت جلوگیری یا تقلیل خساراتی که ممکن است در نتیجه خطای دیگری، به او وارد شود، در حد متعارف تلاش کند، اقدامات پیشگیرانه را انجام دهد، در صورت نقض این تعهد، او از جبران زیان هایکه قابل پیشگیری بوده است، محروم میشود. این قاعده که خواستگاه آن مسؤلیت قراردادی است، میتواند مبنای در نظریه نقض احتمالی نیز باشد. به این معنا که هر گاه طرف قرارداد اعلام کند که در سر رسید به تعهد خود عمل نخواهد کرد (یا از اوضاع و احوال این گونه استنباط شود) قاعده جلوگیری از خسارت ایجاب میکند که طرف مقابل در جهت جلوگیری

یا تقلیل خسارات خود اقدام کند، و فسخ قرارداد و تهیه موضوع قرارداد از محل دیگر، از اقداماتی است که در جهت جلوگیری از خسارت یا تقلیل آن مؤثر است.

6- همبستگی عوضین: علت غایی برای هر یک از معاملین عقود معوض در قبول تعهد طرف مقابل است. بنای طرفین بروابستگی عوضین با یکدیگر است، به گونه ای که نقض تعهد از ناحیه یکی از طرفین مقابل را از اجرای تعهد معاف میکند. بر این اساس، هرگاه بطور متعارف و معقول قابل پیشبینی باشد که طرف مقابل قادر به انجام تعهدات خود نیست، باید طرف دیگر، در فسخ عقد و یا حد اقل تعلیق اجرای تعهدات مجاز باشد، و الزام او به اجرای تعهد (بدون انجام تعهد طرف مقابل) برخلاف قاعده همبستگی عوضین محدود به عدم انجام تعهد در موعد نمیباشد و می توان با تفسیر موسع از این نظریه محدوده آن را پیش از زمان اجراء نیز گسترش داد. (کاضمی، ربیعی، 1391: 107 - 105).

7- ارزش اقتصادی: اطمینان به انجام تعهدات طرف مقابل در عرف تجاری دارای ارزش بالفعل است. به عنوان مثال در قرارداد هیکه برای تحصیل اعتبار است یا در واگذاری حقوق تضمین، اجرای قرارداد در آینده برای طرفین از اهمیت بالای برخوردار است. احتمال نقض قرارداد از سوی طرف مقابل ریسک قرارداد را بالا میبرد، و بالا رفتن ریسک قرارداد معادل کاهش قیمت فعلی کالا است. پذیرش حق فسخ ناشی از نقض قابل پیش بینی، میتواند کارایی اقتصادی قرارداد را به حد اکثر برساند. در حقیقت، فسخ قرارداد پیش از موعد اجرای تعهد به دلیل پیش بینی نقض، زیان دیده را از ضرری قطعی در آینده رهایی بخشیده و در نتیجه او را در موقعیت بهتری قرار میدهد، بی آنکه طرف دیگر را در موقعیت برتری رها کند، همچنان باعث گردش بیشتری کالا و سرمایه در جامعه و برنامه ریزی در عرصه فعالیت تجاری را فراهم می آورد، موجب رونق معاملات و شگوفایی اقتصادی میشود (قاسمی، مهدوی، 1397: 102).

جزء 2: چرایی الحاق افغانستان به کنوانسیون بیع (CISG)

طرفداران کنوانسیون، همانند مذاکره کنندگان اولیه آن، قائل بوجود دو کارکرد مهم برای کنوانسیون هستند: افزایش طبیعت حقوقی و کاهش هزینه ها. البته با گذشت 72 سال از اجرایی شدن کنوانسیون، ویژگی ها، اثرات و کارکرد های مثبت دیگر نیز برای کنوانسیون به اثبات رسیده که الحاق افغانستان به کنوانسیون مذکور را ضروری مینماید. الحاق افغانستان به این کنوانسیون میتواند موجبات توسعه بازرگانی خارجی افغانستان و رونق اقتصادی را به دنبال داشته باشد. حال ضرورت الحاق ذیلأ مورد تحت قرار میگیرد.

1- کاهش هزینه ها

یکی از مهمترین کارکردهایی که طرفداران کنوانسیون برای اثبات مفیدبودن الحاق به آن ذکر میکنند، کاهش هزینه های معاملات تجاری است. به باور این دسته، اولین دلیل و توجیه برای تصویب کنوانسیون و متعاقباً الحاق به آن، منافع اقتصادی است. پروفیسور گوود، جایگزینی یک قانون واحد به جای چند قانون متفاوت را باعث صرفهجویی در وقت و هزینه میدانند. به طور کلی انعقاد قرارداد در فضای بین المللی عموماً پرهزینه تر از انعقاد قرارداد در فضای داخلی است زیرا طرفین، اغلب از اتباع کشورهای مختلف با نظام های حقوقی متفاوتی بوده و در نتیجه، با موضوعات خاصی از قبیل قانون حاکم بر قرارداد روبهرو میشوند و مجبورند که تکلیف آن را معین کنند. در این وضعیت، طرفین بهطور معمول در خصوص اعمال قانون متبوع کشور یکی از طرفین توافق میکنند و طرف دیگر ناگزیر است که این قانون را فرا بگیرد. این ترتیب، منجر به تحمیل هزینه یادگیری میشود. با توجه به مراتب فوق، کنوانسیون، هزینه های معامله را به دو علت کاهش میدهد: اولاً موضوع قانون حاکم منتفی میشود، چون با پذیرش کنوانسیون، قانون در کشور هریک از طرفین، یکسان است و نیازی نیست که مشخص شود کدام قانون اعمال میشود. در نتیجه، طرفین، هزینه مذاکره در خصوص قانون حاکم را صرفه جویی میکنند. دوم آنکه قانون حاکم برای هیچ یک از طرفین، خارجی محسوب نمیشود و هیچکدام از آنها نیاز ندارند

تا آن را یاد بگیرند. گذشته از این، هزینه های تحمیل شده بر شرکت های بزرگ به واسطه هزینه مذاکره و یادگیری قانون حاکم بر قرارداد، در نهایت به مصرف کننده نهایی کالا منتقل میشود و در نتیجه، مصرف کننده، قیمت بالایی برای کالاها می پردازد؛ حال آنکه الحاق به کنوانسیون موجب صرفه جویی در این هزینه ها و به تبع آن، کاهش قیمتتها میشود. این تفکر، جنبه های اقتصادی یکسان سازی حقوق بیع از طریق کنوانسیون را منعکس کرده و ثابت میکند که اقتصاد کشورهای مختلف عمیقاً به یکدیگر وابسته اند. یکسان سازی، هم شرکت های بزرگ در کشورهای صنعتی و هم فقیرترین شهروندان در کشورهای توسعه نیافته را تحت تأثیر قرار میدهد. بنابراین از این جهت، کنوانسیون به نفع هر دو گروه تولید کننده و مصرف کننده است.

2- افزایش قطعیت و اطمینان حقوقی

پیوستن به کنوانسیون منجر به اطمینان و قطعیت حقوقی بیشتری در مذاکرات و معاملات تجاری بین المللی میشود. قطعیت حقوقی به وضعیتی اشاره دارد که از نظر مقررات مرتبط و قانون حاکم، امکان رسیدن شما به هدفی که از انجام یا ترک یک فعل حقوقی در نظر دارید قریب به یقین باشد. قطعیت و اطمینان حقوقی در دو حالت میتواند در یک بیع بین المللی آسیب ببیند؛ حالت اول اینکه تشخیص قانون حاکم بر قرارداد مشکل است. دوم، قانون حاکم غیرمنصفانه و غیردقیق باشد و رژیم حقوقی ماهوی قطعی و قاطع نباشد. مرتفع شدن بحث قانون حاکم در صورت پذیرش کنوانسیون، ماهیت مدون مقررات کنوانسیون، سادگی و آسانی ساختار شکلی آن، ارائه مقررات قاطع و روشن برای مباحث اساسی انعقاد و اجرای قرارداد، در دسترس بودن منابع، همگی کمک میکنند تا کنوانسیون قطعیت و اطمینان حقوقی بیشتری برای صادرکنندگان و وارد کنندگان فراهم آورد. وقتی قطعیت حقوقی بالایی وجود داشته باشد، احتمال وقوع اختلاف، کمتر میشود و اگر اختلافی هم بروز کند، تحقیقات و دفاعیات به جای تمرکز بر روی پیچیدگیهای حکمی و قانونی، بر روی عناصر موضوعی متمرکز میشود. همچنین پایگاه های اطلاعاتی راه اندازی شده همانند کلوت، یونیکس، دانشگاه پیپس نیویورک و آنسترال دایجست که هرکدام اطلاعات متنوعی در خصوص کنوانسیون و آرای صادره بر اساس آن، ارائه میدهد، منجر به روشن تر شدن هرچه بیشتر مفهوم مقررات کنوانسیون شده و قابلیت پیشبینی و قطعیت حقوقی حاصل از مقررات کنوانسیون را افزایش داده است.

3- اصلاح و مدرن کردن حقوق داخلی

خلاهایی که در قانون افغانستان وجود دارد حتی قراردادهای داخلی را نیز به مشکل روبرو می کند. به عنوان نمونه، قانون گذار داخلی برای مواردی که هنوز موعد انجام تعهد فرا نرسیده، ولی کاملاً روشن و پرواضح است که طرف مقابل قادر به انجام تعهد خود در موعد مقرر نبوده یا حتی متعهد اعلام کرده که تعهدات خود را ایفا نخواهد کرد، هیچ ضمانت اجرایی پیش بینی نکرده است، درحالیکه کنوانسیون در مواد 76 و 79 صراحتاً به این موضوع پرداخته و برای مواردی که هنوز موعد انجام تعهد نرسیده ولی روشن است که یکی از طرفین، بخش اساسی تعهدات خود را انجام نخواهد داد یا مرتکب نقض اساسی خواهد شد، حق تعلیق قرارداد و حق فسخ قائل شده است. به طور کلی میتوان گفت؛ پذیرش کنوانسیون و تبدیل آن به بخشی از مقررات داخلی به اصلاح و مدرنیزه کردن قانون قراردادهای تجاری و فروش اموال افغانستان کمک کرده و به ارتقای نظام حقوقی افغانستان منجر خواهد شد؛ همچنان که این مهم در بعضی از کشورها به وقوع پیوسته و کشورهای مزبور، مقررات داخلی خود را بر اساس کنوانسیون و در جهت انطباق با آن اصلاح کرده اند.

4- سادگی، معقولیت و منصفانه بودن مقررات کنوانسیون

یکی از مهم ترین اهداف هر نظام حقوقی این است که فضایی فراهم کند که افراد بتوانند با بالاترین امنیت و کمترین اصطکاک و اختلاف در آن فعالیت کنند. برای تحقق این هدف، قوانین باید به حد کافی ساده باشد تا برای استفاده کنندگان قابل فهم باشد. به علاوه، قوانین باید برای همه فعالان، مساوی، منصفانه و درعین حال، قطعی و محکم باشد. هنر هر قانون گذار، برقرارکردن تعادل بین این سه مقوله است. در مقام تطبیق این الزامات با مقررات کنوانسیون باید گفت کنوانسیون

تا حد زیادی در رعایت کردن این سه نکته موفق بوده است. مقررات کنوانسیون، تقریباً ساده و درعین حال، به اندازه کافی کارآمد است به نحوی که به خوبی با پیچیدگی های تجارت بین الملل تطبیق یافته است. در تدوین کنوانسیون 1980 وین به عوامل سادگی، سهولت بیان و عملی بودن توجه ویژه‌ای شده و از اصطلاحات مجرد و مفهوم گرایی اجتناب شده تا درک کنوانسیون، هم برای حقوق دانان و هم برای تجار، ساده و آسان باشد. کنوانسیون در نگاه اول، ساده تر از آنچه واقعاً هست، به نظر میرسد. اما با مشارکتی که بسیاری از گروه های ذینفع در تدوین آن داشته اند تعادل بین حقوق و تکالیف طرفین قرارداد به نحو احسن در کنوانسیون برقرار شده است. این تعادل، عدالت و انصاف را در تقسیم وظایف، حقوق و ریسک ها تا حدی تضمین میکند به نحوی که اگر دلیل و شرایط خاصی که تغییر این تعادل را ضروری کند وجود نداشته باشد، اعتماد به مقررات کنوانسیون میتواند حمایت کافی از هر دو طرف را تضمین کند.

5- هماهنگی با طرفهای تجاری و افزایش تجارت

الحاق افغانستان به کنوانسیون بیع بین المللی کالا منجر به هماهنگی هرچه بیشتر مقررات حاکم بر مبادلات فرامرزی افغانستان با شرکای تجاری خارجی شده و به نوبه خود، موجب افزایش و توسعه و تسهیل تجارت خارجی میشود. در عرصه بین المللی، قرارداد بیع در مقایسه با سایر قراردادهای بین المللی متداول تر است و این مهم بر اهمیت الحاق به کنوانسیون می افزاید. بر اساس آمار و ارقام، شرکای اصلی تجاری افغانستان، کشورهای چین، امارات، ترکیه، هند، ایران و پاکستان هستند که پنج کشور چین، ترکیه، پاکستان، هند و امارات متحده جز کشورهای ملحق شده به کنوانسیون بیع بین المللی کالا هستند. الحاق به کنوانسیون باعث خواهد شد که طرفین در خصوص قانون حاکم بر قرارداد، اختلافی نداشته باشند. تقریباً کل مباحث مربوط به قرارداد در کنوانسیون پیش بینی شده و در صورت تمایل طرفین، نیازی به بحث مجدد در خصوص آنها وجود ندارد. این عوامل باعث صرفه جویی در وقت و هزینه و نتیجتاً منتهی به افزایش تجارت خواهد شد.

6- موفقیت کنوانسیون

کنوانسیون درعمل، موفقیت بزرگی بوده است موفقیت کنوانسیون از دو جنبه قابل بررسی است. اول، پذیرش کنوانسیون به وسیله نود کشور که تقریباً بیش از نود درصد از تجارت جهان را دارا هستند و دوم، تأثیر کنوانسیون به عنوان رژیم حقوقی نمونه بر قوانین و اسناد بین المللی و فراملی که متعاقب کنوانسیون تنظیم شده اند. به عنوان نمونه، در تنظیم قانون متحدالشکل تجاری که توسط سازمان هماهنگسازی قوانین تجاری در آفریقا به تصویب رسیده یا در تنظیم اصول قراردادهای تجاری یونیدروآ و همچنین اصول حقوق قراردادهای اروپا و پیش نویس قانون متحدالشکل بیع اروپا از کنوانسیون متابعت شده است. همچنین بسیاری از قانونگذاران داخلی نیز در تنظیم قوانین جدید، ملهم و متأثر از کنوانسیون بوده اند. قانون تعهدات آلمان، قانون قراردادهای در جمهوری خلق چین و پیش نویس قانون مدنی جاپان، همگی بر اساس کنوانسیون، تنظیم و تدوین شده اند. از این بابت الحاق افغانستان نیز توصیه می شود (عزیزی و دیگران، 1397: 306-301).

نتیجه گیری

در این مقاله نخست به تاریخچه نقض اساسی پرداخته شد، که یک اصل متشکل از کامن لا میباشد، وبعد مفهوم نقض اساسی بیان گردید که به اساس ماده 25 چنین تعریف گردیده « نقض قرارداد توسط یکی از طرفین زمانی اساسی است که منجر به ورود چنان خساراتی به طرف دیگر شود که وی را به بطور عمدی از آنچه انتظار آن را به موجب قرارداد داشته است محروم نماید. مگر اینکه طرف ناقض چنین نتیجه را پیش بینی نمی کرده و یک فرد متعارف همانند او نیز در شرایط و اوضاع و احوالی مشابه، چنین نتیجه ای را نمی توانست پیش بینی کند» و دانسته شد که نقض اساسی قرارداد متشکل از دو عنصر است: یکی محرومیت اساسی زیان دیده از انتظارات قراردادی و دوم قابلیت پیشبینی بودن نتایج نقض از سوی پیمان شکن می باشد.

شرایط تحقق نقض اساسی قرارداد در نظام حقوقی افغانستان با یک آینده نگری طی هشت مورد، که محرومیت اساسی از انتظارات قراردادی، مداخله طرف دیگر، اعمال دکترین نقض اساسی مطابق حسن نیت و معامله مناسفانه، قابل پیش بینی بودن محرومیت اساسی از سوی پیمان شکن، ضرر و زیان نامتناسب، عدم اجرای عمدی تعهدات، عدم اتکاه و اجرای آتی تعهد و رکن بودن تعهد نقض شده به بررسی گرفته شد.

و طی مبحث جداگانه ای دیگر دانسته شد که نقض احتمالی بصورت صریح در ماده 73 قانون قرارداد های تجارتي و فروش اموال ذکر شده اما نقض احتمالی بصورت ضمنی پیشبینی نشده است و همچنان مبانی نظریه نقض احتمالی قرارداد در نظام حقوقی افغانستان طی هفت مورد ذکر شد.

در اخیر نیز ضرورت الحاق افغانستان به کنواسیون بیع بین المللی، به دلایل کاهش هزینه ها ، افزایش قطعیت و اطمینان حقوقی، اصلاح و مدرن کردن حقوق داخلی، سادگی، معقولیت و منصفانه بودن مقررات کنواسیون، هماهنگی با طرف های تجارتي و افزایش تجارت ذکر گردید.

منابع:

- 1- قاسمی، رسول؛ مهدوی، سید محمد هادی؛ نصیران، داؤد (1395). بررسی تطبیقی مفهوم و معیارهای تشخیص نقض اساسی قرارداد.
- 2- شعاریان، ابراهیم؛ بیگ پور، رویا شیرین (1398). تاثیر انواع نقض قرارداد بر ضمانت اجرای آن با تأکید بر اسناد بین المللی. فصل نامه پژوهش حقوق خصوصی، سال هفتم، شماره 26، صص (214-243).
- 3- نعمت اللهی، اسماعیل؛ فاطمیون، سید محمد جواد (1398). تبیین مفهوم نقض اساسی و عدم اجرای اساسی قرارداد (درکنوانسیون بیع بین المللی کالا 1980، سایر اسناد بین المللی با حقوق ایران). فصل نامه پژوهش تطبیقی حقوق اسلام و غرب، شماره 4، سال ششم زمستان، صص (159-190).
- 4- کاظمی، محمود؛ ربیعی، مرضیه (1391). نقض احتمالی قرارداد در حقوق ایران با نگاهی به کنوانسیون بیع بین المللی کالا 1980 و نظام های حقوقی خارجی. دو فصل نامه علمی-پژوهشی دانش حقوق مدنی، شماره نخست بهار و تابستان، صص (100-112).
- 5- قاسمی، رسول؛ مهدوی، محمد هادی (1397). حق فسخ ناشی از پیش بینی نقض قرارداد در اصول قرارداد های تجاری بین المللی، کنوانسیون بیع بین المللی کالا و حقوق ایران. فصل نامه تحقیقات حقوق خصوصی و کیفری، ش، 38 زمستان، صص (99-116).
- 6- اشراقی آرائی، مجتبی (1392). تحلیل حقوقی-اقتصادی پیش بینی نقض قرارداد. فصلنامه پژوهشنامه بازرگانی، ش 69، صص (59-82).
- 7- طالب احمدی، حبیب (1393). نقض اساسی قرارداد در معاهده بیع بین المللی کالا. مجله مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، دوره ششم، ش اول، صص (112-164).
- 8- عزیزی، بیژن حاجی؛ بیات، بیژن (1397). ضرورت الحاق به کنوانسیون بیع بین المللی کالا. مجله حقوقی بین المللی، ش 58، بهار تابستان، صص (299-327).
- 9- شعاریان، دوکتور ابراهیم؛ رحیمی، فرشاد (2013). کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به قرارداد های بیع بین المللی کالا.
- 10- قانون قرارداد های تجاری و فروش اموال، تاریخ نشر (28) میزان سال 1393 هـ . ش.
- 11- سایت ویکی پدیا.