

هاردشپ در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا - بررسی تطبیقی تفاسیر جدید

(نوع مقاله، علمی - پژوهشی)

عصمت گلشانی*

منصور امینی^۱

سیدمهدی مسینی مدرس^۲

چکیده:

در خصوص پذیرش هاردشپ در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (خصوصاً ماده ۷۹ این کنوانسیون)، میان حقوق دانان برخاسته از نظام‌های حقوقی مختلف اختلاف نظر وجود دارد. بررسی تطبیقی نظرات مفسران کنوانسیون نشان می‌دهد که سکوت کنوانسیون در مورد فرض‌های هاردشپ، می‌تواند به‌عنوان «خلاً خارجی»، «ترک فعل عمدی»، یا «خلاً داخلی»، تفسیر شود. در تفاسیر قدیمی کنوانسیون غالباً به این توضیح مختصر اکتفا شده است که کنوانسیون فاقد مقرره‌ای صریح در خصوص هاردشپ است. نتیجه پژوهش: طبق نظرات جدیدی که بر اساس هدف کنوانسیون از سوی مفسران آن ارائه شده است، کنوانسیون در فروض مختلف هاردشپ دارای «خلاً داخلی» است و برای پُر کردن این خلاً بایستی از اصول مبنایی کنوانسیون (مانند حسن نیت، معقولیت، وظیفه به معاضدت، استحکام قرارداد و ...) استفاده کرد. بر اساس این اصول حق مطالبه مذاکره مجدد یا تعدیل قرارداد در موارد افزایش غیرقابل پیش‌بینی هزینه‌ها یا کاهش سودمندی اجرا پس از انعقاد قرارداد، برای متعهد قابل‌شناسایی است.

کلیدواژه‌ها: هاردشپ، کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، مذاکره مجدد، تعدیل قرارداد

*. دکترای تخصصی، استادیار دانشگاه امام صادق (ع) (نویسنده مسئول) Email: esmat.golshani@isu.ac.ir

۱. دکترای تخصصی، دانشیار و عضو هیأت علمی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

Email: amini@sbu.ac.ir

۲. دکترای تخصصی، دانش‌آموخته دانشگاه شهید بهشتی تهران Email: Mahdi.modarres@gmail.com

در ایران در قانون مدنی و فقه^۱ امامیه در مورد وقوع حوادث غیرمنتظره که موجب بر هم خوردن تعادل عوضین و دشوار شدن قرارداد متعاقب آن می‌شوند، حکم صریحی یافت نمی‌شود؛ قانون مدنی به صراحت تنها به حوادثی که منجر به «عدم انجام تعهد» توسط متعهد می‌گردد (تعذر اجرا نه تعسر اجرا)^۲ پرداخته^۳ اما راجع به دشواری اجرای قرارداد و به هم خوردن تعادل و توازن قراردادی در اثر تغییر شرایط و اوضاع و احوال سخنی به میان نیاورده است؛ همین سکوت باعث شده است که حقوق‌دانان کشورمان با عناوین مختلفی مانند «تغییر اوضاع و احوال»، «دشواری»، «عدم پیش‌بینی»، «عقیم شدن»^۴ «دشواری اقتصادی»، «غیرممکن شدن عملی یا تجاری» و ... و با بهره‌گیری از نظریاتی همچون شرط ضمنی، غبن حادث، عسر و حرج و ... سعی کنند جایگاه هاردشیپ در حقوق ایران را روشن سازند.^۴ همه این تلاش‌ها هدف مشترکی را دنبال می‌کنند

۱. در فقه، اعم از فقه شیعه و فقه عامه، به‌طور مستقل نظریه‌ای در خصوص وقوع حوادث غیرمنتظره‌ای که اجرای قرارداد را دشوار یا کم منفعت می‌کنند، ارائه نشده است، اما در چند مورد به مقتضای مسائل مطرح‌شده، اعلام نظر شده است. به بیانی، جایگاه سنتی این بحث در فقه، «عقد اجاره» است. (سرمدی، ۱۳۹۰: ص ۱۰)
۲. مواد ۲۲۷ و ۲۲۹.

3. Frustration.

۴. از جمله ببینید: بیگدلی، سعید، *تعدیل قراردادها با مطالعه تطبیقی*، رساله دکتری، دانشکده حقوق دانشگاه تهران، ۱۳۸۴؛ بیگدلی، سعید، *تعدیل قرارداد، تهران، نشر میزان*، چ ۳، ۱۳۹۲؛ بیگدلی، سعید، «شرط مذاکره مجدد (هاردشیپ)»، فصلنامه حقوقی گواه، ش ۸ و ۹، بهار ۸۶؛ صادقی مقدم، محمدحسن، *تغییر در شرایط قرارداد، نشر میزان*، چ ۲، تابستان ۱۳۸۶؛ صادقی مقدم، محمدحسن، «مطالعه تطبیقی تأثیر تغییر اوضاع و احوال بر قرارداد و راه حل حقوق ایران»، مجله حقوقی بین‌المللی، ش ۲۵، ۱۳۷۹، صص ۱-۲۵؛ صادقی مقدم، محمدحسن، «نظریه تغییر اوضاع و احوال در فقه و حقوق ایران (۱)»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی، ش ۱۲، ۱۳۷۷، صص ۱۲۹-۱۶۷؛ صادقی مقدم، محمدحسن، «نظریه تغییر اوضاع و احوال در فقه و حقوق ایران (۲)»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی، ش ۱۳-۱۴، ۱۳۷۸، صص ۴۵-۶۶؛ صادقی مقدم، محمدحسن، «نظریه تغییر اوضاع و احوال در فقه و حقوق ایران (۳)»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی، ش ۱۵-۱۶، ۱۳۷۸، صص ۸۷-۱۱۴؛ حسین‌آبادی، امیر، «تعادل اقتصادی در قرارداد (۲)»، مجله تحقیقات حقوقی، ش ۲۱ و ۲۲، زمستان ۷۶ تا تابستان ۷۷، صص ۱۲۱-۱۵۳؛ بنایی اسکوتی، مجید، «تعدیل قرارداد در صورت حدوث تعذر مالی»، مجله مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۴، ش ۱، بهار و تابستان

یعنی عدم تحمیل ریسک ناشی از تغییر ناگهانی و بنیادین اوضاع و احوال به یکی از طرفین قراردادی. در سال‌های اخیر و قطعاً بر اساس تأثیراتی که مطالعات تطبیقی بر نظرات دکترین داخلی گذاشته است، حقوق‌دانان تمایل فزاینده‌ای به شناسایی نوعی امکان تعدیل قرارداد در شرایط هاردشیپ پیدا کرده‌اند و هر یک سعی نموده‌اند با استفاده از ابزارهای موجود در فقه و نیز قوانین و مقررات، تلاش‌هایی را در جهت ارائه راه‌حلی معقول و منصفانه، انجام دهند تا ضمن پایبندی طرفین به مفاد عقد، راه اجرای تعهد هموار و از ورود ضرر غیرمتعارف به یکی از طرفین یا هردوی آن‌ها جلوگیری شود. (از جمله ببینید: گلشنی، ۱۳۹۶: ۳۷۸-۴۰۲؛ بنایی اسکویی، ۱۳۹۲: ۴۱-۶۱؛ و منابع پانویس شماره ۴)

این مقاله از بررسی تطبیقی تفاسیر جدید هاردشیپ در کنوانسیون بین‌الملل در پی نیل به دو هدف است: نخست آنکه تجربه جهانی در مورد این موضوع که چکیده آن در اسناد و کنوانسیون‌های بین‌المللی (مانند کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا) قوام یافته، می‌تواند راهنمای بسیار روشنی را برای بازنگری و تغییر در نظام حقوق فعلی و ارتقای آن پیش روی قانون‌گذار داخلی نهد؛ این مهم زمانی می‌تواند تأثیر مثبتی بر حقوق داخلی بگذارد که ابتدا در منشأ خود درست تحلیل و درک شود. دوم، هرچند ایران به این کنوانسیون نپیوسته است لیکن حسب بند ب ماده ۱۰۱ کنوانسیون، قواعد آن می‌تواند بر قراردادهای بازرگانی بین‌المللی اشخاصی که محل تجارت آنان در ایران است نیز اعمال گردد.^۱ از این رو بررسی تطبیقی تفاسیر جدید از موضوع هاردشیپ یک ضرورت برای نظام حقوقی ایران است.

۱۳۹۲، صص ۴۱-۶۱؛ خوئینی، غفور، «تحلیل فقهی و حقوقی نظریه تغییر اوضاع و احوال در قراردادها»، پژوهشنامه متین، ش ۱۳، ۱۳۸۰، صص ۱۴۵-۱۶۴؛ ...

۱. به نظر می‌رسد که تهیه کنندگان پیش نویس کنوانسیون از این معضل آگاه بوده‌اند که لزوم متعاهد بودن کشور محل تجارت دو طرف ممکن است اعمال کنوانسیون را بسیار محدود کند، از این رو در بند ب ماده ۱-۱ مقرر داشته‌اند: قواعد کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا در مواردی که اعمال قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی منجر به حاکمیت قانون کشوری می‌شود که به این کنوانسیون پیوسته است، بر روابط دو طرف حاکم است؛ حتی اگر محل تجارت طرفین قرارداد در دو کشوری باشد که هیچ یک به این کنوانسیون نپیوسته‌اند.

واژه «هاردشیپ»^۱ معمولاً برای توصیف همه فروضی استفاده می‌شود که در آنها تغییری قابل توجه در اوضاع و احوال، منجر به یک خلل اساسی در توازن قراردادی می‌شود یعنی حالت‌هایی که در آنها ۱) اجرای قرارداد برای یکی از طرفین به طور اساسی دشوارتر یا کم منفعت‌تر می‌شود^۲، و یا ۲) هدف قرارداد عقیم می‌گردد^۳ که خود یکی از زیرمجموعه‌های کاهش سودمندی است.^۴ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا^۵ برعکس بسیاری از قوانین داخلی کشورها^۶ و قواعد و اصول

1. Hardship

این واژه در متون فارسی به: «سختی اجرای قرارداد»، «دشواری انجام تعهد»، «دشواری اقتصادی»، و «تسیر اقتصادی» نیز تعبیر شده است.

۲. معمولاً چنین حالت‌هایی فروض «غیرممکن شدن تجاری» نیز نامیده می‌شوند. (Azeredo da Silveira, 2014: 323, n. 488) به عنوان مثال: خریداری (متعهدله) در مقابل انجام تعهد از سوی متعهد، ملزم شده کالایی را تحویل بدهد که در اثر تغییر ناگهانی اوضاع و احوال، افت ارزش شدیدی پیدا کرده است، یعنی متعهد در مقابل انجام تعهد، چیزی با ارزش پایین‌تر از آنچه انتظار داشته دریافت می‌کند. در این مورد برای متعهد هاردشیپ به وجود آمده است نه «مانع».

۳. در حالت‌های عقیم شدن هدف قرارداد هم برای اجرا از سوی متعهد «مانع» ای به وجود نمی‌آید که اجرا از سوی او را به لحاظ عملی و فنی غیرممکن کند، بلکه منفعت قرارداد برای او به صفر می‌رسد.

۴. بر هم خوردن تعادل بین عوضین، خود می‌تواند موجب تجاوز از هدف اصلی و دلیل وجودی (مبنای) قرارداد شود. (حکمت، ۱۳۶۴: ۱۲/۳)

۵. از این پس در این مقاله به اختصار از واژه «کنوانسیون» برای اشاره به «کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا» استفاده می‌شود.

۶. نظام‌های حقوقی داخلی بسیاری از کشورها، چه در سیستم‌های قضایی حقوق نوشته (حقوق موضوعه) و چه در کامن لا، آثار هاردشیپ بر قراردادهای را -گرچه با عنوان و کیفیات مختلف- بیان کرده‌اند. به عنوان مثال، نک: ماده ۱۱۹۸ قانون مدنی آرژانتین، مواد ۴۷۸ تا ۴۸۰ ق.م. برزیل مصوب سال ۲۰۰۲، ماده ۸۶۸ ق. تجارت کلمبیا، ماده ۳۱۳ ق.م. آلمان، مواد ۱۴۶۷ تا ۱۴۶۹ ق.م. ایتالیا مصوب سال ۱۹۴۲، ماده ۲۵۸:۶ ق.م. هلند مصوب سال ۱۹۹۲، مواد ۱۴۴۰ تا ۱۴۴۶ ق.م. پرو، ماده ۴۳۷ ق.م. پرتغال، ماده ۳۸۸ ق.م. یونان، و ماده ۴۵۱ ق.م. روسیه مصوب سال‌های ۱۹۴۴/۱۹۴۵، ماده ۶۱۵-۲ ق. تجارت متحدالشکل و بخش ۲۶۱ مجموعه حقوق قراردادهای ایالات متحده آمریکا.

همچنین از جمله ببینید: فورت، ۱۳۷۱: ۱۰-۳۳۷-۳۶۵؛ ۱۳۹۲: ۱۳۶-۱۳۷/۱۳۷-۱۶۳-۱۸۲؛ صادقی مقدم، ۱۳۸۶:

Hondius & Grigoleit (eds.), 2011: 8 & 55-63 & 98-118; Treitel, 1994: 255 et seq., nn. 6-020 et seq. and 281 et seq., nn. 7.001 et seq.

بین‌المللی^۱، به صراحت به طرفی که با افزایش قابل توجه در هزینه‌های اجرا یا کاهش قابل توجه ارزش اجرا مواجه می‌شود، اجازهٔ مطالبهٔ مذاکره مجدد یا تعدیل قضایی یا فسخ قرارداد را نمی‌دهد. مثلاً در کنوانسیون هیچ مقرره‌ای مشابه مواد ۶.۲.۲ و ۶.۲.۳ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی^۲ وجود ندارد.^۳ گرچه تغییر در فضای اقتصادی که منجر به افزایش چشمگیر هزینه‌های اجرا می‌شود، در صورتی که افزایش هزینه‌های اجرا به حدی برسد که دیگر نتوان اجرا را از متعهد انتظار داشت می‌تواند یک «مانع» بر سر راه اجرای قرارداد را شکل دهد که «معافیت» از مسئولیت برای عدم اجرا طبق ماده ۷۹ کنوانسیون^۴ را توجیه می‌کند.^۵ به همین دلیل در خصوص شمول ماده

۱. مانند مواد ۶.۲.۱ تا ۶.۲.۳ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی (PICC)، بندهای ۲ و ۳ ماده ۶:۱۱۱ اصول حقوق قراردادهای اروپایی (PECL)، قسمت d بند ۳ و بند ۲ ماده III-1:110 پیش‌نویس چهارچوب کلی ارجاع (DCFR) و شروط نمونه هاردشیپ اتاق بازرگانی بین‌الملل (ICC).

2. Principles of international commercial contracts (PICC)

۳. هاردشیپ در ماده ۶.۲.۲ چنین تعریف شده است: «هاردشیپ هنگامی پیش می‌آید که بروز حوادثی، تعادل قرارداد را به طور اساسی بر هم می‌زند یا هزینه اجرای تعهد در مورد یک طرف افزایش می‌یابد یا ارزش دریافتی از اجرای تعهد برای یک طرف کاهش می‌یابد؛ و الف) بروز حوادث یا مطلع شدن زیان دیده از وقوع آنها، پس از انعقاد قرارداد صورت گیرد؛ ب) در زمان انعقاد قرارداد، به طور متعارف زیان دیده نمی‌توانسته است این وقایع را مدنظر قرار دهد؛ ج) وقایع مزبور خارج از کنترل زیان دیده است؛ و د) زیان دیده، مسئولیت احتمال خطر ناشی از وقایع را بر عهده نگرفته است.»

در این اصول، هاردشیپ وضعیتی توصیف شده است که در نتیجه حادثه غیرقابل پیش‌بینی و خارج از کنترل، اجرای تعهد قراردادی بدون آن که غیرممکن شود، به نحو فوق‌العاده‌ای دشوار و پرهزینه می‌گردد. (Azeredo da Silveira, 2014: 325, n. 490)

طبق این اصول، طرفی که با هاردشیپ مواجه می‌شود می‌تواند با کنار گذاشتن اصل لزوم وفای به عقد، درخواست مذاکره مجدد قرارداد را بنماید. (بند ۱ ماده ۶.۲.۳)

۴. ماده ۷۹ کنوانسیون: «۱. طرفیکه هر یک از تعهدات خود را ایفا نکرده است، چنانچه ثابت نماید که عدم ایفا به واسطه حادثه‌ای خارج از اقتدار او بوده و نمی‌توان عرفاً از او انتظار داشت که در زمان انعقاد قرارداد آن حادثه را ملحوظ داشته یا از آن یا آثار آن اجتناب نموده یا آنها را دفع کرده باشد، مسئول نخواهد بود. ...»

۵. «مانع»، هر واقعه ایست که اجرا را یا غیرممکن یا آنقدر دشوار می‌سازد که دیگر نمی‌توان به طور منطقی آن را از متعهد انتظار داشت؛ مورد اخیر به «مانع اقتصادی» تعبیر شده است. (Azeredo da Silveira, op.cit.: 299-300, 334, 315-318)

See: Enderlein /Maskow, 1992: 324-325, n. 6.3 ad Article 79 CISG; Huber/ Mullis, 2007: 261; Schwenger, 2008: 713; Schwenger, 2012: 1076-1077, n. 30 ad Article 79;

۷۹ کنوانسیون بر فرضهای مختلف هاردشیپ (مثلاً کاهش ارزش اجرا)، و اساساً پذیرش هاردشیپ در این کنوانسیون به‌طور کلی، میان حقوق‌دانان اختلاف‌نظر وجود دارد.^۱

در این مقاله به بررسی تطبیقی پاسخ این پرسش میان مفسران و حقوق‌دانان برخاسته از نظام‌های حقوقی مختلف می‌پردازیم که آیا عدم پیش‌بینی صریح هاردشیپ در کنوانسیون، به این معنی است که در فرض‌های افزایش قابل‌توجه در هزینه‌های اجرا، تنها طریق جبرانی موجود، معافیت متعهد طبق ماده ۷۹ به دلیل وجود مانع اقتصادی است؟ یا اینکه متعهد در راستای اجرای قرارداد راهی برای بازگرداندن توازن قراردادی دارد؟ آیا سکوت کنوانسیون به‌طور ضمنی به معنای عدم وجود طریق جبرانی برای طرفی است که با کاهش قابل‌توجه ارزش اجرا مواجه است؟^۲

در ابتدای شکل‌گیری کنوانسیون، مفسران معتقد بودند که فروض مربوط به هاردشیپ جایگاهی در کنوانسیون ندارند. (Schwenzer, 2008: 712-713)، ادبیات حقوقی راجع به این موضوع به زبان فارسی، غالباً به توضیح مختصر این حقیقت که کنوانسیون فاقد مقرره‌ای صریح در خصوص هاردشیپ است، اکتفا کرده‌اند. (از جمله ببینید: توسلی چهارمی، ۱۳۸۵: ۷۲/۸۲؛ صفری، ۱۳۸۸: ۳) در

Schwenzer/Hachem, 2009: 474-475; Schlechtriem, 1986: 102; Schlechtriem/Butler, 2009: 203-204, n. 291; Lindström, 2006: n. IV.2.1; Magnus, 2001: 16; Lookofsky, 2005: 438.

از نظر برونر نیز، «اولاً، هر عدم امکان عملی یا فیزیکی [در مورد اجرا]، نتایج اقتصادی هم دارد و قابل‌تبدیل (یا نشان داده شدن) به پول است. ثانیاً، یک مانع عملی یا فیزیکی فقط در صورتی برای متعهد عذر است که به‌طور منطقی، یعنی با صرف هزینه‌های بیشتر، نتوان فائق آمدن بر آنرا از متعهد انتظار داشت.»

(Brunner, 2009: 215).

۱. «در ماده ۷۹ کنوانسیون در خصوص وضعیتی که بروز حادثه‌ای، پس از انعقاد قرارداد اجرای آنرا تحت تأثیر قرار دهد، پیش‌بینی‌هایی صورت گرفته است. با این وجود در خصوص اینکه این ماده دربردارنده هاردشیپ است یا خیر، میان مفسران کنوانسیون و نویسندگان حقوقی اختلاف‌نظر وجود دارد. در این رابطه نظرات متعددی از سوی مفسران و نویسندگان حقوقی مطرح شده است.» (صفری، ۱۳۸۸: ۳ و ۴).

۲. طریق جبرانی تعدیل قرارداد از طریق مذاکره مجدد توسط طرفین یا به دستور دادگاه، هم برای طرفی که با افزایش چشمگیر هزینه‌های اجرا مواجه می‌شود وجود دارد و هم برای طرفی که با کاهش چشمگیر ارزش اجرا مواجه می‌شود.

مقاله پیش رو تلاش شده است با بررسی تطبیقی نظریات جدید مفسران کنوانسیون، مسئله به صورت عمیق و دقیق واکاوی شود.

تفاسیر مختلف در مورد سکوت کنوانسیون راجع به هاردشیپ

کنوانسیون مسائلی که در حوزه قلمرو موضوعی آن قرار می‌گیرد را به دو دسته کلی تقسیم کرده است:

دسته نخست مواردی هستند که کنوانسیون به صراحت در خصوص آن تعیین تکلیف کرده است. این تعیین تکلیف به دو شکل انجام شده است یا قاعده‌ای برای آن وضع شده است (مثل فورس ماژور) یا به تصریح به قانونی که به موجب قاعده حل تعارض قوانین بر قرارداد حاکم می‌شود ارجاع می‌دهد^۱.

دسته دوم مواردی هستند که هرچند به لحاظ موضوعی در قلمرو کنوانسیون قرار می‌گیرند ولی کنوانسیون به صراحت در خصوص آن تعیین تکلیف نکرده است. بند ۲ ماده ۷ کنوانسیون به این دسته می‌پردازد.^۲ در این موارد کنوانسیون مقرر داشته است که در مرحله نخست مسئله مطابق با اصول کلی‌ای که کنوانسیون مبتنی بر آنهاست تعیین تکلیف شود. در چنین حالتی گفته می‌شود که این مسئله با وضعیت «خلا داخلی» مواجه شده است. اگر چنین اصولی برای حل و فصل مسئله مطرح شده احراز نشود در مرحله دوم می‌توان به قانونی که به موجب قاعده حل تعارض قوانین بر قرارداد حاکم می‌شود، مراجعه کرد؛ در چنین حالتی گفته می‌شود که این مسئله با

۱. گاهی اوقات هر دو راهکار فوق در کنار هم در نظر گرفته شده است به عنوان راهکاری میانه در نظر گرفته شده است: به عنوان مثال در موضوع خاتمه نمایندگی در «کنوانسیون نمایندگی در بیع بین‌المللی کالا» ۱۹۸۳، قواعدی که مورد اتفاق نظر بوده به تصریح آورده شده است (ماده ۱۷). همچنین به صراحت اعمال قواعد حقوقی داخلی کشورها که در نتیجه قاعده حل تعارض حاکم می‌شود را نیز پذیرفته است (ماده ۱۸). (Evans, 1984: 89, 116-117)

۲. در بند ۲ از ماده ۶ «کنوانسیون نمایندگی در بیع بین‌المللی کالا» ۱۹۸۳، مقرر شده مشابیهی برای این دسته موضوعات، مقرر داشته است.

وضعیت «خلا خارجی» مواجه شده است. به این نکته باید توجه شود که شرط رجوع به قاعده حل تعارض و در نتیجه قانون حاکم بر قرارداد، احراز عدم وجود اصولی که بتوان با آن مسئله را حل و فصل کرد می‌باشد.

بررسی تطبیقی نظرات مفسران کنوانسیون نشان می‌دهد که سکوت کنوانسیون در مورد فرض‌های هاردشیپ، می‌تواند به‌عنوان یک (۱) رویکرد مبتنی بر قواعد حل تعارض: «خلاً خارجی»، (۲) رویکرد سکوت در مقام بیان: «ترک فعل عمدی»، یا (۳) رویکرد مبتنی بر قواعد ماهوی: «خلاً داخلی»، تفسیر شود که در ادامه تبیین خواهند شد.

تفسیر نخست: رویکرد مبتنی بر قواعد حل تعارض: خلاً خارجی

در رویکرد سکوت کنوانسیون در مورد هارشپ، به‌عنوان یک خلاً خارجی تفسیر می‌گردد و این بدان معناست که فروزی از هاردشیپ که در قلمرو ماده ۷۹ قرار نمی‌گیرند، خارج از محدوده موضوعات تحت حاکمیت کنوانسیون هستند^۲ و باید طبق قانون داخلی حاکم بر قرارداد، حل و فصل شوند. دادگاه تجدیدنظر میلان در سال ۱۹۹۸ همین موضع را اتخاذ و برای قضاوت در مورد ادعاهای مطرح‌شده در مورد عقیم شدن هدف قرارداد، به قانون داخلی استناد کرد^۳ (Bielloni Castello v. EGO SA, Corte di Appello (Appellate Court) Milan, Italy, 11 December 1998, CISG-online 430).

۱. یعنی فروز (۱) افزایش در هزینه‌های اجرا که به‌حد مانع اقتصادی نمی‌رسد و نیز (۲) کاهش هزینه‌های اجرا.
 ۲. مانند مسائل مربوط به اعتبار و صحت قراردادها؛ ماده ۴ کنوانسیون را ببینید.
 ۳. فروشنده ایتالیایی قراردادی را با خریدار فرانسوی برای فروش تجهیزات چاپ، منعقد کرد. بعد از یک پیش‌پرداخت، خریدار علی‌رغم دریافت چندین اخطاریه از سوی بایع، در تسویه باقیمانده ثمن و تحویل گرفتن کالاها، قصور کرد. بایع دعوایی را به خواسته دریافت خسارت علیه خریدار مطرح کرد. خریدار ادعا کرد که به سبب اوضاع و احوالی خارج از کنترل او (تأخیر در ساخت ساختمان‌های محل نصب کالاها)، او قادر نبوده کالاها را به شکلی که در اصل [در قرارداد] توافق شده بوده، تحویل بگیرد. دادگاه قرارداد را تحت حاکمیت کنوانسیون دانست؛ با این وجود، به هنگام بررسی ادعای خریدار، برای توجه کردن به قانون ایتالیا، به بند ۲ ماده ۷ کنوانسیون استناد کرد.

لیکن این رویکرد از چند جهت قابل نقد است:

به نظر می‌رسد مبنا، محتوا و هدف کنوانسیون، مانع از این می‌شود که سکوت کنوانسیون در مورد هاردشیپ را به‌عنوان یک خلأ خارجی تفسیر کنیم. (Schwenzer, Op. cit.: 713;) (Brunner, 2009: 392; Rimke, 1999-2000: 220) یکی از ضرورت‌هایی که منجر به تصویب کنوانسیون گردید تفاوت قابل توجه قواعد حقوقی حاکم بر بیع کالا (به ویژه تعهدات و ضمانت اجراهای نقض آن) در نظام‌های حقوقی مختلف بود که یکی از موانع گسترش تجارت بین‌الملل محسوب می‌گردید.^۱ از جمله اهداف کنوانسیون یکسان‌سازی قواعد حاکم بر بیع بین‌المللی بود^۲ تا اولاً آثار و نتایج حقوقی یک قرارداد را (تعهدات ناشی از عقد و ضمانت اجراهای آن) پیش‌بینی پذیرتر کند و ثانیاً هزینه‌های انجام معامله در تجارت بین‌الملل را کاهش دهد و در نتیجه تجارت بین‌الملل کالا را تسهیل نماید و آن را توسعه دهد؛ لذا کنوانسیون با چنین هدفی نمی‌توانسته نسبت به تعیین تکلیف فروض هاردشیپ بی‌اعتنا بوده باشد.

ویژگی مشترک حالت‌های وقوع «مانع» و «هاردشیپ» این است که: در هر دو، اوضاع و احوال زمان اجرا با زمان انعقاد قرارداد، متفاوت می‌شوند و دقیقاً به‌همین دلیل از نظر بسیاری از

۱. عامل مهمی که تدوین کنندگان CISG مدنظر قراردادن ترک کردن مفاهیم و اصطلاحات حقوق داخلی و به جای آن دنبال کردن یک زبان حقوقی مستقل بود که تا حد زیادی آنها در این زمینه موفق بودند. در این راستا روش‌های سیستماتیک داخلی سنتی رد شدند و کنوانسیون دارای یک ساختار شفاف عاری از هرگونه گرایش‌های تاریخی (ملی) شد (Schwenzer, Ingeborg, Hachem, Pascal, Spring 2009, The CISG - (Successes and Pitfalls, American Journal of Comparative Law, Pages 457-478, P 124).

۲. در مقدمه کنوانسیون در مورد مبنا و هدف آن چنین آمده است: «دولت‌های طرف این کنوانسیون، با توجه به اهداف گسترده مندرج در قطعنامه‌های مصوب ششمین اجلاس مجمع عمومی سازمان ملل متحد برای ایجاد نظم نوین اقتصادی بین‌المللی، با در نظر گرفتن اینکه توسعه تجارت بین‌المللی بر اساس برابری و نفع متقابل عنصر مهمی در ارتقاء مناسبات دوستانه بین دولت‌هاست، و با اعتقاد بر اینکه اتخاذ مقررات متحدالشکل که ناظر بر قراردادهای خرید و فروش کالا بوده و نظام‌های مختلف اجتماعی، اقتصادی و حقوقی را مد نظر داشته باشد در رفع موانع حقوقی در تجارت بین‌المللی و ارتقاء توسعه تجارت بین‌المللی کمک خواهد نمود، به شرح ذیل توافق نموده‌اند: ...»

محققان، «معافیت به دلیل هاردشیپ می‌تواند به‌عنوان زیرشاخه عذر فورس ماژور، تلقی شود (به‌نوعی می‌توان گفت هاردشیپ یک نوع به خصوص از فورس ماژور است)» (Brunner, Op. cit.: 392).^۱ به‌همین دلیل، وقتی کنوانسیون راه‌حل متحدالشکلی را برای حالت‌های غیرممکن شدن یا بیش از حد دشوار شدن اجرا در اثر یک مانع^۲ پیشنهاد می‌دهد، نمی‌تواند در فروض افزایش قابل‌توجه دشواری یا کاهش قابل‌توجه سودمندی ارزش اجرا، حل مسئله را به قانونی که به موجب قاعده حل تعارض بر قرارداد حاکم می‌شود واگذارد. همانطور که استول اشاره کرده، «اگر قانون داخلی حاکم بر اساس قواعد تعارض قوانین، برای پُر کردن خلأ فرضی موجود در کنوانسیون اعمال شود، این خطر وجود دارد که سیستم مسئولیت کنوانسیون از هم بپاشد، چون قواعد قراردادی نظام‌های حقوق داخلی در خصوص «غیرممکن شدن اقتصادی» و عقیم شدن، خیلی متفاوت از هم هستند (مثل عقیم شدن مبنای قرارداد، تغییر اوضاع و احوال)» (Stoll, 1998: 618, n. 39 ad Article 79).

طبق بند ۲ ماده ۷ کنوانسیون پیش شرط خلا خارجی تلقی کردن موضوع هاردشیپ و رجوع به قانونی که موجب قاعده حل تعارض معین می‌شود این است که نتوان موضوع هاردشیپ و آثار آن را بر اساس اصولی که کنوانسیون مبتنی بر آن‌ها است حل و فصل کرد. این در حالی است که می‌توان بر طبق اصول کلی که کنوانسیون مبتنی بر آن‌ها است، احکام و آثار هاردشیپ را تعیین کرد.^۳

1. Also see: Schwenzer, Op. cit.: 715.

«مسلماً، نمی‌توان ادعا کرد که یک «خلا خارجی»- در مفهوم دومین جمله ماده ۴ [کنوانسیون]- وجود دارد، چون مسئله‌ی تأییراتی که هاردشیپ می‌تواند بر قرارداد بگذارد، باید به‌عنوان بخشی از قواعد مربوط به اختلافات اجرا- که تحت حاکمیت کنوانسیون هستند- تلقی شوند.»

(Stoll/Gruber, 2005: ۸۲۴, n. 31).

۲. به عنوان مثال در فرض افزایش هزینه‌ها به‌عنوان مانع اقتصادی: ماده ۷۹.

۳. رجوع کنید به قسمت «تفسیر سوم: خلا داخلی» در این مقاله.

تفسیر دوم: رویکرد سکوت در مقام بیان: ترک فعل عمدی

ترک فعل عمدی به این معنا که فروض مربوط به هاردشیپ از صلاحیت کنوانسیون مستثنی نیستند ولی کنوانسیون عمداً به آنها نپرداخته و برای آنها طریق جبرانی پیش‌بینی نکرده است (ترک فعل عامدانه، سکوت در مقام بیان یا به تعبیری سکوت شایسته و لازم). این تفسیر به این معناست که اگر بعد از انعقاد قرارداد در شرایط بازار تغییراتی رخ دهد که توازن قراردادی را تغییر می‌دهند ولی فاقد شرایط ماده ۷۹ هستند، برای شخص متأثر از این تغییرات هیچ طریق جبرانی‌ای موجود نیست؛ به خصوص برای طرفی که قرارداد برای او به‌طور قابل‌توجهی کم منفعت‌تر شده است، هیچ طریق جبرانی‌ای وجود ندارد و در فرض‌های وقوع مانع اقتصادی هم، هیچ طریق جبرانی دیگری غیر از معافیت متعهد از مسئولیت، موجود نیست.

در ادامه این قسمت، مؤیدات و دلایل طرفداران این تفسیر مطرح می‌شود و در انتها به نظرات و دلایل مخالفان رویکرد سکوت در مقام بیان - که خود، نوعی راه ارتباطی به تفسیر سوم (رویکرد مبتنی بر قواعد ماهوی: خلأ داخلی) است - پرداخته خواهد شد:

الف) مؤیدات و دلایل طرفداران تفسیر دوم: رویکرد سکوت در مقام بیان:

به‌نظر می‌رسد دادگاه مدنی مونترزا ایتالیا در رأی ۱۴ ژانویه ۱۹۹۳، سکوت کنوانسیون را یک ترک فعل عمدی در رابطه با همه فروض هاردشیپ، از جمله فروض دشواری بیش‌ازحد، تفسیر کرده است. (Nuova Funcinati SpA (Avv. Bassi, Santamaria) v. Fondmetall International AB (Avv. Bianchi, Ginelli, Rossi), Tribunale Civile di Monza, Italy, 14 January 1993, Journal of Law and Commerce 1995-1996 pp. 153 et seq., CISG-online 540) دعوا مربوط به قراردادی بین یک فروشنده ایتالیایی و یک خریدار سوئدی بود. بایع کالاها (کروم آهن) را تحویل نداد و از جمله «فسخ» قرارداد را به‌علت «دشواری بیش‌ازحد ناگهانی»، مطالبه کرد. بایع به افزایش تقریباً ۳۰ درصدی قیمت کالاها بعد از انعقاد قرارداد و قبل از تحویل، استناد کرد؛ افزایشی که تعادل قراردادی را مختل و از نظر او حداقل تعدیل ثمن را توجیه می‌کرد. دادگاه حکم کرد که کنوانسیون بر قرارداد اعمال نمی‌شود، ولی اگر اعمال می‌شد هم، هیچ طریق جبرانی‌ای

به دلیل دشواری بیش از حد [بر اساس کنوانسیون]، اعطا نمی‌گردید. ماده ۷۹ کنوانسیون مربوط به حالت‌های دشواری بیش از حد نیست، بلکه مربوط به حالت‌های غیرممکن شدن اجراست. مسائل مربوط به دشواری بیش از حد، برعکس مثلاً مسائل مربوط به اعتبار [و صحت قرارداد]، به صراحت از قلمرو موضوعات تحت حاکمیت کنوانسیون مستثنی نیستند لذا طبق قوانین داخلی حاکم (در این مورد قانون ایتالیا)، نیز مورد رسیدگی قرار نمی‌گیرند.

برخی نیز معتقدند که ماده ۷۹ به‌طور کلی ناظر به حالت‌هایی است که در آنها یکی از طرفین در اجرای تعهدات قراردادی‌اش با دشواری بیشتری نسبت به آنچه انتظار داشته مواجه می‌شود و لذا بر قانون داخلی مقدم است (Lookofsky, 2005: 442). پس اگر قرارداد تحت حاکمیت کنوانسیون باشد، طرف آسیب‌دیده از تغییرات متعاقب در اوضاع و احوال که شرایط ماده ۷۹ را ندارند، هیچ طریق جبرانی ندارد. طبق مجموعه این استدلال‌ات، اگر شرایط ماده ۷۹ محقق شوند، تنها طریق جبرانی موجود، معافیت از مسئولیت است. این نویسندگان خصوصاً تأکید کرده‌اند که: طبق کنوانسیون هیچ حق ضمنی مبنی بر مطالبه مذاکره مجدد، در فرض هاردشیپ، وجود ندارد (از جمله ببینید: Heuzé, 2000: 425, n. 471; Audit, 1990: 174-175, n. 182).

به‌هنگام تهیه پیش‌نویس کنوانسیون، پیشنهادهایی مبنی بر اعطای معافیت در حالت‌های دشوار شدن اجرا در نتیجه تغییر اوضاع و احوال وجود داشت که رد شدند و حال نویسندگان فوق‌الذکر قویاً به این رد و همچنین به این واقعیت که تهیه‌کنندگان کنوانسیون از پرداختن به حالت‌های هاردشیپ امتناع کرده‌اند، استناد می‌کنند. مثلاً کارلسن ادعا می‌کند که «عدم پذیرش یک مقرر [راجع به] هاردشیپ نشان می‌دهد که کنوانسیون هرگز بر آن نبوده است که هاردشیپ در وضعیت مقرر در ماده ۷۹ قرار بگیرد» (Carlsen, 1998: n. IV. D.). تالون نیز معتقد است: «به خصوص با توجه به کارهای مقدماتی کنوانسیون، واضح است که کنوانسیون مفهومی واحد از مانع را برگزیده است و لذا تئوری «تغییر اوضاع و احوال» را در نظر نگرفته است» (Tallon, 1991: 79 ad Article 3.1.2 n. 594). شونزر می‌نویسد: «کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، حاوی مقرر خاصی که به هاردشیپ پردازد، نیست. این کنوانسیون از فورس ماژور و هاردشیپ هم‌ذکری به میان نیاورده است. ماده ۷۹ کنوانسیون اعلام می‌دارد که شخص تنها در صورتی از پرداخت

خسارات معاف می‌گردد که نقض قرارداد به‌خاطر مانعی خارج از کنترل او صورت گیرد. تاریخ تدوین این مقررہ کاملاً مشخص نیست. در طول آماده‌سازی کنوانسیون، این مسئله که آیا مشکلات (موانع) اقتصادی باید موجب یک استثنا گردد، یکی از موضوعات بسیار بحث‌برانگیز بوده است. با این حال، امروزه تقریباً به اتفاق در تصمیمات داوری و دادگاه‌ها و همینطور در تألیفات پژوهشگران پذیرفته شده است که ماده ۷۹ در واقع، مباحث مربوط به هاردشیپ را تحت پوشش قرار نداده است. (ن. ک. به (به نقل از شونزر): بنابراین، ابتدا و در درجه نخست، هیچ محلی برای متوسل شدن به مفاهیم داخلی هاردشیپ وجود ندارد به‌گونه‌ای که هیچ روزنه‌ای در کنوانسیون بیع، نسبت به استناد متعهد به غیرممکن شدن اقتصادی و انطباق قرارداد با اوضاع و احوال تغییر یافته وجود ندارد. اگر کسی غیر از این ادعا کند، یکپارچگی حقوق بیع در بسیاری از زمینه‌های مهم زیر سؤال خواهد رفت. مفاهیم داخلی همچون عقیم شدن هدف، تغییر اوضاع و احوال، اشتباه اساسی، همه آنها باید مورد بررسی و ملاحظه قرار گیرند. با این حال، آن مواردیکه منجر به یک مانع تحت ماده ۷۹ می‌گردد و آن خساراتی که ممکن است شخص متضرر به آن متوسل گردد، هنوز از مباحث مورد اختلاف است» (شونزر، ۱۳۹۲: ۱۳۶-۱۳۷/۱۶۷-۱۶۸).

ب) نظرات و دلایل مخالفان رویکرد سکوت در مقام بیان:

نگاه دقیق به کنوانسیون و تاریخچه تهیه آن حاکی از این است که فقدان مقررہ‌ای که به صراحت مربوط به هاردشیپ باشد، به دلایل ذیل یک «سکوت مناسب» (سکوت عامدانه) نیست:

(۱) گرچه در دهمین نشست اولین کمیته همگانی آنسیترال (۳۳ می تا ۱۷ ژوئن ۱۹۷۷) ماده پیشنهادی در خصوص هاردشیپ^۱ رد شد، اما دلایل این عدم پذیرش ارائه نشد.^۲ لذا نمی‌توان گفت

۱. مقررہ پیشنهادی چنین بود: «اگر در نتیجه وقایع به خصوصی که بعد از انعقاد قرارداد اتفاق افتاده‌اند و به‌وسیله طرفین قابل پیش‌بینی نبوده‌اند، اجرای شروط [قرارداد] منجر به دشواری‌های بیش از حد شود یا هر یک از طرفین را به خسارت قابل ملاحظه تهدید کند، هر طرفی که بدین شکل [از آن وقایع] تأثیر پذیرفته است، حق مطالبه اصلاح شایسته یا فسخ قرارداد را دارد».

۲. گزارش اولین کمیته همگانی آنسیترال در ارتباط با تهیه پیش‌نویس کنوانسیون:

رد این ماده، دلیل قاطعی بر یک قصدِ عامدانه است مبنی بر اینکه کنوانسیون هیچ طریق جبرانی را به طرفِ مواجهه با هاردشیپ پیشنهاد نمی‌دهد.

همچنین اگر اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی قبل از کنوانسیون تصویب می‌شد، شاید می‌شد ادعا کرد که (۱) عبارات تقریباً یکسان بند ۱ ماده ۷۰ کنوانسیون و بند ۱ ماده ۷.۱.۷ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی و (۲) رد شدن مقرره‌ای مانند مواد ۶.۲.۲ و ۶.۲.۳ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، همه باهم شواهدی مبنی بر یک ترک فعلِ عمدی هستند؛ ولی چون چاپِ نخستِ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی یک دهه پس از تصویب کنوانسیون بوده است (۱۹۹۴)، نمی‌توان چنین نتیجه‌ای را از عدم پذیرشِ ماده پیشنهادی گرفت.

(۲) در بیست و هفتمین نشست اولین کمیته در وین (۱۹۸۰)، نروژ پیشنهاد ذیل مبنی بر اضافه کردن یک جمله به بند ۳ ماده ۷۹ کنوانسیون را داد: «اگر بعد از رفع مانع، اوضاع و احوال آن قدر اساسی تغییر کرده باشد که حکم به مسئولیت طرفِ خاطی آشکارا غیرمنطقی باشد، معافیتِ موقتی می‌تواند به یک معافیتِ دائم تبدیل شود و متعهد از اجرای تعهداتش رهایی یابد» (A/CONF.97/C.1/L.191/Rev.1, Honnold, 1989: 706 and 602, n. 52.)

گرچه این پیشنهاد در کمیته رد شد، ولی بسیاری از نمایندگانِ کشورها صریحاً از آن حمایت کردند^۲ و یکی از نمایندگان نیز به هنگامِ بازنویسیِ پیشنهادها، علتِ مبناییِ پیشنهاد را تأیید کرد.^۳

A/32/17, Annex I, nn. 458-460; reprinted in UNCITRAL YM 1977, Vol. VIII, A/CN.9/SER.A/1977, p. 57, nn. 458-460.

۱. بر اساس رد این پیشنهاد، «در طی اولین سالهای پس از لازم‌الاجرا شدن کنوانسیون، برخی پژوهشگران استدلال می‌کردند که هیچ‌جایی برای اینکه هاردشیپ تحت ماده ۷۹ بررسی شود، وجود ندارد». (شونزر، ۱۳۹۲: ۱۳۶-۱۳۷/۱۸۱)

۲. نمایندگان بریتانیا، هلند، استرالیا، ایتالیا و ایالات متحده آمریکا. (Honnold, 1989: 602, n. 56)

۳. نماینده آلمان ایده مبنای جمله دوم پیشنهاد را تأیید و پیشنهاد کرد که ماده به این شکل بازنویسی شود: «به طرفی که از مانع تأثیر پذیرفته [...] حق فسخ قرارداد» اعطا گردد. (Ibid: 602, n. 57)

مخالفان پیشنهاد هم دو دلیل داشتند: (۱) تردید در اینکه معافیت از مسئولیت به پرداخت خسارات، در فرضهای تغییر اوضاع و احوال، راه حل مناسبی باشد؛ (۲) مقررره پیشنهادی احتمالاً نمی‌توانست همه مسائل مربوط به فرضهای هاردشیپ را حل و فصل کند و منجر به بروز مشکلات بیشتر شود.^۲

لذا نمی‌توان از رد شدن پیشنهادِ نروژ، قصدِ تهیه‌کنندگان کنوانسیون بر سکوت در مورد فروض هاردشیپ، به خصوص قصدی مبنی بر اینکه هیچ طریق جبرانی ممکن نباشد، را استنتاج کرد (CISG_AC Opinion NO. 7, Exemption of Liability for Damages under Article 79 (of the CISG, n. 30; Garro, 2007: 236 et seq., n. IV.12; Bund, 1997-1998: 392-393).

(۳) نمی‌توان انکار کرد که تهیه‌کنندگان پیش‌نویس با جایگزین کردن واژه «مانع» با «اوضاع و احوال»^۳ قصد داشتند مواردِ موجدِ معافیت را محدود کنند. نگرانی آنها این بود که: استناد به واژه «اوضاع و احوال» به یک طرف اجازه می‌داد که خیلی راحت از انجام تعهد معاف شود، و

۱. مثلاً نماینده آرژانتین «به این دلیل با پیشنهاد مخالفت کرد که منجر به بی‌عدالتی می‌شد»؛ در فرضی که مبنای قرارداد به طور اساسی تغییر یافته، «نتیجه به جای معافیت از مسئولیت برای یک طرف، باید بازنگری منصفانه قرارداد باشد.» (Ibid: 603, n. 60)

۲. نماینده ژاپن اشاره کرد که «از ایده مبنای پیشنهاد حمایت می‌کند ولی تردیدهایی در مورد عاقلانه بودن افزودن آن [پیشنهاد] به کنوانسیون دارد با توجه به دشواریهای بسیاری که با خود به همراه دارد.» (Ibid: 603, n. 64)

از نظر نماینده عراق نیز «پیشنهاد، بیشتر از مشکلاتی که حل می‌کند، ممکن است مشکلاتی را ایجاد کند. مثلاً طرفی که مانع موقتی را تحمل می‌کند، ممکن است تحریک شود که آن مانع را به نفع خودش طولانی کند.» (Ibid: 603, n. 66)

نماینده سوئیس نیز به این دلیل با پیشنهاد نروژ مخالفت کرد که «آن پیشنهاد فقط بخشی از مسئله را مورد توجه قرار داد، ... درحالی‌که ممکن است عوارض جدی‌تر دیگری وجود داشته باشند.» (Ibid: p. 602, n. 58)

فقط یک نماینده (فرانسه) اظهار کرد که پیشنهاد به این دلیل باید رد شود که «در آن، مانع غیرممکن کننده اجرا، بسیار متفاوت از فورس ماژور و خیلی نزدیک به تئوری تغییر اوضاع و احوال (The théorie de l'imprévision) در حقوق فرانسه و دکتربین عقیم شدن در حقوق آنگلوساکسون، بوده است.» با توجه به اینکه حقوق فرانسه در آن زمان تئوری تغییر اوضاع و احوال را در امور غیر اداری شناسایی نمی‌کرد، این نظر تعجب آور نبود. (Ibid: 602, n. 59)

۳. ماده ۷۹ CISG را با ماده ۷۴ ULIS که سابق بر آن است و در آن واژه «مانع» به کار رفته است، مقایسه کنید.

همچنین موجب از بین رفتن مفهوم «اجرایی که به‌طور غیرمنتظره دشوار شده است»، می‌شد (UNCITRAL YB 1974, Vol. V, p. 39, n. 108, Honnold, 1989: 185; CISG-AC Opinion No. 7, Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG, fn. این ولی (33; Honnold, 2009: 627, n. 432.2 ad Article 79 CISG; Rimke, 1999-2000: 222 جایگزینی به این معنا نیست که در فرضهای وقوع تغییرات اساسی در اوضاع و احوال، هیچ طریق جبرانی‌ای نباید اعطا شود (UNCITRAL YB 1974, Vol. V, p. 39, n. 108, Honnold, 1989: 185). منتها، تاریخچه قانون‌گذاری و تهیه پیش‌نویس ماده ۷۹ نشان می‌دهد که تهیه‌کنندگان پیش‌نویس، بر سر طرق جبرانی در فروض هاردشیپ، به توافق نرسیده‌اند.

پس نمی‌توان ادعا کرد که چون ماده ۷۹ معافیت به دلیل افزایش دشواری (مانع اقتصادی) را اجازه می‌دهد، به‌طور کامل به همه فرضهای تغییر اوضاع و احوال مربوط است. به خصوص گرچه به نظر می‌رسد طریق جبرانی معافیت طبق ماده ۷۹، در فروض کاهش غیرمنتظره سودمندی در اثر تغییر غیرقابل‌پیش‌بینی در اوضاع و احوال، نامناسب است (چون در چنین فرضهایی هیچ مانعی وجود ندارد)^۱، ولی نمی‌توان از تاریخچه تهیه پیش‌نویس کنوانسیون استنباط کرد که در این فروض، متضرر حق توسل به هیچ طریق جبرانی‌ای را ندارد. مسلماً تهیه‌کنندگان پیش‌نویس بر آن نبوده‌اند که یک راه‌حل عام برای همه حالت‌های تغییر اوضاع و احوال ایجاد کنند که در نگاه نخست، به نظر نوعی عدم قانون‌گذاری عام‌دانه می‌رسد؛ اما حذف واژه «فقط» از بند ۳ ماده ۷۹^۲ حاکی از این است که آنها پیش‌بینی می‌کرده‌اند که: مجبور کردن طرفین به اجرای قرارداد طبق

۱. پایه منطقی و تاریخچه تهیه پیش‌نویس ماده ۷۹، مانع اعمال خود به خودی بند ۵ این ماده از طریق قیاس بر همه حالت‌های هاردشیپ - از جمله حالت‌های کاهش سودمندی - می‌شود. تنها حالت‌های وقوع مانع اقتصادی بر اجرا (یعنی افزایش چشمگیر هزینه‌های اجرا) می‌تواند معافیت متعهد از مسئولیت برای عدم اجرا، را توجیه کند. البته گبریل در مخالفت با این نظر می‌نویسد: «ماده ۷۹ [...] مبناهایی را برای دفاع‌های (۱) عقیم شدن هدف [...] و (۲) غیرممکن شدن، فراهم می‌کند؛»

(Gabriel, 1996-1997: 280)

۲. این ماده مقرر می‌کند: «معافیت مقرر به‌وسیله این ماده فقط برای دوره‌ای که مانع وجود دارد نافذ است.»

شروط توافق شده در ابتدای انعقاد قرارداد، در فرضهای کاهش چشمگیر ارزش اجرا، ممکن است منطقی نباشد.

هانولد موضع صریحی در این خصوص ندارد؛ او از یک طرف تصدیق می‌کند که یک تغییر اقتصادی می‌تواند در موارد شدید مانع ایجاد کند و در چنین حالت‌هایی تنها طرق جبرانی پیشنهاد شده در ماده ۷۹، موجودند: «تئوری متمایل به هاردشیپ که به اجرای تعدیل‌شدهٔ قراردادی که از نظر اقتصادی دچار اختلال شده، معطوف است، [...] نباید در قراردادهای تحت حاکمیت کنوانسیون، اعمال شود. [...] ماده ۷۹ به‌طور جامع اثرات تغییر اوضاع و احوال بر تعهدات طرفین را تنظیم می‌کند و [لذا] باید در مورد این مسئله بر قواعد داخلی، مقدم تلقی شود» (Honnold, 2009: 629-630, n. 432.2 ad Article 79 CISG).

باین وجود او اعتراف می‌کند که: هیچ ترک فعل عامدانه‌ای در کنوانسیون در مورد فرض‌های کاهش ارزش اجرا وجود ندارد. از نظر او احتمال دارد خلأیی در کنوانسیون در مورد این حالت‌ها وجود داشته باشد یعنی این حالت‌ها تحت حاکمیت کنوانسیون هستند لیکن کنوانسیون به صراحت در مورد آنها قاعده‌ای وضع نکرده است و لذا بایستی طبق بند ۲ ماده ۷ کنوانسیون، در پرتو اصول عام مبنای کنوانسیون، مورد بررسی قرار گیرند، به خصوص اصول مقرر در ماده ۷۹ (Honnold, 2009: 622, n. 427 ad Article 79 CISG). او در نهایت نتیجه می‌گیرد که: «اصول مبنایی ماده ۷۹ حاکی از این هستند که معافیت از مسئولیت برای پرداخت خسارات تنها در صورتی قابل اعطاست که در نتیجه وقایعی خارج از کنترل طرف مدعی براءت، کاهش ارزش شدیدی (حدّ نهایی کاهش کامل) به وجود آمده باشد؛ [و البته] آن وقایع از جمله وقایعی بوده باشند که به طور منطقی نمی‌شده از طرف انتظار داشت که در زمان انعقاد قرارداد آنها را مورد توجه قرار دهد و از نتایج آن اجتناب کند یا بر آنها فائق آید» (Honnold, 2009: 622, n. 427 ad Article 79 CISG). لذا از نظر هانولد در تدوین کنوانسیون ترک فعل و سکوتی عامدانه صورت نگرفته است.

بنابراین نباید از سکوت کنوانسیون چنین استنباط کرد که: برای طرفی که در نتیجه تغییر در اوضاع و احوال، از کاهش چشمگیر ارزش اجرا ضرر می‌کند، هیچ طریق جبرانی‌ای وجود ندارد، و

تنها طریق جبرانی در حالت‌های افزایش دشواری، طریق جبرانی مذکور در ماده ۷۹ (برائت متعهد) است (CISG-AC Opinion No. 7, Exemption of Liability for Damages under Article 79 (of the CISG, n. 27).

تفسیر سوم: رویکرد مبتنی بر قواعد ماهوی: خلأ داخلی

برطبق این تفسیر یک خلأ داخلی در مورد فرضهای کاهش ارزش و به‌طور کلی‌تر، در مورد طرق جبرانی موجود برای طرف مواجه با هاردشیپ، در کنوانسیون وجود دارد (Garro, op.cit.: n. 15). خلأ داخلی یعنی مسئله طرق جبرانی در فرضهای هاردشیپ، مسئله‌ای تحت حاکمیت کنوانسیون هست ولی به صراحت در کنوانسیون حل‌وفصل نشده است، بدون اینکه تهیه‌کنندگان کنوانسیون عامدانه چنین کرده باشند. اگر این تفسیر را بپذیریم، باید دید چطور می‌توان این خلأ را پُر کرد. تمرکز بر فرضهای افزایش اساسی هزینه‌های اجرا پس از انعقاد قرارداد است (در مقابل فرضهای کاهش ارزش). باید مشخص شود که آیا طریق جبرانی دیگری غیر از معافیت از مسئولیت وجود دارد یا خیر؛ به خصوص آیا زیان‌دیده حق مطالبه مذاکره مجدد، یا تعدیل قضایی، یا تعدیل به حکم داور، یا فسخ قرارداد را دارد؟ در پاسخ باید سه مرحله را بررسی کرد:

الف) ابتدا باید وجود ۱- توافقی احتمالی میان طرفین، چه صریح و چه ضمنی (ماده ۸ کنوانسیون) و نیز ۲- هر معامله سابقی که می‌توانسته بین طرفین رویه ایجاد کرده باشد را جست‌وجو کرد (Schwenzer/Hachem, 2005: p. 135, n. 31 ad Article 7). زیرا طبق بند ۱ ماده

۱. «در حالت‌های ذیل، باید فرض را بر این گذاشت که طرفین امکان یا عدم امکان مذاکره مجدد یا تعدیل قضایی/داوری قرارداد را پیش‌بینی کرده‌اند: اگر طرفین «۱- یک شرط هاردشیپ تجویزکننده مذاکره مجدد یا تعدیل قرارداد را در قراردادهای درج کرده باشند [...]؛ ۲- به صورت ضمنی یا صریح بر استثنای اعمال کل کنوانسیون یا صرفاً ماده ۷۹ کنوانسیون و یا اعمال قانونی که بر اساس قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی محل رسیدگی (یا بر اساس قواعد تعارض قوانینی که داوران اعمال می‌کنند) حاکم است، و امکان مذاکره مجدد یا تعدیل قرارداد را مقرر می‌کنند، توافق کرده باشند [...]؛ ۳- (به خصوص در قراردادهای مشمول داوری) اعمال شدن PECL یا اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی به صورت انحصاری [...] یا اعمال شدن اصول قراردادهای

۹ کنوانسیون «طرفین به رعایت هر عرف و عادت که [قبلاً] مورد توافق قرار داده‌اند و هر رویه‌ای که بین خودشان برقرار کرده‌اند، ملزم‌اند».^۱

ب) اگر توافق یا رویه و عادت بین طرفین وجود نداشته باشد، باید بررسی شود که آیا «عرف و عادت» که طرفین نسبت به آن وقوف داشته‌اند یا باید وقوف می‌داشتند و در تجارت بین‌الملل کاملاً شناخته شده است و طرفین قراردادهای مشابه در آن نوع تجارت خاص به طور منظم آنها را رعایت می‌کنند»^۲ وجود دارد. در صورت وجود «فرض بر این است که طرفین این عرف و عادت را به نحو ضمنی بر قرارداد فی‌مابین یا انعقاد آن حاکم ساخته‌اند، مگر اینکه به نحو دیگری توافق کرده باشند».^۳

ج) در صورت نبود عرف تجاری قابل اعمال، خلأ کنوانسیون در مورد فرضهای هاردشیپ، باید طبق بند ۲ ماده ۷ این کنوانسیون پُر شود: «مسائل مربوط به موضوعات تحت حاکمیت

تجاری بین‌المللی [...] به‌عنوان مکمل قانون حاکم بر قرارداد، را مقرر کرده باشند [...]؛ ۴- (در قراردادهای مشمول داوری) به داوران اجازه داده باشند که از روی انصاف یا کدخدامنشانه عمل کنند، یا حکمشان را بر اساس قواعد حقوقی ای استوار سازند که متعلق به هیچ قانون داخلی خاصی نیست [...]، ... به شرطی که [قواعدی از اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی یا PECL که به تغییر اوضاع و احوال مربوط هستند، را اصول پذیرفته شده به صورت عام بدانیم]». (Flambouras, 2001: 290-292)

۱. در مورد رویه‌های برقرار شده بین طرفین، تکرار و استمرار، لازم است. (Schwenzer/Fountoulakis, 2007: 93; Schmidt—Kessel, 2005: 186, n. 8 ad Article 9). «سیاق اجرا باید یک انتظار موجه را مبنی بر اینکه طرفین آن رویه را به همان شکل در آینده ادامه خواهند داد، ایجاد کرده باشد. [...] لذا لازم است که طرفین اجرایشان را به‌عنوان یک رویه شناسایی کرده باشند». (Schmidt—Kessel, 2005: 186, n. 8 ad Article 9)

۲. انتهای بند ۲ ماده ۹ کنوانسیون.

۳. ابتدای بند ۲ ماده ۹ کنوانسیون. «طبق بند ۲ ماده ۹، برای توجیه این نتیجه که: طرفین بر آن [عرف و عادت] وقوف داشته‌اند یا می‌بایست وقوف می‌داشتند، عرف و عادت باید برای یک دوره زمانی به‌طور منظم رعایت شده باشد». (Honnold, 2009: 173, n. 120.1 ad Article 9 CISG). یعنی رعایت کردن آن عرف و عادت باید از نظر زمانی آنقدر طول بکشد که بتوان گفت که با توجه به طی شدن این مدت و رعایت شدن آن عرف به‌طور منظم، طرفین حتماً از آن آگاه بوده‌اند یا باید آگاه می‌بوده‌اند. همان‌طور که کروگر می‌نویسد، «یک عرف باید راهش را به روابط قراردادی - در حدود و از طریق اصل استقلال اراده واقعی فرضی یا ضمنی طرفین - پیدا کند». (Krüger, 1999: 239 et seq., n. 5.2.a)

کنوانسیون حاضر که تکلیف آنها به صراحت در این کنوانسیون تعیین نشده، طبق اصول کلی‌ای که کنوانسیون مبتنی بر آنهاست^۱ و در صورت فقدان این‌گونه اصول، طبق قانونی که حسب قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی حاکم است، حل و فصل خواهند شد.^۲

بنابراین در همه فرضه‌های تحت حاکمیت کنوانسیون، اگر بتوان از اصول کلی مبنای کنوانسیون راه‌حلی را برای مسائل مربوط به هاردشیپ بیرون کشید، این اصول بر نظریه‌های داخلی^۳ مقدم می‌شوند. (Momberg & Rodrigo, 2011: 236) تنها اصولی که «جزو ارکان کنوانسیون» هستند می‌توانند «اصول کلی مبنای کنوانسیون» تلقی شوند. (Brandner, 1999: n. II.B.4.a.) برخی از این اصول صریحاً در موادی از کنوانسیون توضیح داده شده‌اند،^۴ و سایر آنها از مفاد، ساختار و روح کنوانسیون قابل استنباط‌اند (Ibid: n. II.B.4.a.; Magnus, 1995: Vol. 50, Chapter 4, 3.c and 5.a. Issue 3-4, n. 4.a.; Felemegas, 2000-2001: 115 et seq., Chapter 4, 3.c and 5.a.) دسته اخیر باید از تفسیری از کنوانسیون استنتاج شوند که نه فقط با الزامات بند ۱ ماده ۷ مطابق باشد^۵ بلکه به نیازهای مربوطه تجارت بین‌الملل هم پاسخ بدهد. (Veneziano, 2010: 142-143) اصول کلی مبنای کنوانسیون عبارتند از:

۱. یا طبق نسخه فرانسوی کنوانسیون، اصولی که کنوانسیون «مُلهم از آنهاست» (don't elle s'inspire) اعمال مقررات خاصی از کنوانسیون از طریق قیاس و استنتاج کردن اصول کلی از کنوانسیون، طبق بند ۲ ماده ۷ کنوانسیون، روش‌های مکمل پُر کردن خلأ هستند. ببینید: Felemegas, 2000-2001: Chapter 4, 3.c; Honnold, 2009: 146, n. 102 ad Article 7 CISG; Schlechtriem/Butler, 2009: 51, n. 47
۲. ماده ۱۷ ULIS پُر کردن خلأ، به وسیله قواعد متحدالشکل حاصله از اصول کلی مبنای آن قانون (ULIS) را مقرر کرده بود، ولی اجازه متوسل شدن به قوانین داخلی را نمی‌داد. لکن طبق CISG استناد کردن به قانون داخلی، آخرین چاره است. ببینید: Felemegas, 2000-2001: Chapter 4, 1; Schwenzler /Hachem, 2005: 22, n. 10 ad Article 1-6.
۳. مثل Wegfall der Geschäftsgrundlage در حقوق آلمان و eccessiva onerosità sopravvenute در حقوق ایتالیا.
۴. مثلاً اصل «استقلال طرفین» در ماده ۶.
۵. بند ۱ ماده ۷: «در تفسیر مقررات این کنوانسیون باید به خصیصه بین‌المللی آن و نیز به ضرورت ایجاد هماهنگی در اجرای آن و رعایت حسن نیت در تجارت بین‌الملل توجه شود».

۱) اول و از همه مهم‌تر، اصل حسن نیت،^۱ که نه فقط به تفسیر کنوانسیون مربوط می‌شود، بلکه بر رفتار طرفین در روند قراردادشان هم حاکم است.^۲

۲) اصل معقولیت^۳، که یک «ضابطه کلی برای ارزیابی رفتار طرفین است و در صورت فقدان مقرر به خصوص می‌توان به آن متوسل شد» (Bonell, 1987: 81, n. 2.3.2.2 ad Article 7).

۱. اصل حسن نیت (good faith) مبنای چندین ماده کنوانسیون است. مثلاً بند ۱ ماده ۸، بند ۲ ماده ۴۶، ماده ۷۷؛ مقرراتی که سوءاستفاده را منع می‌کنند (مثلاً بند ۳ ماده ۳۵، ماده ۴۰، انتهای ماده ۶۸) موادی که عمل برخلاف رفتار قبلی را منع می‌کنند (عمل متناقض با عمل قبلی؛ مثلاً قسمت b بند ۲ ماده ۱۶ و بند ۲ ماده ۲۹ کنوانسیون) (انتهای بند ۳ ماده ۸ کنوانسیون را ببینید)؛ و مقرراتی که به طرفین دستور می‌دهند که معقولانه عمل کنند. ببینید:

Slechtriem/Butler, Op. cit.: 52, n. 48; Schwenger/Hachem, 2005: 136, n. 32, fn. 106 ad Article 7.

۲. همان‌طور که خوانش تحت‌اللفظی از بند ۱ ماده ۷ حاکی از این امر است.

۳. به‌عنوان مثال ببینید:

SARL BRI Production "Bonaventure" v. Société Pan African Export, Cour d'appel, Grenoble, France, 22 February 1995, CISG-online 151; HCCI Award of 17 November 1995, CISG-online 250; Filanto, SpA v. Chilewich Intern. Corp., 789 F. Supp. 1229 (SDNY 1992), CISG-online 45; ICC Award in Case n. 11849, 2003, CISG-online 1421; Dulces Luisi, SA de CV v. Seoul International Co. Ltd. Y Seolia Confectionery Co., Mexican Commission for the Protection of Foreign Trade, Mexico, Award of 30 November 1998, CISG-online 504; SO. M. AGRISAS di Ardina Alessandro & C. v. Erzeugerorganisation Marchfeldgemüse GmbH & Co. KG, tribunal of Padova, Italy, 25 February 2004, CISG-online 819. See also: Secretariat Commentary on Article 6 of the 1978 Draft (draft counterpart of Article 7 (1) CISG); Magnus, 1995: n. 5.b; Magnus, 1998: 91 et seq.; Bonell, 1987: 84-85, n. 2.4.1 ad Article 7; Schlechtriem/Butler, 2009: 52, n. 48; Zeller, 2000: 97; Herber, 2005: p. 61, n. 7 ad Article 7; Zeller, 2003: Chapter 4, 1.b.

به‌عنوان نظر مخالف، ببینید: Farnsworth, 1995: 56

۴. اصل معقولیت (reasonableness)، بین کنوانسیون و اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی مشترک است (Carvalho, 2006: s. III.1.4.) و در بند ۲ ماده ۸، قسمت b بند ۲ ماده ۱۶، بند ۲ ماده ۱۸، ماده ۳۴، قسمت b بند ۲ ماده ۳۵، بند ۳ ماده ۳۸، بند ۱ ماده ۳۹، بند ۱ ماده ۴۳، بندهای ۱ و ۲ ماده ۴۸، بند ۲ ماده ۴۹، قسمت a ماده ۶۰، بند ۱ ماده ۶۳، ماده ۶۵، بند ۲ ماده ۷۲، ماده ۷۵، بند ۲ ماده ۷۶، مواد ۷۷، ۷۹، ۸۵، ۸۶، و بندهای ۱ و ۲ ماده ۸۸، کنوانسیون قرار داده شده است. در خصوص «معقولیت» به‌عنوان یک اصل کلی مبنای کنوانسیون، ببینید: Magnus, 1995: n. 5; Ferrari, 1994-1995: 225; Ferrari, 1998: 174; Herber, 2005: 67, n. 38 ad Article 7.

۳) وظیفه کلی به همکاری کردن؛^۱ طبق این اصل طرفین باید در برداشتن گامهای لازم برای اجرای قرارداد، باهم معاضدت کنند (Magnus, 1995: Chapter 4, 5.a.; Felemegas, 2000-2001: Chapter 4, 5.a.; Magnus, 1995: n. 5.b; Kritzer, 1989: 115).

۴) وظیفه به همکاری، به اصل استحکام قرارداد مرتبط است.^۲ طبق این اصل، «در صورت امکان باید راه‌حلی در جهت بقای قرارداد به شکل معتبر و علیه فسخ شتاب آمیز قرارداد از سوی یکی از طرفین، اتخاذ شود» (Bonell, 1987, pp. 84-85, n. 2.4.1 ad Article 7).

۵) وظیفه به تخفیف خسارات،^۳ که بر اساس آن هر یک از طرفین باید همه اقدامات لازم برای کاهش خسارت وارده به خودش را اتخاذ کند و از مطالبه خساراتی که می‌توانسته از آنها اجتناب کند، محروم است.

حق مطالبه مذاکره مجدد در صورت وقوع هاردشیپ طبق کنوانسیون را می‌توان از ادغام این ۵ اصل کلی، استنباط کرد. طرفین باید با حسن نیت، طبق استانداردهایی متعارف از نظر عینی، برای بازگرداندن توازن قراردادی و ممکن ساختن اجرای قرارداد، مذاکره مجدد کنند (CISG-AC Opinion No. 7, Exemption of Liability for Damages under Article 79 of the CISG, n. 5, n. ۸۲۴۰; Schwenger, 2008: 721; Brunner, Op. cit.: 394 and 480; Stoll/Gruber, 2005: 32 ad Article 79; Stoll, 1998: 618, n. 40 ad Article 79). این هدف (توازن قراردادی) از اعمال مطلق اصل لزوم وفای به عقد در حالتهای هاردشیپ، مهم‌تر است. لذا اصول کلی مبنای

برای تعیین اینکه چه چیزی طبق کنوانسیون «معقول» است، ببینید:

Magnus, 1995: n. 5.b.; Felemegas, 2000-2001: Chapter 4, 5.a.

۱. وظیفه به معاضدت (cooperate) در موادی از کنوانسیون مثل بند ۳ ماده ۳۲ و قسمت a ماده ۶۰، آمده است.
۲. اصل استحکام قرارداد، به‌عنوان مبنای کنوانسیون به‌عنوان مثال در بند ۲ ماده ۱۹، مواد ۲۵، ۲۶، ۳۷، ۴۷، ۴۸، ۴۹، ۵۰، ۵۱، ۶۳، و ماده ۴۶ مقرر شده است. ببینید:

Brandner, 1999; Torsello, 2005: 55; Felemegas, 2000-2001: Chapter 4, 5.a.; Schwenger/Hachem, 2005: 138, n. 35 ad Article 7; Magnus, 1995: n. 5.b.

۳. وظیفه طرفین به کاهش دادن خسارات (mitigate losses)، به صراحت در ماده ۷۷ کنوانسیون وضع شده ولی از دیگر مواد مانند ماده ۸۵، بندهای ۱ و ۲ ماده ۸۶، و بند ۲ ماده ۸۸، نیز قابل استنباط است.

کنوانسیون راه‌حلی را ارائه می‌کنند که به نیازهای طرفین در حالت‌های وقوع هاردشیپ، پاسخ می‌دهد (Veneziano, 2010: 147-148).

به‌عنوان مؤید می‌توان به حکم دادگاه عالی بلژیک اشاره کرد. دادگاه برای پُر کردن خلأ داخلی کنوانسیون در مورد حالت‌های هاردشیپ، به بند ۲ ماده ۷ استناد کرد و این‌طور نتیجه گرفت: طرفی که با افزایش چشمگیر هزینه‌های اجرا مواجه می‌شود، می‌تواند مطالبه مذاکره مجدد کند (Scafom International BV v. Lorraine Tubes SAS, Hof van Cassatie (Supreme Court), (Belgium, 19 June 2009, CISG-online 1963). دعوا بین یک خریدار هلندی و یک فروشنده فرانسوی بود که چندین قرارداد فروش لوله‌های فولادی برای استفاده در ساخت داربست‌های فلزی، را منعقد کرده بودند. این قراردادها حاوی هیچ‌گونه شرطی مبنی بر تعدیل ثمن نبودند. بعد از انعقاد قراردادها، قیمت فولاد به‌طور غیرمنتظره‌ای حدود ۷۰ درصد افزایش پیدا کرد. فروشنده تلاش کرد که ثمن را افزایش دهد اما خریدار قیمت جدید را نپذیرفت. دادگاه بدوی تصدیق کرد که افزایش پیش‌بینی‌نشده قیمت، یک عدم توازن جدید را در قرارداد ایجاد کرده و اجرای قرارداد با قیمت قراردادی، به بایع آسیب می‌رساند ولی با این استدلال که: کنوانسیون (مقرر حاکم بر قرارداد) به صراحت مسئله تغییر ناگهانی اوضاع و احوال را مورد بحث قرار نداده، حقی برای بایع مبنی بر مذاکره مجدد در خصوص ثمن را شناسایی نکرد. دادگاه برای رسیدگی به مسئله از استناد به قانون داخلی نیز استنکاف و ذکر کرد که طرفین اگر می‌خواستند که قرارداد را با اوضاع و احوالی که بایع می‌توانسته یا می‌بایست آنها را پیش‌بینی کند - سازگار (تعدیل) کنند، بایستی بر شرط تعدیل ثمن توافق می‌کردند. [پس چون طرفین بر شرط تعدیل ثمن توافق نکرده‌اند، پس نمی‌خواسته‌اند که قراردادشان با شرایط جدیدی که در آینده ایجاد خواهد شد تغییر کند] (Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S., Rechtbank van Koophandel, Tongeren, (Belgium, 25 January 2005, CISG-online 1106).

اما این حکم به‌وسیله دادگاه تجدیدنظر نقض شد؛ دادگاه اخیر با ارجاع به بند ۲ ماده ۷ کنوانسیون اعلام کرد که مسئله هاردشیپ باید طبق قانون داخلی (قانون فرانسه) رسیدگی می‌شد (Scafom International BV v. Lorraine Tubes SAS, Hof van Beroep (Court of Appeal), (Antwerpen, preliminary decision of 29 June 2006, final judgment of 15 February 2007,

این (reported in the Supreme Court's decision of 19 June 2009, (CISG-online 1963)). دادگاه مقرر کرد که حتی اگر قانون فرانسه طرق جبرانی‌ای را در حالتهای هاردشیپ مقرر نکند (یعنی قانون فرانسه تئوری تغییر اوضاع و احوال را مورد شناسایی قرار ندهد)^۱، بازهم در شرایط خاص، این قانون وظیفه به مذاکره مجدد قرارداد را براساس اصل کلی حسن نیت، مقرر می‌کند. بنابراین دادگاه با ادعای متقابل بایع مبنی بر دریافت مبلغی به‌عنوان ثمن بیشتر، موافقت کرد. دادگاه عالی حکم تجدیدنظر را با تصدیق حق بایع به مطالبه مذاکره مجدد در مورد ثمن، اما با استدلالی متفاوت تأیید کرد. دیوان عالی، اعمال قانون داخلی فرانسه را رد و چنین حکم کرد: خلأیی در کنوانسیون وجود داشته که باید طبق بند ۲ ماده ۷ کنوانسیون، به‌وسیله اصول کلی تجارت بین‌الملل، پُر شود. اینکه بند ۱ ماده ۷۹ کنوانسیون به صراحت در مورد حالتهای فورس مائور-به‌عنوان مانعی که معافیت را توجیه می‌کند- است، به‌طور ضمنی ارتباط هاردشیپ به این ماده را استثنا نمی‌کند. اوضاع و احوال تغییر یافته‌ای که در زمان انعقاد قرارداد به‌طور منطقی قابل پیش‌بینی نبوده‌اند و بی‌شک سنگینی بار اجرای قرارداد را به‌طور نامناسبی افزایش می‌دهند، می‌توانند تحت شرایطی یک مانع را در مفهوم [بند ۱ ماده ۷۹] کنوانسیون شکل دهند. دیوان عالی برای پُر کردن خلأ کنوانسیون، به اصول کلی حاکم بر حقوق تجارت بین‌الملل- که از جمله در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی درج شده‌اند- توجه کرد و نتیجه گرفت که: طرفی که ادعا می‌کند که تغییر در اوضاع و احوال به‌طور اساسی توازن قرارداد را مختل کرده، حق مطالبه مذاکره مجدد قرارداد را داشته است (Scafom International BV v. Lorraine Tubes SAS, Hof van (Cassatie, Belgium, 19 June 2009)).

درخواست مذاکره مجدد باید در زمانی متعارف پس از آگاه شدن زیان‌دیده (متعهد) از وقوع تغییر در اوضاع و احوال و اثرات آن بر قرارداد انجام شود و در آن دلایلی که درخواست بر اساس آنها مطرح می‌شود، ذکر گردد تا طرف مقابل بتواند بررسی کند که آیا مذاکره مجدد قرارداد، موجه

۱. این تئوری (Imprévision) در اصلاحات اخیر قانون مدنی فرانسه (۲۰۱۶) در مورد قراردادهای خصوصی نیز پذیرفته شد.

است یا خیر.^۱ اگر متعهدله از انجام مذاکره استنکاف کند یا آنرا با حسن نیت انجام ندهد، متعهد نمی‌تواند خسارت دریافت کند، ولی این امر می‌تواند به‌هنگام تخصیص هزینه‌های دادرسی، به‌وسیله مرجع تصمیم‌گیرنده مورد توجه قرار گیرد (Brunner, Op. cit.: 483).

اگر مذاکره با شکست مواجه شود، با قیاس از ماده ۵۰ کنوانسیون می‌توان حق مطالبه تعدیل قضایی قرارداد را استنباط کرد.^۲ شلیختریم در نظر جالبی بیان می‌کند: «طریق جبرانی تقلیل ثمن مندرج در ماده ۵۰ کنوانسیون، یک نوع تعدیل قرارداد برای بازگرداندن توازن مختل شده بین اجرا از یک طرف و تعهد از طرف دیگر، است» (Schlechtriem, 1999: 237; See also: Garro, Op. cit.: 16, n. IV).^۳ مرجع تصمیم‌گیرنده، در تعدیل و تطبیق قرارداد با اوضاع و احوال جدید باید تلاش کند که به هرگونه تخصیص ریسک از جانب طرفین (چه صریح و چه ضمنی)، توجه کند؛^۴ در صورت شکست مذاکرات مجدد، متعهد حق ندارد قرارداد را فسخ‌شده اعلام کند (Azeredo da Silveira, Op. cit.: 345, n. 520). هیچ اصل کلی مبنای کنوانسیون به مرجع تصمیم‌گیرنده اجازه نمی‌دهد که قرارداد را به درخواست متعهد خاتمه دهد.^۵

۱. بند ۴ ماده ۷۹ کنوانسیون از طریق قیاس و نیز جمله دوم بند ۱ ماده ۲.3 اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی.
۲. ماده ۵۰ کنوانسیون: «اگر کالای تسلیم‌شده منطبق با قرارداد نباشد اعم از اینکه ثمن قبلاً تأدیه شده یا نشده باشد، مشتری می‌تواند به نسبت تفاوت ارزش کالای تسلیم‌شده در روز تسلیم و ارزشی که کالای منطبق با قرارداد در روز تسلیم دارا می‌بوده است، ثمن را تقلیل دهد؛ مع‌هذا هرگاه بایع مطابق مواد ۳۷ یا ۳۸ هر نوع قصور در ایفای تعهدات خود را جبران کند یا اگر مشتری مطابق مواد مذکور از قبول انجام تعهد بایع خودداری ورزد، مشتری نمی‌تواند ثمن را کاهش دهد». برای مطالعه نظرات مخالف، ببینید: Tallon, 1991: 592, n. 3.1 ad Article 79; Rimke, 1999-2000: 240.

۳. مولرچن نیز اشاره می‌کنند که «تقلیل ثمن [...] نه خسارت است و نه فسخ جزئی قرارداد، بلکه تعدیل قرارداد است». (Müller-Chen, 2005: 771, n. 1 ad Article 51)

همان‌طور که برونر متذکر شده است، «به‌نظر می‌رسد که اختیار دادگاه به تعدیل کردن قرارداد مناسب باشد، چون این [طریق جبرانی] - از نظر متعهدله، در قیاس با [طریق جبرانی] معافیت متعهد یا فسخ قرارداد - یک نتیجه حقوقی ملایم‌تر و کمتر مختل‌کننده است». (Brunner, op. cit.: 218)

۴. برونر نیز می‌نویسد: «تعدیل باید محدود به آن چیزی شود که لازم است تا اجرا را برای زیان‌دیده تحمل‌پذیر کند». (Brunner, Ibid: 394 and 499)

۵. برای نظر مخالف، ببینید: صفری، پیشین: ۱۳۱-۱۳۵.

مطالعه تاریخچه تهیه و تصویب کنوانسیون، روشن می‌کند که خلأیی داخلی در کنوانسیون در ارتباط با فروض افزایش دشواری یا کاهش قابلیت سوددهی قرارداد (البته اگر به‌طور اساسی توازن قراردادی را از بین ببرد)، وجود دارد. برای پر کردن این خلأ تفاسیر مختلفی از سوی حقوق‌دانان مطرح شده است:

طبق تفسیر نخست، خلأ خارجی به این معناست که فروضی از هاردشیپ که در قلمرو ماده ۷۹ قرار نمی‌گیرند، خارج از محدوده موضوعات تحت حاکمیت کنوانسیون هستند و باید طبق قانون داخلی حاکم، حل و فصل شوند. اما مشکل تفسیر مذکور این است که کنوانسیون برای حالت‌های غیرممکن شدن یا بیش از حد دشوار شدن اجرا در اثر یک مانع راه‌حل متحدالشکلی را مقرر کرده، پس چطور می‌تواند در فروض مشابه یعنی افزایش قابل توجه دشواری یا کاهش قابل توجه سودمندی ارزش اجرا را از حاکمیت خود خارج کرده باشد؟

تفسیر دوم، عدم استثنای فروض هاردشیپ از کنوانسیون و عدم پیش‌بینی طریق جبرانی برای آنها در کنوانسیون را مقرر می‌کند که به دلایل ذیل نمی‌تواند تفسیر مناسبی باشد: رد ماده پیشنهادی در خصوص هاردشیپ، دلیل قاطعی بر این نیست که کنوانسیون به‌صورت عامدانه هیچ طریق جبرانی را برای طرف مواجه با هاردشیپ مقرر نمی‌کند و حمایت نمایندگان بسیاری از کشورها از ماده پیشنهادی نیز مؤید همین امر است. لذا تاریخچه قانون‌گذاری ماده ۷۹ نشان می‌دهد که تهیه‌کنندگان پیش‌نویس فقط نتوانسته‌اند بر سر طرق جبرانی در فروض هاردشیپ، به توافق برسند.

بررسی نظرات جدید مفسران کنوانسیون، تفسیر سومی را پیش رو می‌نهد و نشان می‌دهد که برای پُر کردن این خلأ، گرایشی فزاینده و قوی به استفاده از اصول مبنایی کنوانسیون (مانند اصول حسن نیت، معقولیت، وظیفه به معاضدت، استحکام قرارداد و ...) وجود دارد؛ بر اساس این اصول، علی‌رغم سکوت کنوانسیون، متعهد اگر با وقوع غیرقابل پیش‌بینی افزایش هزینه‌ها یا کاهش سودمندی اجرا مواجه شود، حق دارد که مذاکره مجدد قرارداد یا تعدیل قرارداد به حکم دادگاه را مطالبه کند.

منابع و مأخذ:

الف - منابع فارسی:

- بنایی اسکویی، مجید، (۱۳۹۲)، «تعدیل قرارداد در صورت تعدر مالی»، مجله مطالعات حقوق تطبیقی، بهار و تابستان، دوره ۴، ش ۱، صص ۴۱-۶۱.
- فورت، آ.د.م، (۱۳۷۱)، «بررسی تطبیقی نظریه عقیم شدن اقتصادی قراردادهای تجاری»، ترجمه دکتر حسین میرمحمدصادقی، مجله تحقیقات حقوقی - دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ش ۱۰، صص ۳۳۷ تا ۳۶۵.
- سرمدی، عباس، (۱۳۹۰)، «بررسی شرایط و نتایج سختی اجرای قرارداد در حقوق ایران و اصول قراردادهای بازرگانی بین‌المللی»، پایان‌نامه حقوق بین‌الملل دانشگاه گیلان.
- شونزر، اینگبورگ، «فورس ماژور و هاردشیپ در قراردادهای بیع بین‌المللی»، ترجمه: حمید آرابی، ماهنامه کانون، ۱۳۹۲، شماره ۱۳۶ و ۱۳۷، صص ۱۶۳-۱۸۲.
- حکمت، محمدعلی، (۱۳۶۴)، «تأثیر تغییر اوضاع و احوال در اعتبار معاهدات و قراردادهای بین‌المللی»، قسمت دوم، مجله حقوق، ش ۳، صص ۵-۴۸.
- صادقی مقدم، محمدحسن، (۱۳۸۶)، تغییر در شرایط قرارداد، تهران، نشر میزان، چاپ دوم.
- صفری، ناهید، (۱۳۸۸)، «مطالعه تطبیقی نظریه هاردشیپ در اصول حقوق قراردادهای اروپایی»، اصول یونیدورا، کنوانسیون بیع بین‌الملل و حقوق ایران، کارشناسی ارشد حقوق خصوصی دانشگاه بین‌المللی امام خمینی.
- گلشنی، عصمت، (۱۳۹۶)، «تأثیر تحریم‌ها بر قراردادهای بازرگانی بین‌المللی»، رساله دکتری رشته حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

-Audit, Bernard. (1990). La Vente internationale de marchandises- Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980, Paris: LGDJ.

-Azeredo da Silveira, Mercédeh. (2014). Trade Sanctions and International Sales- An Inquiry into International Arbitration and Commercial Litigation, The Netherlands: Wolters Kluwer.

-Bonell, Michael Joachim. (1987). in: Commentary on the CISG: The 1980 Vienna Sale Convention, Bianca Cesare Massimo/Bonell Michael Joachim (eds.), Milan: Giuffrè.

-Brandner Gert. (1999). Admissibility of Analogy in Gap-filling under the CISG, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/brandner.html>.

-Brunner, Christoph. (2009). Force Majeure and hardship under general contract principles, Kluwer Law International BV.

-Bund, Jennifer (1997-1998), "Force Majeure Clauses: Drafting Advice for the CISG Practitioner", Journal of Law and Commerce, pp. 381 et seq.

-Carlsen, Anja (1998), "Can the Hardship Provisions in the UNIDROIT Principles Be Applied When the CISG Is the Governing Law?", n. IV. D, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/carlsen.html>.

-Carvalho, Sica Lucia (2006), "Gap-Filling in the CISG: May the UNIDROIT Principles Supplement the Gaps in the Convention?", Nordic Journal of Commercial Law, s. III.1.4, <http://www.cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/sica.html>.

-Enderlein Fritz/Maskow Dietrich, International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, New York London etc. (Oceana Publications), 1992, <http://cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlien.html>.

-Evans, Malcolm (1984), "Explanatory Report () on the Convention on Agency in the International Sale of Goods", Uniform Law Review, (1), 73-159.

-Farnsworth, E. Allan (1995), "Duties of Good Faith and Fair Dealing under the UNIDROIT Principles, Relevant International Conventions, and National Laws", Tulane Journal of International and Comparative Law.

-Felemegas, John (2000-2001), "The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Article 7 and Uniform Interpretation", Pace Review on The Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), pp. 115 et seq., <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/felemegas.html>.

-Ferrari, Franco (1998), "General Principles and International Uniform Commercial Law Conventions: A Study of the 1980 Vienna Sales Conventions and the 1988 UNIDROIT Conventions on International Factoring and Leasing",

Pace International Law Review, pp. 157 et seq.,
<http://digitalcommons.pace.edu/pilr/vol10/iss1/6>.

-Flambouras, Dionysos P. (2001), "The Doctrines of Impossibility of Performance and Clausula Rebus Sic Stantibus in the 1980 Convention on Contracts for the International Sale of Goods and Principles of European Contract Law: A Comparative Analysis", Pace International Law Review, pp. 261 et seq., <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/flambouras1.html>.

-Gabriel, Henry Deeb (1996-1997), "A Primer on the United Nations Convention on the International Sale of Goods: From the Perspective of the Uniform Commercial Code" , Indiana International & Comparative Law Review, pp. 279 et seq.

-Garro, Alejandro M. (2007), Comparison between Provision of the CISG Regarding Exemption of Liability for Damages (Art. 79) and the Counterpart Provisions of UNIDROIT Principles (Art. 7.1.7), in: An International Approach to the Interpretation of United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law, Felemegas (ed.), Cambridge: Cambridge University Press.

-Hondius, E., & Grigoleit, C. (Eds.). (2011). Unexpected Circumstances in European Contract Law, Cambridge University Press, 1 ed., 2011.

-Honnold, John O. (1989), Documentary History of the Uniform Law for International Sales- The Studies, deliberations and decisions that led to the 1980 United Nations Convention with introductions and Explanations, Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers.

-Honnold, John O. (2009), Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, Edited and Updated by Harry M. Flechtner, 4th ed., Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.

-Huber Peter/Mullis Alastair, The CISG- A New Textbook for Students and Practitioners, München (Sellier European Law Publishers), 2007.

-Kritzer, Albert H. (1989), Guide to Practical Applications of the CISG, Denventer/Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers.

-Krüger, Kai (1999), "Financial Force Majeure- The Extent of Efforts which the Seller Must Take to Overcome Impediments for Performance in Contracts for the Sale of Goods under Scandinavian Law- Remarks on the Impact of CISG Art 79", in: Rättsvetenskapliga studier till minnet av Tore Almén, Stockholm: Iustus Förlag, pp. 239 et seq.,
<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/kruger2.html>.

-Lindström Niklas, (2006/1), Changed Circumstances and Hardship in the International Sale of Goods, Nordic Journal of Commercial Law, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lindstrom.html>.

-Lookofsky, Joseph (2005), "Impediments and Hardship in International Sales: A Commentary on Catherine Kessedjian's -Competing Approaches to

Force Majeure and Hardship" , International Review of Law and Economics, pp. 434 et seq.

-Magnus, Ulrich (1995), "General Principles of UN-Sales Law" , *Rebels Zeitschrift for Foreign and International Private Law*, Vol. 50, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/magnus.html>.

-Magnus, Ulrich (1998), "Remarks on Good Faith: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the International Institute for the Unification of Private Law Principles of International Commercial Contracts" , *Pace International Law Review*, p. 89 et seq., <http://digitalcommons.pace.edu/pilr/vol110/iss1/4>.

-Momberg, Uribe, Rodrigo Andres (2011), "Change of Circumstance in International Instruments of Contract Law. The Approach of CISG, PICC, PECL and DCFR", <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/uribe.pdf>.

-Rimke, Joern (1999-2000), "Force Majeure and Hardship: Application in International Trade Practice with Specific Regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts", *Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, pp. 197 et seq., <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rimke.html>.

-Schlechtriem Peter, (1986), *Uniform Sales Law- The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Vienna (Manz), <http://cisg.law.pace.edu/biblio/Schlechtriem.Html>.

-Schlechtriem, Peter (1999), in *Transcript of a Workshop on the Sales Convention: Leading CISG scholars discuss Contract Formation, Validity, Excuse for Hardship, Avoidance, Nachfrist, Contract Interpretation, Parol Evidence, Analogical Application, and much more*, transcribed and edited by Harry M. Flechtner, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/workshop-79.html>.

-Schlechtriem, Peter/Schwenzer, Ingeborg (2005), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 2nd ed., Oxford University Press.

-Schlechtriem, Peter/Butler, Petra (2009), *UN Law on International Sales-The UN Convention on the International Sale of Goods*, Berlin: Springer.

-Schwenzer, Ingeborg/Fountoulakis, Christiana (2007), *International Sales Law*, London: Routhledge-Cavendish.

-Schwenzer, Ingeborg (2008), "Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts", *Victoria University of Wellington Law Review*.

-Stoll, Hans (1998), in: *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Schlechtriem Peter (ed.), 2nd ed., Oxford: Clarendon Press.

-Heuzé, Vincent, *La vente internationale de marchandises – Droit uniforme*, Paris: LGDJ, 2000.

-Tallon, Denis (1991), "Imprévision Revisited: Some Remarks on the Consequences of a Change of Circumstances on Contracts", in: *Binding Force of Contract*, Harmathy (ed.), Budapest: Institute for Legal and Administrative Sciences of the Hungarian Academy of Sciences.

-Torsello, Marco (2005), "Remedies for Breach of Contract under the 1980 Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)", in: *Quo Vadis CISG? Celebrating the 25 th Anniversary of the United Nation Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Ferrari (ed.), Brussels (Bruylant)/München (Sellier)/Paris (Forum européen de la communication), pp. 43 et seq.

-Veneziano, Anna (2010), "UNIDROIT Principles and CISG: Change of Circumstances and Duty to Renegotiate according to the Belgian Supreme Court", ULR, pp. 137 et seq.

-Zeller, Bruno (2000), "The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)- A Leap Forward towards Unified International Sales Law", *Pace International Law Review*, p. 79 et seq., <http://digitalcommons.pace.edu/pilr/vol112/iss1/4>.

-Zeller, Bruno (2003), *Four Corners- The Methodology for Interpretation and Application of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/4corners.html>.

Hardship in the Convention on Contracts for the International Sale of Goods- a Comparative Study on the New Interpretations

Esmat Golshani¹

Mansour Amini²

Seyed Mahdi Hosseini Modarres³

Abstract

There is no agreement amongst lawyers in different legal systems on whether hardship is accepted in the convention on contracts for the international sale of goods, particularly article 79 of the convention. A comparative study on the opinions of the commentators of the convention shows that the Silence of the convention can be interpreted as an "external gap", "intended omission", or "internal gap. Most of the age-old interpretations have been confined to this short explanation that the convention does not have any explicit provision as to the hardship. The conclusion of the research: in the recent opinions which are based on the purpose of the convention, presented by its commentators, the convention has "internal gap" regarding different situations of hardship. To fill this gap the fundamental principles of the convention (such as good faith, reasonableness, cooperate, favour contractus, and ...) shall be applied. Based on these principles, the right to request for renegotiation or adaptation of the contract can be recognized for the obligor in cases where an unexpected increase in the costs or a decrease in profitability of the performance of the contract occurs after the conclusion of the contract.

KeyWords: *hardship, Convention on Contracts for the International Sale of Goods, renegotiation, adaptation of contract.*

-
1. Assistant Professor of Imam Sadiq University, (Email: esmat.golshani@isu.ac.ir)
 2. Associate Professor of Shahid Beheshti University man (Email: amini@sbu.ac.ir)
 3. PHD Graduated from Shahid Beheshti University of Tehran, (Email: Mahdi.modarres@gmail.com)

ابعاد و کاربردهای دانشنامه‌ای مقاله

