

## ماهیت و مبانی نظریه نقض قابل پیش بینی در فقه و حقوق ایران

سیدحسین صفایی<sup>۱\*</sup>، جعفر عسگری<sup>۲\*\*</sup>

۱. (نویسنده‌ی مسئول)، استاد گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران  
۲. دکترای حقوق خصوصی، مدرس دانشکده معارف اسلامی و حقوق دانشگاه امام صادق (ع)

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۰۷/۱۰ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۵/۰۹/۲۱)

### چکیده

در حقوق قراردادهای، از جمله آثار نقض قرارداد توسط یک طرف، حق طرف دیگر در تمسک به ضمانت اجراهای ناشی از نقض قرارداد می‌باشد. ولی زمان اعمال این حق اصولاً وقتی است که موعد اجرای قرارداد فرا رسیده و متعهد تعهدات قراردادی خویش را ایفاء ننموده باشد؛ اما گاهی پیش از فرارسیدن موعد اجرای تعهد، متعهدله به طور معقول و متعارف به این نتیجه می‌رسد که متعهد، به هر دلیل، نمی‌تواند یا نمی‌خواهد در موعد مقرر به تعهد خویش عمل کند. در این حالت، نظریه نقض قابل پیش‌بینی قرارداد به عنوان یک نهاد نوظهور در حقوق قراردادهای مطرح می‌شود و به متعهدله این اجازه را می‌دهد که با استناد به این نظریه خود را از زیر بار مسوولیت قراردادی که در آینده با نقض مواجه خواهد شد رهایی بخشد و حسب مورد، اقدام به تعلیق یا فسخ قرارداد نماید. حال سوال اساسی این است که آیا در نظام حقوقی ایران، متعهدله می‌تواند قبل از فرارسیدن موعد اجرای قرارداد، به استناد این نظریه به ضمانت اجراهای ناشی از نقض قرارداد متوسل شود. به نظر می‌رسد با استدلال و استناد به قواعد و اصول مسلم حقوقی نظیر قاعده لاضرر، عقل و بناء عقلا و نیز مضمون شرط ضمنی می‌توان گفت همیشه لازم نیست تا متعهدله منتظر زمان اجرای تعهد باشد،

---

\* Email: hsafai@ut.ac.ir

\*\* Email: j.asgari@isu.ac.ir

سپس در صورت عدم اجرا، الزام متعهد را از حاکم (دادگاه) تقاضا نماید و در صورت امتناع، اقدام به فسخ قرارداد نماید. بلکه گاهی با توسل به مفاد نظریه نقض قابل پیش‌بینی، حتی قبل از سررسید قرارداد، امکان فسخ قرارداد برای متعهدله قابل تصور است. در اینجا ضمن تبیین و تحلیل ماهیت این نظریه سعی می‌کنیم تا ثابت کنیم که مفاد این نظریه در حقوق ایران قابل توجیه است و می‌توان به پذیرش آن در فقه و حقوق ایران قائل شد.

**کلیدواژگان:** قرارداد، نقض قرارداد، نقض قابل پیش‌بینی، تعلیق قرارداد، فسخ قرارداد

#### مقدمه

یکی از اصول حاکم بر قراردادهای در فقه و حقوق ایران، اصل لزوم وفای به عقد (اصل الزامی بودن قراردادها) است که منشا پیدایش آن عموماً «أوفوا بالعقود» در فقه امامیه می‌باشد. به موجب این اصل، طرفین قرارداد، قطع نظر از اینکه قرارداد لازم یا جایز باشد، ملزم به اجرای مفاد آن می‌باشند و نقض قرارداد، برای طرفین جایز نیست؛ اما در قراردادهای بلند مدت، بعد از انعقاد قرارداد و قبل از فرارسیدن موعد اجرای آن، گاه این احتمال می‌رود که یک طرف قرارداد قادر به ایفاء تعهدات خویش نباشد. در این حالت راهکار حقوقی چیست؟ در این خصوص دو دیدگاه وجود دارد. یک دیدگاه سنتی که برخی از نظام‌های حقوقی چون نظام ایران از آن تبعیت می‌کنند و در مواد ۲۳۷، ۲۳۸ و ۲۳۹ قانون مدنی منعکس شده است. و بر اساس آن ابتدا متعهدله باید منتظر زمان اجرای تعهد باشد، سپس در صورت عدم اجرا، الزام متعهد را از حاکم (دادگاه) تقاضا نماید و در صورت امتناع متعهد و در فرضی که تعهد قائم به شخص نباشد، اجرای تعهد به هزینه متعهد و توسط ثالث را درخواست نماید.

دیدگاه دوم، دیدگاهی است که هم اکنون در نظام حقوقی کامن‌لا و مقررات بین‌المللی وجود دارد. این دیدگاه جدید با تفسیری نوین از اصل الزامی بودن قراردادهای، به شخصی که خود را یک طرف قراردادی می‌بیند که به طور متعارف اطمینان دارد که طرف دیگر در موعد مقرر، قادر به اجرای قرارداد نخواهد بود، اجازه می‌دهد دیگر منتظر اجرای تعهد توسط متعهد نباشد و جهت برخورداری از حقوق قراردادی خویش، اجرای تعهدش را تعلیق نماید و یا حسب مورد قرارداد را یک‌جانبه فسخ کند. از این دیدگاه در حقوق امروز به عنوان نظریه «نقض قابل پیش‌بینی قرارداد» یا «پیش‌بینی نقض قرارداد» (Anticipatory Breach) یاد می‌شود.

مطابق این نظریه، هرگاه قبل از موعد اجرای قرارداد، از اظهارات، اقدامات و یا اوضاع و احوال متعهد استنباط شود که وی قادر به اجرای قرارداد در سررسید نیست، نقض قابل پیش بینی رخ می دهد و بر این اساس بحث اعمال نظریه و ضمانت اجراهای ناشی از آن (حسب مورد حق تعلیق یا فسخ) مطرح می شود. امروزه این نظریه از قواعد مهم حقوق تجارت بین الملل به شمار می آید به نحوی که مفاد آن در قوانین کشورهای کامن لا نظیر آمریکا و نیز در اسناد حقوقی بین المللی نظیر اصول قراردادهای تجاری بین المللی (PICC) و اصول حقوق قراردادهای اروپایی (PECL) پذیرفته و منعکس شده است. به عنوان مثال وقتی بایع در عقد مؤجل، متعهد به تسلیم مبیع در اجل معین (سررسید) می گردد ولی بنا به هر دلیلی، قادر به تسلیم مبیع نیست، مشتری باید این حق را داشته باشد با فسخ قرارداد، آنچه را که بایع قادر به تسلیم آن نیست از اشخاص ثالث تأمین نماید و از افزایش زیان ناشی از نوسان قیمت بازار جلوگیری کند. این راهکار امکان عقد قرارداد جدید با شخص ثالث و امکان جایگزینی کالای جدید را برای او فراهم می آورد.

در این مقاله با تبیین مفهوم و تشریح مبانی نظریه در فقه و حقوق ایران، سعی می کنیم به این سوال پاسخ دهیم که آیا مفاد و مبانی این نظریه در فقه و حقوق ایران موجود و قابل پذیرش است و با اصول و ساختارهای حقوق قراردادهای در حقوق اسلام و ایران مغایرتی دارد یا نه.

## ۱. مفهوم نقض قابل پیش بینی قرارداد

در حقوق قراردادهای، نقض واقعی قرارداد زمانی محقق می شود که یکی از طرفین یا هر دو، به قرارداد و تعهدات ناشی از آن ملتزم نباشند و در واقع به تعهداتی که در مقابل طرف دیگر به عهده گرفته اند پایبند نبوده و در موعد مقرر به تعهدات خویش عمل نکنند. ولی در حقوق امروز بویژه در نظام حقوقی کامن لا، در کنار نقض واقعی، یک نوع نقض دیگر که به نوبه خود یک نقض مستقل محسوب می شود به رسمیت شناخته شده است که از آن به نقض قابل پیش بینی، نقض احتمالی قرارداد یا نقض فرضی (صفایی، ۱۳۸۷، ص ۴۲۷) تعبیر می شود. این نوع نقض زمانی محقق می شود که پس از انعقاد قرارداد و قبل از فرا رسیدن موعد اجرا، مساله ای عدم اجرای تعهدات قراردادی متعهد مطرح گردد (Carter, 1991, p. 216).

به طور کلی مفهوم نقض قابل پیش بینی از اصطلاح لغوی آن نیز دور نیفتاده است زیرا معادل انگلیسی آن «Anticipatory Breach» می باشد که توسط حقوقدانان به «نقض قابل پیش بینی» یا

«پیش‌بینی نقض» یا «نقض پیشاپیش» ترجمه شده است. برخی نیز به این دلیل که امکان وقوع این گونه نقض از مرحله شک و احتمال گذشته است آن را «نقض منتظره» ترجمه و تعبیر کرده‌اند (داراب پور، ۱۳۷۷، ص ۲۷).

برای اینکه مفهوم نظریه نقض قابل پیش‌بینی و جایگاه آن بهتر مشخص شود، شایسته است ابتدا نگاهی مختصر به نقض و انواع آن بیاندازیم: در حقوق ایران، برخی از اساتید حقوق معتقدند نقض قرارداد دارای مفهومی روشن است و عدم اجرای تعهد قراردادی یا حسب مورد انجام با تأخیر آن و یا اجرای ناقص یا نادرست قرارداد در زمان مقرر را که بر حسب ماهیت و نوع تعهد و کیفیت اجرای آن معین می‌شود، به معنای نقض قرارداد قلمداد می‌کنند. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۱۳۸)

ولی در حقوق کامن‌لا، حقوقدان در یک دسته‌بندی نقض قرارداد را به سه قسم تقسیم کرده‌اند. که عبارتند از: اول- رد قرارداد (renunciation): این نقض زمانی محقق می‌شود که یک طرف، با اظهارات یا اقدامات خود، نشان دهد قصد اجرای قرارداد را ندارد، یا صریحاً اعلام کند نمی‌خواهد یا نمی‌تواند تعهدات قراردادی خود را انجام دهد. رد ممکن است قبل از موعد مقرر برای اجرای تعهد یا در همان زمان مقرر باشد. دوم- غیرممکن ساختن (impossibility): وقتی که یک طرف عمداً یا بر اثر سهل انگاری، خود را از انجام تعهدات قراردادی ناتوان می‌سازد. سوم- کوتاهی در انجام قرارداد (failure of performance): یا همان نقض قرارداد پس از رسیدن زمان اجرا، که با توجه به نوع تعهدات و نوع نقض، آثار متفاوتی دارد (Chitty, 2004, p. 1390). همچنین در یک تقسیم‌بندی دیگر، برخی از حقوقدانان کامن‌لا، موارد نقض قرارداد را منحصر به دو مورد کرده‌اند: ۱- زمانی که یک طرف قرارداد، قبل از فرا رسیدن موعد اجرا یا اجرای کامل، قرارداد را رد می‌کند. ۲- زمانی که یک طرف قرارداد، مرتکب نقض اساسی قرارداد می‌شود.

در تمام این تقسیم‌ها، یکی از موارد نقض، جایی است که قبل از فرا رسیدن موعد اجرا، قرارداد از پیش نقض می‌شود. این نوع از نقض را «نقض قابل پیش‌بینی» می‌گویند. لذا در بیان مفهوم این نظریه می‌توان گفت که نقض قابل پیش‌بینی قرارداد بدین معناست که بعد از انعقاد قرارداد و قبل از سررسید اجرای آن، متعهد صریحاً اعلام نماید که در موعد مقرر قرارداد را اجرا نخواهد کرد یا نشانه‌های عدم توانایی یا آمادگی، یا عدم تمایل متعهد به اجرای قرارداد آشکار شود به نحوی که این عدم تمایل یا عدم آمادگی به حدی باشد که نقض قرارداد در موعد اجرا توسط متعهد، به نحو متعارف و معقول قابل پیش‌بینی باشد. (Treitel, 1984, p.285)

به بیان دیگر، مهمترین ویژگی نقض قابل پیش بینی، که آن را از نقض واقعی جدا می کند، وقوع آن، قبل از رسیدن موعد اجرای تعهد است، و همین مسأله نیز، پذیرفتن آن را تا اندازه ای مشکل کرده و آن را به عنوان یک نهاد حقوقی جدید مطرح نموده است. نقض قرارداد، به معنای تخلف از تعهد، ممکن است در هر زمان رخ دهد. اگر این امر بعد از فرا رسیدن موعد اجرا باشد، نقض، واقعی است و اگر قبل از آن باشد، نقض قابل پیش بینی محسوب می شود.

اهمیت و نفوذ نظریه نقض قابل پیش بینی قرارداد تا بدانجاست که در حقوق ایالات متحده آمریکا، اساساً نقض قرارداد به دو نوع نقض عادی و نقض قابل پیش بینی تقسیم شده است، هر چند این نظریه اصلاً در قوانین مدون انگلیس حتی در قانون بیع نیز وارد نشده است. در نظام حقوقی آمریکا، نظریه نقض قابل پیش بینی قرارداد برای نخستین بار در مجموعه «شرح جدید حقوق قراردادها» (First Restatement of Contracts) راه یافت و پس از آن حتی با وجود مخالفت های پراکنده ای که در آمریکا بعمل آمد، بتدریج جای خود در قوانین و مقررات آمریکا پیدا کرد و هم اکنون ماده ۶۰۹-۲ از UCC بیانگر مفاد نظریه مزبور است (صفایی، پیشین، ص ۳۴۷).

پس از راه یافتن این نظریه به قوانین داخلی آمریکا، زمینه برای ظهور این نظریه در اسناد و مقررات بین المللی راجع به حقوق قراردادها نیز هموار شد تا آنجا که مواد ۷۱ تا ۷۳ کنوانسیون راجع به قراردادهای بیع بین المللی مصوب ۱۹۸۰ وین مشخصاً به این نظریه اختصاص یافته است. پس از کنوانسیون نیز مفاد نظریه در دیگر اسناد حقوقی بین المللی نظیر اصول قراردادهای تجاری بین المللی (PICC) و اصول حقوق قراردادهای اروپایی (PECL) راه یافته است.

با عنایت به مطالب فوق می توان گفت که نقض قرارداد یک مفهوم عام است و ممکن است قبل، همزمان یا بعد از موعد اجرای قرارداد حادث شود. با این تمایز که نقض واقعی قرارداد ناظر بر عدم انجام تعهد در موعد مقرر در قرارداد است ولی نقض قابل پیش بینی قرارداد ناظر بر احراز عدم انجام تعهد از سوی متعهد قبل از فرارسیدن موعد اجراست. مضافاً اینکه برای نقض قابل پیش بینی دو حال قابل تصور است، گاه نقض قابل پیش بینی قرارداد بصورت صریح و گاه نیز ضمنی است: جایی که متعهد صریحاً اجرای قرارداد در آینده را رد می کند مرتکب نقض صریح شده است اما به عنوان مثال هرگاه فردی تعهد کند که کالای معینی را در آینده بفروشد ولی قبل از تاریخ معین آن را به دیگری بفروشد مرتکب نقض ضمنی شده است (Cheshire, Fifoots & Furnmston

## ۲. مبانی نظریه نقض قابل پیش بینی قرارداد

نظریه نقض قابل پیش‌بینی، علیرغم اصول ثابتی که دارد، همواره سوالاتی را با خود به همراه داشته است. این سوالات، حقوقدانان خارجی را بر آن داشته تا هر یک، بر اساس اندیشه‌های خود، مبنایی برای این نظریه مطرح کنند تا بر اساس آن مبنا، جنبه‌های مختلف نظریه را پاسخ گویند. لذا در نظام حقوقی کامن‌لا، در توجیه این نظریه مبانی بسیار متفاوتی مطرح شده است (Carter, J. W., n. 717, p. 222). ما در این قسمت از مقاله سعی می‌کنیم تا مبانی نظریه را در فقه و حقوق ایران طرح و بررسی نموده و نشان دهیم که نه تنها نظریه نقض قابل پیش‌بینی مغایرتی با فقه معاملات ندارد بلکه ریشه‌ها و مبانی این نظریه در فقه امامیه و حقوق مدنی ایران که از آن منبع فیاض سیراب شده است وجود دارد. اکنون به تبیین این استنادات فقهی به عنوان مبانی این نظریه مبادرت می‌ورزیم:

### ۲-۱. قاعده لاضرر

یکی از احکام و مستقالات عقلی دفع ضرر محتمل است. عقل آدمی حکم می‌کند، در هر موردی که احتمال خطر و ضرری وجود دارد و انسان معقول آن را پیش‌بینی می‌کند اقدامات لازم جهت دفع آن خطر و ضرر را انجام دهد و به انتظار وقوع آن نباشد تا سپس به چاره‌جویی جهت خسارات وارده بپردازد. عقلای عالم هم چنین انتظاری را معقول و منطقی نمی‌دانند. (انصاری، ۱۴۱۹، ج ۲، صص ۱۲۷-۱۲۱) منطقی حقوقی هم روا نمی‌دارد تا طرف قراردادی که می‌داند، طرف دیگر قراردادش به قرارداد پایبند نخواهد بود و تعهدش را در موعد مقرر انجام نخواهد داد، به انتظار فرا رسیدن زمان انجام تعهد بماند و سپس بدنبال چاره‌اندیشی باشد. در همین راستا، نظریه نقض قابل پیش‌بینی مقرر می‌دارد: در صورتی که شخصی چنین اطمینانی یابد که طرف دیگر قرارداد به تعهدش عمل نخواهد کرد، به وی اجازه می‌دهد تا اقدامات لازم جهت دفع ضرر ناشی از نقض تعهد در موعد مقرر را انجام دهد و در همین راستا، اجرای قرارداد را تعلیق و یا قرارداد را فسخ و جهت دریافت خسارات اقامه دعوی نماید.

از سوی دیگر، نقض قابل پیش‌بینی قرارداد که یا از اعلام خود متعهد مبنی بر نقض قرارداد در وقت مقرر صورت گرفته یا از اوضاع و احوال وی برآمده و عرف آن را می‌پذیرد، در واقع ضرر قابل پیش‌بینی قریب‌الوقوع است، به این معنی که از نظر عرف این ضرر محقق و مسلم است. از نظر عقلی و بنا بر یک استنباط از قاعده لاضرر، نیز هیچ ضرری نباید بدون تدارک و بلاجبران باقی بماند.

از آنجایی که این ضرر در صورت پایبندی طرف دیگر به قرارداد رخ خواهد داد باید حکم لزوم پایبندی متعاملین، تقیید شود. زیرا پیشگیری از ضرر بهترین وسیله برای جبران و تدارک ضرر است و عقلاً بر آن حکم می‌کنند. چون وقتی که عقل سلیم جبران ضرر مسلم آتی را لازم می‌داند، لزوم پیشگیری از ورود آن ضرر از طریق تعلیق و یا فسخ قرارداد، عقلایی تر خواهد بود. این در واقع همان مفاد نظریه نقض قابل پیش‌بینی قرارداد است که به استناد قاعده لاضرر مشروعیت پیدا کرده و عقلایی می‌شود. البته لازم به ذکر است، بطور کلی در نظام حقوقی ایران، نهاد تعلیق قرارداد وجود ندارد حتی این امر در آثار فقهی نیز سابقه‌ای ندارد لذا هرچند برای نفی لزوم در قراردادهای و ثبوت حق فسخ قاعده لاضرر قابلیت استناد دارد ولی نمی‌توان برای ایجاد حق تعلیق به قاعده لاضرر استناد نمود. بنابر این قاعده لاضرر تنها می‌تواند در خصوص توجیه حق فسخ ناشی از نظریه نقض قابل پیش‌بینی مورد استفاده و استناد واقع شود.

قاعده لاضرر اگر چه از قواعد فقهی نظام حقوقی ما به حساب می‌آید، لکن به نظر می‌رسد از قواعد عام و فراگیر در همه نظام‌های حقوقی باشد، زیرا از احکام مستقل عقلی است و فطرت بشری آن را می‌پذیرد. (محقق داماد، ۱۳۸۲، ص ۱۳۴) حداقل در بحث ما، این امر پذیرفتنی است؛ زیرا التزام و پایبندی یک طرف به قراردادی که معلوم است به زودی توسط طرف دیگر قرارداد نقض خواهد شد، مستلزم ضرر برای طرفین قرارداد است. چون از یک طرف متعهدله به خواسته‌ها و انتظاراتی که از قرارداد دارد نمی‌رسد و از طرف دیگر با التزام وی به قرارداد نیز، قلمرو و میزان خساراتی که متعهد باید در نهایت جبران نماید، گسترش می‌یابد.

برخی از فقهای معاصر (امام خمینی، ۱۳۸۴، ج ۵، ص ۵۶۵؛ خویی، بی تا، ج ۵، ص ۶۳۴؛ طباطبایی یزدی، بی تا، ج ۲، ص ۱۷۲) اعتقاد دارند در صورت عدم انجام تعهد توسط یک طرف (متعهد)، طرف دیگر (متعهدله) حق فسخ دارد و می‌تواند خود را از قید تعهدات قراردادی رها سازد. بنابراین اگر بیعی واقع شود و بایع از تسلیم مبیع خودداری کند و یا مشتری از تادیه ثمن امتناع ورزد، این خودداری از تسلیم و یا امتناع از تادیه با حقوقی که به موجب قرارداد بر ذمه طرف دیگر به دست آورده منافات دارد. لذا با استناد به قاعده لاضرر می‌توان گفت لزوم عقد بیع برداشته می‌شود تا طرف متضرر بتواند قرارداد را فسخ نموده و خود را از ضرری که ناشی از التزام به عقد است رها سازد. شایان ذکر است نظر به اینکه نظریه نقض قابل پیش‌بینی نیز ناظر به زمان پس از عقد است یعنی این نظریه اساساً زمانی مطرح می‌شود که قرارداد منعقد شده ولی قبل از سررسید اجرای تعهدات قراردادی، نقض قرارداد

قابل پیش‌بینی است لذا به نظر می‌رسد که در خصوص این نظریه نیز قاعده لاضرر همانند مثال فوق با رفع اصل لزوم در قراردادهای، حق فسخ قرارداد را برای طرف متضرر (متعهدله) تجویز می‌نماید. یعنی هرگاه وجود حکمی موجب بروز ضرر گردد، به دلیل حکومت قاعده لاضرر بر احکام اولیه (به عنوان مثال، حکم أوفوا بالعقود که مبنای اصل لزوم وفای به قراردادها می‌باشد) باید آن حکم را، در خصوص مورد، منتفی و کان لم یکن تلقی نمود. (اسماعیلی، ۱۳۷۷، ص ۶۲). بنابر این استناد به اصل لزوم وفای به عقد نیز نمی‌تواند مانع اجرای نظریه باشد زیرا علی‌القاعده اصل لزوم هیچ‌گاه طرفین را ملزم به پایبندی به قرارداد ضرری نمی‌کند.

این استدلال ما را به این سمت رهنمود می‌سازد که قائل شویم مفاد نظریه نقض قابل پیش‌بینی مطابق فقه معاملات است و بر اساس قواعد مسلم فقهی، مبانی، احکام و آثار این نظریه قابل توجیه و تاویل است. چون الزام خریدار یا متعهد به حفظ قرارداد تا سررسید موعد انجام تعهد، بی‌تردید برای متعهدله و حتی متعهد در بسیاری از موارد ضرری است و به استناد قاعده لاضرر، این الزام و التزام از طرف قرارداد برداشته شده است. هرچند در حقوق ایران، تجویز حق فسخ، در قراردادهای لازم برخلاف اصل و یک امر استثنایی تلقی می‌شود و می‌بایست به قدر متیقن اکتفا نمود ولی لازم به توضیح است که با عنایت به تعریفی که سابقاً از نظریه نقض قابل پیش‌بینی ارائه شد این نظریه نیز اساساً یک نهاد استثنایی است و پذیرش حق فسخ قرارداد با استناد آن، چندان ما را از اصول مسلم حقوقی دور نمی‌کند. بویژه زمانی که یک طرف قرارداد، قبل از فرا رسیدن موعد اجرا، قرارداد را رد می‌کند و صریحاً اعلام می‌دارد که قصد اجرای قرارداد را ندارد، لزوم پایبندی طرف دیگر به قرارداد و در نتیجه تداوم قرارداد توسط وی قطعاً موجب تحقق ضرر برای وی خواهد بود و با وجود قاعده‌ای چون لاضرر بدور از انصاف است که ما به تضرر طرف دیگر رضایت بدهیم. بنابراین با استناد به قاعده لاضرر، می‌توانیم با رفع لزوم عقد، به طرف قرارداد حق فسخ قرارداد را بدهیم.

نکته دیگری که برخی از اساتید حقوقی بدان توجه کرده‌اند و می‌تواند مبنایی برای نظریه نقض قابل پیش‌بینی باشد نظریه سوء استفاده از حق است. از نظر ایشان منع سوء استفاده از حق از مصادیق و موارد اجرای قاعده لاضرر است ولی از آنجا که قاعده لاضرر قاعده مستقلی در فقه اسلام است، سوء استفاده از حق نیز به تبع آن نهاد مستقلی است و ماهیت و آثار و ضمانت اجرای ویژه خود را دارد. در فقه امامیه قصد اضرار تنها معیار سوء استفاده از حق نیست، یعنی هرچند که در پاره‌ای از موارد سوء استفاده از حق با معیار قصد اضرار وجود داشته ولی این معیار ضابطه‌ای کلی برای این

نهاد حقوقی در حقوق امامیه محسوب نمی‌شود. (بهرامی، ۱۳۷۷، صص ۲۳۱-۲۳۳) لذا بر اساس نظریه سوء استفاده از حق هم می‌توان به نوعی مفاد نظریه نقض قابل پیش بینی را تحلیل نمود زیرا طرفی که قرارداد را از پیش نقض می‌کند در واقع اقدام به سوء استفاده از حقوق قراردادی خویش می‌نماید و با این کار موجب اضرار طرف دیگر قرارداد می‌شود و این اضرار موجب تزلزل عقد میان طرفین می‌شود. شاید بتوان گام را فراتر نهاد و این گونه استدلال کرد حتی اگر نقض پیش از موعد، موجب اضرار طرف دیگر هم نشود، نظریه سوء استفاده از حق مانع از این کار می‌شود. یعنی هیچ یک از طرفین عقد حق ندارند که حقوق قراردادی خویش را مبنای سوء استفاده قرار دهند و این نظریه مانع از آن می‌شود که یک طرف بدون توافق با طرف دیگر، قرارداد را پیش از موعد رد کند.

## ۲-۲. بنای عقلاء

یکی دیگر از دلایل مهم فقهی که می‌توان بر اساس آن مفاد نظریه نقض قابل پیش بینی را توجیه نمود، بنای عقلا است. استدلال به بنای عقلا از رایج‌ترین شیوه‌ها در بحث‌های استدلالی فقه و اصول است. استناد به این دلیل چنان معمول است که حجیت اثر امارات با آن ثابت می‌شود؛ بسیاری از قواعد فقهی در باب معاملات بر آن متکی هستند و حکم کثیری از فروع به ویژه در فقه معاملات از طریق آن استنباط می‌شود. (محقق داماد، ۱۳۷۹، ج ۱، ص ۳۷) بنای عقلاء به معنای روش و سلوک عملی خردمندان بر انجام عملی یا ترک عملی بدون دخالت و تأثیر عوامل زمانی، مکانی، نژادی، و دینی است. (مظفر، بی تا، ج ۲، ص ۱۵۳) بجای این اصطلاح که اخیراً در منابع اصولی شیعه ترویج یافته است، تعابیر دیگری نظیر سیره عقلاء، طریقه عقلاء، عمل عقلاء، سیره عقلایی، عرف عقلاء و ... نیز بکار رفته است. (فیض، ۱۳۸۱، ص ۲۲۴) بناء عقلاء در فرآیند استنباط‌های فقهی و حقوقی نقش بسزایی دارد. به همین علت در ابواب مختلف فقهی بدان استناد شده و تشخیص و تطبیق عناوین بسیاری از احکام و موضوعات آنها بر عهده آن گذاشته شده است. در باب اهمیت بنای عقلاء همین بس که در بسیاری از احکام مهم فقهی بنای عقلاء از جمله دلائل و ادله مهم و حتی دلیل منحصر دانسته شده است. به نظر برخی از فقهاء، دلیلی برای انحصار عقود در عقود معین وجود ندارد بلکه هر عقد عقلایی صحیح است مگر آنکه با دلیلی خاص از شمول ادله عام خارج شده باشد. (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ج ۲، صص ۷۱۰-۷۱۱) برخی نیز دلیل فقهی بسیاری از احکام معاملات را بنای عقلاء دانسته‌اند از

جمله صحت معامله معاطاتی، لزوم تعادل عوضین و موارد دیگر. (نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۳، ص ۲۱۸؛ بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۵، ص ۹۴)

در ارتباط با حجیت بنای عقلاء نیز در فقه، دو دیدگاه عمده وجود دارد، برخی معتقدند، بنای عقلاء در صورتی حجت است که مورد تأیید معصوم (ع) قرار گرفته باشد، به این معنا که باید در همه موارد، بنای عقلاء مستند به رأی معصوم باشد و به امضای وی برسد. بر این اساس مشروعیت بنای عقلاء در عصر حاضر را باید با احراز تأیید معصوم (ع) ثابت کرد و سیره‌های عام عقلایی که از فطرت بشری و اعتبارات عام عقلایی ناشی می‌شوند و بر اساس نیازهای جدید لباس وجود می‌پوشند، در صورتی حجت هستند که به امضای معصوم (ع) برسند. (حکیم، بی‌تا، ص ۱۹۸؛ صدر، ۱۴۲۱، ق، ج ۱، ص ۲۷۰) اما عده‌ای دیگر، بنای عقلاء را از آن جهت که مبتنی بر فطرت اجتماعی عقلایی است، نیازمند به تأیید و امضای معصوم (ع) ندانسته و بر اساس قاعده ملازمه، حکم به مشروعیت آن می‌کنند. (خمینی، ۱۴۱۰، ج ۲، صص ۱۳۰-۱۳۱؛ اصفهانی، ۱۴۰۸، ج ۵، ص ۳۰) بر اساس نظر این دسته از فقهاء احکام شریعت اسلامی به حسب طبع اولی با احکام عقلایی یکسان است، مگر مخالفت با آن احراز شود. به نظر ایشان برای حجیت بنای عقلاء، عدم احراز منع و ردع از سوی شارع کافی است، برخلاف نظر فقهای دسته اول که عدم منع باید احراز شود تا حجت باشد. از منظر دسته دوم از فقهاء، بنای عقلاء به طور کلی مستند به حکم بدیهی عقل و طبع عقلایی است، عقلی که در شمار منابع استنباط احکام شرعی است و هم‌تراز کتاب و سنت است. (فاضل لنکرانی، ۱۳۷۹، ج ۱۰، ص ۵۷۶)

اما در خصوص مفاد نظریه نقض قابل پیش‌بینی، به نظر می‌رسد این نظریه از مدرکات عقل آدمی است و به همین جهت بنای عقلاء بر آن مستقر و ثابت است؛ زیرا روشن است که عقل سلیم به انسانی که علم یا ظن قریب به یقین دارد در آینده نزدیک با خطری قطعی روبه‌رو می‌شود، اجازه نمی‌دهد به انتظار وقوع خطر بماند و پس از وقوع حادثه، آن را از خود رفع کند. به عبارت دیگر عقل، انجام تعهد توسط یک طرف را در صورتی که انجام تعهدات متقابل طرف دیگر مورد تردید است، تأیید نمی‌کند و چنانچه متعهدی موعد اجرای تعهدش فرا رسیده است، ولی به طور متعارف پیش‌بینی می‌نماید که طرف مقابلش نمی‌خواهد یا نمی‌تواند تعهداتش را به موقع به اجرا درآورد، عقل انتظار را بی‌ثمر می‌داند. این حکم عقلی دقیقاً همان مفاد نظریه نقض قابل پیش‌بینی قرارداد است. از سوی دیگر نیز، وفق نظریه اجرای اجباری قرارداد، الزام و اجبار کردن طرف قراردادی که زمان اجرای تعهدش فرا رسیده است به انجام تعهد و بعد منتظر رسیدن زمان اجرای تعهد طرف

مقابل شدن، در حالی که به طور معقول پیش بینی می شود که آن تعهد اجرا نخواهد شد، کاری بیهوده و غیرمنطقی است که عقل و بناء عقلاء آن را روا نمی دانند. بنابر این عقل حکم می کند که چنین الزام و اجباری از روی متعهد برداشته شود. به بیان دیگر در صورت پیش بینی قطعی نقض قرارداد (به گونه ای که احتمال خلاف نرود)، اصل لزوم قراردادها که یک اصل عقلایی است، سالبه به انتفای موضوع می شود. حتی شاید بتوان گفت که علی الاصول در چنین مواردی اصل لزوم قابل اجرا نیست یعنی چنین شرایطی مجرای اصل لزوم نیست البته این در جایی است که مبنای اصل لزوم را بنای عقلا بدانیم و نه حکم قانونگذار.

نباید از دیده دور انگاشت که برای تحلیل نظریه نقض قابل پیش بینی، استناد به دلیل عقل نیز ممکن و سودمند است، به خصوص در فرضی که یک طرف قرارداد قبل از فرا رسیدن موعد اجرای قرارداد صریحاً اعلام می نماید که نمی خواهد قرارداد را اجرا نماید، آیا در چنین فرضی طرف دیگر باز هم باید به قرارداد پایبند باشد و تعهدات خویش را انجام دهد و سپس منتظر موعد اجرای طرف دیگر بماند و پس از الزام طرف و ... اقدام به فسخ قرارداد نماید؟ می توان گفت این امر برخلاف حکم عقل است و چنین عملی از سوی طرف مقابل، مسلماً مورد تقبیح و مذمت قرار خواهد گرفت. زیرا هرگز عقل سلیم چنین عملی را روا نمی داند.

بسیاری از موضوعات و مسائل فقهی و حقوقی ماهیت عرفی و عقلانی دارند و قبل از اسلام نیز وجود داشته اند. یعنی بسیاری از این امور عرفی بوده و بسته به مقتضیات زمانی و مکانی و نیازهای بشر در حال تغییر است و اگر بنای عقلاء و عرف نبود، شاید هیچ یک از نظام های حقوقی به این شکل تکامل نمی یافت. لذا برای تبیین مفهوم «بنای عقلاء» بهتر است که به رابطه آن با معنای «عرف و عادت» نیز توجه کرد. تعابیر «عرف و عادت» چه در فقه امامیه و چه در فقه عامه، کاربرد بسیار دارد و امروز، در علم حقوق نیز تعبیر «عرف و عادت» رایج است و قانون مدنی، در مواد مختلفی راجع به عرف سخن به میان آورده و در مواد ۲۲۰، ۲۸۰، ۳۵۷، ۴۲۶، ۶۴۶، ۶۶۷، ۱۱۳۱ آن را به کار برده است.

از این دیدگاه چه بسا بتوان گفت، عرف و عادت تجاری نیز بر وجود حق تعلیق و فسخ قرارداد برای طرفی که به طور متعارف و معقول پیش بینی می کند که قرارداد اجرا نخواهد شد و او متضرر خواهد شد مستقر است. یعنی عرف تجاری هم اقتضای آن را دارد که به متعهدله اختیار داده شود تا آینده نگری نموده و ضرر را از خود، قبل از آنکه وارد شود، دفع نماید؛ زیرا از یک منظر، مقصود

از بنای عقلاء در حقوق تجارت، همان عرف‌های رایج بین تجار است. اصطلاح «Lex Mercatoria» به معنای حقوق عرفی بازرگانان، بیانگر آن بخش از حقوق فراملی است که تدوین نشده و شامل حقوق تجارت عرفی و اصول کلی حقوق تجارت است. چه بسا حقوق عرفی متداول بین بازرگانان بر اساس طبیعت و ذات خود، تدوین نشده است. لذا این امکان وجود دارد که برخی از قواعد مندرج در یک کنوانسیون بین‌المللی به عنوان بخشی از حقوق عرفی بازرگانی توصیف شود<sup>۱</sup> و عرف تجاری که جلوه‌ای از بنای عقلاء است هم اقتضای آن را دارد که مفاد نظریه را به رسمیت بشناسد. بنابراین تردیدی نیست که عرف و عادت تجاری بر مفاد نظریه نقض قابل پیش‌بینی مستقر شده است چرا که پیش‌بینی این نظریه در کنوانسیون وین، حداقل دلالت بر وجود این نظریه به عنوان یک عرف تجاری بویژه در تجارت بین‌الملل، می‌نماید مضافاً اینکه رعایت اصل امنیت و سرعت در حقوق تجارت، وجود چنین نظریه‌ای را ایجاب می‌نماید.

## ۲-۳. تخلف از شرط ضمنی

به طور کلی می‌توان گفت در حقوق قراردادهای، شرایط قرارداد (شروط ضمن عقد) همواره محدود به آنچه در قرارداد تصریح شده نیست، بلکه این شروط گاه صریح و گاه ضمنی است. برخی از فقهای معاصر (میرزای نائینی، ۱۴۲۷ ق، ج ۳، ص ۲۳۲) در خصوص شروط تقسیم‌بندی جامع و کاملی ارائه نموده‌اند که می‌تواند جهت تبیین موضوع ما را یاری کند. از نظر این دسته از فقهاء «شروط تبعی» یعنی شروطی که تابع عقد و به نوعی مرتبط با آن می‌باشند، خود به دو نوع تقسیم می‌شوند: ۱- شروط قبل از عقد که در لسان فقهاء از آن به شروط تبانی یا شروط بنایی نیز تعبیر شده است. ۲- شروط ضمن عقد که به نوبه خود به دو نوع شروط صریح و شروط غیر صریح تقسیم می‌شوند: همانگونه که پیداست شروط صریح، شروطی هستند که صریحاً در متن عقد ذکر شده‌اند و هیچ یک از طرفین نمی‌توانند برخلاف آن ادعایی داشته باشند ولی شروط غیر صریح، شروطی هستند که به دلالت صریح و مطابقی از عقد فهمیده نمی‌شوند بلکه به دلالت تضمنی و یا التزامی در ضمن عقد قرار می‌گیرند. این شروط در اصطلاح شروط ضمنی نامیده می‌شوند. (انصاری، ۱۴۲۸، ج ۱، ص ۲۴۸؛ میرزای نائینی، ۱۴۲۷، ج ۳، ص ۱۹۸) به بیان دیگر شروط ضمنی نه قبل از عقد و نه در ضمن عقد به صراحت

۱. نک: روی ام. گوود، مقاله: «عرف و پذیرش آن در حقوق بازرگانی فراملی»، ترجمه: حمید رضا علومی یزدی، مجله حقوقی،

نشریه مرکز حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری، شماره ۳۶، ۱۳۸۶، ص ۲۰۱.

مورد مذاکره و توافق طرفین قرار نمی گیرند، ولی عرف و عادت و بنای عقلاء وجود آن ها را مسلم فرض می کند. (محقق داماد، ۱۳۸۸، صص ۱۶۵-۱۶۶)

بنابراین شروط ضمنی شروطی هستند که در متن عقد مورد تصریح قرار نمی گیرند بلکه به طور تلویحی و ضمنی میان طرفین مقرر بوده و داخل در مفاد عقد و قرارداد تلقی می شوند. به نظر برخی از اساتید (کاتوزیان، ۱۳۸۷، صص ۲۱۲-۲۱۴)، مبنای ایجاد علاقه و وابستگی شرط ضمنی با مفاد عقد یکی از این سه عامل است: الف) عقل و بدهت ب) قانون ج) عرف و عادت و به همین جهت است که ایشان در مقام بیان اقسام شرط ضمنی معتقدند که شرط ضمنی به سه حالت قابل تصور است: اول) شرط ضمنی واقعی دوم) شرط ضمنی قانونی و سوم) شرط ضمنی عرفی. با توجه به نکات فوق، نقض تخلف از شرط ضمنی می تواند نقض شرط ضمنی عرفی یا نقض شرط ضمنی ارتكازی باشد.

### ۲-۳-۱. نقض شرط ضمنی عرفی:

پس از تبیین و تقسیم انواع شرط ضمنی در عقود و قراردادها، اکنون می توانیم بحث کنیم که آیا نمی توان ادعا کرد که در هر قراردادی یک شرط ضمنی عرفی وجود دارد که مانع از رد قرارداد پیش از موعد می شود؟ به این معنا که یک طرف قرارداد حق ندارد قبل از فرا رسیدن موعد اجرای قرارداد آن را رد و نقض نماید. اگر یکی از طرفین بر خلاف چنین شرطی عمل کند، مرتکب نقض شرط ضمنی عرفی و به تبع آن نقض قرارداد شده است، هر چند زمان اجرای تعهد اصلی قرارداد، فرا نرسیده باشد.

به بیان روشن تر، شرط ضمنی عرفی شرطی است که عرف، التزام و پابندی به آن را به طرفین قرارداد تحمیل می کند مگر آنکه خلاف آن تصریح شده باشد. لذا مفهوم شرط ضمنی که داخل در قلمرو قرارداد اصلی فرض می شود، بر این حقیقت دلالت دارد که هیچ یک از طرفین حق ندارند قراردادی را که هنوز موعد اجرای آن فرا نرسیده است رد کنند (یعنی صریحاً رد قرارداد را اعلام و از اجرای قرارداد امتناع نمایند) و یا اقداماتی انجام دهند که حاکی از نقض قرارداد در آینده باشد. و تا زمانی که خلاف این شرط عرفی در قرارداد قید نشده باشد، طرفین قرارداد می بایست به مفاد آن ملتزم و متعهد باشند و هرگونه تخلف از این شرط، ضمانت اجراهای حقوقی آن را به دنبال خواهد داشت. به بیان دیگر، این شرط در قلمرو توافق طرفین وارد شده و برای طرفین لازم الاجراء می باشد. به عبارت ساده تر این شرط داخل در مفاد قرارداد تلقی می شود و هیچ یک از طرفین حق

تخلف و تخطی از مفاد آن را ندارند. یعنی وفق قواعد عمومی قراردادها، نقض این شرط ضمنی، به مشروطه ابتدا حق الزام متعهد به اجرای تعهد و در صورت عدم امکان، حق فسخ می‌دهد و وی می‌تواند با استناد به خیار تخلف شرط، بنا به تشخیص خود، قرارداد را فسخ نماید.<sup>۱</sup> هر چند که در این حالت، علی‌الاصول سرنوشت قرارداد به دست مشروطه است و وی می‌تواند با تعلیق قرارداد، ضمن حفظ قرارداد، فرصت دیگری به مشروطه‌علیه (ناقص شرط) بدهد تا از عهده تعهدات قراردادی خویش برآید. لذا با این نحوه استدلال می‌توان در تحلیل مبانی نظریه نقض قابل پیش‌بینی به نظریه شروط ضمنی نیز استناد کرد. از لابلای متون حقوقی در انگلستان هم می‌توان به ابتناء بسیاری از نهادهای حقوق قراردادها بر نظریه شرط ضمنی پی برد. ضمن اینکه در رویه قضایی آمریکا نیز این عقیده رواج دارد که وجود یک شرط ضمنی در هر قراردادی مانع از رد قرارداد پیش از موعد می‌شود. (Corbin, op.cit. vol.4, N.971)

## ۲-۳-۲. نقض شرط ضمنی ارتكازی

همانگونه که اشاره شد، برخی از اساتید حقوق ایران، بر این عقیده‌اند که اقسام شرط ضمنی عبارتند از اول) شرط ضمنی واقعی دوم) شرط ضمنی قانونی و سوم) شرط ضمنی عرفی. و از آنجا که مفهوم شرط ضمنی قانونی و عرفی روشن است، مقتضی است در اینجا به توضیح شرط ضمنی واقعی بپردازیم. در خصوص مفهوم شرط ضمنی واقعی چنین می‌توان گفت: در پاره‌ای از موارد عقل به طور آشکار وجود شرط را از لوازم عقد می‌شمارد به نحوی که هیچ تردیدی در آن باقی نمی‌ماند به عنوان مثال انجام مقدمه تعهد، لازمه وفای به آن است و همچنین در جایی که مفاد عقد بدون وجود شرط ضمنی بی‌فایده یا مغایر اهداف طرفین عقد باشد. (کاتوزیان، پیشین، ص ۲۱۲-۲۱۴) بنابر این در نظر برخی از اساتید حقوق، یکی از اقسام شرط ضمنی، که ناشی از عقل و بداهت است، شرط ضمنی واقعی می‌باشد که در حقیقت همان «شرط ضمنی ارتكازی» است که اخیراً توسط برخی از فقهای معاصر استعمال شده است. این اصطلاح که مدت زیادی از پیدایش آن در متون فقهی نمی‌

۱. در حقوق ایران، بنا بر آنچه از برخی مواد قانونی بر می‌آید، ضمانت اجرای ناشی از عدم انجام تعهد، فسخ قرارداد نیست. بلکه در وهله اول متعده می‌بایست الزام و اجبار متعهد را از حاکم (دادگاه) تقاضا نماید و در صورت عدم امکان اجرا، حق فسخ پیش‌بینی شده است، هر چند که قابل انتقاد به نظر می‌رسد و با نظر گروهی از فقهاء نیز سازگار نمی‌باشد؛ چراکه از کلمات و عبارات برخی از فقهای امامیه برمی‌آید که رابطه میان حق اجبار و حق فسخ، یک رابطه طولی نیست بلکه این دو در عرض یکدیگرند و متعده حسب مورد، مخیر به انتخاب هر یک از این ضمانت اجراها می‌باشد.

گذرد قبلاً چندان رواج نداشته و علیرغم اینکه مشتقات واژه «ارتکاز» در موارد مختلف فقهی به چشم می‌خورد، اصطلاح «شرط ضمنی ارتکازی» به تازگی وارد ادبیات حقوقی - فقهی شده است. مرحوم خوئی در آثار خود بیش از سایرین این اصطلاح را بکار برده است. آنچه از ظاهر کلمات ایشان مستفاد می‌شود این است که شرط ارتکازی همان شرط ضمنی است و این دو اصطلاح مترادف یکدیگرند. اما در واقع به نظر می‌رسد که این دو شرط کاملاً با یکدیگر منطبق نیستند و نسبت منطقی بین آن دو تساوی نیست بلکه عام و خاص مطلق است و شرط ضمنی اعم از شرط ارتکازی است. به طور مثال ایشان در بیان مبنای خیار غبن به صور گوناگون دو اصطلاح شرط ضمنی و شرط ارتکازی را استفاده نموده‌اند. گاهی فقط از شرط ضمنی استفاده نموده و می‌فرمایند: «ان خیار الغبن انما هو ثابت بالشرط الضمنی و بتخلفه یثبت الخیار للمشروط علیه» (خوئی، ۱۴۱۸، ج ۷، ص ۳۳۷). گاهی نیز از شرط ارتکازی استفاده کرده و می‌فرمایند: «والمدرك لخيار الغبن هو تخلف الشرط الارتكازی الثابت فی المعاملات العقلاییه» (خوئی، ۱۴۲۲، ج ۲، صص ۵۹۲-۶۰۲) گاهی نیز این دو اصطلاح را در ردیف هم و بصورت موصوف و صفت به کار می‌برند و می‌فرمایند: «استندنا فی ثبوت الخیار لدی ظهور الغبن الی تخلف الشرط الضمنی الارتكازی المقرر بین العقلا علی مساواه العوضین فی المالیه» همچنانکه گاهی نیز این اصطلاح را به طور مترادف در مورد خیار عیب به کار می‌برند. شایان ذکر است که پس از مرحوم خوئی، شاگردان ایشان از جمله مرحوم میرزا جواد آقا تبریزی و نیز سید محمد کاظم مصطفوی نیز به فراخور مباحث فقهی، برخی از مسائل حقوقی - فقهی را بر مبنای شرط ارتکازی توجیه و تحلیل نموده‌اند. از میان فقهای معاصر نیز آقای سیستمانی در برخی از مسائل، از اصطلاح شرط ارتکازی بهره برده‌اند. به عنوان نمونه ایشان وجوب انفاق زوجه را از جمله شروط ارتکازی عقد نکاح می‌دانند و در صورت عدم انفاق توسط زوج، به زوجه حق فسخ نکاح را به استناد شرط ارتکازی داده‌اند (سیستمانی، بی تا، ص ۲۹۶) ضمناً ایشان مبنای خیار غبن را نیز شرط ارتکازی قرار داده‌اند.<sup>۱</sup>

۱. شرط ضمنی ارتکازی دقیقاً همان نهادی است که در حقوق کامن‌لا آن را «term implied in act» یعنی شرط ضمنی واقعی می‌گویند. در کامن‌لا نیز این دسته از شروط در صورتی قابل مطالبه و الزام‌اند که احراز گردد که میان طرفین معلوم بوده است. (محقق داماد، ۱۳۸۸، ص ۲۸۴)

در تبیین مفهوم شرط ارتكازی می‌توان گفت که این نهاد حقوقی چندان از معنای لفظی خود دور نیفتاده است؛ زیرا ارتكاز در لغت یعنی چیزی که ثابت و مستقر است. «رکزالشیء» به معنای آن چیزی است که در جای خود ثابت شده است. در اصطلاح حقوقی نیز شرط ارتكازی شرطی است که در اذهان طرفین قرارداد رسوخ و نفوذ پیدا کرده باشد و منشا پیدایش آن برای طرفین مشخص نباشد و هر چند طرفین قرارداد نسبت به آن توجه نداشته باشند، اما به گونه‌ای لازمه عقد و دارای اعتبار است به طوری که حتی بدون تصریح، قرارداد دربردارنده آن می‌باشد. تا بدانجا که حتی می‌توان گفت شرط ارتكازی حقیقتاً از شروط ضمن عقد می‌باشد، چرا که در عالم ثبوت و واقع، قصد مشترک طرفین به آن تعلق گرفته است.

اکنون در تحلیل نظریه نقض قابل پیش‌بینی می‌توان به این نظریه قائل شد که مبنای خیار فسخ مقرر در نظریه، شرط ارتكازی ضمن قرارداد طرفین است. زیرا در هر قرارداد یک شرط ارتكازی وجود دارد که بر اساس آن، هر طرف متعهد به اجرای قرارداد است و تا زمان ایفاء تعهدات قراردادی خویش نباید عملی مخالف محتوای قرارداد انجام دهد. به دلیل وجود این شرط ضمنی در ارتكاز طرفین، این شرط در حیطه مدلول التزامی قرارداد درآمده و لذا لازم‌الوفاء می‌باشد. یعنی این شرط داخل در مفاد عقد تلقی می‌شود و هیچ‌یک از طرفین حق تخلف از مفاد آن را ندارند. لذا در قرارداد توسط یک طرف، به منزله نقض این شرط ارتكازی و مقدمه‌ای برای نقض قرارداد آتی است. به عبارت دیگر وقتی یک طرف با اظهارات یا اقدامات خود قرارداد را پیشاپیش رد کند، در واقع برخلاف این شرط ارتكازی عمل می‌نماید و تجاوز از مفاد این شرط، ما را به ناچار و برخلاف اصل لزوم قراردادها به وادی استفاده از ضمانت اجراهای تخلف از شرط رهنمون می‌سازد. یعنی منطق حقوقی ایجاب می‌کند که از باب توسل به ضمانت اجرای تخلف از شرط، برای متعهدله حق فسخ قرارداد را قائل شویم ولو اینکه هنوز موعد اجرای قرارداد فرا نرسیده است.

### نتیجه‌گیری

هرچند نظریه نقض قابل پیش‌بینی قرارداد، یک نظریه برگرفته از نظام حقوقی کامن‌لا می‌باشد و در حقوق ایران نص صریحی راجع به آن وجود ندارد. ولی بررسی مبانی فقهی و حقوقی آن حاکی از آن است که زمینه پذیرش این نظریه در فقه و حقوق ایران مهیاست و با استناد به اصول مسلم و موجود در فقه و حقوق ایران می‌توان مفاد نظریه و آثار آن را توجیه نمود.

استناد به اصل لزوم وفای به عقد نیز نمی تواند مانع اجرای این نظریه باشد، زیرا اصل لزوم طرفین را ملزم به حفظ قرارداد می نماید ولی نه در هر شرایطی. در واقع التزام طرفین به مفاد قرارداد و اجرای تعهدات ناشی از آن نیز تا حدی مورد قبول عقل و قانون است که حقوق طرفین و عدالت معاوضی رعایت شود. به عبارت دیگر لازمه تراضی طرفین این است که عقد بر یکی از طرفین تحمیل نشود زیرا در فرضی که یک طرف از پیش اعلام می کند که در موعد مقرر، قرارداد را اجرا نخواهد کرد، تکلیف طرف دیگر به انجام تعهدات قراردادی خویش و سپس به انتظار موعد اجرای قرارداد نشستن، آن هم قراردادی که به طور معقول و متعارف این اطمینان وجود دارد که در سررسید نقض خواهد شد، قطعاً برخلاف فحوای تراضی طرفین بوده و هیچ عقل سلیمی بدان حکم نمی کند.

علیرغم اینکه در فقه امامیه که پایه و اساس حقوق ایران را تشکیل می دهد، نظریه نقض قابل پیش بینی قرارداد مشخصاً مورد توجه فقهاء قرار نگرفته و مطلبی نیز در خصوص آن در میان ابواب مختلف فقهی دیده نمی شود، می توان گفت ریشه این نظریه بر مبنای قواعد و اصول مسلم فقهی و حقوقی از جمله بنای عقلاء و نیز شرط ضمنی قابل پذیرش است. ضمناً قاعده لاضرر که در اسلام جزء قواعد حاکمه می باشد، در مواردی که نقض پیش از موعد قرارداد، موجب ثبوت ضرری برای طرفین قرارداد شود می تواند به نوبه خود مبنایی محکم برای قبول مفاد نظریه باشد.

با این اوصاف و بر اساس مبانی موجود در فقه و حقوق ایران که از پشتوانه حکم عقل و بنای عقلاء نیز برخوردار می باشند، می توان ادعا نمود این نظریه نه تنها با قواعد و اصول حاکم بر قراردادها در حقوق اسلام و ایران تعارضی بین ندارد بلکه به عنوان یک نظریه جدید در حقوق قراردادها قابل پذیرش می باشد و می توان آثار و احکام مترتب بر آن را در حقوق داخلی توجیه نمود. البته شایسته است قانونگذار برای رفع هر گونه ابهام، به این نظریه در قوانین مدون تصریح نماید.

## فهرست منابع

### منابع فارسی

- اسماعیلی، محسن، (۱۳۷۷)، **نظریه خسارت**، ج. اول، تهران: موسسه انتشارات امیرکبیر
- بهرامی احمدی، حمید، (۱۳۷۷)، **سوء استفاده از حق**، تهران: انتشارات اطلاعات
- صفایی، سیدحسین و عادل، مرتضی و کاظمی، محمود و میرزائاد، اکبر، (۱۳۸۷)، **حقوق بیع بین الملل با مطالعه تطبیقی**، ج. دوم، تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران

- فاضل لنکرانی، محمد جواد، (۱۳۷۹)، **سیری کامل در اصول فقه**، ج ۱۰، چ. اول، قم: انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین
- فیض، علیرضا، (۱۳۸۱)، **مبادی فقه و اصول**، چ. سیزدهم، تهران: انتشارات دانشگاه تهران
- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۷)، **قواعد عمومی قراردادها**، ج. ۳، چ. پنجم، تهران: شرکت سهامی انتشار
- محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۸۲)، **قواعد فقه ۲ (بخش مدنی)**، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی
- محقق داماد، سید مصطفی، (۱۳۷۹)، **حقوق قراردادها در فقه امامیه**، ج ۱، چ. اول، تهران: انتشارات سمت
- هیجده نفر از دانشمندان حقوق دانشگاه‌های معتبر جهان، (۱۳۷۷)، **تفسیری بر حقوق بیع بین المللی**، ترجمه مهرباب داراب پور، ج ۳، چ اول، تهران: کتابخانه گنج دانش

### منابع عربی

- اصفهانی، شیخ محمد حسین، (۱۴۰۸ق)، **النهایه الدرایه فی شرح الکفایه**، ج ۵، چ. اول، قم: موسسه آل البیت (ع) لاحیاء التراث
- انصاری، مرتضی، (۱۴۱۹ق)، **فرائد الاصول (الرسائل)**، تحقیق و إعداد: لجنة تحقیق تراث الشیخ الأعظم، ج ۲، قم: مجمع الفکر الاسلامی، الاولی
- انصاری، مرتضی، (۱۴۲۸ق)، **المکاسب**، قم: مجمع الفکر الاسلامی
- بجنوردی، سید حسن، (۱۴۱۹ق)، **القواعد الفقیهه**، تحقیق: مهدی المهریزی-محمد حسین الدرایتی، قم: نشر الهادی، الاولی
- حکیم، سید محمد تقی، (بی تا)، **الاصول العامه للفقہ المقارن**، قم: موسسه النشر الاسلامی
- خمینی، سید روح الله، (۱۳۸۴)، **کتاب البیح**، تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی
- صدر، سید محمد باقر، (۱۴۲۱ق)، **دروس فی علم الاصول**، قم: مرکز الابحاث و الدراسات التخصصیه للشهید الصدر، ج ۱، چ اول، الحلقه الاولی و الثانيه
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، (۱۳۷۸ش)، **حاشیه المکاسب**، قم: موسسه اسماعیلیان
- مظفر، محمدرضا، (بی تا)، **اصول الفقه**، قم: موسسه النشر الاسلامی
- نائینی، محمد حسین، (۱۴۲۷ق)، **منیه الطالب فی شرح المکاسب**، قم: موسسه النشر الاسلامی
- نجفی، محمد حسن، (۱۳۹۴ق)، **جواهر الکلام**، تحقیق و تعلیق: شیخ علی الآخوندی، تهران: دارالکتب السلامیه

### منابع انگلیسی

- Carter, J. W., (1991), **Breach of Contract**, Sydney: The Law Book Company Limited, ed. 2<sup>th</sup>
- Cheshire & Chevalier, Geoffrey, (1991), **Cheshire, Fifoot and furmston's law of contract**, London, Butterworths

- Chitty, Joseph, (2004), **Chitty on Contracts**, London: Sweet & Maxwell, ed. 29<sup>th</sup>, vol.1
- Corbin, Arthur Linton, (1956), **Corbin on Contracts**, West Publication Co
- Treitel, G. H., (1984), **Treitel: The Law of Contract**, Sweet & Maxwell