فصلنامه‌ی دیدگاه‌های حقوق قضایی
شماره‌ی ۷۰، تابستان ۱۳۹۴، صفحات ۸۳ تا ۱۰۱

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

سیدحسین صفایی[۱]*، جعفر عسگری[۲]**

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 قراردادها، ازجمله آثار نقض قرارداد توسط یک‌طرف، 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 به‌طور 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 قراردادها 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:*** hsafaii@ut.ac.ir
** ***Email:*** j.asgari@isu.ac.ir

[Downloaded from jlviews2.ujsas.ac.ir on 2026-01-31]

سپس در صورت عدم اجرا، الزام متعهد را ازحاکم (دادگاه) تقاضا نماید و درصورت 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 قراردادها در فقه و حقوق ایران، اصل لزوم وفای به عقد (اصل الزامی بودن قراردادها) است که منشا پیدایش آن عموماتی نظیر «أوفوا بالعقود» در فقه امامیه می‌باشد. به موجب این اصل، طرفین قرارداد، قطع نظراز اینکه قرارداد لازم یا جایز باشد، ملزم به اجرای مفاد آن می‌باشند ونقض 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 قراردادها، 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.

[Downloaded from jlviews2.ujsas.ac.ir on 2026-01-31]

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 پیش‌بینی رخ می دهد و بر این اساس بحث اعمال نظریه و ضمانت اجراهای ناشی از آن (حسب مورد حق تعلیق یا فسخ) مطرح می‌شود. امروزه این نظریه از قواعد مهم حقوق تجارت بین‌الملل به شمار می‌آید به نحوی که مفاد آن در قوانین کشورهای کامن‌لا نظیر آمریکا و نیز در اسناد حقوقی بین‌المللی 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 می‌آورد.

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 وحقوق ایران موجود و قابل پذیرش است و با اصول و ساختارهای حقوق قراردادها در حقوق اسلام و ایران مغایرتی دارد یا نه.

۱. مفهوم نقض قابل پیش بینی قرارداد

در حقوق قراردادها، نقض واقعی قرارداد زمانی محقق می‌شود 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 گرفته‌اند پایبند نبوده و در موعد مقرر به تعهدات خویش عمل نکنند. ولی در حقوق امروز بویژه در نظام حقوقی کامن‌لا، درکنار نقض واقعی، یک نوع نقض دیگر که به نوبه خود یک نقض مستقل محسوب می‌شود به رسمیت شناخته شده است که از آن به نقض قابل پیش‌بینی، نقض احتمالی قرارداد یا نقض فرضی (صفایی، ۱۳۸۷، ص۴۲۷) تعبیر می‌شود. این نوع نقض زمانی محقق می‌شود که پس از انعقاد قرارداد و قبل از فرا رسیدن موعد اجرا، مساله‌ی عدم اجرای تعهدات قراردادی متعهد مطرح گردد (Carter, 1991, p. 216).

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

[Downloaded from jlviews2.ujsas.ac.ir on 2026-01-31]

«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، ص۲۷).

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 برحسب ماهیت و نوع تعهد و کیفیت اجرای آن معین می‌شود، به معنای نقض قرارداد قلمداد می‌کنند. (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص۱۳۸)

ولی در حقوق کامن‌لا، حقوقدان در یک دسته‌بندی نقض قرارداد را به سه قسم تقسیم کرده اند. 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 نمی خواهد 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: ۱ـ زمانی که یک طرف قرارداد، قبل از فرا رسیدن موعد اجرا یا اجرای کامل، قرارداد را رد می کند. ۲ـ 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)

[Downloaded from jlviews2.ujsas.ac.ir on 2026-01-31]

به بیان دیگر، مهمترین ویژگی نقض قابل پیش‌بینی، که آن را از نقض واقعی جدا می‌کند، وقوع آن، قبل از رسیدن موعد اجرای تعهد است، و همین مسأله نیز، پذیرفتن آن را تا اندازه‌ای 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 پیش‌بینی محسوب می‌شود.

اهمیت و نفوذ نظریه نقض قابل پیش‌بینی قرارداد تا بدانجاست که در حقوق ایالات متحده آمریکا، اساساً نقض قرارداد به دو نوع نقض عادی و نقض قابل پیش‌بینی تقسیم شده است، هرچند این نظریه اصلاً در قوانین مدون انگلیس حتی در قانون بیع نیز وارد نشده است. در نظام حقوقی آمریکا، نظریه نقض قابل پیش‌بینی قرارداد برای نخستین بار در مجموعه «شرح جدید حقوق قراردادها» (First Restatement of Contracts) راه یافت و پس از آن حتی با وجود مخالفت‌های پراکنده‌ای 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، ص۳۴۷).

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

با عنایت به مطالب فوق می‌توان 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 پیش‌بینی 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 پیش‌بینی قرارداد بصورت صریح و گاه نیز ضمنی است: جایی که متعهد صریحاً اجرای قرارداد در آینده را رد می‌کند 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 & Furmston s, 1991, p.535).

[Downloaded from jlviews2.ujsas.ac.ir on 2026-01-31]

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 کامن لا، 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 ومستقلات عقلی دفع ضرر محتمل است. عقل آدمی حکم می کند، 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، ج۲، صص۱۲۷-۱۲۱) منطق 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.

[Downloaded from jlviews2.ujsas.ac.ir on 2026-01-31]

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 عقلا بر آن حکم می کنند. 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، عقلایی‌تر 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 قراردادها 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 نظام های حقوقی باشد، زیرا از احکام مستقل عقلی است و فطرت بشری آن را می‌پذیرد. (محقق داماد، ۱۳۸۲، ص۱۳۴) 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، ج۵، ص۵۶۵؛ خویی، بی‌تا، ج۵، ص۶۳۴؛ طباطبایی یزدی، بی‌تا، ج۲، ص۱۷۲) 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

[Downloaded from jlviews2.ujsas.ac.ir on 2026-01-31]

قابل پیش‌بینی است لذا به نظر می‌رسد که در خصوص این نظریه نیز قاعده لاضرر همانند مثال فوق با رفع اصل لزوم در قراردادها، 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، ص۶۲). 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 باستناد 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 قطعا 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 سوءاستفاده از حق از مصادیق و موارد اجرای قاعده لاضرر است ولی از آنجا که قاعده لاضرر قاعده مستقلی در فقه اسلام است، سوءاستفاده 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 سوءاستفاده از حق نیست، یعنی هرچند که در پاره‌ای از موارد سوءاستفاده از حق با معیار قصد اضرار وجود داشته ولی این معیار ضابطه‌ای کلی برای این

[Downloaded from jlviews2.ujsas.ac.ir on 2026-01-31]

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 پیش‌بینی را تحلیل نمود زیرا طرفی که قرارداد را از پیش نقض می‌کند در واقع اقدام به سوءاستفاده از حقوق قراردادی خویش می‌نماید و با این کار موجب اضرار طرف دیگر قرارداد می‌شود و این اضرار موجب تزلزل عقد میان طرفین می شود. شاید بتوان گام را فراتر نهاد و این گونه استدلال کرد حتی اگر نقض پیش از موعد، موجب اضرار طرف دیگر هم نشود، نظریه سوءاستفاده از حق مانع از این کار می‌شود. یعنی هیچ یک از طرفین عقد حق ندارند که حقوق قراردادی خویش را مبنای سوءاستفاده 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 پیش‌بینی 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 فروعات به ویژه در فقه معاملات از طریق آن استنباط می‌شود. (محقق داماد، ۱۳۷۹، ج۱، ص۳۷) 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، بی‌تا، ج ۲، ص۱۵۳) 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، ص۲۲۴) 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 وادله 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، ج۲، صص۷۱۰-۷۱۱) برخی نیز دلیل فقهی بسیاری از احکام معاملات را بنای عقلاء دانسته‌اند از

[Downloaded from jlviews2.ujsas.ac.ir on 2026-01-31]

جمله صحت معامله معاطاتی، لزوم تعادل عوضین و موارد دیگر. (نجفی، ۱۳۹۴، ج۲۳، ص۲۱۸؛ بجنوردی، ۱۴۱۹، ج۵، ص۹۴)

در ارتباط با حجیت بنای عقلاء نیز در فقه، دو دیدگاه عمده وجود دارد، برخی معتقدند، بنای عقلاء در صورتی حجت است که مورد تایید معصوم(ع) قرارگرفته 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، ج۱، ص۲۷۰) اما عده‌ای دیگر، بنای عقلاء را از آن جهت که مبتنی بر فطرت اجتماعی عقلایی است، نیازمند به تایید و امضای معصوم (ع) ندانسته و بر اساس قاعده ملازمه، حکم به مشروعیت آن می‌کنند. (خمینی، ۱۴۱۰، ج۲، صص۱۳۰-۱۳۱؛ اصفهانی، ۱۴۰۸، ج۵، ص۳۰) 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 همطراز کتاب و سنت است. (فاضل لنکرانی، ۱۳۷۹، ج۱۰، ص۵۷۶)

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 روبه رو 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

[Downloaded from jlviews2.ujsas.ac.ir on 2026-01-31]

مقابل شدن، در حالی که به طور معقول پیش‌بینی می‌شود که آن تعهد اجرا نخواهد شد، کاری بیهوده و غیرمنطقی است که عقل و بناء عقلاء آن را روا نمی‌دانند. بنابر این عقل حکم می‌کند که چنین الزام و اجباری از روی متعهد برداشته شود. به بیان دیگر در صورت پیش‌بینی قطعی نقض قرارداد (به گونه‌ای که احتمال خلاف نرود)، اصل لزوم قراردادها که یک اصل عقلایی است، سالبه به انتفای موضوع می‌شود. حتی شاید بتوان گفت که علی‌الاصول 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 پیش‌بینی، 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 می‌نماید که نمی‌خواهد 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؟ می‌توان 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 نمی‌داند.

بسیاری از موضوعات و مسائل فقهی و حقوقی ماهیت عرفی و عقلانی دارند و قبل از اسلام نیز وجود داشته‌اند. 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 نظام‌های حقوقی به این شکل تکامل نمی‌یافت. 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 پیش‌بینی می‌کند 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 آینده‌نگری نموده و ضرر را از خود، قبل از آنکه وارد شود، دفع نماید؛ زیرا از یک منظر، مقصود

[Downloaded from jlviews2.ujsas.ac.ir on 2026-01-31]

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[1] و عرف تجاری که جلوه‌ای از بنای عقلا است هم اقتضای آن را دارد که مفاد نظریه را به رسمیت بشناسد.

بنابر این تردیدی نیست که عرف و عادت تجاری بر مفاد نظریه نقض قابل پیش‌بینی مستقر شده است چراکه 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 قراردادها، 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، ج۳، ص۲۳۲) 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: ۱ـ شروط قبل از عقد که در لسان فقهاء از آن به شروط تبانی یا شروط بنایی نیز تعبیر شده است. ۲ـ 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 غیرصریح، شروطی هستند که به دلالت صریح و مطابقی از عقد فهیمده نمی‌شوند بلکه به دلالت تضمنی و یا التزامی در ضمن عقد قرار می‌گیرند. این شروط در اصطلاح شروط ضمنی نامیده می‌شوند. (انصاری، ۱۴۲۸، ج۱، ص۲۴۸؛ میرزای نائینی، ۱۴۲۷، ج۳، ص۱۹۸) 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 بین المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری، شماره ۳۶، ۱۳۸۶، ص ۲۰۱.

[Downloaded from jlviews2.ujsas.ac.ir on 2026-01-31]

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

بنابراین شروط ضمنی شروطی هستند که در متن عقد مورد تصریح قرار نمی‌گیرند بلکه به طور تلویحی و ضمنی میان طرفین مقرر بوده و داخل در مفاد عقد و قرارداد تلقی می‌شوند. به نظر برخی از اساتید (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص۲۱۲- ۲۱۴)، مبنای ایجاد علاقه و وابستگی شرط ضمنی با مفاد عقد یکی از این سه عامل است: الف) عقل و بداهت 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 می‌تواند نقض شرط ضمنی عرفی یا نقض شرط ضمنی ارتکازی باشد.

۲-۳-۱. نقض شرط ضمنی عرفی:

پس از تبیین و تقسیم انواع شرط ضمنی در عقود و قراردادها، اکنون می‌توانیم بحث کنیم که آیا نمی‌توان ادعا کرد که در هر قراردادی یک شرط ضمنی عرفی وجود دارد که مانع از رد قرارداد پیش از موعد می‌شود؟ 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 روشن‌تر، شرط ضمنی عرفی شرطی است که عرف، التزام و پایبندی به آن را به طرفین قرارداد تحمیل می‌کند مگر آنکه خلاف آن تصریح شده باشد. لذا مفهوم شرط ضمنی که داخل در قلمرو قرارداد اصلی فرض می‌شود، 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 می‌بایست 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 لازم‌الاجراء می‌باشد. به عبارت ساده‌تر این شرط داخل در مفاد قرارداد تلقی می‌شود و هیچ یک از طرفین حق

[Downloaded from jlviews2.ujsas.ac.ir on 2026-01-31]

تخلف و تخطی از مفاد آن را ندارند. یعنی وفق قواعد عمومی قراردادها، نقض این شرط ضمنی، به مشروط‌له ابتدا حق الزام متعهد به اجرای تعهد و در صورت عدم امکان، حق فسخ می‌دهد و وی می تواند با استناد به خیار تخلف شرط، بنا به تشخیص خود، قرارداد را فسخ نماید.[۱] هر چند که در این حالت، علی‌الاصول سرنوشت قرارداد به دست مشروط‌له است و وی می‌تواند با تعلیق قرارداد، ضمن حفظ قرارداد، فرصت دیگری به مشروط‌علیه (ناقض 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 می شود. (Corbin,op.cit. vol.4,N.971)

۲-۳-۲. نقض شرط ضمنی ارتکازی

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، ص۲۱۲- 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 ارتکازی» 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 می آید، ضمانت اجرای ناشی از عدم انجام تعهد، فسخ قرارداد نیست. بلکه در وهله اول متعهدله می بایست الزام و اجبار متعهد را ازحاکم (دادگاه) تقاضا نماید و درصورت عدم امکان اجرا، حق فسخ پیش‌بینی شده است، هرچند 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 متعهدله حسب مورد، مخیر به انتخاب هر یک از این ضمانت اجراها می‌باشد.

[Downloaded from jlviews2.ujsas.ac.ir on 2026-01-31]

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 خویی 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» (خویی، ۱۴۱۸ ، ج۷، ص۳۳۷). گاهی نیز از شرط ارتکازی استفاده کرده و می‌فرمایند: «والمدرک لخیار الغبن هو تخلف الشرط الارتکازی الثابت فی المعاملات العقلاییه» (خویی، ۱۴۲۲ ق، ج۲، صص۵۹۲-۶۰۲) 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 الارتکازی 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 خویی، 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 سیستانی 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 درصورت عدم انفاق توسط زوج، به زوجه حق فسخ نکاح را به استناد شرط ارتکازی داده‌اند (سیستانی، بی‌تا، ص۲۹۶) ضمناً ایشان مبنای خیار غبن را نیز شرط ارتکازی قرار داده‌اند.[۱]

۱. شرط ضمنی ارتکازی دقیقا همان نهادی است که در حقوق کامن‌لا آن را «term implied in act» یعنی شرط ضمنی واقعی می گویند. 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، ص۲۸۴)

[Downloaded from jlviews2.ujsas.ac.ir on 2026-01-31]

در تبیین مفهوم شرط ارتکازی می‌توان گفت که این نهاد حقوقی چندان از معنای لفظی خود دور نیفتاده است؛ زیرا ارتکاز در لغت یعنی چیزی که ثابت و مستقر است. «رکزالشیء» به معنای آن چیزی است که درجای خود ثابت شده است. در اصطلاح حقوقی نیز شرط ارتکازی 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 ارتکازی 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 ارتکازی ضمن قرارداد طرفین است. زیرا در هر قرارداد یک شرط ارتکازی 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 ارتکاز طرفین ، این شرط در حیطه مدلول التزامی قرارداد درآمده و لذا لازم‌الوفاء می‌باشد. یعنی این شرط داخل در مفاد عقد تلقی می‌شود و هیچ یک از طرفین حق تخلف از مفاد آن را ندارند. لذا رد قرارداد توسط یک طرف، به‌منزله نقض این شرط ارتکازی 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 ارتکازی 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 پیش بینی قرارداد، یک نظریه برگرفته از نظام حقوقی کامن لا 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.

[Downloaded from jlviews2.ujsas.ac.ir on 2026-01-31]

استناد به اصل لزوم وفای به عقد نیز نمی‌تواند مانع اجرای این نظریه باشد، زیرا اصل لزوم طرفین را ملزم به حفظ قرارداد می‌نماید 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 می‌کند 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، قطعا برخلاف فحوای تراضی طرفین بوده و هیچ عقل سلیمی بدان حکم نمی‌کند.

علیرغم اینکه در فقه امامیه که پایه و اساس حقوق ایران را تشکیل می‌دهد، نظریه نقض قابل پیش‌بینی قرارداد مشخصاً مورد توجه فقهاء قرار نگرفته و مطلبی نیز در خصوص آن در میان ابواب مختلف فقهی دیده نمی‌شود، می‌توان گفت ریشه این نظریه بر مبنای قواعد واصول مسلم فقهی و حقوقی از جمله بنای عقلاء و نیز شرط ضمنی قابل پذیرش است. ضمنا قاعده لاضرر که در اسلام جزء قواعد حاکمه می‌باشد، در مواردی که نقض پیش از موعد قرارداد، موجب ثبوت ضرری برای طرفین قرارداد شود می‌تواند 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 می‌باشند، می‌توان ادعا نمود این نظریه نه تنها با قواعد و اصول حاکم بر قراردادها در حقوق اسلام و ایران تعارض بینی ندارد بلکه به عنوان یک نظریه جدید در حقوق قراردادها قابل پذیرش می‌باشد و می‌توان آثار و احکام مترتب بر آن را در حقوق داخلی توجیه نمود. البته شایسته است قانونگذار برای رفع هرگونه ابهام، به این نظریه در قوانین مدون تصریح نماید.

فهرست منابع

منابع فارسی

- اسماعیلی، محسن، (۱۳۷۷)، **نظریه خسارت**، چ. 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 میرزانژاد، اکبر، (۱۳۸۷)، **حقوق بیع بین‌الملل با مطالعهٔ تطبیقی**، چ. دوم، تهران: مؤسسهٔ انتشارات و چاپ دانشگاه تهران

[Downloaded from jlviews2.ujsas.ac.ir on 2026-01-31]

- 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 مهراب 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، (۱۴۱۹ ق)، **فرائد الاصول (الرسائل)**، تحقیق و إعداد : لجنه تحقیق تراث الشیخ الأعظم، ج ۲، قم: مجمع الفکر الإسلامی، الاولی
- انصاری، مرتضی، (۱۴۲۸ ق)، **المکاسب**، قم: مجمع الفکر الاسلامی
- بجنوردی، سید حسن، (۱۴۱۹ق)، **القواعد الفقیه**، تحقیق :مهدی المهریزی-محمد حسین الدرایتی، قم: نشر الهادی، الاولی
- حکیم، سید محمد تقی، (بی تا)، **الاصول العامه للفقه المقارن**، قم: موسسه النشرالاسلامی
- خمینی، سید روح الله، (۱۳۸۴)، **کتاب البیع**، تهران: موسسه تنظیم و نشرآثار امام خمینی
- صدر، سید محمد باقر، (۱۴۲۱ ق)، **دروس فی علم الاصول**، قم: مرکز الابحاث و الدراسات التخصصیه للشهید الصدر، ج۱، چ اول، الحلقه الاولی و الثانیه
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، (۱۳۷۸ ش)، **حاشیه المکاسب**، قم: موسسه اسماعیلیان
- مظفر، محمدرضا، (بی تا)، **اصول الفقه**، قم: موسسه النشرالاسلامی
- نائینی، محمد حسین، (۱۴۲۷ق)، **منیه الطالب فی شرح المکاسب**، قم: موسسه النشرالاسلامی
- 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. 2th
- Cheshire & Chevalier, Geoffrey, (1991), **Cheshire, Fifoot and furmston's law of contract**, London, Butterworths

[Downloaded from jlviews2.ujsas.ac.ir on 2026-01-31]

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

[Downloaded from jlviews2.ujsas.ac.ir on 2026-01-31]