

نظریه پیش‌بینی نقض قرارداد و منطق حل معضل ناشی از آن در فقه امامیه

احمد دیلمی*

دانشیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی دانشکده حقوق دانشگاه قم، قم، ایران

پذیرش: ۱۳۹۶/۰۳/۲۰

دریافت: ۱۳۹۴/۰۹/۲۶

چکیده

در قراردادهایی که دارای زمان اجرای معین هستند و قبل از فرا رسیدن زمان انجام تعهد، متعهدله براساس رفتار، گفتار یا وضعیت متعهد پیش‌بینی می‌کند که وی نمی‌تواند یا نمی‌خواهد در زمان فرا رسیدن انجام موضوع تعهد به آن عمل کند، آیا متعهدله حق دارد که تعهدات متقابل بالفعل خویش را معلق یا قرارداد را فسخ کند؟ در پاسخ این پرسش نظریه پیش‌بینی نقض قرارداد در نظام‌های حقوقی خارجی مطرح شده و مبنای متعددی برای توجیه پذیرش آن ارائه گردیده و منتقدان نیز به تناسب هریک، اشکالاتی را پیش کشیده‌اند. از طرح کلاسیک این موضوع در نظام حقوقی ایران دو سه دهه پیش نمی‌گذرد. مخالفان، عدم صدق عنوان نقض قرارداد را دلیل عدم امکان قبول آن و موافقان با پیش فرض ضرورت قبول آن، به برخی امکانات موجود در حقوق بومی متوسل شده‌اند. به زعم نگارنده این استدلال‌ها سلباً و ایجاباً ناتمام می‌کند. از این رو، در این نوشتار راه‌حل نوی که برگرفته از منطق حقوق اسلام است، یعنی قاعده «مقدمات مفوتّه» برای حل منطقی و علمی این معضل به کار گرفته شده است.

واژگان کلیدی: پیش‌بینی نقض قرارداد، تعلیق، فقه، کامن‌لا، مقدمات مفوتّه.

Email: a-deylami@qom.ac.ir

*نویسنده مسؤول مقاله:

۱. مقدمه

در مواردی که انجام تعهد قراردادی مهلت یا وقت معین دارد و قبل از فرا رسیدن آخرین مهلت یا زمان انجام آن، براساس موازین متعارف و معقول و حتی علمی و به موجب گفتار صریح یا ضمنی و یا رفتار متعهد و حتی اوضاع و احوال وی، این اعتقاد برای متعهدله شکل می‌گیرد که قرارداد در زمان مقرر، به اجرا در نخواهد آمد؛ (۱) آیا متعهدله وظیفه دارد که باز هم به تعهدات متقابل خود وفا کرده، منتظر فرا رسیدن زمان انجام تعهد توسط طرف مقابل بماند؛ و تنها پس از آن زمان و عدم انجام تعهد، می‌تواند از ضمانت‌اجراهای نقض قرارداد استفاده کند؟ (۲) یا این‌که قواعد حقوقی به پیروی از یک اصل عقلی و عقلایی «پیشگیری بهتر از درمان است» پیش‌بینی مقرون به اطمینان و با مبانی متعارف و عقلایی نقض در آینده را، نقض فعلی قلمداد کرده، و به جای ارجاع متعهدله به آینده، نقض یا ضمانت‌اجراهایی را در حال حاضر برای آن در نظر می‌گیرد؟ (۳) اگر بتوان راه قابل قبولی برای بالفعل قلمداد کردن «پیش‌بینی معقول نقض قرارداد» یافت، آیا در نظام حقوقی ایران می‌توان به متعهدله از ابتدا حق فسخ داد؟

طرفداران نظریه پیش‌بینی نقض قرارداد در حقوق خارجی در چنین موقعیتی، تحت شرایط خاص به ذینفع حق فسخ قرارداد یا تعلیق اجرای تعهد خویش و یا حق مطالبه خسارت می‌دهند. برخی از پژوهشگران ایرانی به سؤال اول پاسخ منفی داده‌اند (صفائی، ۱۳۸۴، ص ۳۵۱). برخی پاسخ قابل قبول به پرسش دوم را تنها در قلمرو خیار تعذر تسلیم ممکن می‌دانند (رحیمی، ۱۳۸۴، ص ۱۴۱-۱۴۳). بعضی با این استدلال که جعل خیار خاص در این مورد منافاتی با قواعد حقوقی حاکم بر حقوق ایران و فقه ندارد، به نوعی از معضل اصلی مطرح در پرسش نخست غفلت کرده‌اند (امینی، ۱۳۹۰، ص ۴۵-۴۸). بعضی دیگر، با تحلیل اقتصادی و استناد به عرف تجاری و یا

عقلایی پذیرش نظریه مذکور را در حقوق ایران بلامانع دانسته‌اند (اشراقی، ۱۳۹۲، ص ۷۶-۸۰؛ غفاری، ۱۳۸۸، ص ۲۵۳) و بعضی موضوع را دائرمدار طولی یا عرضی دانستن الزام به اجرای عین تعهد و حق فسخ به‌عنوان دو ضمانت‌اجرای تخلف از شرط فعل دانسته و با قبول رابطه عرضی آن‌ها، معضل را حل شده تلقی کرده‌اند (الفت، ۱۳۹۱، ص ۷۵-۷۶). برخی دیگر با استناد به ضرورت ایجاد تنوع در ضمانت‌اجراهای نقض قرارداد به منظور حمایت از متعهدله، پذیرش این نظریه را لازم می‌دانند (همت کار، ۱۳۸۴، ص ۸۷-۸۸) و از جوهر اصلی این معضل غفلت کرده‌اند.

۲. پیشینه نظریه

این نظریه برخاسته از حقوق کامن‌لا است (Campbell, P. 64; Robertson, p. 119-124)؛ صفائی، ۱۳۸۰، ص ۱۴۶-۱۴۹). درمیان نظام‌های دارای حقوق عرفی از جمله نخستین بار توسط دادگاه نیویورک مطرح گردید (The Columbia, 1916, P. 61) و سپس در ماده ۶۱۰-۲ مقررات قانون متحدالشکل تجاری آمریکا به طور صریح پیش‌بینی شد (Audit, 1990, p.158). در قانون متحد الشکل بیع بین‌المللی مصوب ۱۹۶۴ نیز مقرراتی در این باره وجود داشت. در کنفرانس دیپلماتیک تصویب کنوانسیون بیع بین‌المللی مصوب ۱۹۸۰، از جمله اصلاحاتی در ماده (۱) ۶۲ پیش‌نویس ۱۹۷۸ صورت گرفت (Honnold, 1991, p.387) و تغییرات متعددی در عبارات و مفاهیم متون قبلی ایجاد و برخی نوآوری‌ها هم اضافه شد (داراب پور، ۱۳۷۴، ص ۵۳-۵۸، ۶۷-۷۰، و ۷۴-۷۶؛ کاظمی، ۱۳۸۸، ص ۹۵-۱۲۲). در اصول قراردادهای بین‌المللی و اصول حقوق قراردادهای اروپایی و حقوق داخلی برخی کشورها نیز این نظریه با اصلاحاتی پذیرفته شد. معرفی این نظریه عمدتاً براساس مقررات کنوانسیون مذکور صورت می‌گیرد.

۳. ادبیات بحث

۳-۱. پیش‌بینی نقض قرارداد^۱

هرگاه قبل از فرارسیدن زمان انجام تعهد نشانه‌هایی از ناتوانی و یا نقصان فاحش در توانایی، یا اعتبار مالی، عدم آمادگی و یا عدم اراده متعهد نسبت به انجام صحیح تعهدات خود در زمان مقرر بروز کند، می‌توان گفت که عرفاً نقض قرارداد در آینده، از هم اکنون قابل پیش‌بینی است (ماده الف و ب ۱-۷۱ کنوانسیون بیع بین‌المللی) در ماده ۶۱۰-۲ مقررات قانون متحدالشکل تجاری آمریکا نیز آمده است: «حق تعلیق یک طرف قرارداد در مقابل نقض قبل از زمان اجرای آن، در صورتی است که طرف دیگر قرارداد اعلام کند که قصد انجام آن در زمان مقرر را ندارد». (Nolen, 1960, p. 93; Honnold, 1990, P.438)

این پیش‌بینی می‌تواند براساس اظهارات، شیوه رفتار متعهد در فراهم کردن مقدمات اجرای قرارداد، وضعیت و شرایط داخلی متعهد و حتی اوضاع و احوال و شرایط پیرامونی اعم از اقتصادی، سیاسی و اجتماعی که متعهد در آن قرار دارد، صورت گیرد. بنابراین، رد قرارداد یعنی رد اجرای تکلیف یا تعهدی که فرد در مقابل طرف دیگر قرارداد دارد نیز یکی از نشانه‌های پیش‌بینی نقض قرارداد است (Nolen, p. 1303; Black, P.93; Kerr, P. 456) لکن مفهوم این دو واژه دقیقاً مشابه نیست. اولاً مبنای پیش‌بینی نقض قرارداد، دست‌کم در زمان تشکیل قرارداد نباید برای طرف مقابل معلوم باشد. ثانیاً «پیش‌بینی نقض» قبل از فرارسیدن زمان انجام قرارداد واقع می‌گردد، ولی «رد قرارداد» ممکن است قبل یا پس از آن تحقق یابد. بنابراین، برخلاف آنچه تصور شده (همت کار، ۱۳۸۲، ص ۱۵) نسبت بین این دو مفهوم کلی عام و خاص من و جه است، نه عام و خاص مطلق؛ زیرا در رد مبتنی بر پیش‌بینی نقض یکی‌اند؛ و در پیش‌بینی نقض بدون رد، و رد بدون پیش‌بینی نقض، از هم جدا می‌شوند.

۳-۲. نقض اساسی قرارداد^۲

1. anticipatory breach of contract
2. repudiation of contract
3. contravention essential breach / fundamental breach

«نقض قرارداد توسط یکی از طرفین هنگامی اساسی محسوب می‌شود که منجر به ورود چنان خسارتی به طرف دیگر گردد که او را اساساً از آنچه استحقاق انتظار آن را به موجب قرارداد داشته، محروم کند، مگر این‌که نقض‌کننده چنین نتیجه‌ای را پیش‌بینی نمی‌کرده و فرد متعارفی همانند او نیز در اوضاع و احوالی مشابه، نمی‌توانسته آن را پیش‌بینی کند» (ماده ۲۵ کنوانسیون).

نقض اساسی قرارداد دو شرط دارد: اولاً طرف دیگر قرارداد را به کلی از آثار قراردادی مورد انتظار یعنی اثری که به منزله علت و مقتضای ذات قرارداد است، محروم کند و ثانیاً چنین ترتب اثری بر نقض برای شخص طرف مقابل ویا برای یک انسان متعارف در اوضاع و احوال مشابه، در هنگام عقد قابل پیش‌بینی نبوده باشد؛ والا اقدام به تشکیل قرارداد نمی‌کرد.

نسبت به قابلیت پیش‌بینی نقض قرارداد که تا حدودی یک عنصر شخصی و درونی است، انتظارات متقابل طرفین براساس معیارهای عرفی مورد توجه قرار می‌گیرد و این انتظارات در چارچوب شروط صریح و ضمنی قرارداد به رسمیت شناخته می‌شود (Schlechtriem, 1998, p.59-62).

۳-۳. نقض عمده قرارداد^۱

ماده ۷۱ این کنوانسیون برای پیش‌بینی «نقض عمده» حق تعلیق و ماده ۷۲ آن برای پیش‌بینی «نقض اساسی» حق فسخ برای متعهدله در نظر گرفته است.

ضعیف‌تر بودن ضمانت‌اجرای نقض عمده بیانگر این است که نقض عمده مرحله‌ای ضعیف‌تر از نقض اساسی قرارداد است (داراب پور، ۱۳۷۰، ص ۶۶). در نقض اساسی طرف قرارداد از آثار ذاتی و نوعی مورد انتظار محروم می‌گردد. نقض عمده بیش‌تر به کمیت و نقض اساسی بیش‌تر به کیفیت تعهد نقض شده نظر دارد.

1. contravention un partial / substantial part

نقض اساسی ممکن است عمده یا جزئی باشد. اگر نقض هر دو وصف را داشته باشد، متعهدله هر دو حق را خواهد داشت.

۳-۴. طبقه‌بندی انواع نقض

سه نوع نقض در کنوانسیون مورد توجه بوده است: نقض اساسی، نقض عمده و نقض عا دی. نقض یک قرارداد معلول نقض آثار قانونی، عرفی یا قراردادی آن است. در حقوق انگلستان شروط قرارداد در مفهوم عام^۱ به سه نوع مهم^۲، غیرمهم^۳، و بینابین^۴ تقسیم شده‌اند. این تقسیم پاسخی است به مقتضیات تقسیم نقض قرارداد به سه نوع مذکور (اشمیتف، ۱۳۸۷، ص ۱۹۹).

این تقسیم از ماده ۱۱ و ۶۲ قانون بیع انگلستان^۵ استنباط می‌گردد. نه در این قانون و نه در اصلاحیه مصوب ۱۹۹۴ آن^۶ هیچ‌گونه تعریفی از انواع شروط مذکور ارائه نشده است. از نظر عالمان حقوق و رویه قضایی انگلیس شرط مرتبط به اساس و ریشه قرارداد، مهم و اساسی است و نقض آن اساسی محسوب می‌گردد. اساسی بودن شرط با توجه به اراده صریح و نوعی طرفین در هنگام انعقاد قرارداد معلوم می‌گردد. نقض اساسی عبارت است از نقضی که نتایج وخیمی برای قرارداد در پی داشته باشد. این امر در مرحله دادرسی و با توجه به موارد خاص معلوم می‌شود. چه بسا شرطی که نوعاً مهم است، ولی در مورد خاصی مستلزم خسارت جدی نیست و بالعکس (همت کار، ۱۳۸۲، ص ۳۲-۳۳).

تعاریف و ملاک‌های ارائه شده تعاریف لفظی هستند، نه ماهوی و هریک به نوعی به داوری عرفی ارجاع داده شده و یا معرف در تعریف اخذ شده است. بنابراین، کار

1. terms
2. condition
3. warranty
4. . intermediate term
5. Sale of Good Act 1979
6. Sale and Supply of Goods Act 1994

تشخیص و تمیز آن‌ها را باید با توجه به تعریفی که از انواع نقض ارائه گردید به عهده عرف عمومی یا کارشناسان و تشخیص مرجع رسیدگی‌کننده گذاشت.

۴. شرایط و قلمرو اعمال نظریه

۴-۱. شرایط اعمال نظریه

۴-۱-۱. معقول و منطقی بودن احتمال نقض

نگرانی عمده در قبال این نظریه، سوءاستفاده از احتمال نقض قرارداد، توسل جستن به احتمالات غیرمنطقی به منظور خودداری از اجرای تعهدات و بروز بی‌ثباتی و عدم اطمینان در روابط قراردادی است. شرط مذکور به منظور رفع این نگرانی مطرح شده است. تلاش‌هایی که در جهت ارائه معیارهای عینی از ماهیت پیش‌بینی صورت گرفته نیز در این رابطه قابل فهم است (داراب پور، ۱۳۷۴، ص ۵۲-۵۱).

آوردن تعبیراتی در کنوانسیون مانند «به منصفه ظهور رسیدن»^۱ و «واضح بودن»^۲، نیز با همین هدف صورت گرفته است؛ یعنی باید شخص متعارف متقاعد و مطمئن شود که نقض قرارداد رخ خواهد داد (Schlechtriem, 1998, p.86). اگر معقول و منطقی بودن احتمال احراز نگرده، اصل، عدم نقض قرارداد است.

۴-۱-۲. مطلق بودن نقض قرارداد

پیش‌بینی باید در بردارنده یک نقض عمده یا اساسی مطلق و بدون قید و شرط باشد. یعنی برای پیش‌بینی مستندی وجود داشته باشد که متعهد در زمان انجام تعهد به طور مطلق و در هر شرایطی قرارداد را نقض خواهد کرد. هرگاه اعلام، رفتار و یا وضعیت متعهد حاکی از این باشد که او در صورت عدم تحقق برخی از شرایط از سوی متعهدله، تعهد خود را نقض خواهد کرد، این نظریه اعمال نخواهد شد. اگر متعهد با

1. became apparent/ ilapparait

2. It is clear/ etremanifeste

شک و تردید از قصد خود مبنی بر عدم انجام تعهد در آینده خبر دهد نیز یک نقض محتمل مشروط وجود دارد، نه مطلق (همت کار، ۱۳۸۲، ص ۶۵).

۳-۱-۴. عمده یا اساسی بودن نقض

طبق مواد ۷۱-۷۳ کنوانسیون نقض باید عمده یا اساسی باشد. نقض جزئی ممکن است به کلی قابل صرفنظر باشد و یا بتوان به موجب آن مطالبه خسارت کرد، ولی حق تعلیق یا فسخ ایجاد نمی‌کند.

۲-۴. قلمرو اعمال نظریه

۱-۲-۴. عدم جریان نظریه در قراردادهای با تعهد یکجانبه

توسل به تعلیق تعهد خود یا فسخ قرارداد، زمانی معنا پیدا می‌کند که قرارداد متضمن تعهد دو جانبه باشد. تعهد یکجانبه از قلمرو موضوع این نظریه موضوعاً خارج است.

۲-۲-۴. عدم جریان نظریه در تعهدات ناشی از اسناد تجاری

تعهدات و مسؤولیت امضاکنندگان اسناد تجاری مجرد و مستقل از رابطه اصلی مدنی موجود بین طرفین است و بر این تعهدات اصل غیر قابل استناد بودن ایرادات مدنی حکومت می‌کند؛ در حالی که این نظریه بیانگر یک ایراد مدنی قابل استناد در رابطه اصلی و مدنی است.

۳-۲-۴. عدم جریان نظریه در شروط مستقل

گاهی در قرارداد شروطی درج می‌گردد که اگرچه به‌ظاهر شرط مندرج در ضمن قرارداد و وابسته به آن است، ولی در واقع مستقل بوده، با وجود عدم اجرای قرارداد و بروز اختلاف در اجرای آن نیز اجرای شرط موضوعیت و منفعت عقلایی دارد و چه‌بسا فایده آن تنها در این صورت ظاهر می‌شود، مانند شرط داوری. همچنین این نظریه در قراردادهایی که قسمتی از آن اجرا شده و در موردی که فرد ملزم به اجرای

عین تعهد شده و امکان الزام وی به انجام عین تعهد وجود دارد و در مورد عدم امکان اجرای قرارداد، اعمال نمی‌شود (همت کار، ۱۳۸۲، ص ۷۳-۷۸). مورد اول همان عدم اجرای قاعده در تعهدات یکجانبه است و مورد دوم و سوم هم موضوعاً از قلمرو این قاعده خارجند.

۵. آثار اعمال نظریه

۱-۵. وظیفه مقابله با خسارت

متعهدله پس از پیش‌بینی نقض با شرایط مذکور، وظیفه پیدا می‌کند که با خسارات‌های بعدی مقابله کند؛ زیرا هیچ‌کس حق ندارد به اتلاف منابع مالی و اقتصادی جامعه بپردازد و امکانات عمومی را هدر دهد. چه بسا عدم اقدام متعهدله در جلوگیری از افزایش خسارت به مفهوم وجود رابطه سببیت اقوا بین رفتار او و افزایش خسارت بوده و براساس قاعده اقدام خود متعهدله مسئول افزایش خسارت گردد. البته مسئول خسارت ناشی از اصل نقض قرارداد قطعاً متعهد خواهد بود. این امر در اصل ۷ کنوانسیون نیز صراحتاً بیان شده است (داراب پور، ۱۳۷۰، ص ۱۴ و ۲۷).

۲-۵. حق تعلیق اجرای تعهد

این حق صریحاً در ماده ۱-۷۱ کنوانسیون ذکر شده است. بند دوم این ماده حتی اجازه می‌دهد که اگر متعهدله کالا را ارسال کرده و مشتری دارای اسنادی است که به موجب آن حق تصرف کالا را دارد، از تحویل کالا به مشتری (متعهد) خودداری کند (دارب پور، ۱۳۷۴، ص ۶۲ و ۶۳). البته این حق شرایطی دارد؛ از جمله «عمده بودن»^۱ نقض پیش‌بینی شده، ندادن تضمین نسبت به انجام مناسب تعهد در آینده و دادن اخطار تعلیق بعد از اقدام به آن و مهلت متعارف به متعهد (م ۳-۷۱ کنوانسیون). اگر متعهد اعلام کند که به تعهد خود عمل نخواهد کرد، دادن اخطار لازم نیست (م ۳-۷۲ کنوانسیون). به موجب کنوانسیون ذکر علت تعلیق در اخطار لازم نیست، ولی چون

1. substantial / essentielle

می‌تواند برای متعهد مفید باشد، مصداق رعایت اصل حسن نیت است (اشمیتف، ۱۳۸۷، ص ۳۵۵-۳۶۲).

در حقوق انگلیس این حق تنها در قانون بیع^۱ در صورت تخلف مشتری پذیرفته شده و به فروشنده حق تعلیق تعهد خود و حق درخواست تضمین داده شده؛ ولی رویه قضایی انگلیس این قاعده کلی را پذیرفته است (همت کار، ۱۳۸۲، ص ۱۲۳-۱۲۴). در حقوق فرانسه نظریه مذکور پذیرفته نشده است. در هنگام تدوین کنوانسیون نیز نمایندگان فرانسه از مخالفان این نظریه بوده‌اند؛ لکن قاعده‌ای تحت عنوان «ایراد عدم اجرای قرارداد»^۲ وجود دارد که نزدیک به مفاد این قاعده است. قاعده مذکور به متعهدله اجازه می‌دهد که اجرای تعهد خود را موقوف به انجام تعهد طرف مقابل کند. در ماده ۱۶۱۲ قانون مدنی فرانسه آمده است: «در صورتی که خریدار ثمن را پرداخت نکرده باشد، فروشنده ملزم به تحویل مبیع نیست، مگر این که به خریدار جهت تحویل ثمن مهلت داده شده باشد» (Code Civil François, 2002, p. 134). حق تعلیق در ماده ۶۰۹-۲، ۶۱۰-۲، ۷۰۵-۲ قانون متحدالشکل تجاری نیز تحت شرایطی پذیرفته شده است.

۳-۵. حق درخواست تضمین

در ماده ۷۱-۳ به متعهدله حق داده شده که در صورت پیش‌بینی نقض اساسی، خواستار تضمین مناسب برای اجرای قرارداد گردد و در عین حال از اجرای تعهداتش خودداری کند و اگر در مدت زمانی متعارف تضمین فراهم آورده نشود، به قرارداد خاتمه دهد (م ۱-۷۲).

تضمین مناسب می‌تواند اعلام طرف مقابل مبنی بر انجام تعهد، دادن وثیقه و یا تضمین توسط شخص ثالث باشد. در هر حال باید نسبت به اجرای قرارداد یا جبران ضررهای ناشی از عدم اجرای آن اطمینان حاصل شود (Liu, 2010, p. 28). مثلاً اگر

1. UK Sale of Goods Act 1979, sec, 41

2. exception non adimpletocontractus/ exception d'intexécution

علت نقض ممنوعیت صادرات کالا است، مجوز صادرات آن را بگیرد (Fritz, 2009, p. 247) تنها در صورت عدم تضمین، طرف مقابل حق فسخ خواهد داشت (اخلاقی، ۱۳۷۹، ص ۲۶۲-۲۶۵).

در اصول قراردادهای بین‌المللی تفاوتی بین نقض اساسی و عمده وجود ندارد و فقط برای پیش‌بینی نقض اساسی ابتدا حق تعلیق و در صورت عدم ارائه تضمین، حق فسخ مقرر شده است. بنابراین، اگر مفهوم نقض اساسی در هر دو کنوانسیون یکسان باشد، می‌توان گفت که قلمرو اجرای نظریه در اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی محدودتر است.

ماده ۸-۱۰۵ اصول قراردادهای اروپایی مقرر می‌دارد: «طرفی که به طور معقول معتقد است که طرف دیگر به طور اساسی قرارداد را نقض خواهد کرد، می‌تواند در خصوص اجرای بعدی تقاضای تضمین مناسب کند و مادام که چنین اعتقاد معقولی وجود دارد، می‌تواند اجرای تعهد خود را معلق کند».

در حقوق آمریکا در مواد ۲-۶۰۹ و ۲-۶۱۰ قانون متحدالشکل تجاری^۱ این نظریه در سطح گسترده‌ای پذیرفته شده است. ماده ۲-۶۰۹ به متعهدله حق می‌دهد که اگر دلایل معقول برای اعتقاد به عدم اجرای تعهد توسط شخص مقابل دارد، بتواند به طور مکتوب تقاضای دریافت تضمین کافی کند و الا تعهدات خود را معلق سازد.

حقوق آلمان اگرچه به طور رسمی نظریه مذکور را نپذیرفته است، ولی در ماده ۳۲۱ قانون مدنی آلمان آمده: «شخصی که براساس یک قرارداد دو‌تعهده‌ی متعهد به اجرای مقدم می‌شود، می‌تواند اصرار کند که طرف دیگر ابتدا به تعهد خود عمل کند، یا این که تضمینی بدهد که اگر بعد از انعقاد قرارداد تغییری جدی مبنی بر بدتر شدن وضعیت مالی او پدید آید، طرح ادعا در مورد اجرای متقابل را با خطر مواجه نسازد». در این ماده نسبت به قلمرو گسترده این نظریه، دو نوع محدودیت وجود دارد: اولاً حق تعلیق را تنها به کسی که ابتدا باید تعهد خود را انجام دهد، اختصاص می‌دهد.

1. Uniform Commercial Cod

ثانیاً به‌عنوان مبنا و سبب تعلیق تنها از وخیم شدن اوضاع مالی نام برده شده است. مقررات مشابهی در ماده ۳۲۶ قانون مدنی آلمان پیش‌بینی شده است (Honnold, 1991, p.30 امکان درخواست تضمین نیز در ماده ۱۶۱۳ همان قانون آمده است) (Code Civil François, 2002, p. 134)

۴-۵. حق فسخ قرارداد

طبق ماده ۷۲ کنوانسیون بیع در صورت پیش‌بینی «نقض بنیادین و اساسی»^۱ متعهدله حق فسخ قرارداد را دارد. حق فسخ سنگین‌ترین ضمانت‌اجرای نقض قرارداد است. لازم نیست که پیش‌بینی یا معلوم بودن، پس از انعقاد قرارداد باشد، بلکه قبل از آن هم کافی است (پلانتار، ۱۳۷۰، ص ۳۶۰-۳۶۲).

متعهدله موظف است قبل از اقدام به فسخ قرارداد، به متعهد اخطار فسخ بدهد، مگر این که قبلاً متعهد اجرای قرارداد را رد کرده باشد.

در ماده ۳-۳-۷ اصول قراردادهای بین‌المللی^۲ نیز آمده است: «در صورتی که پیش از تاریخ اجرای تعهد از سوی یکی از طرفین آشکار باشد که طرف دیگر به تعهد خود عمل نخواهد کرد، وی می‌تواند به قرارداد خاتمه دهد».

در ماده ۳۰۴-۹ اصول قراردادهای اروپایی^۳ نیز آمده است: هنگامی که قبل از فرا رسیدن زمان اجرای قرارداد برای یک طرف، آشکار باشد که قرارداد توسط طرف دیگر به طور اساسی نقض خواهد شد، طرف دیگر می‌تواند به قرارداد پایان دهد. نیز طبق ماده ۱۰۵-۸ آن هرگاه این تضمین در مهلت معقولی فراهم نگردد، متعهدله می‌تواند به قرارداد پایان دهد؛ به شرط این‌که هنوز به طور معقول معتقد باشد که نقض اساسی قرارداد از سوی طرف دیگر رخ خواهد داد و بدون تأخیر اخطاری مبنی بر پایان دادن به قرارداد به وی بدهد.

1. fundamental breach
2. Principles of International Commercial Contracts (Unidroit)
3. The Principles of European Contract Law 2002

تأکید بر معقول بودن پیش‌بینی و مهلت دادن به متعهد جهت ارائه تضمین و ضرورت استمرار اعتقاد و اطمینان به نقض اساسی قرارداد توسط متعهد پس از دادن اخطار، به‌عنوان شروط فسخ قرارداد، از وجوه تمایز اصول اروپایی است.

۵-۵. حق مطالبه خسارت

حق تعلیق یا فسخ قرارداد، جبران‌کننده خسارت ناشی از نقض قرارداد نیست. متعهدله حق دارد علاوه بر اقدامات مذکور، نسبت به جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد اقدام کند. این حق ناشی از رویه قضایی است و برای نخستین بار در سال ۱۸۵۲ در پرونده‌ای به رسمیت شناخته شده است. براساس قواعد عمومی مسئولیت مدنی نیز نقض قراردادی می‌تواند با وجود شرایط مسئولیت قراردادی، مبنای مطالبه خسارت قرار گیرد (همت کار، ۱۳۸۲، ص ۱۲۹-۱۳۹).

۶. مبانی اعمال نظریه در حقوق خارجی

۱-۶. نقض فعلی

طبق این نظریه که در حقوق آمریکا مطرح و مورد قبول واقع شده، هرگاه متعهد قبل از فرا رسیدن زمان انجام قرارداد اعلام دارد که به تعهد خود عمل نخواهد کرد، و به طور بالفعل قرارداد را نقض کرده باشد، طرف مقابل باید بتواند از همان هنگام جلو آثار ناشی از نقض را با تعلیق یا فسخ بگیرد (Corbin, 1952, p.859) اگرچه اصل این گفته قابل توجه است؛ ولی منطبق با اثبات نقض بالفعل را با توجه به فرا نرسیدن زمان انجام تعهد اصلی نشان نمی‌دهد. در تبیین مبنای پیشنهادی گفته خواهد شد که با چه منطقی پیش‌بینی نقض مبتنی بر قرائن و شواهد اطمینان‌بخش نقض بالفعل خواهد بود.

۲-۶. اقاله

نقض‌کننده قرارداد ایجابی را خطاب به متعهدله مبنی بر پایان دادن به قرارداد انشا می‌کند و تعلیق یا فسخ قرارداد توسط متعهدله به منزله قبول ایجاب است (غفاری،

۱۳۸۸، ص ۲۵۲). این ایجاب با اعلام لفظی یا ابراز رفتاری وی محقق می‌گردد و به حیات قرارداد پایان می‌دهد. از این رو، ذینفع تعهدی جهت اجرا ندارد.

اولاً این نظریه ماهیت وقوع نقض قرارداد را که امری وجدانی و عرفی است، انکار می‌کند، زیرا توافق پایان بخشیدن به قرارداد، نقض به شمار نمی‌آید. ثانیاً لزوم جبران خسارت ناشی از نقض را که از آثار مسلم آن است، نمی‌تواند توجیه کند. ثالثاً اقاله یک عمل حقوقی دو جانبه است، حال آن‌که نقض قرارداد ممکن است به موجب یک واقعه حقوقی مثل ناتوانی متعهد صورت گیرد.

اثبات وجود شرط ضمنی مذکور محتاج دلیل کافی است. به علاوه، بر فرض اثبات این امر، مفاد آن تنها شامل عدم اعلام رد و وقوع نقض بالفعل می‌شود، نه صرف پیش‌بینی نقض.

۳-۶. نقض شرط ضمنی

هر قراردادی متضمن شرط ممنوعیت طرفین از ارتکاب هرگونه گفتار یا رفتار حاکی از رد قرارداد، قبل یا بعد از فرارسیدن زمان انجام تعهد می‌باشد و ضمانت‌اجرای آن حق تعلیق یا فسخ است (کازمی، ۱۳۹۱، ص ۱۱۱).

۴-۶. نقض عرف معاملات تجاری

عرف مسلم تجاری به تاجر حق می‌دهد قبل از این‌که خسارات ناشی از نقض قرارداد توسط متعهد توسعه یابد، با تعلیق یا فسخ قرارداد جلو گسترش آثار آن را بگیرد. این نظر در واقع به همان نظریه شرط ضمنی بر می‌گردد. چون در یک رابطه قراردادی عرف ناچار باید براساس اراده مشترک و قراردادی طرفین تأویل شود.

۵-۶. شرط حق تعلیق، فسخ و مطالبه خسارت

به موجب این نظریه که طرفداران فراوانی نیز دارد، متعهدله حق دارد که در صورت پیش‌بینی نقض اجتناب‌ناپذیر، اولاً انجام تعهدات خود را به حالت تعلیق درآورد یا

قرارداد را فسخ کند و به این وسیله مانع افزایش خسارات شود و ثانیاً درخواست جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد کند؛ لکن اشکال این نظریه علاوه بر ماهیت صادره‌ای آن، در این است که ممکن است این پیش‌بینی واقعاً تحقق پیدا نکند (همت کار، ۱۳۸۲، ۵۴-۵۶). همچنین ماهیت این راه‌حل هم مبتنی بر اثبات وجود شرط ضمنی است، اگر چه محتوای این شرط ضمنی متفاوت است.

۷. امکان‌سنجی اعمال نظریه در حقوق ایران و فقه امامیه

۱-۷. راه‌های طی شده

در حقوق ایران اگرچه رعایت الزام و اجبار متعهد به اجرای تعهد یا اجرای آن توسط ثالث و به هزینه متعهد و سرانجام حق فسخ (ماده ۲۳۸ و ۲۳۹ ق.م.)، تنها پس از فرا رسیدن زمان انجام تعهد ممکن است، لکن جهت پذیرش این نظریه تاکنون راه‌حلهایی به شرح زیر پیشنهاد شده است:

۱-۱-۷. استناد به خیار تقلیس موضوع ماده ۳۸۰ ق.م.

با این استدلال که چون برخی از فقها این خیار را در قرارداد اجاره نسبت به منافع آینده نیز اعمال کرده‌اند، پس این خیار از قواعد عمومی قراردادها است و نوعی حق تعلیق به متعهد می‌دهد (همت کار، ۱۳۸۲، ص ۱۱۵-۱۱۶؛ رحیمی، ۱۳۸۴، ص ۱۴۰). با توجه به این‌که حال بودن دین یکی از شرایط اجرای خیار تقلیس است و صرف افلاس موجب حال شدن دین نمی‌شود، حتی اگر این خیار از قواعد عمومی قراردادها به شمار آید (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۳۹۳-۳۹۵)، باز هم نمی‌توان آن را قاعده‌ای مشابه با نظریه نقض پیش‌بینی شده قلمداد کرد؛ زیرا خیار تقلیس مربوط به نقض بالفعل تعهدی است که زمان انجام آن فرا رسیده است.

۲-۱-۷. حق حبس در معاملات معوض

گفته می‌شود که با توجه به مواد ۳۷۷ و ۱۰۸۵ قانون مدنی و مواد ۵۳۳، ۳۷ و ۳۹۰ قانون تجارت که برای متعهدله حق حبس را در مقابل عدم ایفای تعهد متعهد مقرر می‌دارد، می‌توان استنباط کرد که حق تعلیق یک قاعده عام در عقود معوض است (همت کار، ۱۳۸۲، ص ۱۱۷)؛ لکن اعمال حق حبس در جایی است که زمان انجام تعهد فرا رسیده باشد و عملاً طرف مقابل به تعهد خود عمل نکند و طلب منجز و قابل مطالبه باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۹۵)؛ نه قبل از فرا رسیدن زمان انجام تعهد و صرفاً به دلیل پیش‌بینی عدم انجام آن.

۷-۱-۳. استناد به خیار تعذر تسلیم

«هرگاه ناتوانی در تسلیم مورد معامله بعد از عقد عارض شود، خواه موجب آن در طبیعت موضوع باشد یا در توانایی مالی متعهد، طرف دیگر عقد می‌تواند آن را فسخ کند (کاتوزیان، ۱۳۷۴، ص ۴۴۹). ناتوانی در هنگام عقد مشمول ماده ۳۷۰ ق.م و موجب بطلان عقد است. ناتوانی مالی ناشی از افلاس یا ورشکستگی قابل مقایسه با پیش‌بینی نقض نیست. اگر موضوع تعهد عین معین بوده و منشأ ناتوانی تلف ناشی از عامل خارجی باشد، طبق ماده ۳۸۷ ق.م عقد منفسخ می‌گردد و در غیر این صورت که خیار تعذر تسلیم وجود دارد، مصداق نظریه پیش‌بینی نقض قرارداد است (رحیمی، ۱۳۸۴، ص ۱۴۲). اولاً تعذر تسلیم شامل همه موارد این نظریه نمی‌شود؛ ثانیاً آثار مترتب بر تعذر تسلیم مشروط به فرا رسیدن زمان تسلیم است.

۷-۱-۴. استناد به مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ ق.ت

در این دو ماده قانونگذار در مورد نگرانی دارنده سند تجاری، نسبت به خلف وعده مسؤولان سند، چاره‌اندیشی کرده است. می‌توان این امر را به مورد پیش‌بینی نقض قرارداد تعمیم داد (رحیمی، ۱۳۸۴، ص ۱۴۰).



اما، اولاً این امر در مورد سند تجاری است و با توجه به اصل تجریدی بودن اسناد تجاری، نمی‌توان امضای آن‌ها را یک قرارداد دانست. ثانیاً موضوع قانون تجارت خاص است و قواعد آن را نمی‌توان به قانون با موضوع عام تسری داد. ثالثاً برای این مواد ضمانت‌اجرائی پیش‌بینی نشده است.

۷-۱-۵. استناد به ماده ۵۳۰ ق.ت.

با این بیان که حق دریافت عین مال در صورت عدم پرداخت ثمن اعم است از این‌که معامله حال یا مؤجل باشد، در مورد معامله مؤجل، پیش‌بینی عدم اجرا کافی است (رحیمی، ۱۳۸۴، ص ۱۲۰)؛ لکن در این مورد خصوصیتی وجود دارد، مبنی بر این‌که به صرف اعلام ورشکستگی دیون مؤجل فرد حال می‌گردد (م ۴۲۱ ق.ت) و تعهد بالفعل می‌شود و فرد مذکور از طلبکاران باحق تقدم می‌گردد. پس نمی‌توان آن را به موارد پیش‌بینی نقض تسری داد. استدلال به ماده ۵۳۳ ق.ت. و مانند آن (غفاری، ۱۳۸۸، ص ۲۵۵) نیز با همین ایراد مواجه است (رحیمی، ۱۳۸۴، ص ۱۴۱).

۷-۱-۶. حق دفع ضرر محتمل

یکی از مبانی که به‌ویژه در نظام حقوقی ایران و اسلام می‌توان برای توجیه این قاعده مطرح کرد، استناد به قاعده عقلایی دفع ضرر محتمل به منظور پیشگیری از ضرر محتمل ناشی از پیش‌بینی نقض قرارداد در آینده است. وقتی متعهدله براساس شواهد و دلایل آشکار پیش‌بینی می‌کند که در آینده و در زمان انجام قرارداد، متعهد نمی‌تواند به تعهدات خود عمل کند، متعهد با استناد به این قاعده می‌تواند از بروز ضرر در آینده و یا دست‌کم از افزایش آن جلوگیری کند. اگر این امر به‌عنوان تکلیف قلمداد گردد، تا حدودی همان قاعده ضرورت «مقابله با خسارت» است که در حقوق خارجی مطرح است و در این بحث هم به آن استناد شده است (Moses, 1901, P.721-722)؛ لکن قواعد پیشگیرانه که ماهیت ثانوی دارند از ویژگی امری بودن برخوردارند و تنها با تصریح

1. mitigation

قانونگذار لازم الاجرا می‌شوند و با تفسیر نمی‌توان آن‌ها را ایجاد کرد، زیرا مربوط به نظم عمومی هستند و مدیریت نظم عمومی از امور حاکمیتی بوده، تنها حکومت می‌تواند مرزهای آن را تعیین کند.

۷-۱-۷. استناد به قاعده لاضرر

حکم به پایبندی متعهدله به قرارداد و حکم به لزوم قرارداد در حالی که از هم اکنون آشکار است که طرف مقابل در آینده قرارداد را نقض خواهد کرد، حکمی ضرری خواهد بود که طبق تفسیر متعارف از قاعده لاضرر نفی شده است. می‌توان مدعی شد که در مورد پیش‌بینی نقض قرارداد در آینده، ضرر عرفاً مسلم فرض می‌شود و قاعده لاضرر، ضرر مسلم را نفی می‌کند (نجفی، ۱۴۱۵، ص ۳۸۹)؛ ولی اجرای قاعده لاضرر با توجه به تفسیر مشهور آن، وظیفه قانونگذار است. مجریان و مفسران قانون در طول مقررات قانونی می‌توانند به آن استناد کنند و نمی‌توانند با استناد به آن قاعده جدید وضع کنند؛ زیرا این امر موجب کنار گذاشته شدن موازین قانونی خواهد شد. به علاوه، در این‌جا متعهد هم می‌تواند به این قاعده استناد کند؛ یعنی ادعا کند که تجویز استفاده از ضمانت‌اجراهایی مانند تعلیق، حق فسخ و مطالبه خسارت، قبل از فرارسیدن زمان انجام تعهد، به زیان او خواهد بود.

۷-۱-۸. انتظار اجرای متقابل تعهدات

براساس این نظریه اجرای تعهد هریک از طرفین به طور صریح یا ضمنی مشروط به اجرای تعهدات طرف مقابل است؛ به طوری که عدم انجام تعهد از سوی طرف مقابل این حق را برای متعهدله ایجاد می‌کند که تعهدات خود را تعلیق یا قرارداد را فسخ کند. در عقود معاوضی مقصود طرفین، تبادل عوض و معوض است. عدالت معاوضی اقتضا دارد که عوض و معوض نزد یکی از دو طرف جمع نگردد. ضرورت وجود عوض در این قراردادها با اراده طرفین هم قابل نقض نیست (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۸۴-۸۸). برخی نویسندگان با استناد به تفسیر موسع از اصل همبستگی عوضین حق

تعلیق اجرای قرارداد را پذیرفته‌اند (رحیمی، ۱۳۸۴، ص ۱۲۹)؛ لکن وابستگی اصل تعهدات طرفین به یکدیگر، با متفاوت بودن زمان انجام تعهدات متقابل منافات ندارد و متعهد تنها پس از فرا رسیدن زمان انجام تعهد موظف به انجام آن است و طرف مقابل قبل از فرارسیدن این زمان، حق ندارد تعهد خود را به حالت تعلیق در آورد یا قرارداد را فسخ کند.

۷-۲. راه نرفته (قاعده مقدمات موقوفه)

نظریه پیش‌بینی نقض قرارداد، چنان‌که توصیف شد، دارای سه رکن اساسی است: (۱) متعهد نتواند یا نخواهد که به تعهد خویش در موعد مقرر عمل کند، (۲) پیش‌بینی این وضعیت از سوی متعهد، (۳) فرا رسیدن زمان انجام موضوع تعهد. عنصر اول و سوم ثبوتی و واقعی، و عنصر دوم مربوط به مقام اثبات است و بررسی مفهوم و عناصر آن و نقشی که می‌تواند به‌عنوان یک دلیل اثبات دعوا ایفا کند، اگرچه بخشی از این نظریه را تشکیل می‌دهد، لکن مربوط به مباحث عمومی اثبات و دلیل اثبات است و نیازمند نوشتاری مستقل؛ و چون این امور، به‌ویژه در نظام حقوقی ایران، منشأ پیدایش این معضل نیست، در این‌جا مورد بررسی قرار نمی‌گیرد.

عنصر نخست، یعنی ناتوانی یا عدم اراده انجام تعهد، مسئله شناخته شده و مطرحی است و کم و بیش راه‌حلهایی، چه از حیث روابط قراردادی و چه از منظر الزامات خارج از قرارداد، در نظام حقوقی ایران برای آن وجود دارد. جوهر و منشأ اصلی این معضل که عنوان «پیش‌بینی» هم بر آن دلالت می‌کند، «فرا رسیدن زمان انجام موضوع تعهد» است. علیرغم این‌که تنها در ظرف فرا رسیدن زمان انجام تعهد، متعهد ملزم به انجام آن است، چگونه می‌توان قبل از آن، براساس نقض تعهد از سوی متعهد، حق تعلیق یا فسخ و مانند آن را به متعهد داد؟ (Nolen, 1960, p.124; Howery, 1942, p. 234)

ضرورت جستجوی چنین راه‌حلی از آن‌جا ناشی می‌شود که عدم پذیرش فی‌الجمله چنین حقی برای متعهد دست‌کم در پاره‌ای موارد آشکارا برخلاف وجدان

اخلاقی، انصاف و شهود حقوقی است. الزام فردی که می‌داند طرف مقابل به تعهدات خویش عمل نخواهد کرد، به انجام تعهدات متقابل خود، نوعی تصمیم غیرحکیمانه و دامن زدن به مشکل و تشدید آثار ناشی از نقض تعهد در آینده است؛ لکن این درک و شهود بدیهی اخلاقی و حقوقی هنگامی به‌عنوان یک دلیل حقوقی قابل استناد خواهد بود که در قالب اصول و قواعد روش‌شناسانه و یا اصول و قواعد ماهوی موجه و معقول، صورت‌بندی شده باشد.

به گمان نگارنده در منطق اکتشافات حقوقی اسلام قاعده‌ای وجود دارد که می‌تواند این معضل را به روش علمی، نه صرفاً در قالب ابراز احساسات حقوقی یا مصلحت‌اندیشی‌های کلی حل کند. قاعده مقدمه واجب و به طور مشخص‌تر احکام مترتب بر «مقدمات مفوته» می‌تواند این مشکل را به طور منطقی حل کند.

جهت حل معضل مذکور از طریق این اصل لازم است دو امر ثابت گردد: (۱) توسعه قلمرو متعلق تعهد و الزام به مقدمات مفوته، (۲) بالفعل شدن تعهد و الزام به مقدمات قبل از فرا رسیدن زمان فعلیت تعهد نسبت به ذی‌المقدمه.

طبق اصل سرایت الزام و ضرورت از ذی‌المقدمه الزامی به مقدمات آن، موضوع وجوب و الزام محدود به خود ذی‌المقدمه که موضوع مستقیم تعهد و الزام و حتی استحقاق است، نیست؛ بلکه تا سرحد مقدمات آن نیز تسری پیدا می‌کند (مظفر، بی‌تا، ص ۲۵۹-۲۶۹؛ صدر، بی‌تا، ص ۳۳۶-۳۳۷)؛ لکن اثبات این امر برای حل معضل مذکور کافی نیست، زیرا مسؤلیت متعهد نسبت به تهیه مقدمات موضوع تعهد تنها پس از فعلیت الزام و تعهد به آن شروع می‌گردد و تعهد بالفعل متعهد قبل از آن ثابت نمی‌گردد و نقض تعهد هم سالبه به انتفاع موضوع است و در نتیجه استفاده از ضمانت‌اجرا هم قابل طرح نیست.

طبق قاعده اصولی حاکم بر مقدمات مفوته، متعهد قبل از فرا رسیدن زمان انجام موضوع تعهد اصلی، نسبت به انجام مقدمات مفوته آن به طور تبعی تعهد و الزام بالفعل پیدا می‌کند و عدم اقدام نسبت به آن‌ها در زمان مناسبی قبل از فرا رسیدن

زمان انجام موضوع تعهد اصلی، نقض تعهد به شمار خواهد آمد و لازم است از ضمانت‌اجرا و برخورد قانونی مناسبی برخوردار باشد.

مقدمات مفوته آن‌هایی هستند که عدم انجام آن‌ها در زمان مناسبی قبل از فرار سیدن زمان انجام ذی‌المقدمه (تعهد اصلی) موجب می‌گردد که وفا به الزام و تعهد اصلی در زمان مقرر غیرممکن گردد. نمونه بارز این قبیل مقدمات «طی مسافت» است، در مواردی که انجام تعهد در زمان مقرر نیازمند طی مسافت است. الزام‌آور بودن انجام چنین مقدماتی در زمان مناسب خود از احکام عمومی عقل بشری است و نیازی به تصریح قانونگذار ندارد؛ همچنان‌که عقل عمومی و ضروری حکم می‌کند که اگر متعهد مبادرت به فراهم آوردن چنین مقدماتی نکرد و در نتیجه در هنگام انجام تعهد اصلی قادر به وفا به عهد نبود مسئولیت قراردادی یا غیرقراردادی خواهد داشت (مظفر، بی‌تا، ص ۲۷۷؛ صدر، بی‌تا، ص ۲۳۵؛ خمینی، ۱۴۱۸، ص ۷۷؛ بهجت، ۱۳۸۸، ص ۹۰؛ روحانی، ۱۴۱۸، ص ۳۵۶).

از این رو، در مثال معروف تعهد به تحویل کالای تولیدی در ایتالیا در تاریخ مشخص در امریکا، متعهد قبل از فرا رسیدن تاریخ مذکور به مقدار زمانی که طی این مسافت طول می‌کشد، تعهد بالفعل پیدا می‌کند که اقدام به حمل کالا کند و هرگاه اقدام به انجام این کار در فرصت مناسب نکند، از همان زمان قرارداد را نقض کرده، در مقابل، متعهدله حق برخورد با این نقض را به صورت حق تعلیق یا فسخ یا درخواست جبران خسارت خواهد داشت؛ زیرا یک تعهد بالفعل نقض شده است. انجام تعهد امر دفعی نیست، بلکه فرایندی است که از زمان انجام مقدمات مفوته شروع می‌شود؛ به طوری که با عدم انجام مقدمات مفوته در زمان خود، که علی‌القاعده قبل از زمان اعلام شده انجام تعهد اصلی است، نقض بالفعل قرارداد محقق شده است.

۸. نتیجه

قاعده یا نظریه پیش‌بینی نقض قرارداد دارای فروض و ابعاد مختلفی است؛ لکن در این میان جوهر و فرض اصلی این معضل که آن را از سایر مسائل مشابه و مرتبط، مانند عدم امکان یا استتکاف از اجرای قرارداد و یا مسائل مربوط به اثبات و میزان ارزشمندی و اعتبار ادله اثبات از حیث درجه اعتقادی که از آن‌ها ناشی می‌شود و جایگاه پیش‌بینی در این میان جدا می‌کند، عبارت است از چگونگی اثبات وجود تعهد و الزام بالفعل و در نتیجه امکان اثبات نقض بالفعل در تعهدات و الزاماتی که موضوع آن‌ها دارای وقت معین است. در این نوشتار ضمن توجه به ابعاد مختلف مسئله و عدم خلط آن‌ها با یکدیگر، ساز و کاری که در منطق حقوق اسلامی از سوی اصولیون و فقها تحت عنوان «مقدمات مفوته» مطرح شده و البته ماهیت عقلی و عقلایی دارد، برای حل این معضل پیشنهاد شده است. به گمان نگارنده این اصل به طور منطقی می‌تواند به اما و اگرها در این باره پایان دهد. البته در همان حدودی که ملاک آن وجود دارد و با اصول دیگری مانند اصل لزوم قراردادهای در تعارض نیست.

این راه‌حل تلاشی است برای صورت‌بندی حکم عقل سلیم و سیره خردمندان، مبنی بر این که هرگاه از قبل به دلایل منطقی و غیر قابل انکار نسبت به نقض قرارداد در آینده اطمینان وجود داشته باشد، نباید متعهدگه را وادار کرد که ناظر این امر بوده، با سکوت خود بر خسارات خویش بیفزاید. البته، نباید فراموش کرد که این نظریه به دلیل تعارض با اصل لزوم قراردادهای، نظریه‌ای استثنایی است و باید تفسیر مضیق گردد و تنها به مقدار قدر متیقن به آن استناد شود و در موارد شک و تردید اصل عدم امکان اعمال آن است.

۹. منابع

۱-۹. فارسی

۱. اخلاقی، بهروز، ترجمه اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، تهران، شهر دانش، ۱۳۷۹.
۲. اشراقی آرانی، مجتبی، «تحلیل حقوقی- اقتصادی پیش‌بینی نقض قرارداد»، فصلنامه پژوهش‌های بازرگانی، ش ۶۹، زمستان ۱۳۹۲.
۳. اشمیت‌اف، کلايوام، حقوق تجارت بین‌الملل، ترجمه بهروز اخلاقی، تهران، سمت، ۱۳۸۷.
۴. امینی، منصور و دیگران، «بررسی حق فسخ ناشی از پیش‌بینی نقض قرارداد در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا در حقوق ایران»، مجله مطالعات حقوقی، دوره ۳، ش ۱، بهار و تابستان ۱۳۹۰.
۵. بهجت، محمد تقی، مباحث الاصول، ج ۲، قم، شفق، ۱۳۸۸.
۶. پلانتار، ژان پی یر، «حقوق جدید متحد الشكل بیع بین‌المللی»، مجله حقوقی دفتر خدمات بین‌الملل، ش ۱۴ و ۱۵، ۱۳۷۰.
۷. خمینی، سید مصطفی، تحریرات الاصول، ج ۳، قم، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۸.
۸. داراب‌پور، مهرب، قاعده مقابله با خسارت، تهران، گنج‌دانش، ۱۳۷۰.
۹. داراب‌پور، مهرب، تفسیری بر حقوق بیع بین‌المللی، ج ۳، تهران، گنج‌دانش، ۱۳۷۴.
۱۰. رحیمی، حبیب‌الله، «پیس بینی نقض قرارداد»، پژوهش‌های حقوق عمومی، ش ۱۵-۱۶، ۱۳۸۴.
۱۱. رفیعی، محمد تقی و منصوره حسینی، «بررسی تطبیقی ضمانت‌های اجرایی نقض قابل پیش‌بینی قرارداد در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی و حقوق ایران»، نشریه مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۳، ش ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۱.
۱۲. روحانی، محمد، منتقی الاصول، ج ۵، قم، دفتر آیت الله سید محمد حسینی روحانی، ۱۴۱۸.

۱۳. صدر، سید محمد باقر، *دروس فی الاصول*، ج ۳، بیروت، بی تا.
۱۴. صفایی، سید حسین و دیگران، *حقوق بیع بین‌المللی کالا با مطالعه تطبیقی*، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۴.
۱۵. صفایی، سید حسین، *درآمدی بر حقوق مدنی و حقوق تطبیقی*، چ ۳، تهران، دادگستر، ۱۳۸۰.
۱۶. غفاری فارسانی، بهنام، «اثر نقض قابل پیش‌بینی بر روابط قراردادی»، *فصلنامه حقوق*، *مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران*، دوره ۳۹، ش ۳، تابستان ۱۳۸۸.
۱۷. الفت، نعمت الله، «ارزیابی نظریه پیش‌بینی نقض قرارداد از منظر فقه امامیه و حقوق ایران»، *مجله حقوق اسلامی*، ش ۴۳، تابستان ۱۳۹۱.
۱۸. کاظمی، عباس، «تاریخچه شکل‌گیری قاعده نقض قابل پیش‌بینی در رویه قضایی کامن‌لا و ورود آن به مقررات داخلی»، *دیدگاه‌های حقوق قضائی*، ش ۴۶ و ۴۷، ۱۳۸۸.
۱۹. کاظمی، محمود و مرضیه ربیعی، «نقض احتمالی قرارداد در حقوق ایران با نگاهی به کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و نظام‌های حقوقی خارجی»، *مجله دانش حقوق مدنی*، دانشگاه پیام نور، ش ۱، تابستان ۱۳۹۱.
۲۰. کاتوزیان، ناصر، *اعمال حقوقی*، چ ۳، تهران، سهامی انتشار و بهمن برنا، ۱۳۷۴.
۲۱. کاتوزیان، ناصر، *عقود معین*، ج ۱، چ ۶، تهران، سهامی انتشار و بهمن برنا، ۱۳۷۴.
۲۲. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۴، چ ۲، تهران، سهامی انتشار و بهمن برنا، ۱۳۷۶.
۲۳. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۵، چ ۲، تهران، سهامی انتشار و بهمن برنا، ۱۳۷۶.
۲۴. مظفر، محمد رضا، *اصول الفقه*، ج ۱، بیروت، الاعلمی، بی تا.
۲۵. نجفی، محمدحسن، *جواهر الکلام*، ج ۲۵، چ ۷، بیروت، داراحیاء التراث العربی، ۱۴۱۵.

۲۶. همت‌کار دستجردی، حسین، «نظریه مقابله با نقض احتمالی قرارداد»، مجله دانشکده علوم اداری و اقتصادی دانشگاه اصفهان، دوره ۱۷، ش ۲، ۱۳۸۴.

۲۷. همت‌کار دستجردی، حسین، پیش‌بینی نقض قراردادها و آثار آن، پایان‌نامه دکتری دانشگاه آزاد (واحد علوم و تحقیقات)، ۱۳۸۲.

۲-۹. انگلیسی

28. Audit, Bernard, *La vent internationale de marchandises*, Paris, L.G.D.J, 1990.
29. Black, Henry, *Law Dictionary*, Sixth Edition, New York, West Publishing Co, 1991.
30. Campbell, Collin P, “The Doctrine of Anticipatory Breach”, *General Law Journal*, vol. 60, 1905.
31. *Code Civil François*, 101e edition, Paris, DALloz, 2002.
32. Corbin. Arthur Linton, *Corbin on contract*, west publish company, one volume edition, United States, 1952.
33. Fritz, Ender lien & maskow, Dictrech, International sale law, 2009, Available at: <http://www.cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein.html> (2009/10/22).
34. Honnold, John, *Uniform Law for International Sale under the 1980 United Nation Convention*, the Hogue, Kluwer Publishing, 1991.
35. Howery, William H, “Anticipatory Breach of Long Term Leases”, *University of Kansas City Law Review*, 1942.
36. Kerr, A J, “Anticipatory Breach of Contract: Some Problems Discussed”, *The South African Law Journal*, vol. 16, 1972.
37. Liu, Chengwei, “Suspension or Avoidance due to Anticipatory Breach: perspectives from Articles 71/72 CISG, the UNIDROIT principles, PECL and case law”, *Case annotated update*, May 2005, Available at: <http://www.cisgw3.law.pace.edu/uit> (2010/02/03).
38. Moses, Paul. A, “Anticipatory Breach of Contract”, *the Virginia LawSchool Register*, Vol.6, No.10, Feb 1901.
39. Nolen, William M, “The Doctrine of Anticipatory Breach of Contract”, *Louisiana Law Review*, vol. 20, 1960.

40. Robertson, David W, "The Doctrine of Anticipatory Breach of Contract", *Louisiana Law review*, Vol. 20, No. 1, Dec 1959.
41. Schlechtriem, Peter, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, Translated by G. Thomas, London, Oxford University Press, 1998.
42. The Columbia Law Review, "The Doctrine of Anticipatory Breach in New York", Vol. 16, No. 1, Jan 1916.