

نقض قابل پیش‌بینی قرارداد در فقه و حقوق ایران با نگاهی به نظام «کامن لا» و کنوانسیون وین (۱۹۸۰)

سید حسین صفایی*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۰۹/۲۳

جعفر عسگری**

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۳/۱۱/۲۶

چکیده

یکی از موضوعات و مباحث مهم در حقوق قراردادهای، موضوع نقض قرارداد و ضمانت اجراهای ناشی از آن است. در حقوق ایران توسل به ضمانت اجراهای نقض قرارداد، زمانی میسر است که موعد اجرای قرارداد فرارسیده و متعهد تعهدات قراردادی خویش را ایفاء ننموده است؛ اما گاه ممکن است قبل از سررسید انجام تعهد، بر اساس اعلام صریح متعهد و یا حسب اوضاع و احوال موجود، متعهدله به‌طور معقول و متعارف به این نتیجه برسد که متعهد نمی‌تواند یا نمی‌خواهد در موعد مقرر به تعهد خویش عمل کند. در این حالت، نظریه نقض قابل پیش‌بینی قرارداد مطرح می‌شود و به متعهدله این اجازه را می‌دهد که با تمسک به ضمانت اجراهای این نظریه خود را از زیر بار تعهدات قراردادی که در آینده با نقض مواجه خواهد شد، رهایی بخشد و حسب مورد، اقدام به تعلیق یا فسخ قرارداد نماید. ولی سؤال اساسی این است که آیا در نظام حقوقی ایران متعهدله می‌تواند قبل از فرارسیدن موعد اجرای تعهد، به استناد این نظریه به ضمانت اجراهای ناشی از نقض قرارداد متوسل شود یا باید منتظر فرارسیدن موعد قرارداد باشد.

هرچند این نظریه در حقوق ایران چندان مورد توجه قرار نگرفته و هیچ ماده قانونی نیز بدان اختصاص نیافته است ولی در این مقاله، با بررسی نظام حقوقی ایران و ضمن مطالعه تطبیقی در نظام «کامن لا» به‌ویژه حقوق انگلیس و آمریکا و همچنین اسناد حقوقی بین‌المللی به‌ویژه کنوانسیون بیع بین‌المللی ۱۹۸۰ به این نتیجه نائل می‌شویم که مبانی و چارچوب اصلی این نظریه در فقه و حقوق ایران وجود دارد و با استناد به اصول و قواعد کلی می‌توان به پذیرش آن در حقوق ایران قائل شد.

واژگان کلیدی

قرارداد، موعد قرارداد، تعهدات قراردادی، نقض قرارداد، نقض قابل پیش‌بینی

مقدمه

پس از توافق طرفین و انعقاد قرارداد، مهم‌ترین موضوع در نظر طرفین قرارداد، انجام به‌موقع تعهدات قراردادی است؛ زیرا نقض قرارداد، هرگز مطلوب طرفین نیست. در قراردادهای بلندمدت، بعد از انعقاد قرارداد و قبل از فرارسیدن موعد اجرای قرارداد، گاه این احتمال می‌رود که یک طرف قرارداد قادر به ایفای تعهدات خویش نخواهد بود. در این حالت راهکار حقوقی چیست؟ در این خصوص دو دیدگاه وجود دارد؛ 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 دیگری دیدگاهی که هم‌اکنون در نظام حقوقی «کامن لا» و مقررات بین‌المللی وجود دارد. این دیدگاه جدید با تفسیری نوین از اصل لزوم قراردادها، به شخصی که خود را یک طرف قراردادی می‌بیند که به‌طور معقول و متعارف اطمینان دارد که طرف دیگر در موقع مقرر، قادر به اجرای قرارداد نخواهد بود، اجازه می‌دهد که جهت تضمین اجرای قرارداد، انجام تعهدش را تعلیق نماید و یا حسب مورد، قرارداد را یک‌جانبه فسخ کند. از این دیدگاه در حقوق امروز به‌عنوان نظریه «نقض قابل پیش‌بینی قرارداد» یاد می‌شود.

اهمیت این نظریه که از نظرات محققان و حقوقدانان برجسته کشورهای مختلف به‌خوبی درک می‌شود، تا بدانجاست که مفاد این نظریه در نظام «کامن لا» و به‌تبع آن در اسناد حقوقی بین‌المللی مانند کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مصوب ۱۹۸۰، در بخش مقررات مشترک مطرح و مورد توجه حقوقدانان قرار گرفته است. مطابق این نظریه، هرگاه قبل از موعد اجرای قرارداد، از اظهارات یا اقدامات و رفتار متعهد استنباط شود که وی قادر به اجرای قرارداد در سررسید نیست، نقض قابل پیش‌بینی رخ می‌دهد و بر این اساس، بحث اعمال نظریه و ضمانت اجراهای ناشی از آن مطرح می‌شود.

این نظریه امروزه از قواعد مهم حقوق تجارت بین‌الملل به‌شمار می‌آید و فواید و آثار زیادی بر آن مترتب می‌شود؛ برای مثال، وقتی فروشنده کالایی که باید آن را در سررسید تحویل خریدار نماید، کارخانه وی تعطیل می‌شود، خریدار باید این حق را داشته باشد با فسخ قرارداد، آنچه را که فروشنده قادر به تسلیم آن نیست، از اشخاص ثالث تأمین نماید و از افزایش خسارات ناشی از نوسان قیمت بازار جلوگیری کند. این

امکان موجب می‌شود که طرف قرارداد از بلا تکلیفی، بی‌ثباتی و نگرانی از آینده که به سبب احتمال نقض قرارداد از سوی طرف مقابل ایجاد شده است، خارج گردد. مضافاً اینکه امکان عقد قرارداد جدید با فروشنده ثالث و امکان جایگزینی کالای جدید را نیز برای او فراهم می‌آورد.

در این مقاله با تبیین مفهوم و ماهیت نظریه و نیز آثار و ضمانت‌اجراهای آن، سعی ما بر آن است که اصول و مبانی این نظریه را که خاستگاه آن نظام «کامن‌لا» می‌باشد، در فقه و حقوق ایران بررسی کنیم و به این سؤال پاسخ دهیم که این نظریه در فقه و حقوق ایران قابل پذیرش است و با اصول و ساختارهای حقوق قراردادهای در حقوق اسلام و ایران مغایرتی ندارد.

۱. مفهوم نقض قابل پیش‌بینی قرارداد

در اصطلاح حقوقی، نقض 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 بر عهده گرفته‌اند، پایبند نبوده و در موعد مقرر به تعهدات خویش عمل نکنند. ولی نقض قابل پیش‌بینی قرارداد که به نوبه خود یک نقض مستقل محسوب می‌شود، زمانی محقق می‌شود که پس از انعقاد قرارداد و قبل از فرارسیدن موعد اجرا، مسئله عدم اجرای تعهدات قراردادی متعهد مطرح گردد (Carter, 1991, p.216). برای اینکه این مفهوم نقض و جایگاه نقض قابل پیش‌بینی بهتر مشخص شود، ابتدا نگاهی مختصر به نقض و انواع آن می‌اندازیم:

در حقوق ایران، برخی از اساتید حقوق معتقدند نقض قرارداد دارای مفهومی روشن است و عدم اجرای تعهد قراردادی یا 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، صص ۱۳۸ به بعد)؛ ولی در حقوق «کامن‌لا»، حقوقدان در یک دسته‌بندی نقض قرارداد را به سه قسم تقسیم کرده‌اند که عبارت‌اند از: ۱. رد قرارداد: رد 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 قبل از موعد مقرر ممکن است برای اجرای تعهد یا در همان زمان مقرر باشد؛ ۲. غیرممکن ساختن: وقتی که یک طرف عمداً یا بر اثر سهل‌انگاری، خود را از انجام تعهدات قراردادی ناتوان می‌سازد و ۳. کوتاهی در انجام قرارداد، 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 برخی دیگر از حقوقدانان «کامن لا»، موارد نقض قرارداد را در دو مورد خلاصه کرده‌اند: یک. زمانی که یک طرف قرارداد، قبل از فرارسیدن موعد اجرا یا اجرای کامل، قرارداد را رد می‌کند و دو. زمانی که یک طرف قرارداد، مرتکب نقض اساسی قرارداد می‌شود.

در تمام این تقسیم‌ها، یکی از موارد نقض، جایی است که قبل از فرارسیدن 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 ناتوانی 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 قابل پیش‌بینی باشد (Treitel, 1995, p.285).

در حقوق آمریکا، نقض قرارداد را می‌توان به دو نوع نقض عادی و نقض قابل پیش‌بینی تقسیم کرد (هرچند این نظریه اصلاً در قوانین انگلیس حتی در قانون بیع نیز وارد نشده است). نظریه نقض قابل پیش‌بینی قرارداد در اولین «شرح جدید حقوق قراردادها» در آمریکا منعکس شد و با وجود مخالفت‌های پراکنده‌ای که در آمریکا به عمل آمد، به تدریج جای خود در قوانین آمریکا پیدا کرد و هم‌اکنون ماده ۶۰۹-۲ از UCC بیانگر مفاد نظریه است (صفایی، ۱۳۸۷، ص ۳۴۷). در مقررات بین‌المللی نیز مواد ۷۱ تا ۷۳ کنوانسیون ۱۹۸۰ به این نظریه اختصاص یافته است و متعاقباً در دیگر اسناد

حقوقی بین‌المللی نظیر اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی^۱ و اصول حقوق قراردادهای اروپایی^۲ که پس از کنوانسیون تدوین شده‌اند نیز این نظریه راه یافته است. به‌طور 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 «پیش‌بینی نقض» یا «نقض پیشاپیش» ترجمه شده است. برخی نیز به این دلیل که امکان وقوع این‌گونه نقض از مرحله شک و احتمال گذشته است، آن را «نقض منتظره» ترجمه و تعبیر کرده‌اند (داراب‌پور، ۱۳۷۷، ص ۲۷).

با عنایت به این مطالب 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 توسط متعهد قبل از فرارسیدن موعد اجراست. مضافاً اینکه برای نقض قابل پیش‌بینی دو حال قابل تصور است: گاه نقض قابل پیش‌بینی قرارداد به‌صورت صریح و گاه نیز ضمنی است؛ لذا جایی که متعهد صریحاً اجرای قرارداد در آینده را رد می‌کند، مرتکب نقض صریح شده است، اما برای 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 & Chevalier, 1991, p.535).

۲. مبانی نظریه نقض قابل پیش‌بینی قرارداد

نظریه‌ای که از نظام «کامن‌لا» سر برآورده و سپس در قوانین داخلی و بین‌المللی جایگاه خود را یافته است، قطعاً علاوه بر اصول ثابتی که دارد، از مبانی و پشتوانه منطقی و حقوقی برخوردار می‌باشد؛ لذا حقوقدانان خارجی هر یک، بر اساس اندیشه‌های خود، مبانی حقوقی نظریه را مطرح و تحلیل کرده‌اند. ولی از آنجاکه این نظریه در حقوق ایران و اسلام، از شهرت چندانی برخوردار نیست و نص یا دلیل خاصی دال بر نظریه یا آثار و احکام آن به چشم نمی‌خورد، شاید تبیین مبنا برای چنین نهادی در نظام حقوقی ایران دشوار باشد؛ با این‌همه، به نظر می‌رسد می‌توان بر اساس

قواعد و اصول کلی موجود در فقه و حقوق ایران، در مقام بیان مبانی این نظریه در حقوق ایران برآمد.

۲-۱. قاعده دفع ضرر محتمل و قاعده لاضرر

در نقض قابل پیش‌بینی قرارداد که از اعلام خود متعهد مبنی بر نقض قرارداد در وقت مقرر نشئت گرفته یا از اوضاع و احوال وی برآمده و عرف آن را می‌پذیرد، مبنای نظریه در واقع پیش‌بینی ضرر قریب‌الوقوع است، به این معنی که از نظر عرف این ضرر محقق و مسلم است. بدیهی است که از نظر عقلی و شرعی هیچ ضرری نباید بدون تدارک و بلاجبران باقی بماند. از آنجاکه این ضرر در صورت پایبندی طرف دیگر به قرارداد رخ خواهد داد، لذا باید، حکم لزوم پایبندی متعاملین، تقیید شود؛ زیرا پیشگیری از ضرر بهتر از جبران و تدارک ضرر است و عقلاء بر آن حکم می‌کنند. این همان مفاد نظریه نقض قابل پیش‌بینی قرارداد است که به موجب قاعده دفع ضرر محتمل و لاضرر مشروعیت پیدا کرده و عقلایی می‌شود.

قاعده لاضرر یکی از مهم‌ترین قواعد فقهی است که در سرتاسر فقه جاری است. در بحث ما نیز استناد به آن منطقی است؛ زیرا حتی کسانی که معنای قاعده مذکور را نفی حکم ضرری دانسته‌اند، معتقدند که بر اساس قاعده لاضرر، لزوم معامله ضرری برداشته می‌شود و طرف متضرر می‌تواند معامله را فسخ نماید. حدیث لاضرر دلالت بر تزلزل هر عقدی که لزوم آن موجب ضرر باشد، دارد. با این استدلال مفاد نظریه نقض قابل پیش‌بینی مطابق فقه معاملات است؛ زیرا التزام و پایبندی 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 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.

صاحب جواهر حکمی را از بعضی فقهاء نقل کرده که عمومیت آن، مفاد نظریه را هم در بر می‌گیرد: «ظاهر اقوال فقهاء این است که هرگاه در عقد لازمی یکی از طرفین عملی منافعی با حقی انجام دهد که طرف دیگر به سبب عقد مزبور کسب کرده، شارع

مقدس بر اساس قاعده لاضرر برای طرف دیگر حق فسخ مقرر کرده است و عقد از جهت او قابل فسخ شده، تا به این وسیله از او دفع ضرر شود».

۲-۲. عقل و بنای عقلاء

از منظر فقه اسلامی عقل یکی از منابع اصلی استنباط بوده و رابطه میان شرع و عقل رابطه‌ای مبتنی بر «کل ما حکم به العقل، حکم به الشرع» می‌باشد (مظفر، بی‌تا، ج ۲، ص ۲۶۱). هرچند برخی از علمای اصول دلیل عقل را صرفاً کاشف از حکم شرع دانسته‌اند ولی می‌توان گفت حداقل هنگامی که درباره امری در شرع دلیلی نقلاً وجود ندارد، احکام عقلی هم عقلاً و هم شرعاً حجت هستند. به همین جهت دلیل عقل، در فرآیند استنباط‌های فقهی و حقوقی نقش بسزایی دارد و در ابواب مختلف فقهی بدان استناد شده و تشخیص و تطبیق عناوین بسیاری از احکام و موضوعات آن‌ها بر عهده آن گذاشته شده است.

برخی از فقهاء دلیل فقهی بسیاری از احکام معاملات را عقل و بنای عقلاء دانسته‌اند؛ از جمله صحت معامله معاطاتی، لزوم تعادل عوضین و موارد دیگر (نجفی، ۱۳۹۴ق، ج ۲۳، صص ۲۱۸ به بعد). بنا بر تحلیلی، مفاد نظریه نقض قابل پیش‌بینی، 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 دارد، در آینده نزدیک با خطری قطعی روبه‌رو می‌شود، اجازه نمی‌دهد به انتظار وقوع خطر بماند و در وقت حادثه، آن را از خود رفع کند. اگر انسانی چنین کند، بدون تردید مورد مذمت عقل است و تقبیح خواهد شد.

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 یک طرف به طور متعارف پیش‌بینی نماید 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 مورد بحث ماست. از سوی دیگر نیز، وفق نظریه اجرای اجباری قرارداد، الزام و اجبار کردن طرف قراردادی که زمان اجرای تعهدش فرارسیده است، به انجام تعهد و بعد منتظر رسیدن

زمان اجرای تعهد طرف مقابل شدن، درحالی که به طور معقول پیش بینی می شود که اجرا نخواهد شد، کاری بیهوده و غیرمنطقی است که عقل و بناء عقلاء آن را روا نمی دانند.

۲-۳. تخلف از شرط ضمنی

یک از بنیادی ترین مبانی که می توان بر اساس آن نظریه نقض قابل پیش بینی را توجیه نمود، این است که نقض زود هنگام قرارداد، به نوعی نقض یک تعهد حال و تخلف از شرط ضمنی تلقی می شود. در فقه، شروط ضمن عقد به دو نوع شروط صریح و شروط غیرصریح تقسیم می شوند (نابینی، ۱۴۲۷ق، ج ۳، ص ۲۳۲؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ج ۳، ص ۲۸۵). شروط صریح: شروطی هستند که صریحاً در متن عقد ذکر شده اند و هیچ یک از طرفین نمی توانند برخلاف آن ادعایی داشته باشند ولی شروط غیرصریح (ضمنی): شروطی هستند که به دلالت صریح و مطابقی از عقد فهمیده نمی شوند بلکه به دلالت تضمینی و یا التزامی در ضمن عقد قرار می گیرند (انصاری، ۱۴۲۸ق، ج ۱، ص ۲۴۸). به بیان دیگر، شروط ضمنی نه قبل از عقد و نه در ضمن عقد به صراحت 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؛ بهرامی احمدی، ۱۳۹۰، ص ۴۹۰).

در هر قراردادی یک شرط ضمنی عرفی وجود دارد که مانع از رد قرارداد پیش از موعد می شود؛ زیرا 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 مفاد قرارداد اصلی فرض می شود، بر این حقیقت دلالت دارد که هیچ یک از طرفین حق ندارند قراردادی را که هنوز موعد اجرای آن فرانسیده، رد کنند و از اجرای آن امتناع نمایند و یا اقداماتی انجام دهند که حاکی از نقض قرارداد در آتی باشد؛ و تا زمانی که خلاف این شرط عرفی در قرارداد قید نشده باشد، طرفین قرارداد باید به مفاد آن ملتزم باشند و هرگونه تخلف از این شرط به مشروطه حق فسخ می دهد و وی می تواند با استناد به خیار تخلف شرط، بنا به تشخیص خود، قرارداد را فسخ نماید.

نقض قابل پیش‌بینی قرارداد در فقه و حقوق ایران با نگاهی به نظام «کامن لا» و کنوانسیون وین (۱۹۸۰) ۱۳

از لابه‌لای متون حقوقی «کامن لا» نیز 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, 1956, n.971).

۳. ضمانت اجراهای نقض قابل پیش‌بینی

مطالعه ضمانت اجراهای نظریه نقض قابل پیش‌بینی از آن جهت ضرورت دارد که در کنوانسیون بیع ۱۹۸۰ به‌طور مستقل، ضمانت اجراهایی برای نظریه در نظر گرفته شده است. لذا بررسی این ضمانت اجراها از لحاظ مبنا و قواعد و کارکرد قابل تأمل هستند. ضمانت اجراهای اصلی نظریه، عبارت‌اند از: حق تعلیق قرارداد و حق فسخ قرارداد؛ در کنار این دو، سعی می‌کنیم تا به‌اختصار به ضمانت اجرای مطالبه خسارت نیز اشاره‌ای کنیم.

۳-۱. حق تعلیق قرارداد

ممکن است اوضاع و احوال به‌گونه‌ای نباشد که کاملاً مشخص شود متعهد، نسبت به تعهدات قراردادی آینده خود، مرتکب نقض اساسی می‌شود یا به‌گونه‌ای باشد که متعهدله نمی‌تواند مشخص بودن نقض اساسی را، پیش از موعد آن، اثبات کند. در این موارد، که از یک طرف درجه اطمینان برای فسخ قرارداد کافی نیست و از طرف دیگر، با توجه به اوضاع و احوال، از جمله رفتار و گفتار متعهد، احتمال نقض و ورود ضرر و خسارت وجود دارد، تعلیق انجام تعهدات متقابل و مطالبه تضمین مناسب، در ماده ۷۱ کنوانسیون پیش‌بینی شده است. برای اعمال حق تعلیق به استناد نظریه باید شرایط و نکات ذیل رعایت شود:

۳-۱-۱. کافی بودن احتمال نقض قرارداد

اولین نکته جهت تعلیق قرارداد توسط متعهدله، کافی بودن احتمال نقض توسط شخص متعهد است؛ یعنی اینکه لازم نیست پیش‌بینی نقض به حد یقین برسد و کافی

است در مرحله احتمال باقی بماند؛ به عبارت دیگر، تعلیق در جایی است که درجه کمتری از احتمال نقض وجود داشته باشد؛ چراکه اگر قطعاً مشخص باشد قرارداد نقض می‌شود، برای مثال، متعهد صریحاً اعلام کند به قرارداد پایبند نیست، تعلیق قرارداد معنایی ندارد. در این صورت، یا متعهدله باید بر اساس اعلام متعهد به قرارداد پایان دهد، یا بنا به تشخیص خود تا رسیدن زمان اجرا صبر کند. ضمانت اجرای تعلیق را نباید جدای از مطالبه تضمین دید. تعلیق و مطالبه تضمین، برای ایجاد اطمینان نسبت به احساس تهدید و تردیدی است که در متعهدله ایجاد شده و به منظور برطرف کردن شکی است که نسبت به اجرای قرارداد، در او به وجود آمده است؛ لذا، اگر مشخص باشد نقض روی خواهد داد، دیگر حالت تردید وجود نخواهد داشت؛ بنابراین، تعلیق و مطالبه تضمین، در جایی است که پیش‌بینی نقض، به طور کامل، مشخص نباشد و به بیان دیگر، درجه کمتری از احتمال و پیش‌بینی قطعی وجود داشته باشد (Chengwei, 2005, n. 2.2.).

۳-۱-۲. لزوم اساسی بودن نقض احتمالی

دومین نکته در خصوص تعلیق قرارداد این است که آنچه حمایت از متعهدله را در برابر احتمال نقض قرارداد، در قالب تعلیق قرارداد، که مقدمه فسخ قرارداد است، ایجاد می‌نماید، احتمال نقضی است که در صورت وقوع، منجر به حق فسخ برای متعهدله شود؛ به عبارت دیگر، اگر نقض قرارداد از نوعی باشد که به حد ایجاد حق فسخ نرسد و زیان وارده به زیان دیده از سایر طرق، از جمله با پرداخت خسارت، قابل جبران باشد، این بدان معناست که اصل قرارداد باید به قوت خود باقی بماند و تعهدات متقابل نیز انجام شود و در نهایت خسارات وارده جبران گردد؛ بنابراین، حتی در صورت نقض واقعی نیز، در این مرحله، حقی برای متعهدله در عدم انجام تعهدات متقابلش به وجود نمی‌آید و به طریق اولی، در صورت احتمال چنین نقضی در آینده نیز، نمی‌توان قائل به این حق شد.

بنابراین، پیش‌بینی نقض برای متعهدله هنگامی حق تعلیق ایجاد می‌کند که در صورت وقوع آن، برای وی حق فسخ قرارداد حاصل گردد و به عبارت ساده‌تر، تنها

در صورتی متعهدله باید بتواند انجام تعهدات متقابلش را معلق سازد و تضمین مناسب مطالبه نماید که احتمال قوی دهد طرف مقابل او مرتکب نقض اساسی قرارداد خواهد شد.

۲-۳. حق فسخ قرارداد

برخلاف حق تعلیق که می‌توان آن را ضمانت اجرایی مخصوص نقض قابل پیش‌بینی دانست، حق فسخ، یکی از ضمانت‌های اجرایی است که اختصاص به آن ندارد. به‌عنوان یک قاعده کلی، زمانی که قصور و کوتاهی در اجرای مفاد قرارداد منجر به «نقض اساسی قرارداد» می‌شود، قرارداد قابل فسخ است (Schlechtriem, 1986, p.78). هرچند شرایط اعمال حق فسخ، در نظام‌های حقوقی جهان متفاوت است ولی موضوع حق فسخ به‌عنوان یکی از راه‌های انحلال قرارداد همواره در حقوق و قوانین کشورها مطرح بوده است. شرایط ایجاد حق فسخ به علت احتمال نقض توسط طرف مقابل در قراردادها، یکسان نیست، به نظر می‌رسد، فسخ قرارداد بر این اساس که قرارداد به‌طور صریح توسط طرف دیگر رد شود و یا از رفتار ضمنی و یا اوضاع و احوال مشخص شود، متفاوت بوده و هر یک بحثی مجزا می‌طلبد که در اینجا به تفکیک به بررسی آن دو می‌پردازیم:

۳-۲-۱. نقض قابل پیش‌بینی به علت رد صریح قرارداد

نوع اول نقض قابل پیش‌بینی که تبیین شرایط آن نیز پیچیدگی خاصی ندارد، نقض به‌دلیل رد صریح قرارداد از سوی متعهد است. طبق کنوانسیون، پیش‌بینی نقض قرارداد، در صورتی منجر به ثبوت حق فسخ می‌شود که «مشخص» باشد، این نقض اساسی است. یکی از مصادیق بارز این حکم، آن است که متعهد اعلام کند قرارداد را اجرا نخواهد کرد (Chengwei, 2005, n. 4.4). رد صریح قرارداد، دلالت کافی و متقن بر این مطلب دارد که نقض اساسی در آینده مشخص است (Lookofshy, 2000, p.151). واضح است که حتی در رد صریح قرارداد، که بارزترین مصداق نقض قابل پیش‌بینی است، اعلام متعهد مبنی بر عدم انجام تعهداتش، مطلقاً بدین معنا نیست که او

نظرش عوض نخواهد شد و قطعاً قرارداد را در سرسید اجرا نخواهد کرد. لذا یکی از فواید نقض قابل پیش‌بینی، چنین برشمرده شده که با فسخ قرارداد توسط متعهدله، لازم نیست او همچنان، نگران این مطلب باشد که نظر متعهد، تا رسیدن موعد، عوض شده و او قرارداد را اجرا می‌کند (Honnold, 1999, p.438). پس نقض پیش‌بینی‌شده در موعد اجرای قرارداد، با وجود شرایطی برای متعهدله ایجاد حق فسخ می‌کند که این شرایط عبارت‌اند از اینکه اولاً، نقض اساسی باشد و ثانیاً، وقوع این نقض اساسی، مشخص باشد.

احراز شرط اول یعنی اساسی بودن نقض، کار چندان دشواری به نظر نمی‌آید. عدم اجرای قرارداد، بارزترین مصداق نقض نیز بوده و مسلماً نقضی اساسی محسوب می‌شود. مشخص است زمانی که یک طرف اعلام می‌کند تعهداتش را اجرا نخواهد کرد، نقض اساسی تعهد صورت خواهد پذیرفت. ولی در مورد احراز شرط مشخص بودن نقض باید گفت روشی که در کنوانسیون مورد استفاده قرار گرفته، تعیین قطعیت لازم در مورد نقض اساسی را به سخت‌ترین جنبه تفسیری ماده ۷۲ کنوانسیون تبدیل نموده است (Chengwei, 2005, n. 4.4).

با تحلیل دقیق مفاد کنوانسیون و نظرات شارحان کنوانسیون، می‌توان گفت معنای «مشخص بودن» معنایی عرفی است. منظور از مشخص بودن نقض برای ایجاد حق فسخ آن است که یک شخص معقول و متعارف، متقاعد شود که مطمئناً، نقض قرارداد روی خواهد داد. البته در این مورد نیز، درجه بالایی از قطعیت، به دیگر سخن، یقین قطعی در عدم اجرا لازم نیست؛ چراکه در آن صورت، حتی نمی‌توان رد صریح قرارداد را نیز مجوز فسخ دانست؛ چراکه متعهدی که قرارداد را صریحاً رد کرده است، همواره می‌تواند تا قبل از سر رسید، از نظر خود برگردد (Schlechtriem, 1986, p.96).

۲-۲-۳. نقض قابل پیش‌بینی به علت مشخص بودن نقض از اوضاع و احوال

نوع دوم از نقض قابل پیش‌بینی، در جایی است که قرارداد صریحاً توسط متعهد رد نشده است، اما اوضاع و احوال و قرائن نشان می‌دهد که در موعد مقرر، قرارداد اجرا نخواهد شد، یا اجرای آن، به‌گونه‌ای ناقص خواهد بود که نقض اساسی محقق می‌گردد.

در این نوع از نقض قابل پیش‌بینی نیز، باید هر دو شرط مشخص بودن و اساسی بودن نقض وجود داشته باشد. معیار مشخص بودن، معیار نوعی و عرفی است. به عبارت دیگر، نقض اساسی قابل پیش‌بینی قرارداد، جز در مواردی که بیان صریح متعهد وجود دارد، فرضی است که بر اساس معیارهای نوعی شده است. فرد معقول یا متعارف باید بتواند از شرایط حاکم، تحقق نقض اساسی در موعد را استنباط کند (Enderlein & Maskow, 1992, p.291).

طبق یک دیدگاه، در جایی که مشخص است قرارداد در موعد اجرا نخواهد شد یا ناقص اجرا خواهد گردید، به گونه‌ای که متضمن نقض اساسی می‌باشد، قانون‌گذار به نیابت از متعهد، پیشنهاد حال شدن قرارداد را به متعهدله می‌دهد تا او با حال نمودن توافق، بتواند از حق فسخ استفاده و برای مطالبه خسارات اقامه دعوا کند.

به‌طور کلی مصادیق اوضاع و احوال جهت تحقق نقض اساسی آینده، می‌تواند از گفتار و یا اعمال متعهد یا وقایع عینی همانند از بین رفتن کارخانه فروشنده در آتش‌سوزی یا اعمال تحریم یا اعمال نظارت‌های کنترلی مالی که اجرای قرارداد را در آینده غیرممکن می‌سازد، مشخص شود. زمانی که یک طرف اعلام می‌دارد تعهداتش را با تأخیر اجرا می‌کند و زمان اجرا از ارکان قرارداد باشد، یا تأخیر مورد پیش‌بینی آن‌قدر جدی باشد که منجر به نقض اساسی شود، یا متعهد، قرارداد دیگری را که با متعهدله دارد رد می‌کند، در همه این موارد، مشخص است که نقض اساسی روی خواهد داد. همچنین ورشکستگی و شروع عملیات تصفیه، از دیگر مواردی هستند که نقض تعهد در آن‌ها واضح است (Enderlein & Maskow, 1992, p.291).

برای اینکه فسخ، بر اساس نقض قابل پیش‌بینی، قابل توجیه باشد، باید مشخص باشد که متعهد نمی‌تواند یا نمی‌خواهد که در موعد، قرارداد را اجرا کند. اگر عملکرد او تنها این شک را به وجود آورد که او توانایی یا آمادگی اجرای قرارداد را ندارد، باید از ضمانت اجرای «مطالبه تضمین مناسب» استفاده کرد. حتی زمانی که مشخص باشد نقض اساسی رخ خواهد داد نیز گفته شده است، به مصلحت صاحب حق است که قبل از فسخ قرارداد، ابتدائاً با استفاده از ضمانت‌اجرای خفیف‌تر، دادن تضمین مناسب

را مطالبه کند، مخصوصاً هنگامی که هنوز، در مورد جدی بودن موانع اجرای تعهدات شک دارد.

۴. نهادهای فقهی و قانونی مورد استناد، جهت پذیرش نظریه

می‌دانیم بسیاری از احکام شرع مقدس به‌ویژه در باب معاملات احکام امضایی است. چون بسیاری از معاملات در عرف مردم رایج بوده و موضع شرع مقدس نیز نسبت به آن‌ها غالباً امضایی است، لذا اگر ردعی هم از طرف شرع شده بود، باید نسبت به آن اطلاع حاصل می‌شد. لذا در این جستار بر آنیم تا ثابت کنیم که نظریه نقض قابل پیش‌بینی از منظر فقه و حقوق ایران قابل پذیرش بوده و با مبانی موجود در حقوق ایران و فقه امامیه که پایه و اساس حقوق ایران است مغایرت ندارد. به‌منظور اثبات چنین ادعایی کافی است که وجود آثار و نتایج حاصل از نظریه را در موارد مشابه در فقه و حقوق ایران به تصویر بکشیم، هرچند موارد مذکور از جهاتی با مفاد نظریه تفاوت داشته باشد. لذا مقصود ما در این بخش از مقاله، انتخاب قول درست در موضوعاتی که طرح می‌کنیم نیست، حتی منظور تطبیق این موضوعات با مفاد نظریه هم نیست بلکه هدف و مقصود ما اثبات این امر است که پذیرش و نهادینه کردن نظریه در فقه و حقوق ایران بعید و دور از انتظار نیست و مطرح نمودن آن در حقوق ایران و اسلام، قانوناً و شرعاً، با اصول و قواعد عمومی قراردادها تعارض ندارد. در اینجا به بحث و بررسی نهادهایی نظیر حق حبس، خیار تعذر تسلیم، تلف مبیع قبل از قبض و خیار تغلیس می‌پردازیم.

۴-۱. حق حبس

حق حبس در حقوق ایران به‌نوعی مشابه حق تعلیق مقرر در نظریه نقض قابل پیش‌بینی است. حق حبس اصطلاحی فقهی - حقوقی است که در بیشتر نظام‌های حقوقی دیده می‌شود. در حقوق ایران نیز در مواد ۳۷۷ و ۱۰۸۵ ق.م. و نیز مواد ۳۷۱ و ۳۹۰ ق.ت منعکس شده است.

حق تعلیق مورد بحث با حق حبس مطرح در فقه و حقوق از جهاتی شباهت دارند و از جهاتی تفاوت. لیکن از جهت موضوع مقاله می‌توان به کمک حق حبس، حق تعلیق مستفاد از نظریه را عرفی، عقلایی و منطبق با اصول و ساختارهای حقوق قراردادی دانست. حق تعلیق مزبور به هریک از طرفین حق می‌دهد بر اساس قانون و یا توافق و به دلیل اینکه در وضعیت طرف مقابل اتفاقی رخ داده است که حاکی از امکان عدم اجرای تعهد است، اجرای تعهدات خود را به‌طور موقت به تعویق اندازد. حق حبس هم به هریک از طرفین قرارداد این حق را می‌دهد که تا وقتی طرف مقابل حاضر به انجام تعهد مقابل نگردیده، از انجام تعهدش امتناع ورزد. هر دو حق مزبور ناشی از تقابل تعهدات طرفین عقد و حاکی از وابستگی و رابطه متقابل بین تعهدات ایشان است.

به نظر می‌رسد منشأ تأسیس این دو نهاد حقوقی هم واحد است؛ زیرا طرفین هر قرارداد با انتظار نیل به هدف نهایی از تنظیم قرارداد تعهدات متقابل خویش را ایفاء می‌کنند، لذا چنانچه این انتظار قانونی و مشروع برآورده نشود، هریک از طرفین، با احساس خطری که می‌کند سعی در انجام اقدامات لازم برای حفظ حقوق قانونی و قراردادی خویش خواهد کرد و لاقلاً از ایفاء تعهداتش به‌لحاظ امتناع طرف مقابل، به‌صورت موقت خودداری می‌نماید، تا آنکه نهایتاً وضعیت انجام تعهدات متقابل روشن گردد یا تضمین کافی و لازم برای ادامه انجام تعهدات ارائه شود. این نحوه استدلال دو نهاد مزبور را به هم نزدیک می‌سازد.

ولی این دو نهاد تفاوت‌هایی نیز با یکدیگر دارند؛ زیرا حق حبس با حق تعلیق مذکور در نقض قابل پیش‌بینی به‌لحاظ مبنایی متفاوت هستند؛ چراکه اولاً، طبق نظر برخی، مبنای حق حبس برخلاف حق تعلیق، تعادل و همبستگی عوضین است و در صورت اعمال حق حبس، طرف مقابل باید تعهدات متقابلش را اجرا کند، ولی در صورت تعلیق، طرف مقابل ابتدا باید تضمینی مناسب ارائه دهد و سپس تعهدش را انجام دهد که این امر به‌طور مستقیم، تناسبی با تعهدات قراردادی طرف مقابل ندارد؛ ثانیاً، حق حبس، در مورد تعهدات حال است، اما حق تعلیق در مورد تعهدات موجد هم صادق است؛ یعنی برای اعمال حق حبس، برخلاف حق تعلیق مورد بحث، شرایطی

از جمله همزمانی تعهدات لازم است و باید زمان اجرای هر دو تعهد در یک زمان باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۱، ص ۳۰۹)؛ ولی حق تعلیق مورد بحث، در عقود مؤجل هم قابل اعمال است.

در اینجا سعی می‌کنیم تا حق فسخ ناشی از نهادهای فقهی - حقوقی که به نوعی معادل حق فسخ در نظریه نقض قابل پیش‌بینی می‌باشد را مورد مطالعه قرار دهیم، هرچند موارد مذکور از جهاتی با مفاد نظریه تفاوت داشته باشد:

۴-۲. خیار تعدّر تسلیم

هرچند این خیار در قانون مدنی مورد تصریح واقع نشده، ولی باید وجود این خیار را لازمه عدالت معاوضی دانست (کاتوزیان، ۱۳۷۶ - ب، ج ۵، ص ۳۹۵). از استقراء در قانون مدنی به خوبی بر می‌آید که عدم قدرت بر تسلیم، نه تنها مانع ایجاد عقد و تعهد است بلکه حتی اگر بعد از عقد هم عارض شود، التزام به قرارداد را از بین می‌برد. مواد ۳۸۰، ۲۳۹، ۲۴۰، ۴۷۶، ۴۸۸ و ۵۳۴ ق.م. می‌تواند ادله و مستندات محکمی بر وجود خیار تعدّر تسلیم در حقوق ایران تلقی شوند.

در فقه، حق فسخ مستند به تعدّر تسلیم امری مسلم است. برخی از فقهاء معتقدند، تسلیم متمم معاوضه است و به منزله آن است که در عقد شرط شده باشد، لذا در صورت امتناع از تسلیم، طرف دیگر حق دارد که معامله را فسخ یا اجبار طرف را از حاکم شرع مطالبه کند؛ یعنی حق فسخ در صورت تعدّر و امتناع مطابق قاعده است (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۱۲۸). برخی نیز امکان فسخ قرارداد در صورت امتناع از تسلیم را مبنی بر شرط ضمنی نمی‌دانند و مبنای آن را، تلقی عرفی نزد عقلاء می‌دانند. به این معنا که عرفاً این انتظار می‌رود که اگر تعهدات اصلی قرارداد توسط یکی از طرفین نقض شد، طرف دیگر بتواند عقد را فسخ کند و خود را از تعهدات قراردادی رها نماید (امام خمینی، ۱۳۸۴، ج ۵، ص ۵۶۲). ایشان صرف عدم تسلیم را موجب حق فسخ برای طرف مقابل می‌دانند، هرچند اجبار هم ممکن باشد این دیدگاه، پذیرش نظریه نقض قابل پیش‌بینی را هموار می‌سازد، چون بسیار به آن نزدیک است.

ضمناً خیار تعذر تسلیم، معمولاً در عقد بیع مطرح می‌شود، ولی روشن است که اختصاص به بیع ندارد و باید آن را از قواعد عمومی قراردادها دانست. حتی این خیار مختص قراردادهای تملیکی نیز نیست بلکه در قراردادهای عهده‌ی هم می‌تواند مصداق داشته باشد (صفایی، ۱۳۸۶، ص ۳۰۱؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۲۶۳).

۳-۴. تلف مبیع قبل از تسلیم

در مواقعی که در عقود معوض، مورد تعهد یکی از متعاقدین، عین معین است و پیش از موعد، تلف می‌گردد، به دلیل اینکه معلوم است که متعهد در موعد، قادر به انجام تعهد خود نخواهد بود، عقد منفسخ می‌شود و در نتیجه طرف دیگر تا زمان تسلیم، ملتزم به عقد باقی نمی‌ماند (موضوع ماده ۳۸۷ ق.م).

اما تلف مبیع قبل از تسلیم، حالات مختلفی دارد. در صورتی که مبیع توسط شخص ثالثی تلف شود، بیشتر فقهاء قائل‌اند، در این صورت مشتری حق فسخ قرارداد را می‌یابد (نجفی، ۱۳۹۴ق، ج ۲۴، ص ۸۸)؛ زیرا تسلیم مبیع ممکن نیست و چون مشتری می‌تواند برای جبران خسارت به شخص ثالث هم مراجعه و مثل یا قیمت مبیع تلف‌شده را مطالبه نماید، این اثر، شبیه اثر نظریه نقض قابل پیش‌بینی است؛ یعنی در چنین مواردی مشتری می‌تواند به استناد تعذر تسلیم، قرارداد را فسخ نموده و ثمن را مسترد دارد و یا از فسخ صرف‌نظر نماید و برای مطالبه مثل یا قیمت به شخص ثالث مراجعه کند. با وحدت ملاک موجود، می‌توان گفت که حکم مستخرج از نظریه در موردی که اطمینان به عدم انجام تعهد است، با جایی که تعذر از انجام تعهد تسلیم مبیع است، یکسان است.

اما در مورد حکم حالتی که مبیع به دست بایع تلف می‌شود، بین فقهاء اختلاف نظر است و نمی‌توان نظر یک طرف را نظر مشهور دانست، ولی گروه کثیری از فقهاء در این مورد هم معتقدند که مشتری مخیر است، عقد را به دلیل تعذر تسلیم فسخ نماید و ثمن را مسترد کند و یا به بایع مراجعه و مثل یا قیمت را مطالبه نماید (شهید اول، ۱۴۱۲ق، ج ۳، ص ۲۱۳).

بنابراین، میان حکم نظریه نقض قابل پیش‌بینی و حکم تعذر تسلیم در دو صورت فوق شباهت زیادی وجود دارد؛ زیرا با دقت در استدلال فقهاء به‌خوبی می‌توان فهمید که حق فسخ و ابقاء برای مشتری، ارتباطی به اینکه تعذر قبل و یا بعد از حلول موعد اجراء باشد، ندارد، چون بایع نمی‌تواند به تعهدش عمل کند و انجام تعهد متعذر شده است و از این‌رو مشتری حق فسخ پیدا کرده است. از این جهت، نظریه با تعذر تسلیم مشابه است و مبنای حکم در هر دو یکسان است. ناگفته نماند که تنها تعذر موقتی است که ایجاد حق فسخ می‌کند و در صورتی که تعذر دائمی باشد، معمولاً فقهاء قائل به انفساخ عقد هستند (بحرالعلوم، ۱۹۸۴، ج ۱، صص ۱۷۰-۱۷۵)؛ یعنی چنانچه تسلیم عوض یا معوض متعذر گردد و این تعذر دایمی باشد، در این صورت عقد منفسخ می‌شود (صفایی، ۱۳۸۶، صص ۲۹۸ به بعد).

۴-۴. خیار تفلیس

یکی دیگر از موضوعات فقهی و حقوقی که می‌تواند توجه‌کننده حق فسخ مقرر در نظریه نقض قابل پیش‌بینی باشد، خیار تفلیس است. به نظر بیشتر حقوقدانان، با وجود اینکه در ماده ۳۹۶ ق.م. نامی از خیار تفلیس برده نشده اما این خیار در ماده ۳۸۰ قانون مدنی پیش‌بینی شده و از فقه به قانون آمده است. شهید ثانی در خصوص این خیار می‌فرماید: «اگر طلبکار شخص مفلس کالای خود را بیابد، مخیر است معامله را فسخ و مقدم بر سایر طلبکاران، آن را تصاحب کند، یا برای دریافت ثمن، کنار دیگران قرار بگیرد (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۴، ص ۲۵). صاحب شرایع هم بیان می‌دارد: «در صورتی که حکم افلاس شخصی صادر شود، هر طلبکاری که عین مالش موجود است، می‌تواند آن را بردارد، اگر چه غیر از آن عین چیز دیگری نزد مفلس باقی نمانده باشد» (محقق حلی، ۱۴۰۳ق، ص ۳۴۵).

این نهاد فقهی شباهت در خور توجهی با مفاد نظریه دارد؛ چراکه به‌موجب این نظریه نیز وقتی یک طرف قرارداد متوجه می‌شود که طرف دیگر، به هر دلیل، دیگر قادر به اجرای تعهدش در سررسید مقرر نمی‌باشد، می‌تواند در وهله اول تعلیق و سپس اقدام به فسخ معامله نماید؛ درست مثل شخصی که خود را طرف معامله با شخص

مفلس می‌یابد و می‌داند که مفلس قادر به اجرای تعهدش (تأدیه ثمن) نخواهد بود؛ لذا برای نجات خود با اعمال خیار تفلیس، معامله را فسخ و عین مال خود را از میان اموال مفلس مسترد می‌نماید، حتی اگر وی هیچ مال دیگری غیر از آن عین نداشته باشد. ممکن است گفته شود اعمال خیار تفلیس، شرایطی دارد که از آن جمله حال بودن ثمن معامله در هنگام حجراست؛ یعنی اگر موعده پرداخت ثمن نرسیده باشد، امکان فسخ معامله وجود ندارد؛ زیرا به سبب حجر دیون مؤجل، حال نمی‌شود و تنها با فوت است که دیون متوفی حال می‌شود (محقق بحرانی، بی‌تا، ج ۱۹، ص ۳۹۷). در پاسخ می‌توان گفت اولاً، در فقه قول مخالف این امر هم وجود دارد؛ زیرا روایت مورد استناد مشهور در این خصوص مطلق است (حر عاملی، بی‌تا، ج ۱۳، ص ۱۴۵)؛ ثانیاً، آنچه در خیار تفلیس، مبنا و ملاک عمل است، وجود عین متعلق به دیگری در اموال مفلس و ضرری بودن مشارکت بایع با غرماء است. این دو امر سبب حکم به خیار است، نه اینکه چون شخص فوت کرده است و یا اینکه سر رسید پرداخت ثمن فرارسیده است، ملاک باشد. ضمناً برخی معتقدند در جایی که موعده پرداخت ثمن رسیده باشد ولی به واسطه افلاس، تأدیه ممکن نباشد، باز هم می‌توان خیار تفلیس را اعمال نمود (امامی، ۱۳۷۵، ج ۱، ص ۵۲۸).

موضوع خیار تفلیس در حقوق مدنی هم مطرح است و حقوقدانان ماده ۳۸۰ ق.م. را دلیل بر پذیرش خیار تفلیس مطرح در فقه امامیه می‌دانند. بعضی از شارحان ق.م، ماده ۳۸۰ را در مقام بیان صورت خاصی از حق حبس می‌دانند (عدل، ۱۳۷۳، ص ۲۳۱)؛ اما بیشتر حقوقدانان معتقدند ظاهر ماده ۳۸۰ دلالت بر این دارد که امتناع از تسلیم مبیع به خریدار مفلس یا استرداد آن، مبتنی بر فسخ معامله است، نه صرفاً استفاده از حق حبس ساده (شهیدی، ۱۳۸۲، ص ۱۵۶؛ کاتوزیان، ۱۳۶۳، ص ۱۸۳). با این‌همه، دکتر کاتوزیان، بخش دوم ماده ۳۸۰ را چهره خاصی از حق حبس می‌داند و معتقد است در موردی که خریدار توانایی تأدیه ثمن را ندارد و نمی‌تواند به تعهد خود وفا کند، چهره خاصی از حق حبس است؛ زیرا در این مورد تأخیر در تأدیه ارادی نیست و در این عمل متقابل، نمی‌توان فروشنده را برای مدت نامعلومی به انتظار گذاشت، پس معنای خودداری از تسلیم، در این حالت، برهم زدن عقد و معاف شدن از اجرای تعهد است.

همین اختیار را در فقه «خیار تفلیس» می‌نامند (کاتوزیان، ۱۳۶۳، صص ۱۸۳ به بعد). از پذیرش نهاد خیار تفلیس در فقه، می‌توان دست کم به این نتیجه رسید که تشریح حق فسخ و صبر نکردن تا موعد اجرای تعهد، با اصول قراردادها در تعارض نمی‌باشد.

جمع بندی

نظریه نقض قابل پیش‌بینی قرارداد، یک نظریه برگرفته از نظام «کامن لا» و موطن اصلی آن حقوق انگلیس است و به‌رغم سابقه‌ای که در نظام «کامن لا» و نیز در اسناد حقوقی بین‌المللی نظیر کنوانسیون وین ۱۹۸۰ دارد، هنوز در برخی از نظام‌های حقوق نوشته از جمله ایران جایگاه روشنی ندارد. هرچند که در حقوق ایران نص صریحی در مورد نظریه وجود ندارد ولی بررسی نهادهای فقهی - حقوقی در نظام ایران حاکی از آن است که زمینه لازم جهت پذیرش این نظریه در حقوق ایران مهیاست.

استناد به اصل لزوم قراردادها 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 به‌طور 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 نمی‌کند.

اکنون که در قوانین موضوعه ایران، به‌صراحت از نظریه نقض قابل پیش‌بینی و ضمانت اجراهای آن سخنی به میان نیامده است می‌توان نظریه را بر مبنای شرط ضمنی که یک نهاد پذیرفته شده است، توجیه کرد، یعنی هر قراردادی دربردارنده این شرط ضمنی است که متعاقدين حتی قبل از فرارسیدن موعد اجرای قرارداد، خود را متعهد و ملتزم به اجرای آن در موعد مقرر می‌دانند و باید مقدمات لازم جهت اجرای آن را

فراهم آورند و نباید اقداماتی در جهت نقض قرارداد انجام دهند؛ بنابراین، اگر یکی از طرفین با اظهارات یا اقدامات خود نشان دهد که در سررسید به تعهد خود عمل نخواهد کرد در عمل امکان انجام قرارداد را از خود سلب کرده و مرتکب نقض شرط ضمنی شده است. با این تحلیل حق فسخ قرارداد اصلی به‌عنوان ضمانت اجرای تخلف از شرط ضمنی برای طرف مقابل ایجاد می‌شود. نباید از دیده دور انگاشت که عقل و بناء عقلاء نیز مبنای دیگری است که به روشنی می‌توان نظریه و آثار و احکام مترتب بر نظریه را، بر مبنای آن تحلیل نمود.

به‌هرحال طبق مبانی موجود در فقه و حقوق ایران که از پشتوانه حکم عقل و بناء عقلاء نیز برخوردار می‌باشند، به جرئت می‌توان ادعا نمود این نظریه نه تنها با قواعد و اصول حاکم بر قراردادها در حقوق اسلام و ایران تعارض مبینی ندارد بلکه به‌عنوان یک نظریه جدید در حقوق قراردادها قابل پذیرش می‌باشد و می‌توان تمام آثار و احکام مترتب بر آن را در حقوق داخلی توجیه نمود. با وجود این، شایسته است قانون‌گذار برای رفع هرگونه ابهام و تردید به این نظریه در حقوق ایران تصریح نماید.

یادداشت‌ها

1. PICC
2. PECL

کتابنامه

- امامی، سید حسن (۱۳۷۵)، *حقوق مدنی*، تهران: کتاب‌فروشی اسلامی، ج ۱۶، ج ۱.
- انصاری، مرتضی (۱۴۲۸ق)، *المکاسب*، قم: مجمع الفکر الاسلامی.
- بجنوردی، سید حسن (۱۴۱۹ق)، *القواعد الفقیهیه*، تحقیق: مهدی المهریزی، محمدحسین الدرایتی، قم: نشر الهادی، الاولی.
- بحرالعلوم، سید محمد (۱۹۸۴)، *بلغه الفقیهیه*، شرح و تعلیق: محمدتقی آل‌بحرالعلوم، طهران: منشورات مکتبه الصادق(ع)، الرابعه.
- بهرامی احمدی، حمید (۱۳۹۰)، *حقوق تعهدات و قراردادها*، تهران: انتشارات دانشگاه امام صادق(ع)، ج ۱.

- حر عاملی، محمد بن حسن (بی تا)، *وسایل الشیعه*، بیروت: دار احیاء التراث العربی، ج ۱۳.
- خمینی، سید روح الله (۱۳۸۴ ش)، *کتاب البیع*، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- داراب پور، مهرباب (۱۳۷۷)، *قاعده مقابله با خسارات*، تهران: انتشارات گنج دانش، چ اول.
- شهید اول (۱۴۱۲)، *الدروس الشرعیه*، قم: مؤسسه النشر الإسلامی، الاولی، ج ۳.
- شهید ثانی (۱۴۱۳)، *الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه*، قم: مؤسسه النشر الإسلامی، الاولی، ج ۴.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۲)، *حقوق مدنی*، آثار قراردادها و تعهدات، تهران: انتشارات مجد، چ اول.
- صفایی، سید حسین (۱۳۸۶)، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران: نشر میزان، چ یازدهم.
- صفایی، سید حسین؛ عادل، مرتضی؛ کاظمی، محمود؛ میرزائزاد، اکبر (۱۳۸۷)، *حقوق بیع بین الملل*، با مطالعه تطبیقی، تهران: مؤسسه انتشارات و چاپ دانشگاه تهران، چ ۲.
- طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۳۷۸ ش)، *حاشیه المکاسب*، قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۳)، *دوره عقود معین*، تهران: شرکت سهامی انتشار، ج ۱.
- همو (۱۳۷۶)، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چ ۵، ج ۵.
- همو (۱۳۸۱)، *قانون مدنی در نظم حقوق کنونی*، تهران: نشر میزان، چ ۶.
- همو (۱۳۸۷)، *قواعد عمومی قراردادها*، تهران: شرکت سهامی انتشار، چ ۵، ج ۳.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۸۸)، *نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی*، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محقق بحرانی، یوسف (بی تا)، *الحدائق الناضره*، قم: مؤسسه النشر الإسلامی التابعه لجماعه المدرسین، ج ۱۹.
- محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن (۱۴۰۳)، *شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*، تعلیق: السید صادق شیرازی، تهران: انتشارات استقلال، الطبعة الثانیه.
- مظفر، محمدرضا (بی تا)، *اصول الفقه*، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
- نائینی، محمد حسین (۱۴۲۷ ق)، *منیه الطالب فی شرح المکاسب*، قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
- نجفی، محمد حسن (۱۳۹۴ ق)، *جواهر الکلام*، تحقیق و تعلیق: شیخ علی الآخوندی، تهران، دار الکتب السلامیه.

- Carter, J. W. (1991), *Breach of Contract*, Sydney: The Law Book Company Limited, ed. 2th
- Cheshire & Chevalier, Geoffrey Cheshire, (1991), *Fifoot and Furmston's Law of Contract*, London: Butterworths.
- Chitty, Joseph (2004), *Chitty on Contracts*, London: Sweet & Maxwell, ed. 29th, vol.1.
- Corbin, Arthur Linton, (1956), *Corbin on Contracts*, West Publication Co.
- Enderlein, Fritz and Maskow, Diertich (1992), *International Sales Law*, United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Oceana Publications
- Honnold, John O. (1999), *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, The Hague: Kluwer Law International, ed. 3th.
- Honnold (2000), *The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods in International Encyclopedia of Laws - Contracts*, editors: J. Herbots, R. Blanpain (general editor), Kluwer Law International, The Hague.
- Schlechtriem, Peter, (1986), *Uniform Sales Law– The UN– Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Vienna: Manz.
- Treitel, G. H. (1995), *Treitel: The Law of Contract*, Sweet & Maxwell

