

# ارزیابی نظریه پیش‌بینی نقض قرارداد از منظر فقه امامیه و حقوق ایران

تاریخ دریافت: ۹۰/۱۰/۲۵

تاریخ تأیید: ۹۱/۴/۶

نعمت‌الله الفت\*

۷۳

حقوق اسلامی / سال نهم / شماره ۳۳ / تابستان ۱۳۹۱

## چکیده

نظریه پیش‌بینی نقض قرارداد، راهی نوین برای جبران و یا کاهش خسارات ناشی از عدم انجام تعهد است و در اکثر نظام‌های حقوقی معاصر پذیرفته شده است. شواهد و موضوعات زیادی در اثنای کلام فقهای بزرگوار شیعی وجود دارد که نشان‌دهنده عدم تعارض این نظریه با فقه امامیه و به تبع آن با قواعد حقوق مدنی و تجارت ایران است. قواعد سنتی موجود همچون نظریه اجرای اجباری عین تعهد، چه بسا به اختلال در روابط پیچیده تجاری امروز منجر می‌شود؛ بنابراین لازم است قواعد نظریه پیش‌بینی نقض، در مجموعه مقررات مدنی و تجاری کشور جای گیرد.

**واژگان کلیدی:** پیش‌بینی نقض قرارداد، تعلیق قرارداد، فسخ قرارداد، ضمانت

اجرای تخلف از شرط فعل.

\* استادیار گروه حقوق دانشگاه مفید (olfat@mofidu.ac.ir).

## مقدمه

قرارداد به عنوان نخستین ابزار تنظیم‌کننده روابط حقوقی انسان‌ها در اجتماع است و اصل وفای به عهد هم جزء اصول کلی حقوقی همه ملل و نحل محسوب می‌شود. نقض پیمان در همه مکاتب و قوانین الهی و بشری مذموم است. بشر در طول حیات خود همیشه در این اندیشه بوده و هست تا خدشه‌ای به این اصل وارد نشود و عمل ناشایست نقض قرارداد، صورت نگیرد. فقه امامیه نیز در بخش معاملات و قراردادها براساس همین اصل بنا نهاده شده است. در جهت صیانت از این اصل است که قرن‌های متمادی، استحکام و امنیت معاملات در عرصه تجارت حفظ شده، تسهیل روابط تجاری و رونق اقتصادی شکل گرفته است.

فقه شیعی، در همه عرصه‌های زندگی بشری از چنان پویایی برخوردار است که همواره همراه تحولات زندگی بشری، قواعد خود را توسعه و تکمیل می‌نماید. پویایی فقه اسلامی در باب معاملات، توجه به مقتضیات زمان و مکان و تحولات لحظه‌به‌لحظه عرصه تجارت است. این امر می‌طلبد اندیشه‌های نو و قواعد تازه عرف تجاری با اصول مسلم فقه و حقوق قراردادها سنجیده گردد و در صورت عدم مغایرت با آن اصول، پذیرفته شود. در نظام حقوقی ایران نیز برای پذیرش راهکارهای جدید که مهر تأیید شریعت را بخورند، منعی وجود ندارد.

در این نوشتار کوشیده‌ایم امکان پذیرش نظریه پیش‌بینی نقض قرارداد را از نظر فقه امامیه و حقوق ایران بررسی کنیم. در حال حاضر، نظریه مزبور در اکثر کشورها و نظام‌های حقوقی و اسناد بین‌المللی به گونه‌ای پذیرفته شده است؛ ولی در فقه امامیه و حقوق ایران جایگاهی ندارد.

از نظر نگارنده، شواهد و موضوعات زیادی در اثنای کلام فقهای عظیم‌الشان شیعی وجود دارد که به جرأت می‌توان ادعا کرد نظریه پیش‌بینی نقض قرارداد با اصول قراردادهای فقه امامیه ناسازگاری ندارد و به تبع آن با ساختارهای حقوق قراردادهای حقوق مدنی و حقوق تجارت ایران که از آن چشمه فیاض سیراب گشته نیز نامأنوس نیست؛ بنابراین مقنن ایرانی باید با تعدیلاتی در نظریه، قواعدی در این باره وضع کند و خلأ قانونی موجود را مرتفع گرداند.

## ۱. بررسی وضعیت و جایگاه نظریه پیش‌بینی نقض قرارداد در فقه امامیه و حقوق ایران

نظریه پیش‌بینی نقض قرارداد (Anticipatory Breach of Contract)، در اصطلاح حقوقی بدین معناست: «هرگاه پیش از فرارسیدن موعد اجرای قرارداد، متعهد رفتاری از عدم توانایی یا عدم آمادگی و یا عدم تمایل به انجام قرارداد از خود نشان دهد، اگر این عدم آمادگی یا تمایل به اندازه‌ای جدی و به واقعیت نزدیک باشد که هر انسان معقول و متعارفی باور کند که نقض قرارداد در موعد مقرر رخ خواهد داد، در این صورت متعهدله می‌تواند ضمن اخطار به متعهد و دریافت تضمین مناسب جهت اجرای قرارداد در زمان مقرر، اجرای تعهدات خود را تا زمان اخذ تضمین، معلق نماید» (Henry Campbell Black, M.A., 1983, p.98) پیش‌بینی نقض قرارداد ممکن است از گفتار و اعلام متعهد استنباط شود و ممکن است از رفتار و نحوه تمهید مقدمات انجام تعهد از سوی متعهد به دست آید. عنصر و رکن اصلی نظریه، عدم تمایل و آمادگی یا ناتوانی متعهد جهت انجام تعهد است. این امر در موردی هم که متعهد، قرارداد را رد می‌نماید و از اجرای آن امتناع می‌کند، وجود دارد. در این نظریه، نقض، احتمالی است؛ ولی این احتمال از حد حدس و گمان خارج بوده، به طور طبیعی هر انسان معقول و متعارفی باور می‌کند که در چنین شرایط و اوضاع و احوالی، نقض حتماً واقع خواهد شد؛ بنابراین در مواردی که اظهارات و یا رفتار یک طرف قرارداد، طرف دیگر را به طور متعارف، معقول و منطقی به این نتیجه می‌رساند که قرارداد به فرجام نخواهد رسید و نقض قرارداد از سوی متعهد واقع خواهد شد، نظریه پیش‌بینی نقض قرارداد مطرح می‌شود که به متعهدله اجازه می‌دهد نخست تا دریافت تضمین مناسب از سوی متعهد، اجرای تعهدات قراردادی‌اش را معلق نماید و در صورت عدم اعطای تضمین مناسب از جانب متعهد، وی می‌تواند قرارداد را فسخ کند.

پس از تقریری اجمالی از نظریه، به دنبال تبیین وضعیت آن در فقه و حقوق اسلامی هستیم. گفتنی است مباحث حقوق تعهدات در فقه اسلامی بسیار وسیع و در ابواب گوناگون پراکنده است. از همین رو، برخی قواعد نقض تعهد در فقه، در مبحث شروط آمده است. تئوری شروط، همان نظریه تعهداتی است که در حقوق امروز مطرح است

(محقق داماد، ۱۳۸۶، ص ۴۷)؛ بنابراین نخستین محلی که باید در جست‌وجوی نظریه پیش‌بینی نقض قرارداد در فقه به کاوش پردازیم، مبحث تخلف از شرط فعل است. مشهور فقهای امامیه درباره تخلف از شرط فعل می‌گویند در صورت تخلف و امتناع مشروط‌علیه از وفای به شرط، مشروط‌له حق دارد اجبار او را به انجام شرط بخواهد و در صورت تعذر اجبار مشروط‌علیه، مشروط‌له حق فسخ عقد اصلی را می‌یابد (ر.ک: انصاری، ۱۴۱۹، ج ۶، ص ۷۱). قانون مدنی نیز به تبعیت از نظر مشهور فقها، در مرحله اول اجبار متعهد را به عنوان راه حل اساسی و در نهایت فسخ را به عنوان آخرین راه، جایز شمرده است (مواد ۲۳۷، ۲۳۸ و ۲۳۹ ق.م.؛ بنابراین نخستین مانع و چالش نظریه، این رأی مشهور فقهی است که به صورت قانون درآمده است؛ در این مبحث، سعی در رفع این مشکل داریم.

### ۱-۱. بررسی آرای فقهای امامیه درباره ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل

در فقه امامیه و به تبع آن در حقوق ایران، شروط صحیح سه گونه‌اند: مهم‌ترین و شایع‌ترین نوع شروط صحیح قابل درج در ضمن عقد، نوع سوم یعنی شرط فعل است. درباره آثار و احکام مترتب بر شرط فعل، مطالب زیادی در کتب فقهی و حقوقی وجود دارد که بررسی و بیان آنها از وظیفه و حوصله مقاله خارج است؛ ولی چون بررسی جواز و یا لزوم اجبار مشروط‌علیه و حق فسخ مشروط‌له در صورت تخلف از شرط، در ارزیابی و امکان‌سنجی پذیرش نظریه پیش‌بینی نقض در فقه و حقوق ایران نقش کلیدی و اساسی دارد، این بحث را مورد مطالعه قرار می‌دهیم.

#### ۱-۱-۱. بیان اقوال فقها درباره ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل

درباره ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل، در فقه دست‌کم چهار نظریه مطرح است (همان، ص ۶۶): برخی به عدم جواز اجبار به طور مطلق اعتقاد دارند. استدلال ایشان این است که وقتی راه دیگری برای متعهدله وجود دارد، نیازی به اجبار متعهد نیست و دلیل دیگر آنان اینکه حکم وجوب وفای به عهد، تکلیف طرفین عقد است، نه اینکه حقی برای متعهدله باشد (کرکی، ۱۴۱۱، ج ۴، ص ۴۲۲). اشکال ادله مذکور

روشن است؛ زیرا اولاً، عدم نیاز، دلیل بر عدم استحقاق نیست؛ ثانیاً، هیچ محذور عقلی بر شناسایی دو راه برای ضمانت اجرای تخلف از عهد وجود ندارد؛ زیرا هدف، رسیدن به مطلوب قراردادی است، نه اینکه فقط تخلص متعهدله از وضعیت نقض قرارداد باشد؛ ثالثاً، به نظر می‌رسد صرف تکلیف وفای به عهد بدون ایجاد حق برای طرف مقابل، قابل اسقاط نخواهد بود؛ زیرا حکم و تکلیف قابل اسقاط نیست (خوانساری، ۱۳۵۷، ج ۲، ص ۱۳۱). برخی دیگر از فقها به جواز اجبار به صورت مطلق اعتقاد دارند. اینان اثر لازم‌الاجرا بودن حکم تکلیفی را الزام و اجبار مکلف به انجام تکلیف می‌دانند (نراقی، ۱۴۱۸، ج ۱۴، ص ۴۱۱). روشن است که این استدلال نیز وافی به مقصود نیست؛ زیرا این امر به حق مطالبه و اجبار برای متعهدله ربطی ندارد و در همه موارد از باب امر به معروف و نهی از منکر، واجب و لازم است که حاکم می‌تواند اجبار نماید. مهم‌ترین دلیل این دسته از فقها، تمسک به سیره و بنای عقلاست. ایشان معتقدند عقلاً حق متعهدله می‌دانند که عمل به تعهد را از متعهد مطالبه کند و وی را الزام و اجبار کند تا به تعهدش عمل نماید. این سیره عقلاً در معاملات است و شارع مقدس نیز آن را ردع ننموده است (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۵، ص ۲۱۹). دو نظر دیگر که تفصیل قائل شده‌اند،\* چندان مطرح نیستند و در ارائه مقصود ما از طرح این مطالب اثری ندارند؛ بنابراین از شرح آنها خودداری می‌شود.\*\*

نتیجه آنچه از کلام فقها برداشت می‌شود، جواز اجبار متعهد بر اجرای قرارداد در صورت عدم انجام تعهد است، نه لزوم اجبار به هر شکل ممکن، آن‌گونه که در قانون مدنی مواد ۲۳۷-۲۳۹ مقرر شده است؛ بنابراین انظار فقهای عظام درباره جواز اجبار و

\* قول دیگری که مرحوم شیخ انصاری به مرحوم علامه حلی نسبت می‌دهند، تفصیل میان موردی که شرط متعلق به مصلحت طرفین عقد است. در این صورت اجبار را جایز دانسته؛ ولی اگر شرط به مصلحت شخص ثالثی غیر از طرفین عقد باشد، اجبار را فاقد وجهت می‌دانند. قول چهارم، عکس قول سوم است؛ بدین شرح که اگر شرط به حق الله مربوط باشد، اجبار مجاز است؛ ولی اگر به حق الناس مربوط باشد، اجبار ممنوع است (ر.ک: انصاری، ۱۴۲۰، ج ۶، ص ۶۶-۷۲).

\*\* یادآور می‌شود، این نظرات در باب شروط و تخلف از شرط فعل مطرح است و به این دلیل که شروط ضمن عقد، به گونه‌ای تعهدات ضمن قراردادند؛ بنابراین از این لحاظ با تعهد اصلی قرارداد تفاوتی ندارند.

حق فسخ مشروطه، متفاوت است؛ ولی قول به الزام متعهدله به اجبار وجود ندارد (ر.ک: محقق داماد، ۱۳۸۸، ص ۲۳۳ به بعد).

اما درباره رابطه میان اجبار و حق فسخ مشروطه نیز میان فقها اختلاف است. برخی از فقها همچون شهید ثانی (جبعی عاملی، ۱۳۹۸، ج ۳، ص ۵۰۶)، به ترتب حق اجبار و حق فسخ در طول یکدیگر قائل‌اند و معتقدند تا زمانی که امکان اجبار متعهد بر انجام تعهد وجود دارد، حق فسخ قرارداد وجود ندارد. قانون مدنی از این نظر تبعیت نموده است. مرحوم سیدمحمدکاظم طباطبایی یزدی معتقدند متعهدله حق انتخاب فسخ و یا اجبار را دارد و این دو حق در عرض یکدیگرند (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۱۲۹). نظریه هم‌عرض بودن حق فسخ و اجبار در صورت تخلف از شرط، مورد تأیید و حمایت فقهای معاصر نیز قرار گرفته است (خویی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۴۳ / همو، [بی‌تا]، ج ۵، ص ۳۵۸ / خمینی، ۱۴۲۱، ج ۵، ص ۳۲۸-۳۳۳).

#### الف) طولی بودن حق فسخ و اجبار

بعضی از فقهای عظام معتقدند حق اجبار و حق فسخ در طول یکدیگرند و تا زمانی که امکان اجبار متعهد بر انجام تعهد وجود دارد، حق فسخ قرارداد وجود ندارد. استدلال ایشان این است که پس از تحقق عقد، التزام طرفین به عقد، واجب و لازم بوده، هیچ‌یک از آن دو حق نقض قرارداد را ندارند، مگر به دلیل خاصی این حق به ایشان داده شده باشد؛ بنابراین اگر حق متعهدله داده نشود، حق وی تضییع می‌گردد. از سوی دیگر، نقض قرارداد ممنوع است و التزام به آن واجب می‌باشد. راه جمع میان این دو، بدین معنا که بتوان به هر دو وفادار بود و هیچ‌یک را فدای دیگری نکرد، این است که نخست اجبار به انجام صورت گیرد و در صورت تعذر از اجبار، حق فسخ وجود داشته باشد؛ چون از این راه می‌شود جلوی تضییع حق متعهدله را گرفت و به لزوم عقد وفادار ماند؛ بنابراین حق فسخ تا جایی که اجبار متعذر شود، وجود ندارد (ر.ک: فاضل مقداد، ۱۴۰۴، ج ۲، ص ۷۱ / جبعی عاملی، ۱۳۹۸، ج ۳، ص ۵۰۶ / بحرانی، [بی‌تا]، ج ۱۹، ص ۶۹ / طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۱۱۴ به بعد / انصاری، ۱۴۱۹، ج ۶، ص ۷۱). دلیل دیگری که مرحوم شیخ انصاری به آن در این باره استدلال نموده‌اند اینکه مقتضای

عقد، عمل طبق آن است، چه اختیاراً و چه اجباراً؛ بنابراین اگر اختیاراً به قرارداد عمل نشد، باید اجبار بر آن شود و تا انجام تعهد متعذر نشده، متعهدله حق فسخ ندارد (همان، ص ۶۶-۷۲)؛ یعنی با قبول این مقدمه که التزام مشروطه به قرارداد، مقید به تحقق شرط است، پس باید تلاش کرد تحقق شرط به هرگونه که ممکن باشد، محقق گردد و تا زمانی که معلوم نشود تحقق شرط ممتنع است، این التزام مقید منتفی نمی‌شود. وقتی با اجبار امکان تحقق شرط باشد، فسخ قرارداد دلیل ندارد؛ زیرا در این صورت، حکم وجوب وفای به عقد باقی است و این حکم، اصل است و حق فسخ امری استثنایی و خلاف قاعده می‌باشد؛ بنابراین باید در این‌گونه موارد به قدر متیقن اکتفا کرد که همانا وجود خیار در صورت عدم امکان اجبار است. دادن این فرصت به مشروطه که مشروط‌علیه را به انجام تعهد اجبار نماید و تا زمانی که این اجبار ممکن است، وی حق فسخ نداشته باشد، عمل به اصل لزوم بوده که مستفاد از آیه شریفه «أوفوا بالعقود» می‌باشد.

### ب) عرضی بودن حق فسخ و اجبار

اما قائلان به عرضی بودن حق فسخ و اجبار می‌گویند: «هیچ‌یک از ادله عقلی و نقلی، قول مزبور را تأیید نمی‌کند. به گفته برخی از بزرگان فقهای عصر حاضر، نه خیار بر اجبار تقدم دارد و نه اجبار بر خیار، بلکه برای متعهدله امکان انتخاب وجود دارد. اجبار و حق فسخ، دو روشی‌اند که در عرض یکدیگر بوده، ضرورتی به اعمال آن دو به نحو ترتب وجود ندارد» (خویی، ۱۴۱۰، ج ۲، ص ۳۶-۴۱ / خمینی، ۱۴۲۱، ج ۵، ص ۳۲۸-۳۳۳). آنچه باعث شده تا از لزوم عقد دست برداشته شود، ضرری است که به دلیل عدم انجام تعهد از سوی متعهد متوجه متعهدله می‌شود. منشأ این ضرر در حکم به لزوم عقد در صورت امتناع متعهد از انجام تعهد است و این ضرر به مجرد امکان اجبار متعهد رفع نمی‌شود. به قاعده لاضرر، حکم ضرری مندرج است و در اینجا لزوم، ضرری است؛ پس باید حق فسخ وجود داشته باشد تا از این باب به متعهدله ضرری وارد نشود. بنای عقلا و عرف معاملات نیز این‌گونه است که هنگام تخلف از اجرای تعهد، متعهدله مخیر است به لزوم عقد پای‌بند باشد، اگر می‌خواهد متعهد را مجبور به

انجام تعهد کند و یا اینکه ملتزم به عقد نباشد و آن را فسخ نماید (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۱۱۴). مرحوم ملا احمد نراقی طولی نبودن حق اجبار و حق فسخ را به روایت ابی‌الجارود استناد داده است (نراقی، ۱۴۱۸، ج ۱۴، ص ۴۰۹). متن روایت این‌گونه است: «... عن أبي الجارود عن أبي جعفر علیه السلام قال: ان بعث رجلاً علی شرط، فان أتاک بمالک و إنا فالبيع لک» (حرّ عاملی، [بی تا]، ج ۱۲، ص ۳۵۶، باب ۷ از ابواب خیار). آنچه از ظاهر کلام امام علیه السلام برمی آید اینکه منظور از «مالک»، «ما لک من الشرط» بوده و منظور از «فالبیع لک»، «امره بیدک» می باشد (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۱۱۴).

از جمله ایراداتی که به عرضی بودن حق فسخ و حق اجبار گرفته شده است اینکه حق فسخ، امری خلاف قاعده و استثنا بر اصل لزوم می باشد و در موارد استثنا، قانون باید تفسیر مضیق شود و یا اینکه دلیل خیار، اجماع است و اجماع دلیل لّبی بوده و در این صورت باید به قدر متیقّن اکتفا کرد (ر.ک: محقق داماد، ۱۳۸۸، ص ۲۴۷). پاسخ این اشکال روشن است. مبنای مشروعیت خیار و نقض اصل لزوم، ضرری است که از تخلف به متعهد می رسد و تا زمانی که ضرر دفع نشده و فقط احتمال آن می باشد، این مبنا به قوت خود باقی بوده و ما شک نداریم باید تفسیر مضیق و یا به قدر متیقّن اکتفا شود؛ ولی امکان اجبار متعهد، در حکم امکان رفع ضرر است، نه رفع ضرر به طور قطع؛ پس باید فسخ در عرض اجبار وجود داشته باشد تا ضرری متوجه متعهدله نشود.

## ۲-۱-۱. قول برگزیده در ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل

طولی و عرضی بودن حق فسخ و اجبار، متأخر از بحث جواز فسخ و اجبار در صورت تخلف از شرط است. گرچه نسبت به این مسئله نیز میان فقهای امامیه اختلاف است، (ر.ک: کرکی، ۱۴۰۸، ج ۴، ص ۴۲۳ / جبعی عاملی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۲۷۴ / نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۳، ص ۲۱۸)؛ ولی در اینجا فرض بحث ما بر آن است که در صورت تخلف، اجبار متعهد بر انجام تعهد جایز است و خیار تخلف از شرط هم دارد. پرسش اینکه ارتباط میان این دو حق چگونه است؟ آیا متعهدله نخست باید متعهد را الزام به انجام تعهد کند و در مرحله بعد و در صورت عدم امکان الزام، تعهد به وسیله شخص ثالث و به حکم دادگاه و هزینه متعهد انجام شود و در نهایت اگر انجام تعهد متعذر شد، او حق



فسخ قرارداد را می‌باید یا متعهد مخیر است میان اینکه فسخ قرارداد را اعلام نماید و یا الزام متعهد را به انجام عین تعهد از دادگاه بنخواهد؟

برخی فقها معتقدند اجتماع خیار با تمکن از اجبار محال است و این امر بدیهی و واضح است (انصاری، ۱۴۲۰، ج ۲، ص ۶۷ / خوبی، [بی تا]، ج ۵، ص ۳۶۱)؛ زیرا از منظر این دسته از فقها، مقتضای عقد مشروط فقط وفای اختیاری به شرط نیست، بلکه وفای اجباری به شرط را نیز دربرمی‌گیرد و ظاهر ادله، وجود حق فسخ در صورت تعذر از عمل به شرط است؛ بنابراین با امکان اجبار، انجام شرط متعذر نیست، پس خیار و حق فسخی هم وجود ندارد، بر این اساس، تمکن از اجبار با حق فسخ قابل جمع نیست. این استدلال به راحتی قابل دفع است؛ زیرا اگر منظور از خیار در موضوع تخلف از شرط فعل، خیار تعذر شرط بود، دلیل مذکور قابل قبول بود؛ ولی خیار تخلف از شرط اعم است از خیار تعذر شرط. به عبارت دیگر، در صورت تعذر انجام شرط، حق فسخ ایجاد می‌شود؛ ولی اختیار فسخ به جهت وجود ویژگی خاصی در تعذر نیست، بلکه تعذر یکی از اسباب ایجاد حق فسخ است، پس امکان وجود حق فسخ با تمکن از اجبار نیز وجود دارد؛ زیرا ممکن است سبب ایجاد آن وجود داشته باشد.

استدلال دیگر قائلان به طولی بودن اینکه پس از تحقق عقد، التزام طرفین به عقد، لازم است و نقض قرارداد ممنوع است ... برای رد این استدلال باید به مدرک خیار تخلف از شرط مراجعه کرده، مفاد مدلول آن را بررسی کرد که آیا خیار با تمکن از اجبار وجود دارد و یا در صورت تعذر از اجبار؟ زیرا عدم امکان اجتماع آن دو امری بدیهی نیست و محتاج به دلیل است. برخی فقها مدرک خیار تخلف از شرط را اجماع دانسته‌اند و بر این اساس حکم کرده‌اند؛ چون اجماع دلیل لبی است باید به قدر متیقن اکتفا کرد و آن هم وجود خیار در صورت عدم تمکن از اجبار است (ر.ک: انصاری، ۱۴۲۰، ج ۶، ص ۶۶-۷۲). مرحوم شیخ/انصاری، مدرک خیار را قاعده لاضرر می‌داند و بر همین اساس در صورت تمکن از اجبار، وجود خیار را ثابت نمی‌داند؛ زیرا با تمکن از اجبار، ضرری وجود نخواهد داشت؛ بنابراین ایشان قائل است که خیار فسخ در طول اجبار به انجام تعهد است (همان). به نظر حضرت امام، مبنا و مدرک خیار فسخ در تخلف از شرط، نه اجماع است و نه قاعده لاضرر (خمينی، ۱۴۲۱، ج ۵، ص ۳۲۸-۳۳۳)،

بلکه مبنا، وجود شرط ضمنی است که طرفین بر آن اعتماد نموده‌اند؛ بنابراین با تمکن از اجبار نیز خیار ثابت است؛ زیرا مشروطه بر اساس التزام مشروط‌علیه به شرط، خود را ملزم می‌داند و ارتباط میان شرط و عقد نیز در جای خود اثبات شده است که لازم است و تنها التزام در ضمن التزام دیگر؛ بدین معنا که قرارداد تنها ظرف شرط باشد، نیست. روشن است که اشتراط سبب می‌شود اصل قرارداد بر تعهد مشروط‌علیه به شرط وابسته باشد؛ به گونه‌ای که اگر قرار باشد چنین التزامی اجرا نشود، قرارداد به هیچ وجه وجود خارجی نمی‌یابد؛ یعنی تعهد مشروط‌علیه به شرط، اگرچه به حسب حدوث ایجاد شده، به همین دلیل بیع محقق می‌شود؛ ولی التزام او به حسب بقا نیز شرط می‌باشد و بدین جهت است که مشروط‌له نیز ملتزم به قرارداد می‌شود. پس هنگامی که مشروط‌علیه به حسب بقا ملتزم به شرط نباشد، مشروط‌له نیز خواهد توانست به تعهداتش عمل نکرده، قرارداد را فسخ نماید؛ بنابراین به محض عدم وفای به شرط از سوی مشروط‌علیه، حق فسخ برای مشروط‌له ایجاد می‌شود و دلیلی مبنی بر اینکه حق فسخ مقید به عدم تمکن از اجبار است، وجود ندارد (خویی، [بی تا]، ج ۵، ص ۳۵۹-۳۶۳).

پاسخ استدلال دوم مرحوم شیخ انصاری نیز روشن است؛ زیرا اگر به عرف مراجعه شود، هنگامی که مشروط‌علیه از اجرای شرط سر باز می‌زند و تخلف از آن می‌نماید، بنای عرف بر عدم لزوم است و مشروط‌له را مخیر می‌داند که بر لزوم عقد پای‌بند باشد و در صورت امکان، مشروط‌علیه را بر انجام شرط اجبار نماید و یا خود را ملتزم به عقد نداند و آن را فسخ نماید (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۱۲۹)؛ بنابراین شکی نیست که در این موارد، اصل لزوم تخصیص خورده است.

بر این اساس، حکم ترتیبی بودن حق اجبار و حق فسخ، مقرر در ارتباط با ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل، حکمی ضروری فقهی و اجماعی نیست، بلکه اطلاق حکم مشهور نیز بر آن در حاله‌ای از ابهام قرار دارد و بیشتر فقها از زمان مرحوم شیخ انصاری تحت تأثیر بیانات وی، بدان اقبال داشته‌اند و مقررات قانون مدنی مقرر در مواد ۲۳۷، ۲۳۸ و ۲۳۹ بر اساس آن تدوین شده است (محقق داماد، ۱۳۸۸، ص ۲۴۸).

به نظر نگارنده، قول به تخیر متعهده نسبت به حق فسخ و اجبار دارای مبانی و

ادله محکم فقهی و عقلی است. از سوی دیگر، در اکثر نظام‌های حقوقی معاصر نیز حق فسخ یا گرفتن خسارت و اجبار، در عرض و به موازات یکدیگر پذیرفته شده است؛ بنابراین مناسب آن است که حقوق ایران نیز مطابق رأی فقیهانی چون امام خمینی و با هماهنگی با سایر نظام‌های حقوقی، هم‌عرض بودن حق اجبار و فسخ را بپذیرد و مواد مزبور را اصلاح نماید. اگر این نظر در مورد ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل پذیرفته شود، راه برای پذیرش نظریه پیش‌بینی نقض قرارداد در فقه امامیه و حقوق ایران هموار و گشوده می‌شود.

## ۱-۲. مقایسه قول به عرضی بودن ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل با مفاد نظریه پیش‌بینی نقض قرارداد

به نظر نگارنده با توجه به قول عرضی بودن ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل، می‌توان گفت نظریه پیش‌بینی نقض قرارداد با فقه اسلامی امامیه سازگاری دارد. البته برای اینکه قادر باشیم به نظریه هم‌عرض بودن حق فسخ و اجبار در صورت تخلف از شرط جهت پذیرش نظریه پیش‌بینی نقض استناد کنیم، باید پاسخ دو ایراد داده شود: نخست اینکه موضوع مورد بحث در نظریه پیش‌بینی نقض، احتمال وقوع نقض در موعد مقرر است و حال آنکه مفروض بحث ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل، نقض واقعی است؛ بنابراین قیاس نقض احتمالی به نقض واقعی، مع‌الفارق است. ایراد دیگر اینکه در نظریه پیش‌بینی؛ بحث بر سر تخلف از تعهد اصلی قرارداد است، نه نقض یک تعهد تبعی مثل شرط ضمن عقد.

پاسخ این ایراد که بحث عرضی بودن ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل، شروط، تعهدات تبعی‌اند و نظریه در مورد نقض احتمالی تعهدات اصلی است، روشن است. درست است که تعهدات ناشی از قرارداد به دو دسته، تعهدات اصلی مثل تسلیم مبیع و تعهدات فرعی شروط ضمن عقد تقسیم می‌شود و درست است که این نظریه در باب شروط و تخلف از شرط فعل مطرح است؛ ولی به دلیل اینکه شروط ضمن عقد، تعهدات ضمن قرارداد محسوب می‌شوند؛ بنابراین از لحاظ تعهد بودن و نقض آن، با تعهد اصلی قرارداد تفاوتی ندارند. معمولاً در فقه، تعهدات ضمنی در مبحث شروط

آمده است. از مباحثی که فقها در معنای شرط بیان نموده‌اند، می‌توان چنین استنتاج کرد که تفاوتی میان نقض شرط به عنوان تعهد فرعی در ضمن عقد و نقض تعهد اصلی قرارداد قائل نیستند. شاهد این امر آنکه ایشان بارها برای لزوم عقد به حدیث «المؤمنون [المسلمون] عند شروطهم» استناد کرده‌اند که حاکی از آن است نزد فقها اطلاق واژه شرط بر عقد و قرارداد صحیح می‌باشد (ر.ک: بحرانی، [بی تا]، ج ۱۹، ص ۴ / انصاری، ۱۴۲۰، ج ۳، ص ۵۶). از نظر فقها در برخی موارد، شرط به معنای مطلق قرارداد می‌باشد؛ مثل شرط خیار (محقق داماد، ۱۳۸۸، ص ۶۵).

یکی از معانی واژه قرارداد در فرهنگ‌های لغت فارسی، معنای قول، پیمان و شرط است (دهخدا، ۱۳۳۹، ج ۳۰، ص ۳۱۲ و ۳۱۳، واژه شرط). واژه تعهد نیز که در پاره‌ای از موارد به عنوان اثر مستقیم قرارداد است، به گونه‌ای با واژه شرط در متون فقهی و حقوقی در ارتباط می‌باشد. با وجود این، همین بحث در میان کلمات فقها درباره تعذر تسلیم مبیع وجود دارد که حاکی از آن است که ایراد مذکور وارد نیست (عاملی، ۱۴۱۱، ص ۱۱۰). در حقوق ایران نیز اگر به تعریف قانونگذار درباره شرط فعل در ماده ۲۳۴ در قیاس با مقرر ماده ۲۲۱ توجه شود، همچنین اگر به مفاد مواد ۲۳۷ و ۳۷۶ ق.م. نگاه دیگری شود، به خوبی این مطلب که تفاوتی میان نقض شرط و تعهد اصلی وجود ندارد، استدراک خواهد شد. با این توضیح روشن شد حکم تخییر میان فسخ و اجبار در ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل درباره نقض تعهد اصلی قرارداد نیز می‌تواند جاری گردد. افزون بر همه این دلایل، اشکال مزبور بر نظریه طولی بودن نیز وارد است. بدیهی است درک مشترک فقها در این مسئله اینکه تفاوتی میان تعهد ناشی از شرط با تعهد اصلی در قرارداد وجود ندارد.

اما ایراد اینکه قول به تخییر میان فسخ و اجبار در ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل، در مواردی قابل اعمال است که نقض و تخلف واقعی صورت گرفته باشد و حال آنکه نظریه پیش‌بینی نقض قرارداد در صورت احتمال نقض، در آینده است، جایی که امکان نقض واقعی و فعلی وجود ندارد؛ چون زمان اجرای تعهد فرانسیده تا نقض واقعی محقق شود و به دلایل ذیل قابل رد است:

اولاً، همان‌گونه که حضرت امام فرموده‌اند (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۵، ص ۳۲۸-۳۳۳)

از نظر فقهی مبنای صحیح خیار تخلف از شرط، تخلف از آن شرط ضمنی میان طرفین قرارداد است؛ بدین معنا که التزام مشروطه به قرارداد، مقید به التزام متعهد به شرط است؛ بنابراین وقتی خود متعهد عدم التزامش را به آن شرط اعلام می‌دارد و یا اوضاع و احوال نشان می‌دهد که متعهد به شرط وفا نخواهد کرد، در واقع آن شرط ضمنی تخلف شده است؛ بنابراین او حق فسخ و یا اجبار می‌یابد. همین امر در مورد تعهدات دو طرف عقد نیز وجود دارد. تعهد متعهدله به اجرای تعهداتش منوط به این است که متعهد به تعهداتش وفادار باشد و در موعد مقرر ایفا نماید؛ بنابراین تفاوتی نمی‌کند، چه نقض رخ داده باشد و چه اطمینان به وقوع نقض در موعد مقرر باشد.

ثانیاً، روی دیگر سکه خیار تخلف از شرط، خیار تعذر شرط است و همان‌گونه که از نامش روشن است، در این صورت لازم نیست نقض شرط محقق شود، بلکه اگر انجام شرط ممتنع گردد، زیان‌دیده حق فسخ قرارداد را می‌یابد؛ یعنی گاهی مشروط‌علیه، استنکافی از اجرای تعهدش ندارد و آمادگی انجام تعهد در وقت مقرر را به طور کامل دارد؛ ولی به جهتی انجام شرط به کلی غیرممکن و متعذر می‌شود. در این صورت، دو فرض قابل تصور است: اول، اینکه تعذر پس از عقد به وجود آمده است؛ مثل اینکه خریدار شرط کرده فروشنده زمین، ساخت منزل را خودش به عهده بگیرد. پس از انعقاد قرارداد، شهرداری به موجب مصوبه‌ای احداث بنا در زمین مزبور را ممنوع کند؛ فرض دوم، در صورتی است که عدم امکان و تعذر مربوط به پیش از قرارداد می‌باشد؛ ولی مشروطه از آن اطلاع ندارد؛ مثل اینکه مصوبه شهرداری مربوط به پیش از عقد باشد؛ ولی طرفین عقد از آن اطلاع ندارند. از نظر فقهی در هر دو فرض، مشروط‌له حق فسخ دارد و مستند آن، مبنای خیار در صورت تخلف شرط است (انصاری، ۱۴۲۰، ج ۶، ص ۷۳ / محقق داماد، ۱۳۸۸، ص ۲۵۰)؛ بدین معنا که اراده مشروطه در قرارداد مقید به تحقق شرط است و در تعهدی که کرده، شرط مزبور ملحوظ بوده است؛ بنابراین حال که عدم امکان شرط محرز شده، از نظر منطق عقلایی باید به او اجازه داد که از طریق فسخ، خسارت را از خود دفع نماید. ماده ۲۴۰ قانون مدنی نیز براساس این مشرب فقهی این گونه مقرر کرده است: «اگر بعد از عقد، انجام شرط ممتنع شود یا معلوم شود که حین العقد ممتنع بوده است، کسی که شرط به نفع او شده است، اختیار فسخ معامله را خواهد

داشت، مگر اینکه امتناع مستند به فعل مشروطه باشد». روشن است ملاک در اعطای این حق فسخ، احراز تعذر انجام شرط می‌باشد، خواه این تعذر در پایان موعد انجام شرط ثابت شود، خواه پیش از موعد، عدم امکان اجرا محرز گردد؛ بنابراین جهت اعمال حق فسخ و التزام به قرارداد، لزومی ندارد حتماً نقض واقعی صورت گرفته باشد، بلکه اگر معلوم شود قرارداد امکان اجرا ندارد، چنین حقی ایجاد خواهد شد.

ثالثاً، مصداق مشترک قول به تخییر اجبار و فسخ با نظریه پیش‌بینی نقض، صورتی است که متعهد و یا مشروط‌علیه از انجام تعهد یا شرط، امتناع می‌ورزد و آشکارا اعلام می‌کند آنچه را متعهد شده، انجام نخواهم داد. در این فرض بیان فقها مقید به این امر نشده است که این اعلام و امتناع پس از فرارسیدن زمان اجرای شرط و تعهد باشد (طباطبایی یزدی، ۱۳۸۷، ج ۲، ص ۱۲۹ / خمینی، ۱۴۲۱، ج ۵، ص ۲۲۰ خویی، [بی‌تا]، ج ۵، ص ۳۷۴)؛ بنابراین تفاوتی میان نقض واقعی شرط و تعهد با نقضی که اطمینان به وقوع آن در آینده است، وجود ندارد. دلیل ما بر صحت این استنباط از کلام فقها، گفته مرحوم صاحب جواهر است: «ظاهر اقوال فقها این است که هرگاه در عقد لازمی، یکی از طرفین عملی منافی با حقی انجام دهد که طرف دیگر توسط عقد مزبور کسب کرده است، شارع مقدس براساس قاعده لاضرر، برای طرف دیگر حق فسخ مقرر کرده است و لزوم عقد از طرف زیان‌دیده برداشته شده است تا به این وسیله از او دفع ضرر شود» (نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۷، ص ۸۰).<sup>\*</sup> آنچه موجه حق فسخ است، دفع ضرر از متعهدله به جهت عمل منافی با حق وی می‌باشد و در صورت وجود ضرر، تفاوتی میان اینکه نقض واقع شده باشد یا احتمال آن برود، وجود ندارد.

## ۲-۲. موارد فقهی و قانونی قابل استناد برای پذیرش نظریه از منظر فقه و حقوق ایران

گرچه از نظر فقهی و حقوقی نظر غالب بر آن است که نظریه اجرای اجباری عین تعهد

\* متن عبارت جواهر الکلام: «بل ظاهرهم أنه متى حصل من أحد المتعاقدين بعقد لازم ما ينافي استحقاق الآخر عليه من حيث اللزوم، شرع له الشارع الفسخ، وكان العقد في حقه جائزاً دفماً لضرره بذلك، لفاعدة لاضرر و لاضرار».

در حقوق ایران و اسلام پذیرفته شده و از شهرت چندانی برخوردار است که مخالفت با آن ممکن نیست و اکثر حقوق‌دانانی که در این باره پژوهش کرده‌اند و بر ادبیات فقهی و حقوقی موضوع افزوده‌اند، اذعان داشته‌اند که در فقه و حقوق ایران، نظریه پیش‌بینی نقض جایگاهی ندارد و تنها در پاره‌ای از موضوعات با زحمت و تأویلاتی می‌توان رد پای از نظریه را یافت (رحیمی، ۱۳۸۴، ص ۱۲۹-۱۴۲ / همت کار، ۱۳۸۲، ص ۱۱۶ / ر.ک: کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۴، ص ۸۳ به بعد)؛ ولی به نظر ما در فقه امامیه و حقوق ایران، احکام و قواعدی وجود دارد که نشان می‌دهد نظریه پیش‌بینی نقض، دست‌کم به عنوان یک نظریه در حقوق ایران و فقه امامیه می‌تواند مطرح باشد و شهرت مزبور هم نمی‌تواند آسیبی به مقبولیت آن وارد سازد؛ چون این امور عقلایی‌اند و شرع در این موارد غالباً امضایی است و اگر ردعی از طرف شرع شده بود، باید نسبت به آن اطلاع حاصل می‌شد؛ بنابراین عقلاً و عقلاً صحیح نیست اگر یکی از طرفین قرارداد اعلام نماید که تعهدش را انجام نخواهد داد و یا از اوضاع و احوال چنین برآید که تعهد در موعد مقرر انجام نخواهد شد، باز طرف دیگر ملزم به انجام تعهدش باشد.

در این بند سعی بر آن است تا با ذکر شواهدی از موضوعات حقوق مدنی و حقوق تجارت، اثبات نماییم که براساس آرای فقها و حقوق‌دانان در این موضوعات، نظریه پیش‌بینی نقض قرارداد با فقه امامیه و حقوق ایران تعارض ندارد و می‌توان آن را پذیرفت.

### ۲-۳. موضوعات حقوق مدنی مطرح در فقه و حقوق، قابل استناد درباره قبول نظریه پیش‌بینی نقض

برای اینکه بتوانیم ادعا کنیم نظریه پیش‌بینی نقض در فقه امامیه و حقوق ایران قابل طرح می‌باشد، کافی است وجود آثار و نتایج حاصل از آن را در موارد مشابه به تصویر بکشیم. بدیهی است ذکر موارد ذیل و اقوال فقها به جهت بیان این نکته است که گفته شود اعمال حق فسخ بدون اجبار، امری غیربعید و ناسازگار با فقه و حقوق ایران نیست؛ مقصود آن نیست که گفته شود موارد مذکور مشابه یا عین مفاد نظریه است. نکته دیگری که تذکرش لازم است اینکه ذکر اقوال لزوماً به معنای قبول و بی‌اشکال بودن آنها نیست.

### ۱-۳-۲. خیار تعذر تسلیم

خیار تعذر تسلیم بدین معناست که به عنوان مثال، اگر فروشنده یا خریدار نسبت به تسلیم مبیع یا ثمن متعذر شود، طرف دیگر حق دارد قرارداد بیع را فسخ نموده، اگر مبیع یا ثمن را تسلیم نموده است، از فرد متعذر مسترد دارد. گرچه این خیار در قانون مدنی نیامده؛ ولی وجود این خیار لازمه عدالت معاوضی است (همان، ص ۳۹۵). از استقرا در قانون مدنی به خوبی برمی آید که عدم قدرت بر تسلیم، نه تنها مانع ایجاد عقد و تعهد است، بلکه اگر بعد از عقد هم عارض شود، التزام به قرارداد را از میان می برد. مواد ۲۳۹، ۲۴۰، ۳۸۰، ۴۷۶، ۴۸۸ و ۵۳۴ قانون مدنی می تواند ادله و مستندات محکمی بر وجود خیار تعذر تسلیم در حقوق ایران تلقی شوند.

حق فسخ، به استناد خیار تعذر تسلیم در فقه شناخته شده است (عاملی، ۱۴۱۱، ص ۱۱۰ / حلی، ۱۴۱۱، ج ۳، ص ۴۱۳). صاحب عروه معتقد است تسلیم عوضین، متمم معاوضه می باشد و به منزله شرط ضمن عقد بوده و حق فسخ در صورت تعذر و امتناع مطابق قاعده است (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۱۲۸). امام خمینی امکان فسخ قرارداد در صورت امتناع از تسلیم را مبنی بر شرط ضمنی نمی داند و مبنای آن را تلقی عرفی نزد عقلا می داند (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۵، ص ۵۶۲). به نقل از فرزند امام، وی صرف عدم تسلیم را موجب حق فسخ برای طرف مقابل می داند؛ هرچند اجبار هم ممکن باشد (مصطفی خمینی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۱۷۸). این نظر، راه را برای پذیرش نظریه پیش بینی نقض هموار می سازد؛ چون بسیار به آن نزدیک است. درباره استناد به خیار تعذر تسلیم، غالب فقهای امامیه به صورت پراکنده در فروعات گوناگون فقهی به این خیار استناد نموده اند که به برخی از موارد اشاره می کنیم.

### الف) تلف مبیع پیش از تسلیم

در مواقعی که در عقود معوض، مورد تعهد یکی از متعاقدین، عین معین است و پیش از موعد تلف می گردد، به دلیل اینکه معلوم است متعهد سر موعد قادر به انجام تعهد خود نخواهد بود، عقد منفسخ می شود و در نتیجه طرف دیگر تا زمان تسلیم ملتزم به عقد باقی نمی ماند (ماده ۳۸۷ ق.م.؛ ولی تلف مبیع پیش از تسلیم، صور گوناگونی



دارد. در صورتی که مبیع توسط شخص ثالثی تلف شود، اکثر فقها قائل‌اند در این صورت مشتری حق فسخ قرارداد را می‌یابد (نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۴، ص ۸۸)؛ زیرا تسلیم مبیع ممکن نیست و چون مشتری می‌تواند برای جبران خسارت به شخص ثالث نیز مراجعه و مثل یا قیمت مبیع تلف‌شده را مطالبه نماید، این اثر شبیه اثر نظریه پیش‌بینی نقض است؛ یعنی در چنین مواردی مشتری می‌تواند به استناد تعذر تسلیم، قرارداد را فسخ نموده، ثمن را مسترد دارد و یا از فسخ صرف‌نظر نماید و برای مطالبه مثل یا قیمت، به شخص ثالث مراجعه کند. هرچند موضوع تعذر تسلیم با موضوع نظریه پیش‌بینی متفاوت است؛ ولی از نظر حکمی تقریباً شبیه یکدیگرند. این مسئله نشان می‌دهد که حکم مستخرج از نظریه در موردی که اطمینان به عدم انجام تعهد است، با جایی که تعذر از انجام تعهد تسلیم مبیع است، به وحدت ملاک می‌تواند یکی باشد و فقه با آن مخالفتی ندارد؛ زیرا این دو مورد از جهت اینکه متعهدله به دلیلی انتظاراتش از قرارداد برآورده نمی‌شود، تفاوتی ندارند؛ ولی در مورد حکم صورتی که مبیع به دست بایع تلف می‌شود، میان فقها اختلاف بوده، نمی‌توان نظر یک طرف را نظر مشهور دانست؛ ولی گروه کثیری از فقها در این باره معتقدند 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 (مکی عاملی، ۱۴۱۲، ج ۳، ص ۲۱۳ / کرکی، ۱۴۰۸، ج ۴، ص ۴۰۲ / جبعی عاملی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۲۱۷ / حلی، ۱۴۱۴، ج ۱، ص ۵۰۸ / انصاری، ۱۴۲۰، ج ۶، ص ۲۷۶).

#### (ب) نایاب‌شدن مبیع در زمان تحویل در بیع سلف

ملاک صحت در بیع سلف، امکان تسلیم در هنگام تسلیم است، نه در هنگام عقد. اگر در بیع سلف هنگام انعقاد عقد، پیش‌بینی می‌شود که تسلیم مبیع در زمان مقرر در عقد ممکن است، بیع سلف صحیح است. در چنین مواردی اگر بعداً تسلیم مبیع متعذر گردد، بسیاری از فقها برای طرف دیگر حق فسخ قائل‌اند. علامه حلی معتقد است: اگر در زمان انعقاد عقد سلف، پیش‌بینی می‌شد آنچه باید تسلیم شود، در موعد مقرر یافت می‌شود؛ ولی موعد تسلیم نایاب گردد، در این صورت عقد منفسخ نمی‌شود؛ زیرا عقد

به طور صحیح واقع شده و تعذر تسلیم، صحت عقد را مخدوش نمی‌کند. وی قول به انفساخ عقد را از شافعی با این استدلال نقل می‌کند که سلم برای آن سال مشخص بوده و نابودی محصول در آن سال باعث انفساخ عقد می‌شود؛ ولی ایشان اظهار می‌دارد که چنانچه وقت محصولی بگذرد و در آن مدت، مبیع قابل تسلیم یافت نشود، عقد منفسخ نمی‌گردد، بلکه مشتری اختیار دارد عقد را فسخ کند یا تا زمان امکان تسلیم، صبر نماید (حلی، ۱۴۱۴، ج ۱، ص ۵۵۵). همین حکم در روایت عبد‌الله بن بکیر از امام صادق علیه السلام آمده است که پرسیده شد فردی نسبت به محصولی که به طور معمول موضوع سلم واقع می‌شود، عقد سلم منعقد می‌کند و وقت محصول می‌گذرد و فرد مبیع را دریافت نمی‌کند؛ حکم چیست؟ امام صادق علیه السلام فرمودند مشتری می‌تواند ثمن خود را پس بگیرد، یا منتظر بماند (حرّ عاملی، ۱۴۱۴، ج ۱۸، ص ۳۰۹، ح ۱۴). تشابه رأی علامه در این فرع فقهی با مفاد نظریه روشن است.

### ج) تعذر تسلیم درباره عین مستأجره

مرحوم علامه حلی در یک فرع فقهی دیگر فتوایی دارند که نزدیک به حکم نظریه پیش‌بینی نقض است. در صورتی که عین مستأجره پیش از تسلیم توسط غاصبی تصرف شود و تسلیم آن توسط موجر متعذر گردد، مستأجر حق دارد یا اجاره را فسخ نماید و اجاره‌بهای خود را مسترد دارد و یا اجاره را حفظ نموده، اجرت‌المثل آن را از غاصب مطالبه نماید (علامه حلی، ۱۴۱۸، ج ۲، ص ۲۸۹). صاحب جامع المقاصد در شرح بیان علامه آورده است: «در اینجا دو عنوان وجود دارد: تعذر تسلیم عوض که مستلزم حق فسخ است و اتلاف مال غیر که مستلزم ضمان ید و پرداخت اجرت‌المثل توسط غاصب است» (کرکی، ۱۴۰۸، ج ۷، ص ۱۴۴).

قانون مدنی در ماده ۴۹۶ درباره تخلف از شرایط در اجاره، بدون اینکه لازم بداند که نخست باید موجر را الزام به انجام شرط کرد، قائل به حق فسخ شده است. همچنین، در بند (د) ماده ۸ قانون موجر و مستأجر مصوب ۱۳۶۲، قانونگذار اجازه فسخ اجاره را بدون الزام و اجبار داده است. تشابه حکم این ماده و رأی فقهی مزبور با مفاد نظریه نیز روشن است.

## ۲-۳-۲. خیار تفلیس

یکی دیگر از موضوعاتی که می‌تواند نشان دهد قبول نظریه پیش‌بینی نقض در فقه امامیه و حقوق ایران امکان دارد، خیار تفلیس است. خیار تفلیس در ماده ۳۸۰ قانون مدنی پیش‌بینی شده است و از فقه به قانون آمده است. براساس ماده مذکور اگر یکی از طرفین معامله مفلس گردد، طرف دیگر تحت شرایطی می‌تواند اقدام به فسخ معامله کند و آنچه را داده، بازستاند. این حکم به گونه‌ای شبیه حق فسخ ناشی از وقوع حادثه‌ای که حاکی از نقض قرارداد در موعد مقرر است، می‌باشد.

شهید اول در *لمعه*، خیار تفلیس را در شمار سایر اختیارات و ذیل عنوان مستقل، به عنوان چهاردهمین خیار ذکر می‌کند (عاملی، ۱۴۱۱، ص ۱۰۹). شهید ثانی نیز در شرح کلام شهید اول و صاحب شرایع هم معتقدند در صورتی که حکم افلاس شخصی صادر شود، هر طلبکاری که عین مالش موجود است، می‌تواند آن را بردارد و یا در ردیف سایر غرما قرار گیرد (جبعی عاملی، ۱۳۹۸، ج ۴، ص ۲۵ / حلی، ۱۴۰۳، ص ۳۴۵). امام خمینی نیز در این باره چنین فتوا داده‌اند: «اگر در میان اموال مفلس، عینی باشد که آن را خریده و ثمن آن در ذمه‌اش باشد، با بیع مخیر است میان اینکه معامله را فسخ کند و عین مالش را تحویل بگیرد، هر چند مفلس، مال دیگری غیر از آن عین نداشته باشد و میان اینکه با طلبکارها شریک شود و پولی را که طلب دارد، منضم با طلب دیگران نماید و داخل غرماء شود» (خمینی، ۱۳۹۰، ج ۲، ص ۱۸). شباهت این آرا با مفاد نظریه، نیاز به توضیح ندارد.

با توجه به شرایط مقرر برای اعمال خیار تفلیس، به ویژه شرط اینکه سررسید پرداخت ثمن باید رسیده باشد، حکم خیار تفلیس از موضوع نظریه دور می‌شود؛ ولی به نظر می‌رسد، آنچه در خیار تفلیس ملاک است، وجود عین متعلق به دیگری در اموال مفلس و ضروری بودن مشارکت با بیع با غرماء می‌باشد. این دو امر سبب حکم به خیار بوده، نه اینکه سررسید پرداخت ثمن فرارسیده باشد، ملاک است. در نظریه پیش‌بینی نقض هم به طور معقول و متعارفی اطمینان حاصل شده که متعهد قادر به انجام تعهدش نیست؛ بنابراین شاخص تضرر و عدم امکان عرفی رسیدن به ثمن وجود دارد. به هر حال، از پذیرش نهاد خیار تفلیس در فقه می‌توان دست‌کم به

این نتیجه منتهی شد که تشریح حق فسخ و صبر تا موعد قرارداد با اصول قراردادها و ساختار آن در تعارض نیست.

### ۳-۲-۳. حق حبس

«حق حبس» اصطلاحی فقهی و حقوقی به معنای حق خودداری یک طرف عقد از اجرای تعهد خود تا اقدام طرف دیگر به اجرای تعهدش می‌باشد. حق تعلیق مقرر براساس نظریه پیش‌بینی نقض با حق حبس مطرح در فقه و حقوق در باب عقود معاوضی از جهاتی شبیه و از جهاتی متفاوت‌اند. براساس این وجوه تفاوت، قیاس این دو حق با یکدیگر صحیح نیست؛ ولی از جهت بحث فعلی میتوان به استناد حق حبس، مفاد نظریه پیش‌بینی نقض را عرفی، عقلایی و منطبق با اصول و ساختارهای حقوق قراردادی دانست. حق تعلیق مزبور به هریک از طرفین حق می‌دهد براساس قانون و یا توافق و به دلیل اینکه در وضعیت طرف مقابل اتفاقی رخ داده که حاکی از امکان عدم اجرای تعهد می‌باشد، اجرای تعهدات خود را به طور موقت به تعویق اندازد. حق حبس نیز به هریک از طرفین قرارداد این حق را می‌دهد تا زمانی که طرف مقابل حاضر به انجام تعهد مقابل نگردد، وی نیز از انجام تعهدش امتناع ورزد. هر دو حق مزبور ناشی از تقابل تعهدات طرفین عقد و حاکی از وابستگی و رابطه متقابل میان تعهدات ایشان است. در مواردی که تعلیق قرارداد براساس اعلام امتناع متعهد از اجرای قرارداد صورت پذیرد، این دو حق خیلی به یکدیگر شبیه می‌شوند. به نظر می‌رسد منشأ تأسیس این دو نهاد حقوقی نیز واحد است؛ زیرا طرفین هر قرارداد با انتظار نیل به هدف نهایی از تنظیم قرارداد، تعهدات متقابل خویش را ایفا می‌کنند و تمام تلاش آنان با هدف مذکور صورت می‌گیرد؛ بنابراین چنانچه این انتظار قانونی و مشروع برآورده نشود یا در راه رسیدن به آن وقفه و خللی پیش آید، هریک از طرفین عقد با احساس خطری که می‌کنند، سعی در انجام اقدامات لازم برای حفظ حقوق قانونی و قراردادی خویش خواهند کرد. البته این احساس خطر طبیعی و به‌جاست و باید تمهیدات لازم در موردش اندیشیده شود. طرفی که مواجه با چنین وضعی شده است، حق دارد نگرانی خود را آشکار سازد و دست‌کم از ایفای تعهداتش به لحاظ امتناع طرف مقابل

از انجام تعهدات متقابل و یا به جهت مبهم بودن وضعیت تعهدات طرف دیگر، به صورت موقت خودداری نماید تا سرانجام وضعیت انجام تعهدات متقابل روشن گردد یا تضمین کافی و لازم برای ادامه انجام تعهدات داده شود. این توجیه، دو نهاد مزبور را به یکدیگر نزدیک می‌سازد.

درباره حق تعلیق، تا آنجا که یکی از طرفین با توجه به وضعیت طرف مقابل و توانایی وی در انجام تعهدات متقابل از آن استفاده و آن را اعمال می‌نماید، می‌توان با مبانی حق حبس توجیه و تعلیل کرد؛ ولی اگر یک طرف قرارداد، بدون عنایت به عوامل مذکور به تعلیق قرارداد مبادرت ورزد، عمل او دیگر با نظریه تقابل تعهدات قابلیت توجیه ندارد و فقط در قالب قرارداد و توافق اراده آزاد طرفین عقد، توجیه پذیر است. در اعمال حق تعلیق، هدف و انگیزه طرفین مد نظر است؛ چون هریک از ایشان به امید دستیابی به مورد دیگر قرارداد، به انجام تعهد خویش اقدام می‌کند؛ بنابراین در مواقعی که رسیدن به این هدف مورد امتناع یا انکار طرف مقابل قرار گیرد و یا آنکه وضعیت به گونه‌ای تغییر یابد که امکان تحقق اهداف مشترک قراردادی و انجام تعهدات مورد نظر بعضاً یا کلاً منتفی گردد، بدیهی است که طرف دیگر حق داشته باشد انجام تعهدات خویش را تا مشخص شدن وضعیت انجام تعهدات این طرف قرارداد، معلق سازد؛ ولی حق حبس و امتناع از تسلیم مبیع، وسیله اجبار متعهد به انجام تعهد و اجرای قرارداد است. در حق حبس، تعهد باید منجز و قابل مطالبه باشد و حال آنکه در تعلیق مطرح در نظریه، هنوز زمان اجرای تعهد نرسیده است. با وجود این، به دلیل اینکه مبنای حق حبس، همبستگی عوضین است، می‌توان تعلیق اجرای قرارداد را در صورت پیش‌بینی نقض بر همین مبنا توجیه نمود.

#### ۲-۳-۴. خیار تأخیر ثمن

در صورتی که متعهد اعلام نماید که در موعد مقرر به تعهدش عمل نخواهد کرد، براساس نظریه پیش‌بینی نقض، اعلام امتناع انجام تعهد از سوی متعهد، حق فسخ قرارداد را به متعهدله می‌دهد. اگرچه در فقه امامیه و حقوق ایران به استناد امتناع از اجرای قرارداد نمی‌شود قرارداد را فسخ کرد؛ ولی این امر استثناهایی دارد که از آن

جمله، خیار تأخیر ثمن است (ماده ۳۹۵ و ۴۰۲ ق.م.ا). وجود این خیار در مجموعه قواعد فقهی و حقوقی، مؤید آن است که اگر عدالت معاوضی اقتضا کند، باید از برخی قواعد کلی و عام تا آنجا که عدالت و مصالح معاملات اقتضا دارد، دست برداشت.

از نظر فقها عمده دلیل خیار تأخیر ثمن، اجماع، روایات، قاعده لاضرر و بنای عقلاست. درباره بنای عقلایی خیار تأخیر ثمن، این‌گونه تقریر شده است که مقتضای قاعده معاملات و بنای ضمنی طرفین قرارداد این است که فروشنده‌ای که کالای خود را به دیگری در برابر وجهی تملیک می‌نماید، صرفاً قصد ندارد تنها اسماً مالک آن وجه شود، بلکه به جهت دسترسی به آن وجه و رفع نیاز مالی‌اش اقدام به معامله می‌نماید. تقابل عوضین اقتضا دارد تا ثمن در نخستین فرصت ممکن تسلیم شود و اگر امکان تأدیه ثمن به زودی وجود ندارد، فروشنده چاره‌ای بیندیشد و جهت رفع نیازش اقدام نماید و مبنای لاضرر نیز به این بیان تقریر می‌شود که اگر فروشنده ملزم به نگهداری عقد باشد و خریدار در پرداخت ثمن تأخیر داشته باشد، این الزام برای او ضرری است و به حکم قاعده لاضرر، تکلیف به وفای به عقد از وی برداشته می‌شود. با این بیان و مبنای برای خیار تأخیر می‌توان به استناد آن، مفاد نظریه پیش‌بینی نقض را نیز در فقه امامیه و حقوق ایران قابل پذیرش دانست و حکم تعلیق و فسخ را در موارد نقض احتمالی در تعارض با اصل لزوم پای‌بندی به مفاد عقد و سایر اصول و ساختارهای فقه و حقوق قراردادها ندانست؛ زیرا مبنای همبستگی عوضین و اقتضای قواعد معاوضات و قاعده لاضرر در مواردی که اطمینان به نقض در موعد مقرر هست، عقلاً و عقلاً جاری است.

### ۵-۳-۲. نقش قاعده لاضرر در ایجاد حق فسخ

مرحوم صاحب‌جوهر حکمی را از بعضی فقها نقل کرده که آن حکم، به ظاهر اقوال فقها نسبت داده شده است. عمومیت این حکم، مفاد نظریه پیش‌بینی نقض را نیز می‌گیرد و توجیه می‌نماید: «ظاهر اقوال فقها این است که هرگاه در عقد لازمی، یکی از طرفین عملی منافی با حقی انجام دهد که طرف دیگر به سبب عقد مزبور کسب کرده، شارع مقدس براساس قاعده "لاضرر و لاضرار" 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» (نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۷، ص ۸۰). این قول از سوی صاحب‌جوهر رد نشده است و به ظاهر پذیرفته‌اند. بر این اساس، بسیاری از فقهای معاصر معتقدند در صورت عدم انجام تعهد، متعهدله حق فسخ دارد و می‌تواند خود را از قید تعهدات قراردادی رها سازد. مطابق نظر این دسته از فقهای عظام، فسخ قرارداد به دلیل عدم انجام تعهد، یک قاعده است و در همه موارد که تعهد انجام نشود و یا محرز می‌باشد، انجام نخواهد شد، حکومت دارد (خمینی، ۱۴۲۱، ج ۵، ص ۵۶۵ / خویی، [بی‌تا]، ج ۵، ص ۶۳۴ / طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۱۷۲)؛ بنابراین قاعده و حدیث لاضرر بر تزلزل هر عقدی که لزوم آن موجب ضرر باشد، دلالت دارد (انصاری، ۱۴۲۰، ج ۶، صص ۱۶۱-۱۹۰ و ۲۱۷). این استدلال به راحتی ما را یاری می‌رساند که قائل شویم مفاد نظریه پیش‌بینی نقض مطابق فقه معاملات می‌باشد؛ چون الزام خریدار یا متعهد به حفظ قرارداد تا سررسید موعد انجام تعهد، بی‌شک برای متعهدله و حتی متعهد در بسیاری موارد ضرری است و به قاعده نفی ضرر، این الزام برداشته شده است.

قاعده اجبار و الزام متعهد به انجام عین تعهد، نیاز به گذراندن مراحل دادرسی دارد و در نظام‌های حقوقی مدون همچون ایران، با توجه به طولانی‌بودن دادرسی‌ها و مشکلات عملی، الزام متعهدله جهت رجوع به دادگاه و تقاضای اجبار، گاهی یک حکم ضرری بوده، باعث عسر و حرج متعهدله می‌شود. فرض کنید شخصی برای مراسم بسیار مهم خود با رستورانی قرارداد می‌بندد که در تاریخ معینی از مهمانان او پذیرایی نماید. چند روز مانده به آن تاریخ، یکی از بستگان نزدیک صاحب رستوران فوت می‌کند و به شخص اعلام می‌نماید در تاریخ مقرر رستوران تعطیل است و یا خود شخص از اوضاع و احوال متوجه این امر می‌شود. حال آیا در مثل چنین صورتی، اصرار به اجبار به انجام عین تعهد، منطقی و ممکن است؟ آیا متعهدله و حتی متعهد در اثر این اصرار متضرر نمی‌شوند؟ اگر قرارداد زودتر فسخ شود، آیا خسارت کمتری وارد نخواهد شد و احیاناً متعهدله قادر به جلوگیری از ورود خسارت عظیم‌تر نخواهد بود؟ پاسخ این پرسش‌ها قطعاً مثبت است.

### ۶-۳-۲. اقاله

از جمله موضوعاتی که می‌تواند توجیه‌گر حق فسخ مقرر در نظریه باشد، نهاد فقهی و حقوقی پذیرفته شده اقاله می‌باشد. در مواردی که یکی از طرفین قرارداد، پیش از فرارسیدن موعد اجرای تعهدش اعلام می‌نماید و یا از رفتارش چنین برمی‌آید که قصد انجام تعهدات قراردادی‌اش را ندارد و به انحلال عقد راضی است، اگر طرف دیگر قرارداد این امر را به عنوان ایجاب لفظی و یا عملی فسخ قرارداد تلقی نماید و او هم با رفتارش و یا به صورت لفظی فسخ را قبول نماید، عقد منحل می‌شود و متعهدله از تعهدات قراردادی معاف می‌شود (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۵، ص ۶ به بعد). این همان عمل حقوقی اقاله بوده که نتیجه‌اش با مفاد نظریه در جایی که نقض اساسی قرارداد در آینده پیش‌بینی می‌شود و محرز است، یکسان می‌باشد.

روشن است میان نهاد فقهی و حقوقی اقاله، با نظریه پیش‌بینی نقض، تفاوت‌هایی وجود دارد که قیاس این دو نهاد را به یکدیگر ناصواب می‌نمایاند. با وجود این تفاوت‌ها، در برخی مصادیق، نتیجه اقاله قرارداد و فسخ ناشی از اعمال نظریه پیش‌بینی نقض یکسان بوده و بدین معناست که مفاد نظریه با اصول و ساختار فقه و حقوق قراردادی ما منافاتی ندارد؛ به عنوان مثال، در صورتی که پس از انعقاد قرارداد، متعهد قرارداد را رد می‌نماید و اعلام می‌نماید که در موعد مقرر به تعهدات خود عمل نخواهد کرد و متعهدله جهت جبران خسارت احتمالی نقض، رد را می‌پذیرد و به قرارداد پایان می‌دهد و اگر تعهدش را انجام داده، آن را عیناً یا مثلاً و یا قیماً، مسترد می‌دارد و مطالبه خسارت می‌کند. نتیجه این عمل، همان نتیجه اقاله است، به جز بخش مطالبه خسارت.

### ۴-۲. موضوعات حقوق تجارت قابل استناد برای نشان دادن سازگاری نظریه با اصول حقوق قراردادها

زمان زیادی نیست که بحث و گفت‌وگو درباره نظریه پیش‌بینی نقض در حقوق ایران مطرح شده است؛ بنابراین جست‌وجو در متون قانونی برای دستیابی به مقرره‌ای خاص در این باره، کاوشی است که نتیجه خاصی دربر ندارد؛ ولی آثار و نتایج نظریه در برخی نهادها و ساختارهای حقوقی قابل ردیابی است. به یقین این امور را نمی‌توان به منزله



تلقی به قبول نظریه از سوی حقوق ایران دانست؛ ولی می‌تواند راه را برای پذیرش آن به حقوق ایران میسر سازد؛ زیرا وقتی نهادهایی در حقوق ایران وجود دارد که به نتایج مشابه نتایج نظریه منتهی می‌شود، این امر حاکی از آن است که نظریه با اصول و ساختارهای حقوقی ایران تعارضی ندارد.

### ۱-۴-۲. عرف تجاری

نخستین موضوعی که در حقوق تجارت می‌توانیم به آن استناد کنیم و وجود نظریه را در حقوق تجارت ایران به رسمیت بشناسیم، در بخش منابع حقوق تجارت، یعنی عرف تجاری است. تجار به طور معمول در هنگام انعقاد قرارداد، وضعیت طرف قرارداد و شریک تجاری خویش را مد نظر قرار می‌دهند و شرایط معامله را براساس آن تنظیم می‌نمایند. هر تاجری بر روی امکانات، توانایی‌ها و دارایی‌های طرف معامله خود حساب باز می‌کند و تغییر در وضعیت هریک از طرفین، رسیدن به انتظارات مشروع طرف دیگر را با مانع مواجه می‌سازد. هیچ عرف تجاری این امر را تجویز نمی‌کند که تاجری با مشاهده اوضاع ناپسامان شریک تجاری طرف قراردادش، باز بی‌خیال باشد و صبر نماید تا زمان اجرای تعهد فرارسد و شروع به اقدام نماید و از راه سپری کردن فرآیند دادرسی، جلوی خسارت دیدنش را بگیرد؛ زیرا این امر اقتضا دارد که شخص ابتکار عمل را از خود سلب نماید و کار را به حساب احتمالات واگذارد. عقلا و عرف تجار آن را نمی‌پسندند و منطقی نمی‌بینند؛ بنابراین نظریه پیش‌بینی نقض بر این عرف مسلم تجاری مبتنی است. عرف مذکور به تاجر این امکان را می‌دهد که آینده‌نگر و نگران اوضاع و احوال معاملات تجاری خود باشد و علاج واقعه را پیش از وقوع بنماید.

### ۲-۴-۲. امتناع از تسلیم کالا به تاجر ورشکسته

مهم‌ترین وضعیتی که ممکن است اعتبار و آمادگی تاجر را در ایفای تعهداتش دچار خدشه و مشکل کند، وضعیت توقف و ورشکستگی تاجر می‌باشد. طبق ماده ۵۳۳ قانون تجارت، در صورتی که ترس از توقف و ورشکستگی تاجر در میان باشد و یا در زمانی که حکم به ورشکستگی تاجر می‌شود، به جهت حمایت از حقوق طلبکاران او،

تعلیق اجرای تعهد و حق استرداد اموالی که عین آن در اختیار تاجر ورشکسته می‌باشد، مقرر شده است. ماده مزبور نوعی حق حبس مقرر در معاملات معاوضی است (شهیدی، ۱۳۷۵، ص ۱۹۲ / کاتوزیان، ۱۳۷۶، ج ۵، ص ۸۵ به بعد) و از نظر ملاک با مقرر ماده ۳۸۰ قانون مدنی یکسان می‌باشد.

تفاوت حق حبس موضوع ماده ۵۳۳ قانون تجارت با ماده ۳۷۷ قانون مدنی در این است که برای اعمال حق حبس در قانون مدنی لازم بود تعهدات طرفین حال باشد؛ ولی در ماده ۵۳۳ قانون تجارت، مبنای امتناع از تسلیم کالا و انجام تعهد، عدم قدرت بر تأدیه ثمن در اثر ورشکستگی تاجر متعهد است. ماده مزبور ظهور در شمول حق حبس نسبت به همه تعهدات، اعم از مؤجل و حال دارد؛ زیرا فرض قانونگذار بر این است که دیون مؤجل تاجر ورشکسته با صدور حکم ورشکستگی، حال می‌شود (ر.ک: ماده ۴۲۱ ق.ت.). نکته مهم اینکه شباهت شرایط اعمال حق حبس مقرر در ماده ۵۳۳ قانون تجارت با حق تعلیق مستخرج از نظریه است. در ماده مزبور، استحقاق فروشنده نسبت به حق حبس کالا، مقید به حال بودن تعهد پرداخت ثمن مشتری نشده و فروشنده اگرچه سررسید بدهی ناشی از ثمن معامله نیز فرانسیده باشد، حق دارد از تسلیم کالا به خریدار خودداری نماید. علت این امر آن است که ورشکستگی تاجر، دلیل معقول و متعارفی است که هرکسی را قانع می‌سازد و باور می‌دارد که تعهد در موعد مقرر توسط این تاجر انجام نخواهد شد. با این وصف به نظر می‌رسد آنچه مد نظر قانونگذار در این ماده می‌باشد، بیان تقابل و همبستگی عوضین در قرارداد بیع است؛ بدین معنا که قانونگذار نمی‌خواهد یک طرف قرارداد را به انجام تعهدش الزام نماید، در حالی که طرف مقابل او عاجز از انجام تعهدش است. تفاوتی نمی‌کند تعهد او حال باشد یا مؤجل. گرچه مقرر مزبور در ورشکستگی منصوص شده است؛ ولی شاخص و ملاک آن، قابل تسری به موارد دیگر نیز هست. دست کم گویای آن است که نظریه پیش‌بینی نقض در حقوق ایران قابل شناسایی می‌باشد.

### ۳-۴-۲. حق استرداد کالا و فسخ قرارداد در صورت توقف و ورشکستگی تاجر

حق فسخ قرارداد در صورت ورشکستگی را می‌توان در فصل مربوط به دعوای استرداد

کالا که در مواد ۵۲۸-۵۳۵ قانون تجارت پیش‌بینی شده، مشاهده کرد. در میان این مواد، دو ماده ۵۳۰ و ۵۳۳ قانون مزبور، شباهت بسیاری به مفاد نظریه دارند. شارحان و مفسران قانون تجارت معتقدند در مواد ۵۳۰ و ۵۳۳ قانون تجارت همانند ماده ۳۸۰ قانون مدنی برای طرف قرارداد تاجر ورشکسته، حق فسخ مقرر شده است، نه اینکه در این موارد فقط حق استرداد کالا وجود داشته باشد (ر.ک: اسکینی، ۱۳۸۱، ج ۴، ص ۱۷۰-۱۷۳ / صفایی، ۱۳۸۲، ج ۲، ص ۳۰۰). آنچه از مجموع مطالب برمی‌آید اینکه حقوقدانان بر این باورند که مواد ۵۳۰ و ۵۳۳ قانون تجارت، به معنای امکان فسخ قرارداد از سوی بائع طرف قرارداد تاجر ورشکسته است و در این مواد، فقط حق استرداد کالا از سوی بائع مقرر نشده است. اگر این تفسیر صحیح باشد، مفاد این مواد با مفاد نظریه یکسان می‌باشد.

#### ۴-۲. نکول برات از سوی برات‌گیر

یکی دیگر از موضوعات قابل استناد در حقوق تجارت، مقررات مربوط به نکول برات از سوی برات‌گیر است. در قانون تجارت ایران و براساس ماده ۲۳۷، به محض نکول برات، دارنده می‌تواند به مسئولان برات مراجعه کرده، از آنان برای تأدیه وجه برات در سررسید، ضامن بخواهد و در صورت عدم معرفی ضامن از جانب مسئولان و یا عدم قبول ضامن معرفی شده از جانب دارنده برات، دین مؤجل ناشی از برات، حال می‌شود. براساس این مقرره وقتی دارنده برات با نکول برات‌گیر مواجه می‌شود، حق دارد به اعتبار صادرکننده و ظهرنویسان بی‌اعتماد گردد و در مورد وصول وجه سند در سررسید، نگران گردد. قانونگذار نیز این نگرانی را به حق و درست دانسته، نکول برات را اماره قانونی بر فقدان آمادگی و تمایل متعهد به اجرای تعهد می‌داند. راه حل مشکل را نیز با دادن ضامن معتبر اعلام نموده است؛ به عبارت دیگر، برات‌کش و هریک از ظهرنویسان، علاوه بر داشتن مسئولیت تضامنی در پرداخت وجه برات، در قبال نکول آن نیز مسئولیت دارند. از همین رو، دارنده برات پس از نکول و پیش از سررسید حق رجوع به ایشان را می‌یابد؛ بنابراین اگر برات‌کش یا هریک از ظهرنویسان با رجوع دارنده برات، دغدغه خاطر او را نسبت به احتمال عدم پرداخت وجه برات در سررسید

از میان نبرند، به حکم ماده ۲۳۷ قانون تجارت، دیون ایشان حال شده و باید وجه برات را به انضمام مخارج اعتراض‌نامه و مخارج برات رجوعی (اگر باشد) فوراً تأدیه نمایند. در این صورت، دلیل حال‌شدن دیون، نکول برات نیست، بلکه ندادن تضمین معتبر دلیل آن است. برای هر خواننده منصف، با دقت در این ماده به روشنی آشکار می‌شود که چگونه قانونگذار درباره نگرانی‌های آینده متعهدله (در این ماده، دارنده سند تجاری) و خلف وعده احتمالی متعهد در موعد انجام تعهد (در اینجا، مسئولان سند تجاری) احترام گذاشته و حق فسخ قائل شده است. نتیجه مقرر مزبور اینکه قانونگذار به دارنده سند تجاری اجازه می‌دهد توافقات پیشین خود را درباره سررسید، در صورتی که صادرکننده و ظهرنویسان ضامنی معرفی نمایند، فسخ نماید و دین موضوع سند را مطالبه کند. آیا این همان معنا و مفاد نظریه پیش‌بینی نقض نیست؟

#### ۵-۴-۲. اعتراض عدم تأدیه علیه برات‌گیر

در ماده ۲۳۸ قانون تجارت نسبت به براتی که قبول شده، ولی وجه آن پرداخته نمی‌شود، چنین مقرر شده است: «اگر علیه کسی که براتی را قبول کرده، ولی وجه آن را نپرداخته، اعتراض عدم تأدیه شود، دارنده براتی نیز که همان شخص قبول کرده، ولی هنوز موعد پرداخت آن نرسیده است، می‌تواند از قبول‌کننده تقاضا نماید که برای پرداخت وجه آن، ضامن دهد یا پرداخت آن را به نحو دیگری تضمین کند». مقرر ماده ۲۳۸ قانون تجارت همانند ماده ۲۳۷ به روشنی نشان می‌دهد مفاد نظریه پیش‌بینی نقض از سوی قانونگذار تجارت ایران پذیرفته شده است. اعتراض عدم تأدیه علیه برات‌گیری که پرداخت برات‌هایی را قبول کرده و به عهده گرفته است؛ ولی در سررسید اولین آنها نتوانسته بپردازد و خلف وعده کرده، نشانه آن است که تاجر مزبور در حالت توقف قرار دارد و ممکن است ورشکسته شود، دست‌کم موجب نگرانی دارنده برات شده است. از این رو، قانونگذار به چنین دارنده‌ای که اسناد تجاری‌اش توسط تاجر، قبولی نوشته شده، ولی سررسید آنها فرانسیده است، حق می‌دهد در مورد پرداخت وجه اسناد مذکور نگران باشد؛ بنابراین مقرر کرده که وی می‌تواند از تاجر برات‌گیر قبول‌کننده برات، تقاضای تضمین نماید و در صورتی که او قادر به تضمین و یا معرفی

ضامن نشد، براساس وحدت ملاک مستنبط از ماده ۲۳۷ قانون تجارت، وجه همه اسناد را گرچه سررسید آنها نرسیده باشد، مطالبه نماید و این حکم شبیه همان حکم مستفاد از نظریه است. می توان گفت قانونگذار در ماده ۲۳۸ قانون تجارت، دقیقاً به پیش بینی نقض تعهد توجه نموده است.

#### ۶-۴-۲. برخی مقررات مربوط به حق العمل کاری

در ماده ۳۷۱ قانون تجارت مقرر شده است: «حق العمل کار در مقابل امر برای وصول مطالبات خود از او نسبت به اموالی که موضوع معامله بوده و یا نسبت به قیمتی که اخذ کرده، حق حبس خواهد داشت». گرچه حق تعلیق قرارداد با حق حبس تفاوت هایی دارد؛ ولی هر دو امر عقلایی است. مواجهه با امتناع طرف دیگر، موضوع حق حبس بوده، رخداد تغییر در وضعیت طرف دیگر به گونه ای که حکایت از عدم انجام تعهد کند، موضوع حق تعلیق مستفاد از نظریه است؛ ولی هر دو از این حیث که شخص انجام تعهدات خود را بدون عوض می بیند، یکسان بوده، الزام به انجام تعهد در هر دو صورت، ظلم و با عدالت معاوضی سازگار نیست. هرچند حق حبس در این ماده، حکمی استثنایی بوده و با حق حبس اصطلاحی مطرح در حقوق مدنی متفاوت است؛ ولی وجود حق حبس به معنای تعویق اجرای قرارداد تا انجام تعهد از سوی طرف دیگر، نشان دهنده آن است که از سوی مقررات تجاری ایران، امکان پذیرش نظریه پیش بینی نقض قرارداد وجود دارد و با اصول و ساختارهای قراردادهای تجاری هیچ تنافی ندارد.

#### نتیجه

مطالعه انجام شده به خوبی گواه بر این است که قبول نظریه پیش بینی نقض قرارداد در حقوق ایران، به عنوان ضمانت اجرای دیگری برای انجام به موقع تعهدات در حقوق قراردادهای، به هیچ وجه با اصول و ساختارهای حقوق قراردادهای ایران تعارضی ندارد و فقط گستره اجرای اجباری عین تعهد را محدود می سازد. همچنین، مفاد نظریه با اصول پذیرفته شده فقه معاملات شیعی نیز سازگاری کامل دارد و فقهای گرانقدری درباره

تخلف از تعهدات قراردادی به تخییر میان اجبار و فسخ فتوا داده‌اند که به گونه‌ای با مفاد نظریه همخوانی دارد.

احتمال نقض قرارداد از سوی طرفین، همواره در هر قراردادی اعم از تجاری و غیرتجاری، داخلی و بین‌المللی، بیع و سایر عقود وجود دارد؛ بنابراین ضرورت تمهید سازوکارهایی برای مقابله با این واقعیت حقوقی، به ویژه در عرصه حقوق تجارت، به عنوان نیازی جدی و اساسی مطرح بوده، مناسب است قانونگذار ایران به اصلاح مقررات پیشین بپردازد و در اصلاح قانون تجارت، موضوع پیش‌بینی نقض قرارداد و قواعد مستخرج از آن را در درون مجموعه قواعد تجاری ایران جای دهد.



## منابع

۱. اسکینی، ربیعاً؛ حقوق تجارت (برات، سفته، قبض انبار، اسناد در وجه حامل و چک)؛ ج ۳، چ ۱۲، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۸۷.
۲. —؛ حقوق تجارت؛ ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته؛ ج ۴، چ ۵، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۸۱.
۳. انصاری، مرتضی؛ کتاب المكاسب؛ قم: المؤتمر العالمي بمناسبة الذكرى المئوية- الثانية لميلاد الشيخ الأنصاري، ۱۴۲۰ق.
۴. بحرانی (محقق)، يوسف؛ الحدائق الناضرة في احكام العترة الطاهرة؛ قم: مؤسسة- النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين، [بی تا].
۵. جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین؛ الروضة البهية في شرح اللمعة- الدمشقية؛ تحقیق و تعلیق سید محمد کلانتر؛ چ ۳، نجف: جامعة النجف الدينية، ۱۳۹۸ق.
۶. —؛ مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الاسلام؛ چ ۱، قم: مؤسسة المعارف الاسلاميه، ۱۴۱۳ق.
۷. حرّ عاملی، محمد بن حسن؛ وسائل الشیعة؛ بیروت: دار احیاء التراث العربی، [بی تا].
۸. حلّی (محقق)، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن؛ شرايع الاسلام في مسائل الحلال والحرام؛ تعلیق سید صادق شیرازی؛ چ ۳، تهران: انتشارات استقلال، ۱۴۰۳ق.
۹. حلّی، ابن فهد؛ المهذب البارع؛ تحقیق شیخ مجتبی عراقی؛ قم: مؤسسة- النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة، ۱۴۱۱ق.
۱۰. حلّی، جمال الدین ابی منصور حسن بن یوسف بن مطهر؛ تذكرة الفقهاء؛ چ ۱، قم: مؤسسة آل البيت ﷺ لاحیاء التراث، ۱۴۱۴ق.

۱۱. —؛ قواعد الأحكام؛ تحقیق مؤسسة النشر الإسلامي؛ قم: مؤسسة - النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة، ۱۴۱۸ق.
۱۲. خمینی، سیدروح‌الله؛ کتاب‌البیع؛ ج ۱، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ق.
۱۳. خمینی، سیدمصطفی؛ خيارات؛ تحقیق مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ج ۱، قم: مؤسسة تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۸ق.
۱۴. خویی، سیدابوالقاسم؛ مصباح الفقاهة؛ ج ۱، قم: مكتبة الداوری، [بی تا].
۱۵. —؛ منهاج‌الصالحین؛ ج ۱۸، قم: نشر مدينة العلم آیت‌الله العظمی سیدخویی، ۱۴۱۰ق.
۱۶. دهخدا، علی‌اکبر؛ لغتنامه دهخدا (زیر نظر محمد معین)؛ تهران: چاپخانه دانشگاه تهران، ۱۳۳۹.
۱۷. رحیمی، حبیب‌الله؛ «پیش‌بینی نقض قرارداد»؛ مجله پژوهش حقوق و سیاست؛ تهران: دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبایی، ش ۱۵ و ۱۶، پاییز و زمستان ۱۳۸۴، ص ۱۱۵-۱۴۴.
۱۸. شهیدی، مهدی؛ مجموعه مقالات حقوقی؛ ج ۱، تهران: نشر حقوقدان، ۱۳۷۵.
۱۹. صدیقی، ایرج؛ «حقوق جدید متحدالشکل بیع بین‌المللی: کنوانسیون سازمان ملل متحد»؛ مجله حقوقی بین‌المللی؛ تهران: مرکز حقوقی امور بین‌المللی ریاست جمهوری، ش ۱۴ و ۱۵، بهار و تابستان ۱۳۷۰، ص ۲۹۱-۳۸۳.
۲۰. صفایی، سیدحسین؛ حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)؛ ج ۱، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۲.
۲۱. طباطبایی یزدی، سیدمحمدکاظم؛ حاشیه‌المکاسب، قم: مؤسسه اسماعیلیان للطباعة والنشر والتوزیع، ۱۳۷۸.
۲۲. —؛ العروة الوثقی مع تعالیق‌الامام‌الخمینی؛ ج ۱، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۸۰.
۲۳. عاملی (شهید اول)، محمدبن‌مکی؛ اللمعة - الدمشقیة؛ ج ۱، قم: منشورات دارالفکر، ۱۴۱۱ق.



۲۴. فاضل مقداد، مقداد بن عبدالله؛ التنقیح الرائع من المختصر النافع؛ قم: انتشارات کتابخانه مرعشیه، ۱۴۰۴ق.
۲۵. کاتوزیان، ناصر؛ قواعد عمومی قراردادها؛ ج ۳، ۴ و ۵، چ ۲، تهران: شرکت انتشار با همکاری شرکت بهمن برنا، ۱۳۷۶.
۲۶. کرکی، علی بن حسین؛ جامع المقاصد فی شرح القواعد؛ الاولی، قم: مؤسسه آل‌البتیت ع لاحیاء التراث، ۱۴۰۸.
۲۷. محقق داماد، مصطفی؛ «تعهدات مالی»؛ نشریه قضاوت؛ تهران: معاونت آموزش دادگستری استان تهران، ش ۴۷، مهر و آبان ۱۳۸۶، ص ۴۶۴-۴۷۰.
۲۸. —؛ نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی؛ چ ۱، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۸.
۲۹. نجفی جواهری، محمدحسن؛ جواهر الکلام؛ تحقیق و تعلیق شیخ علی آخوندی؛ چ ۶، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۹۴ق.
۳۰. نجفی خوانساری، موسی بن محمد؛ منیة الطالب؛ تقریر درس خارج فقه میرزا محمد حسین نائینی؛ چ ۱، قم: مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۸ق.
۳۱. نراقی، احمد؛ مستند الشیعه لاحکام الشریعة؛ چ ۱، قم: مؤسسه آل‌البتیت ع لاحیاء التراث، ۱۴۱۸ق.
۳۲. همت کار، حسین؛ پیش‌بینی نقض قرارداد و آثار آن (رساله دکتری)؛ تهران: واحد علوم و تحقیقات دانشگاه آزاد اسلامی (دانشکده علوم انسانی)، ۱۳۸۲.