

## نقض احتمالی قرارداد در حقوق ایران با نگاهی به کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰) و نظام‌های حقوقی خارجی

محمود کاظمی<sup>۱</sup>، مرضیه ربیعی<sup>۲</sup>

تاریخ ارسال: ۹۱/۴/۲؛ تاریخ پذیرش: ۹۱/۶/۱۳

### چکیده

توسل به ضمانت اجراهای قرارداد، هنگامی مطرح می‌شود که موعد انجام تعهد فرارسیده و متعهد به تعهد خود عمل نکرده باشد. اما ممکن است قبل از زمان انجام تعهد بر اساس اظهارات، اقدامات یا اوضاع و احوال متعهد، متعهدله به طور معقول و متعارف به این نتیجه برسد، که او نخواهد توانست در موعد مقرر به تعهد خود عمل کند، در این فرض، نقض احتمالی قرارداد مطرح می‌شود و سؤال این است که آیا متعهدله می‌تواند به ضمانت اجراهای نقض قرارداد (تعلیق قرارداد یا فسخ آن) متوسل شود یا باید منتظر فرارسیدن موعد قرارداد را باشد.

به رغم اینکه این نظریه در نظام کامن‌لا (آمریکا و انگلستان) به خوبی مراحل تکامل خود را طی نموده و در مقررات بین‌المللی به ویژه کنوانسیون بیع بین‌المللی و برخی از کشورهای خارجی دارای نظام حقوق نوشته (آلمان، ایتالیا و...) پذیرفته شده است، در حقوق ایران، نظریه نقض احتمالی مورد توجه واقع نشده و ماده قانونی خاصی به آن اختصاص نیافته است. در این مقاله سعی شده با مطالعه تطبیقی، موضع حقوق ایران در این خصوص روشن شود.

**کلیدواژه‌ها:** تعهدات قراردادی، نقض قرارداد، نقض احتمالی قرارداد، موعد قرارداد.

## ۱- مقدمه:

کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بیع بین‌المللی کالا، مصوب ۱۹۸۰ که به اختصار آن را کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا یا کنوانسیون ۱۹۸۰ وین (CISG)<sup>۱</sup> می‌گویند، در پاسخ به نیاز عمومی تجارت بین‌المللی، برای ایجاد مقررات یکنواخت قرارداد بیع تدوین شده است. اهمیت این کنوانسیون از تلاش طولانی و مداوم محققان و دانشمندان بنام کشورهای مختلف به خوبی درک می‌شود. یکی از موضوعات مهمی که در کنوانسیون وین در بخش مقررات مشترک<sup>۲</sup> مطرح شده است، نقض احتمالی قرارداد<sup>۳</sup> است.

مطابق این نظریه، هرگاه قبل از موعد اجرای تعهد، متعهد به‌طور صریح اعلام کند یا از کلمات یا رفتار وی استنباط شود که توانایی یا قصد انجام تعهد در سررسید را ندارد، نقض احتمالی قرارداد رخ می‌دهد و بر این اساس بحث اعمال این نظریه و ضمانت اجراهای نقض قرارداد از سوی متعهدله مطرح می‌شود. نظریه نقض احتمالی، که در ابتدا در نظام کامن‌لا مطرح شد و رشد و نمو کرد و امروزه از قواعد مهم حقوق تجارت بین‌الملل به شمار می‌آید (و در بسیاری از نظام‌های حقوقی دنیا پذیرفته شده)، فواید و آثار زیادی دارد. وقتی فروشنده یک کالا که باید در سررسید آنرا تحویل خریدار دهد، قبل از سررسید فعالیت اقتصادی و تولیداتش را متوقف کند و کارخانه خود را نیز به فروش می‌رساند، خریدار باید این حق را داشته باشد با فسخ قرارداد آنچه را که فروشنده قادر به تسلیم آن نیست از اشخاص ثالث خریداری کند و از افزایش خسارات ناشی از نوسان قیمت در بازار جلوگیری کند. همچنین وقتی خریدار اعلام می‌کند که از قبض کالا یا پرداخت ثمن امتناع خواهد کرد، فروشنده حق داشته باشد که ساخت کالای سفارش شده را متوقف کرده یا آن را برای خریدار ارسال نکند، یا برای فروش کالا به اشخاص ثالث اقدام کند. امکان مزبور موجب می‌شود که طرف قرارداد از بلا تکلیفی و بی‌ثباتی و نگرانی از آینده که به سبب احتمال نقض قرارداد از سوی طرف مقابل ایجاد شده است خارج گردد؛ اضافه بر این امکان خریداری کالای جایگزین و انعقاد قرارداد جدید با فروشنده ثالث (در صورتیکه نقض کننده قرارداد فروشنده باشد)، یا فروش مجدد کالا به شخص ثالث (در صورتیکه نقض کننده قرارداد خریدار باشد) امکان‌گردد بیشتر کالا و سرمایه در جامعه و برنامه ریزی در عرصه فعالیت تجاری را فراهم می‌آورد،

موجب رونق معاملات و شکوفایی اقتصادی می‌شود.

در این مقاله، با بررسی مبانی این نظریه در نظام کامن‌لا (به عنوان خاستگاه آن) و کنوانسیون بیع بین‌المللی و نقد و تحلیل انتقادات وارد بر آن سعی کرده‌ایم مبانی حقوقی آن را در حقوق ایران روشن ساخته و به این سؤال پاسخ دهیم که آیا این نظریه در حقوق ایران قابل پذیرش است یا خیر؟

## ۲- مفهوم نقض احتمالی قرارداد

نقض در لغت به معنی شکستن، ویران کردن و شکستن عهد و پیمان آمده است (عمید، ۱۳۶۲، ص ۱۰۴۲). در اصطلاح حقوقی نیز از معنای لغوی خود دور نیفتاده و نقض قرارداد زمانی محقق می‌شود، که یکی از طرفین یا هر دوی آنها به آنچه به موجب قرارداد بر عهده گرفته‌اند پایبند نباشند. در واقع اگر یک طرف قرارداد به تعهد قراردادی خود عمل نکند، یا به طرف مقابل اعلام کند که به تعهدات قراردادی خود پایبند نخواهد بود و یا با عمل یا رفتارشان نشان دهد که در اجرای قراردادش ناتوان است نقض قرارداد و امتناع از انجام آن رخ داده است (www.cisg.law).

از این جهت، نقض قرارداد به دو صورت قابل تصور است: الف) نقض واقعی قرارداد (ب) نقض احتمالی (یا پیشاپیش) آن. موضوع این مقاله شق دوم نقض است که در حقوق ایران موضوعی نسبتاً ناشناخته است و اگرچه افراد جامعه در عمل با آن روبرو هستند اما از دیدگاه حقوقی کمتر به آن توجه شده است.

الف) نقض واقعی قرارداد: نقض واقعی قرارداد مفهومی روشن دارد. عدم اجرای تعهد قراردادی یا انجام با تأخیر و اجرای ناقص یا نادرست قرارداد در زمان مقرر (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۱۳۸ به بعد)، که بر حسب ماهیت و نوع تعهد و کیفیت اجرای آن معین می‌شود، به معنی نقض واقعی قرارداد است.

ب) نقض احتمالی قرارداد: اصطلاح انگلیسی "Anticipatory Breach" از نظر لغوی به نقض احتمالی، "نقض قابل پیش‌بین"، "نقض فرض" و "نقض پیشاپیش" ترجمه شده است. برخی نیز به این دلیل که امکان وقوع این گونه نقض از مرحله شک و تردید و احتمال گذشته است، آن را صرفاً یک نقض فرضی نمی‌دانند و این گونه نقض‌ها را به "نقض منتظره" تعبیر نموده‌اند (داراب پور، ۱۳۷۷، ص ۲۷). در اصطلاح حقوقی، هرگاه قبل از فرا رسیدن زمان ایفای تعهد قراردادی، متعهد اعلام کند که در موعد مقرر به تعهدات قراردادی خود عمل نخواهد کرد، یا نشانه‌های عدم توانایی یا آمادگی، یا عدم تمایل متعهد به اجرای قرارداد

1. Convention On Contracts For The International Sale Of Goods

۲. مبحث هفتم، مواد ۷۱ به بعد

3. Anticipatory Breach

### ۱-۳- نادیده گرفتن اصل لزوم و پابندی به مفاد قراردادها

نظر به اینکه یکی از ضمانت‌اجراهای نظریه نقض احتمالی قرارداد، حق فسخ قرارداد از سوی متعهدله است (CISG, Article 72 ; ULIS, Article 76 ; PECL, Article 9:304; UNIDROIT principles, Article 7-3-3 ; UCC, Sec 2- 610 ; Norwegian sale of good Act 1988, Article 62 ; the Federal republic of Germany civil code, Article 326)، این حق با اصل لزوم قراردادها تعارض دارد، یکی از دلایلی که برای رد این نظریه ارائه شده، تعارض آن با اصل لزوم قراردادها است.

مطابق این نظریه متعهدله حق خواهد داشت، در صورت احراز نقض احتمالی، تحت شرایطی قبل از فرارسیدن موعد انجام تعهد، قرارداد را فسخ کند. درحالی‌که دست کم در نظام‌های حقوق نوشته که فسخ قرارداد به دلیل نقض واقعی امری استثنائی است و با وجود شرایطی ایجاد می‌شود، پذیرش حق فسخ به دلیل نقض احتمالی پذیرفتنی نیست و به اصل لزوم قراردادها خدشه وارد می‌سازد. این ایراد که عمدتاً از سوی حقوقدانان تابع نظام رومی - ژرمنی مطرح شده است مانعی برای تصویب مواد مربوط به نقض احتمالی در کنوانسیون وین ۱۹۸۰ نیز بوده است (Legislative history 1980 vienna diplomatic conference, at: www.cisg.law).

اما باید حد این اصل را تعیین کرد و روح حاکم بر اصل پابندی به مفاد قراردادها را کشف و بر اساس آن این قاعده را تفسیر نمود. به نظر می‌رسد مبنا و اساس این قاعده، پیشگیری از بی‌ثباتی در تعهدات و قراردادهاست که علاوه بر تأیید آن بر مبنای مستندات فقهی، عقل حکم می‌کند که هرگاه اشخاص عقد و پیمان می‌بندند، به آن احترام بگذارند و با دستاویزی نتوانند از زیر بار تعهد خود شانه خالی کنند.

بر این اساس، اصل لزوم قراردادها پایه و مبنای عقلایی دارد، یعنی عقلای جامعه حاکمیت اصل لزوم بر روابط قراردادی خود را پذیرفته‌اند. جلوگیری از بی‌ثباتی در معاملات و جامعه و استواری پیمان‌ها به عنوان یک دلیل عقلی، مبنای اصل لزوم قراردادهاست که حقوق اسلام نیز این اصل را امضاء کرده است و این قاعده یک حکم تأسیسی شرعی نیست (شهیدی، ۱۳۷۹، ص ۲۵۶؛ محمدی، ۱۳۸۲، ص ۲۶۶).

حال اگر قبل از فرارسیدن زمان انجام تعهد، نشانه‌های نقض پیمان از رفتار و عملکرد متعهد یا اوضاع و احوال (به طور متعارف) استنباط گردد و یا متعهد خود اعلام کند که از اجرای قرارداد در موعد مقرر خودداری می‌کند، آیا عقل سلیمی که

آشکار شود، در صورتی که این عدم تمایل یا عدم آمادگی به قدر کافی جدی باشد، نقض قرارداد در سررسید (موعد مقرر) از سوی متعهد قابل پیش‌بینی است (Treitel, 1984, P.285; Chitty, 1999, P.1234). بر این اساس، آنچه به عنوان نقض احتمالی قرارداد مطرح می‌شود، به معنای آن است که قبل از فرارسیدن موعد انجام تعهد، متعهدله پیش‌بینی کند که متعهد به تعهد خود عمل نخواهد کرد. به عبارت دیگر، پس از انعقاد قرارداد و قبل از رسیدن موعد انجام آن، معلوم شود که یکی از طرفین به تعهدات قراردادی خود در آینده عمل نخواهد کرد (Squillanie, 1973, P.374). در این فرض، در صورت پذیرش این نظریه، متعهدله که قبل از متعهد می‌باید به تعهد خود عمل می‌کرده، حق دارد حسب مورد قرارداد را فسخ یا اجرای تعهد خود را معلق کند.

نقض احتمالی قرارداد، به دو صورت صریح<sup>۴</sup> و ضمنی<sup>۵</sup> قابل تصور است، زمانی که متعهد اعلام می‌کند که در موعد اجرای قرارداد، تعهد قراردادی خود را انجام نخواهد داد، نقض صریح است، اما به عنوان مثال، هرگاه فردی تعهد کند که کالای معینی را در آینده بفروشد، ولی قبل از تاریخ معین آن را به دیگری بفروشد، نقض ضمنی صورت گرفته است (Cheshire, Fifoots & Furmston's, 1991, P. 535).

بدینسان می‌توان گفت که نقض قرارداد یک مفهوم عام است و ممکن است قبل، همزمان یا بعد از موعد قرارداد حادث شود. درحالی‌که نقض واقعی قرارداد، ناظر بر عدم انجام تعهد در موعد معین و نقض احتمالی قرارداد ناظر بر احراز عدم انجام تعهد از سوی متعهد قبل از فرارسیدن زمان اجرای آن است.

بر نظریه نقض احتمالی قرارداد، در حقوق قراردادها انتقادهایی وارد شده است. بر این اساس، قبل از بیان مبانی حقوقی این نظریه به نقد و تحلیل دلایل مخالفان این نظریه می‌پردازیم.

### ۳- انتقادات وارد بر نظریه نقض احتمالی قرارداد

به دلیل مخالفت ظاهری این نظریه با برخی از قواعد و اصول حاکم بر قراردادها (مثل اصل لزوم قراردادها و پابندی به مفاد آن و...) عده‌ای، با این نظریه مخالفت کرده‌اند. این گروه برای اثبات ادعای خود دلایلی ارائه کرده‌اند که به شرح ذیل به بررسی آن می‌پردازیم.

4. explicit  
5. implicit

مبنای اصل لزوم و پابندی به مفاد قرارداد است، در این شرایط حکم به پابندی به مفاد قرارداد می‌کند تا وقت گران‌بها بگذرد و زمان نقض واقعی قرارداد برسد؟ یا حکم به علاج واقعه قبل از وقوع می‌دهد، تا متعهد بتواند از ورود ضرر بیشتر به خود جلوگیری کند.

در واقع، تأکید بیش از حد بر اصل لزوم در حالی صورت می‌گیرد که ادله دیگر مانند نفی ضرر بر آن حاکم هستند و نادیده گرفتن این قواعد باعث ضررهای جبران‌ناپذیری به اشخاص بی‌گناه می‌شود. پابندی به مفاد قرارداد و لازم‌الاتباع بودن آن در هر شرایط و اوضاع و احوالی منصفانه نیست.

عقد مؤجلی را در نظر بگیرید که فرد (الف) متعهد به انجام تعهد خود در فروردین سال ۱۳۹۲ و (ب) در مرداد ۱۳۹۲ شده است. به‌طور مسلم شخص الف در شرایطی الزام خود به ایفای تعهد در فروردین را پذیرفته است که شخص ب در مرداد به تعهد خود عمل کند. در واقع، طرفین با در نظر گرفتن آن اوضاع و احوال، قرارداد منعقد کرده‌اند و به‌طور منطقی باید آن شرایط و به تعبیری ثبات آن شرایط و اوضاع و احوال را نیز جزء مفاد قرارداد بدانیم؛ زیرا دو طرف عقد مفاد آن را به لحاظ وجود اوضاعی می‌پذیرند که برای آنان اساسی است و شرط بقای قرارداد و پابندی به آن به شمار می‌آید و به تعبیر یکی از دانشمندان غربی<sup>۶</sup> قراردادها به شرطی پابرجا می‌مانند که دلیل به وجود آورنده آنها باقی باشد (صادقی مقدم، ۱۳۷۹، صص ۳۰ و ۲۵).

زمانی می‌توان طرفین را پایبند به مفاد قرارداد دانست که مفاد آن در زمان انعقاد کماکان باقی و ادامه داشته باشند. در شرایطی که به احتمال بسیار قوی، متعهد در سررسید به تعهد خود عمل نخواهد کرد، اجازه تعلیق تعهد متعهدله حداقل کاری است که می‌توان در راستای جلوگیری از خسارات بیشتر برای او انجام داد. در حقوق فرانسه نیز به رغم سخت‌گیری‌های فراوان در فسخ قرارداد، مفاد این نظریه را (دست کم در مورد تعلیق قرارداد) بر مبنای ماده ۱۶۱۳ ق.م. قابل توجیه و پذیرش دانسته‌اند (Pinna, 2003, P. 31).

البته این احتمال نیز وجود دارد که متعهدی آمادگی انجام تعهداتش را نداشته باشد و برای سرپوش نهادن بر ناتوانی خود و ایجاد تأخیر در اجرای تعهداتش، احتمال نقض قرارداد از سوی طرف مقابل را مطرح سازد. بر این اساس باید در راستای اعمال نظریه، تمام شرایط و جوانب امر در نظر گرفته شود تا نظم

و تعادلی که طرفین به واسطه قرارداد در روابط خود پیش‌بینی نموده‌اند به صورت ناروا و یکطرفه دستخوش تحول و دگرگونی نشود.

## ۲-۳- تقدم اجرای اجباری قرارداد بر فسخ آن

در حالیکه مطابق نظریه نقض احتمالی قرارداد به محض احتمال وقوع نقض قرارداد در آینده و تحت شرایطی<sup>۷</sup> برای متعهدله حق فسخ به وجود می‌آید مطابق نظریه مشهور در حقوق ایران، در فرض نقض واقعی قرارداد از سوی متعهد، متعهدله ابتدا باید الزام او به اجرای تعهد را بخواهد، سپس در صورت عدم امکان اجبار، قرارداد را فسخ کند.<sup>۸</sup> در این حالت به طریق اولی در فرضی که نقض واقعی قرارداد صورت نگرفته و احتمال نقض قرارداد در آینده وجود دارد، پذیرش چنین حقی برای متعهد له دشوارتر است.

لیکن در خصوص ضمانت اجرای نقض شرط در فقه اسلامی، چهار نظریه وجود دارد: ۱- فسخ بدون اجبار (طوسی، ۱۳۷۸، صص ۱۵۱؛ شهید اول، ۱۴۱۴ ق، صص ۲۱۴)؛ ۲- اختیار در فسخ یا اجبار (خویی، ۱۴۱۲ ق، صص ۳۷۴ و ۳۷۳؛ محقق کرکی، ۱۴۱۸ ق، صص ۴۲۲؛ بجنوردی، ۱۴۱۹ ق، صص ۲۶۸؛ علامه حلی، صص ۴۹۲)؛ ۳- فسخ در صورتی که از اجبار متعهد به شرط نتوان نتیجه‌ای حاصل نمود (نراقی، ۱۴۰۸ ق، صص ۴۵)؛ ۴- اجبار بدون حق فسخ (برای اطلاع بیشتر رک: کاتوزیان، ۱۳۸۷، صص ۱۹۲).

ماده ۲۳۷ ق.م. بیان می‌دارد: «... کسی که ملتزم به انجام شرط شده است باید آن را بجا بیاورد و در صورت تخلف طرف معامله می‌تواند به حاکم رجوع نموده تقاضای اجبار به وفای شرط را بنماید»، در تدوین ماده ۴۹۶ ق.م. نیز نویسندگان قانون مدنی به نظری متمایل شده‌اند که به موجب آن مشروط له می‌تواند یا اجبار ملتزم را به وفای شرط بخواهد یا عقد را فسخ کند و در بند (د) ماده ۸ قانون روابط موجر و مستأجر نیز همین حکم تکرار شده است<sup>۹</sup> (کاتوزیان، ۱۳۸۷، صص ۱۹۴).

۷. مطابق ماده ۷۲ کنوانسیون بیع بین‌المللی شرایط تحقق حق فسخ عبارتند از: الف) واضح و روشن شدن عدم انجام تعهد ب) نقض احتمالی دارای ویژگی نقض اساسی باشد ج) ارسال اخطار به متعهد د) عدم اعطای تضمین مناسب از سوی متعهد.

۸. مستنبط از مواد ۲۳۷، ۲۳۸ و ۲۳۹ ق.م. ۹. ماده ۴۹۶ ق.م. مقرر می‌دارد: «...نسبت به تخلف از شرایطی که بین موجر و مستأجر مقرر است، خیار فسخ از تاریخ تخلف ثابت می‌گردد». همچنین در بند (د) ماده ۸ قانون روابط موجر و مستأجر مصوب اردیبهشت ماه ۱۳۶۲ می‌خوانیم: «موجر می‌تواند در صورتی که مستأجر با تعهد به پرداخت اجاره بها در مهلت مقرر از آن شرط تخلف نماید اجاره را فسخ کند».

6. Spinoza

۲۵۲). بر این اساس باید گفت که پذیرش نظریه نقض احتمالی با ماده ۲۳۷ ق.م. ایران منافاتی ندارد.

### ۳-۳- محتمل بودن وقوع نقض

بنیادی‌ترین ایرادی که ممکن است بر نظریه نقض احتمالی گرفته شود، محتمل بودن و عدم قطعیت وقوع نقض است. به این معنا که آیا می‌توان بر مبنای احتمال و حدس و گمان به شخص این اجازه را داد که خود را پایبند به مفاد قرارداد ندانسته آن را فسخ کند؟ بر اساس این نظریه فرد متعهد، پیش از فرا رسیدن زمان اجرای تعهد و تحقق نقض واقعی قرارداد، تنها به صرف احتمال نقض قرارداد در آینده، پیشاپیش بازخواست می‌شود. ضمانت اجراهای ناشی از نقض، علی‌الاصول ناظر بر نقض واقعی قرارداد هستند و اعمال آن علیه کسی که هنوز واقعاً نقض عهد نکرده است، فاقد منطقی حقوقی و غیر منصفانه است. در پاسخ به این ایراد، می‌توان گفت درست است که به صرف احتمال، نقض قرارداد محقق نمی‌شود، اما باید این نکته را در نظر داشت که احتمال درجاتی دارد و زمانی که ظن قوی بر عدم ایفای تعهد وجود دارد، و احتمال وقوع نقض بسیار زیاد است، باید به موضوع با دیدگاهی متفاوت نگریست.

به عنوان مثال، یکی از مواردی که متعهدله حق اعمال ضمانت اجراهای "نظریه نقض احتمالی" را دارد، نحوه رفتار متعهد در انجام مقدمات اجرای قرارداد است (بند ۱ ماده ۷۱ کنوانسیون بیع بین‌المللی و ماده ۶۱ قانون بیع کالای نروژ). فرض کنید در قراردادی پیمانکار متعهد شده است که ساختمان متروکه‌ای را خراب کرده و با مدرن‌ترین روش احداث نماید، به طوری که در تاریخ تیر ۱۳۹۲ کلید ساختمان تحویل مالک گردد و در مقابل مالک تمام مبلغ قرارداد را در سه قسط، بدین صورت که در دو قسط اول نیمی از آن و در قسط آخر که اردیبهشت ۱۳۹۲ است باقیمانده را به پیمانکار تأدیه نماید. حال اگر در اردیبهشت ماه ۹۲ هنوز پیمانکار حتی گودبرداری ساختمان را انجام نداده باشد، آیا عدم گودبرداری (عدم شروع به اجرا) در تاریخی که سه ماه به موعده اتمام اجرای تعهد (تحویل کلید ساختمان) باقی مانده است، "اماره‌ای" بر عدم انجام تعهد در تاریخ معین از سوی متعهد نیست و در این حالت، آیا عقل حکم نمی‌کند که در این اوضاع نایسامان اقتصادی، این حق به متعهدله داده شود که از باب تعلیق اجرای تعهد، حداقل قسط آخر را نپردازد؟

علاوه بر نحوه رفتار متعهد در تهیه مقدمات و لوازم اجرای

بر این اساس، شاید بتوان گفت که لفظ "می‌تواند" در ماده ۲۳۷ ق.م. بدان معناست که کسی که شرط به نفع او شده است، اختیار دارد قرارداد را فسخ، یا تقاضای الزام به اجرای عین قرارداد کند و ملزم داشتن مشروط له به اینکه ابتدا راه اجبار متعهد خطاکار را برگزیند و سپس از حق فسخ برخوردار شود، به زیان مشروط له و غیرمنصفانه است. به هر حال، پذیرش اختیار فسخ قرارداد در فرض نقض تعهد از سوی متعهد، در نظام حقوقی ما طرفداران زیادی داشته است و به اعتقاد نویسندگان حقوقی، این نظریه در فقه اسلامی نیز طرفداران زیادی دارد و اگر ما در حقوق موضوعه معتقد به این نظریه باشیم، بر خلاف شرع عمل نکرده‌ایم.

فقط تصریح کرده‌اند که اندراج شرط در ضمن معاملات و نیز خیار تخلف آن امری عقلایی است و در صورت تخلف از شرط دو حق برای مشروط له ایجاد می‌شود، یکی حق الزام به اجرا و دیگری حق فسخ قرارداد بدون آنکه دومی مترتب بر اولی باشد. لذا در فقه اسلامی نیز این دو حق هم‌دوش یکدیگرند و در حقوق موضوعه ما نیز نمی‌تواند غیر این باشد (صادقی نشاط، ۱۳۸۸، صص ۳۱۲ و ۳۰۷ و ۳۰۶).

بر این اساس، هرگاه در فرض عدم اجرای شرط فعل در زمان مقرر، حق فسخ (بدون الزام به اجرا و مشکلات عدیده‌ای که در پی دارد) را بپذیریم، پذیرش نقض احتمالی در صورت وجود احتمال قوی بر عدم امکان انجام فعل در موعده مقرر سهل‌تر می‌شود. اما در صورت قائل نبودن به استدلال فوق، به نظر می‌رسد با تفسیر موسع از ماده ۲۴۰ ق.م. در مورد شروطی که تحقق آنها بعد از عقد ممتنع می‌شود بتوان اختیار فسخ را برای طرف متضرر قائل شد. در ماده مذکور، قانونگذار در مورد شروطی که تحقق آنها بعد از عقد ممتنع می‌شود، اجبار متعهد را بی‌فایده و در واقع آنرا متعذر دانسته و خیار فسخ را از ابتدا برای متعهدله ثابت می‌داند. می‌توان گفت ملاک اعطای حق فسخ، احراز تعذر انجام شرط است، خواه این تعذر در پایان موعده انجام شرط، ثابت شود یا پیش از موعده نیز، عدم امکان اجرا محرز و قطعی باشد<sup>۱۰</sup> (غفاری فارسانی، ۱۳۸۸، صص ۲۵۳ و

۱۰. ماده ۳۷۰ ق.م. نیز نمی‌تواند مانع پذیرش تفسیر فوق گردد، چراکه ماده مذکور در مقام بیان این امر است که قدرت بر تسلیم مورد تعهد به هنگام حال شدن موعده آن (نه زمان انعقاد عقد) شرط است و اگر انجام تعهد در زمان انعقاد غیرممکن بود ولی در موعده اجرای تعهد ممکن شود، قرارداد صحیح است. اما بحث این است که در زمان انعقاد معلوم است که انجام تعهد در موعده مقرر ممکن است اما بعد از انعقاد عقد به طریقی مشخص می‌شود که انجام تعهد در موعده مقرر غیر ممکن گردیده است. در واقع این ماده درباره شرط قدرت بر تسلیم مورد معامله است که فقدان آن موجب بطلان عقد می‌شود لذا موضوع از دایره شمول ماده فوق خارج

تعهد، مورد دیگری که اعمال این نظریه قابل توجیه است، اعلام متعهد مبنی بر عدم اجرای تعهد در موعد مقرر است (بند ۳ ماده ۷۲ کنوانسیون بیع بین‌المللی). آیا در این فرض نباید به گفته او توجه کرد؟ حتی اگر از اعلام متعهد (یا رفتار او در فرض اول) قطع به نقض تعهد حاصل نشود، بلکه صرفاً ظن قوی بر عدم اجرای تعهد حاصل شود، عرفاً چنین ظنی حجت است. در عالم حقوق و فقه چنین ظنی معتبر و قابل اعتنا است؛ زیرا حصول قطع (به گونه‌ای که احتمال خلاف آن متفی باشد) بسیار نادر است و غالب احکام حقوقی نیز مبتنی بر همین ظن قوی یا معتبر است.

### ۳-۴- تحقق بی عدالتی در صورت دریافت خسارت

از نتایج پذیرش نظریه نقض احتمالی، طرح دعوی مطالبه خسارت از سوی متعهدله پس از فسخ قرارداد و قبل از رسیدن موعد انجام تعهد است (Treitel, 1984, p. 286; Chitty, p. 1235; Gilbey, Cheshire, Fifoots & Furmston's, 1991, p. 535; Smith, 1993, p. 203). ممکن است گفته شود که الزام خواننده به پرداخت خسارت به جهت نقض تعهدی که هنوز موعد اجرای آن نرسیده، نوعی بی عدالتی در حق اوست (Corbin, 1952, P.945). پروفیسور ویلیستون، اعتقاد دارد فسخ قرارداد قبل از موعد اجرا ملازمه‌ای با طرح دعوی خسارت در همان زمان ندارد. از نظر ایشان اشکال حقوقی این امر این است که به متعهدله امتیازی داده می‌شود و به متعهد باری تحمیل می‌گردد که در قرارداد هیچ یک مورد قصد نبوده‌اند (Gilbey, 1989, P.480). زیان دیده می‌تواند قرارداد را فسخ نموده، اما خسارت خویش را پس از زمان موعد اجرا دریافت دارد (Corbin, 1952, P.975).

با وجود این، حقوقدانان از ایراد مطروحه شدیداً انتقاد کرده‌اند و قاعده مطالبه خسارت قبل از نقض واقعی قرارداد را بر اساس نظم اجتماعی تحلیل کرده‌اند (Gilbey, 1989, P.480; Corbin, 1952, P.945). از نظر ایشان، نظم اجتماعی به چند دلیل حق طرح فوری مطالبه خسارت را به متعهدله می‌دهد.

**الف) خسارتی که در شرایط نقض احتمالی مطرح می‌شود** به دلیل عدم اجرای تعهد اصلی قراردادی نیست، بلکه به دلیل استتکاف ناعادلانه و زیان آور متعهد از انجام تعهدات فرعی قراردادی است<sup>۱۱</sup> که در اکثر موارد هیچ توجیه اخلاقی و معنوی

۱۱. بدین توضیح که تعهدات قراردادی فقط محدود به مواردی که به طور آگاهانه در قرارداد پیش بینی می‌شود و طرفین بر آن توافق دارند نیست،

ندارد (Corbin, 1952, P.945).

ب) متعهد باید با پرداخت سریع خسارت، کوتاهی و قصور خود را در اجرای قرارداد جبران کند. زمانیکه او عدم پایبندی خود را به کل قرارداد آشکار یا اعلام می‌دارد، پایبند نگه داشتن متعهدله به تاریخ قرارداد غیر منطقی جلوه می‌کند (Ibid, P.945).  
ج) اعمال قاعده گاهی برای حمایت از متعهدله ضروری است. امکان دارد او برای اجرای تعهدی که در آینده باید انجام شود متحمل هزینه شود و پیش پرداخت داده باشد و در چنین حالتی به طور جدی متحمل خسارت شود؛ زیرا ممکن است نتواند با تأمین پیش پرداخت مجدد مبادرت به انعقاد قرارداد جانشین بنماید. طرح دعوی خسارت قبل از فرا رسیدن سررسید قرارداد می‌تواند این امکان را فراهم آورد (Treitel, 1995, P.773).

د) اعمال قاعده موجب حل و فصل سریع اختلافات می‌شود (Gilbey, 1989, P.480; Corbin, 1952, P.946) و به یکی از مهمترین اهداف دستگاه قضایی جامعه عمل می‌پوشاند. در هر حال، قاعده استحقاق زیان دیده در طرح دعوی فوری مطالبه خسارت به رسمیت شناخته شده<sup>۱۲</sup> و در کنوانسیون بیع بین‌المللی نیز قابل اعمال است (Schlechtriem, 1998, P.541). مگر این که زیان دیده، اجرای عین تعهد را بخواهد که نوعاً با مطالبه خسارت عدم انجام تعهد قبل از موعد اجرا سنخیت ندارد (Corbin, 1952, P.946).

### ۳-۵- عدم قابلیت تعیین میزان خسارت

ایراد دیگری که بر این نظریه (در خصوص مطالبه خسارت) وارد است، این است که اقامه دعوی جبران خسارت ناشی از نقض احتمالی قرارداد، قبل از زمان تعیین شده برای اجرای تعهد، مشکلات اثبات میزان خسارت وارد شده به خواهان را افزایش می‌دهد و باعث می‌شود که در برخی موارد خواهان بسیار کمتر از آن مقداری که مستحق است، غرامت دریافت کند و در مواردی خسارتی که مورد حکم واقع می‌شود، بیش از آن مقداری باشد که خواهان، در صورت نقض واقعی محقق

بلکه تعهداتی نیز وجود دارد که به طور صریح در قرارداد نیامده است و عرفاً و یا قانوناً جزء تعهدات قراردادی است. این نوع تعهدات نیز به منزله تصریح در قرارداد است (م ۲۲۰ ق.م). از جمله تعهدات عرفی، تعهد بر عدم نقض قرارداد پیش از موعد اجرا است. اینگونه تعهدات مسئله‌ای اجتماعی هستند و سیاست قضایی را می‌طلبند و به هیچ وجه یک مسئله منطقی نمی‌باشند. (Arthur Linton Corbin, Corbin on contract, United States, west publishing company, one volume edition, 1952, n. 961, PP. 944. 945).

۱۲. این قاعده در پرونده Hochster v. De la Tour تثبیت گشته است (Corbin, 1952, n. 960, P. 942).

بود. دلیل عمده این بی‌دقتی، این است که به جهت فرا نرسیدن سررسید اجرای قرارداد، خسارات واقعی وارده به درستی قابل محاسبه نیست (Ibid, P.945).

در پاسخ به این ایراد، به نظر می‌رسد با فرض قبول نقض احتمالی، تعیین میزان خسارت مشکل بزرگی نیست.<sup>۱۳</sup> تعیین خساراتی که بالفعل به فرد وارد نشده و به نوعی ناظر به آینده است، در حقوق مدنی مصداق دارد. از جمله، می‌توان به خسارت ناشی از عدم النفع اشاره کرد. صرفنظر از اختلاف نظری که بعد از تصویب تبصره ۲ ماده ۵۱۵ ق. آ. د. م. از یک سو و تصویب بند ۲ ماده ۹ ق. آ. د. ک. از سوی دیگر، در جبران یا عدم جبران خسارت ناشی از عدم النفع وجود دارد، در فرض قابل جبران دانستن این نوع خسارت، هیچ کس در نحوه و چگونگی ارزیابی آن اظهار تردید نکرده است یا تردید احتمالی به دلایل دیگر بوده است. درحالی‌که عدم النفع ناظر به آینده است. همچنین، می‌توان به ماده ۵ ق. م. م. در مورد خسارات ناشی از کارافتادگی یا افزایش مخارج زندگی اشاره کرد. در این حالت اگر فرد زیان دیده نیروی کار خویش را برای همیشه از دست داده باشد، در اینجا ضرر وارده یک زیان آینده است و قاضی در ارزیابی خسارت ناشی از آن با توجه به قسمت دوم ماده مذکور و با در نظر گرفتن اوضاع و احوال قضیه راهی که برای جبران خسارت مناسب‌تر می‌انگارد برمی‌گزیند (درویدان، ۱۳۸۲، ص ۵۳).

تمام موارد بالا از این جهت که منافع، وجود خارجی پیدا ننموده‌اند و قاضی با در نظر گرفتن اوضاع و احوال با توجه به نظر کارشناس میزان خسارت را تعیین می‌نماید، ادعای قابلیت تعیین میزان خسارت محتمل را تأیید می‌نمایند.

#### ۴- مبانی نظریه نقض احتمالی قرارداد

آنچه مسلم است، نهادی که در نظام کامن‌لا تثبیت شده و در

۱۳. در حقوق انگلستان، در چنین شرایطی اگر فسخ از طرف فروشنده، باشد او می‌تواند برای جبران خسارتش نسبت به بازفروش کالا به شخص دیگری اقدام کند و از خریدار اول، تفاوت قیمت بازار در روز تحویل با قیمت فروش مجدد کالا در زمان پس از فسخ را درخواست نماید. بدین منظور ملاک قیمت، زمان تحویل کالا است، نه زمان فسخ یا حتی قبول فسخ. ولی اگر تصمیم به فروش نداشت باز می‌تواند تفاوت قیمت فوق را به عنوان خسارت خویش مطالبه کند. اما اگر متضرر خریدار باشد و اقدام به فسخ نماید، او نیز حق خواهد داشت به منظور جبران خسارت خود تفاوت قیمت زمان تحویل کالا با زمان فسخ را از فروشنده مطالبه کند. در این مورد نیز ملاک، قیمت زمان تحویل است، نه زمان فسخ یا قبول فسخ (دکتر سید حسین صفایی و همکاران، حقوق بیع بین‌المللی، انتشارات دانشگاه تهران، چ اول، تهران، ۱۳۸۴، صص ۳۴۹ و ۳۵۰).

کشورهای مختلف جایگاه خود را پیدا نموده و در قوانین معتبر بین‌المللی تصویب شده است بدون سبب، مبنا و پشتوانه منطقی و حقوقی نبوده است، اما باید دید که آیا این قاعده با مبانی حقوقی ما نیز قابل توجیه و پذیرش است، یا خیر؛ در حقوق ایران و اسلام، نهادهایی وجود دارد که بر مبنای آن می‌توان نظریه نقض احتمالی را توجیه کرد که در ذیل آن را بررسی می‌کنیم.

#### ۴-۱- تخلف از شرط ضمنی قرارداد

یکی از مهمترین مبانی حقوقی که بر اساس آن می‌توان نظریه نقض احتمالی قرارداد و ضمانت اجرای آن را توجیه کرد، این است که نقض زود هنگام قرارداد توسط متعهد، نقض یک تعهد حال و بالفعل و به عبارتی نقض یک شرط ضمنی تلقی شود (Corbin, 1952, P.955; Smith, 1993, P.203). در قرارداد، این شرط ضمنی وجود دارد که طرفین نباید مرتکب عملی گردند که مانع اجرای قرارداد شود. این وظیفه که با توجه به اصل حسن نیت تحمیل می‌شود، مستلزم این امر می‌باشد که طرفین قرارداد هر امری را که به صورت معقول جهت قابلیت اجرای قرارداد لازم است انجام دهند (Winthrop, 1924, P.333). زمانی که متعهد اعلام می‌نماید، یا به طریقی محرز می‌شود که او پایبند به قرارداد نیست و در سررسید به تعهداتش عمل نخواهد کرد، در همان لحظه قرارداد نقض شده و انتظار برای موعد اجرای تعهد، دیگر موضوعیتی نخواهد داشت. بر اساس این دیدگاه، در هر قرارداد این شرط ضمنی وجود دارد که طرفین تعهد نموده‌اند تا به رابطه قراردادی فی‌مابین آسیمی نرسانند و به اصطلاح به آن پایبند باشند. شرط ضمنی مدلول التزامی الفاظ قرارداد است که به حکم عقل، قانون یا عرف لازمه مفاد توافق یا طبیعت قرارداد است و از آنجا که مفاد شرط، مدلول التزامی کلام آنان است و از راههای فرعی فوق احراز می‌شود، توجه و آگاهی از آن ضرورت ندارد و دو طرف اگر بیان مخالفی نکنند، پایبند مدلول کلام خود هستند (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۱۱۹ به بعد). ممکن است، بر این نظریه انتقاد شود که نقض یک شرط ضمنی در واقع نقض واقعی قرارداد است نه نقض احتمالی. در پاسخ به این ایراد، می‌توان گفت که اگر چه در این حالت اعمال نظریه بر پایه نقض واقعی می‌باشد اما اساس و ریشه این نقض واقعی، قبول نقض احتمالی قرارداد در آینده است و طریقی است برای پذیرش آثار نظریه نقض احتمالی و این نه تنها ایرادی ندارد، بلکه پذیرش نظریه را در حقوق ما تسهیل می‌کند.

#### ۴-۲- قاعده لاضرر

وجوب دفع ضرر محتمل (به حکم عقل و قاعده لاضرر)

را می‌توان از دیگر مبانی حقوقی نظریه نقض احتمالی قرارداد دانست. التزام و پایبندی یک طرف به قرارداد که در آینده‌ای نزدیک توسط طرف مقابل نقض خواهد شد مستلزم ضرر برای طرفین یا دست کم متعهدله است.<sup>۱۴</sup> اما سئوالی که در این باب مطرح می‌شود، این است که آیا ادله قاعده لاضرر شامل ضررهای محتمل نیز می‌شود؟ و آیا راهی برای جبران ضررهای آتی نیز وجود دارد؟

در پاسخ باید گفت که ضرر امری عرفی است و از این رو باید در هر موردی به عرف مراجعه کرد (محمدی، ۱۳۸۲، ص ۱۶۷) و هر آنچه عرف، ضرر بداند اعم از اینکه تلف مال یا تفویت منافع آتی و یا کسر اعتبار و یا از دست دادن موقعیت جهت کسب سود باشد، ضرر محسوب می‌شود و قابل جبران است. به همین جهت، در مقررات قبلی عدم النفع و زیان‌های آتی، مسلم و قابل جبران دانسته شده بود، اگرچه در ق. آ. د. م. جدید به دلیل شهرت فقهی که بر خلاف آن است قابل جبران دانسته نشده است.

در نظریه نقض احتمالی نیز، پیش بینی نقض قرارداد در واقع پیش بینی ضرر قریب الوقوع است، این ضرر که عرف نیز آن را مسلم می‌داند، نباید بدون جبران باقی بماند و پیشگیری از آن عقلانی‌ترین شیوه جبران به نظر می‌رسد. به تعبیر پروفیسور ویتروپ «عدم اعطای حق اعمال ضمانت اجراهای نقض احتمالی قرارداد و انتظار جهت نقض واقعی آن همانقدر صلح طلبانه است که بیان داریم، یک کشور حق هیچ گونه اقدامی جهت دفاع از خود را ندارد و باید منتظر بماند تا در عمل مورد حمله واقع شده و به وسیله دشمن اشغال گردد» (Winthrop, 1924, P.333).

### ۳-۴- عرف و عادت

عرف از این لحاظ اهمیت دارد که منبع قابل اعتمادی برای تبیین مفاد قراردادهای و تعهدات طرفین، به ویژه در قراردادهای بازرگانی است. بر این اساس عرف و عادت که طرفین به طور صریح یا ضمنی به آن ارجاع می‌کنند و یا بر آنها تحمیل می‌شود (م. ۳۵۶ ق. م). خلأهای قراردادی را از بین می‌برد و اراده طرفین را تکمیل می‌کند (صفایی و همکاران، ۱۳۸۴، ص ۳۵ به بعد).

نقش فوق‌العاده عرف و عادت در حوزه حقوق قراردادهای انکارناپذیر است (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲، ص ۱۱۵؛ صفایی

و همکاران، ۱۳۸۴، ص ۳۵ به بعد؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۵۰ به بعد). قانونگذار ایران در موارد متعدد، به عرف استناد نموده و لزوم پایبندی به عرف را مقرر داشته است (مواد ۲۲۰، ۲۸۰، ۳۴۴، ۳۵۶، ۳۵۸، ۳۷۵، ۳۸۲، ۴۸۶ ق.م). حق تعلیق، یا فسخ قرارداد در فرضی که متعهدله دلیل مسلمی بر عدم انجام تعهد از سوی متعهد دارد، یا متعهد به‌طور صریح عدم انجام تعهد را اعلام می‌کند، امری متعارف و معقول است که بنای عقلانی نیز آن را تأیید می‌کند و به نظر می‌رسد، در حال حاضر که ایران عضو کنوانسیون وین نمی‌باشد، حداقل بتوان مقررات کنوانسیون را به عنوان عرف مدون پذیرفت و با استناد به مواد ۲۲۰ و ۲۲۵ ق. م. که معرف انعطاف‌پذیری حقوق ایران است از این حق بهره‌مند شد.

### ۴-۴- اقاله

از آنجاییکه مطابق بند ۳ ماده ۷۲ کنوانسیون بیع بین‌المللی، از مواردی که سبب اعمال ضمانت اجرای نقض احتمالی می‌گردد، اعلام متعهد بر عدم ایفای قرارداد در موعد مقرر است<sup>۱۵</sup>، می‌توان گفت که از دیگر مبانی حقوقی نظریه نقض احتمالی، این است که رد قرارداد از سوی متعهد، ایجابی برای اقاله و تفاسخ قرارداد است. به عبارت دیگر، نقض قرارداد علت تامه جهت فسخ نیست بلکه به منزله ایجاب برای پایان دادن به توافق قبلی و در یک جمله مقدمه‌ای برای اقاله است (Corbin, 1952, p942) و طرف مقابل می‌تواند با قبول آن، قرارداد را اقاله نموده و در صورت عدم قبول، قرارداد به اعتبار خود باقی بماند.

از شرایط تحقق اقاله، وجود قصد و رضای طرفین است. در حالیکه در نقض احتمالی قرارداد، طرف خطاکار اگر نگوئیم در تمام موارد، در اکثر موارد، قصد ایجاب اقاله را ندارد و این یکی از انتقاداتی است که می‌توان بر این نظریه وارد نمود. از سوی دیگر، از آثار اعمال فسخ قرارداد حق مطالبه خسارت است، در حالیکه در اقاله، تراضی دو طرف عقد برای انحلال رابطه حقوقی سابق و زوال آثار آن در آینده است (شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۱۲۱) و جایی برای دعوای خسارت در این تراضی باقی نمی‌ماند، مگر اینکه در حین اقاله شرط نمایند که، طرف ایجاب‌کننده مسئول

۱۵. مطابق بند ۳ ماده ۷۲ کنوانسیون بیع بین‌المللی از جمله مواردی که منجر به اعطای حق فسخ قرارداد به متعهدله می‌شود، اعلام متعهد مبنی بر عدم اجرای تعهد است. اگرچه متعهد بعد از آن نظرش را تغییر داده و در موعد مقرر آمادگی خود را برای اجرای قرارداد اعلام نموده باشد

(John O. Honnold, Uniform International Sales under 1980 UN Convention, Hague, Kluwer Law International, 3rd edition, 1999, n. 396, p.438).

۱۴. ضرر به متعهدله از این جهت که به انتظارات قراردادی خود نمی‌رسد و ضرر به متعهد از این باب که پایبند بودن به قرارداد، دامنه خساراتی را که باید در نهایت متحمل شود افزایش می‌دهد.



#### ۴-۶- قاعده مقابله با خسارت<sup>۱۶</sup>

هر شخصی مکلف است، در جهت جلوگیری یا تقلیل خساراتی که ممکن است در نتیجه خطای دیگری، به او وارد شود، در حد متعارف تلاش کند، اقدامات پیشگیرانه را انجام دهد، در صورت نقض این تعهد، او از جبران زیان‌هایی که قابل پیشگیری بوده است، محروم می‌شود.<sup>۱۷</sup> این قاعده که خاستگاه آن مسئولیت قراردادی است، می‌تواند مبنای «نظریه نقض احتمالی» نیز باشد. به این معنا که هرگاه طرف قرارداد اعلام کند که در سررسید به تعهد خود عمل نخواهد کرد (یا از اوضاع و احوال این گونه استنباط شود)، قاعده جلوگیری از خسارت ایجاب می‌کند که طرف مقابل در جهت جلوگیری یا تقلیل خسارات خود اقدام کند، و فسخ قرارداد، و تهیه موضوع قرارداد از محل دیگر، از اقداماتی است که در جهت جلوگیری از خسارت یا تقلیل آن مؤثر است.

#### ۴-۷- همبستگی عوضین

علت غائی برای هر یک از متعاملین عقود معوض در قبول تعهد، تعهد طرف مقابل است. بنای طرفین بر وابستگی عوضین با یکدیگر است، به گونه‌ای که نقض تعهد از ناحیه یکی از طرفین طرف مقابل را از اجرای تعهد معاف می‌کند (امامی، ۱۳۸۷، ص ۲۲۶). بر این اساس، هرگاه به طور متعارف و معقول قابل پیش بینی باشد که طرف مقابل قادر به انجام تعهدات خود نیست، باید طرف دیگر، در فسخ عقد و یا حداقل تعلیق اجرای تعهدات مجاز باشد، و الزام او به اجرای تعهد (بدون انجام تعهد طرف مقابل) بر خلاف قاعده همبستگی عوضین است. در واقع، به نظر می‌رسد که نظریه همبستگی عوضین محدود به عدم انجام تعهد در موعد نمی‌باشد و می‌توان با تفسیر موسع از این نظریه، محدوده آن را به پیش از زمان اجرا نیز گسترش داد.

خساراتی باشد که در اثر اقاله به زیان دیده وارد می‌شود. همچنین ایجاب اقاله صرفاً پیشنهادی است که طرف دیگر الزامی به پذیرش آن ندارد، درحالی‌که، در نظریه نقض احتمالی، در برخی موارد که قرارداد قابلیت اجرا ندارد یا اینکه نفع مشروعی برای یکی از طرفین در ادامه قرارداد متصور نیست، مانند زمانی‌که سفارش تبلیغات برای کالایی داده شده در حالی‌که به دلایلی کار تولید آن کالا برای همیشه متوقف شده است، طرف دیگر مکلف به قبول نقض احتمالی می‌باشد (white & carter councils, 1962).

به نظر می‌رسد، که اقاله نمی‌تواند مبنایی حقوقی برای نظریه نقض احتمالی قرارداد باشد؛ زیرا فسخ قرارداد در اثر پیش بینی نقض، ناشی از اعمال حقی است که با توسل به مقررات نقض احتمالی به دست می‌آید نه از توافق طرفین. اما از این جهت که در مواردی که هنوز تعهد ایفاء نشده و متعهد با ایجاب خود این مفهوم را می‌رساند که در آینده به تعهد خود عمل نمی‌نماید و بر این مبنا متعدهله ایجاب را قبول می‌نماید و اقاله تحقق می‌پذیرد و این موضوع مورد پذیرش حقوق ایران نیز است، می‌تواند زمینه‌ای برای پذیرش نقض احتمالی قرارداد در حقوق ایران باشد.

#### ۴-۵- عدالت و انصاف

در قراردادهای معوض ایفای تعهد یکی از طرفین به‌طور کامل وابسته به انجام تعهد طرف دیگر است و به اصطلاح تعهد هریک علت تعهد دیگری است (امامی، ۱۳۸۷، ص ۲۲۶ و ۲۲۵). الزام یک طرف قرارداد به اجرای تعهدش درحالی‌که واضح و روشن است که طرف مقابل در موعد مقرر نمی‌خواهد، یا نمی‌تواند به تعهد خود عمل نماید بر خلاف قاعده همبستگی عوضین و غیرمنصفانه است.

در واقع عادلانه نیست، در حالی‌که تخلف دیگری از ایفای تعهدش محرز است به ضرر دیگری راضی باشیم و او را ملزم به اجرای قرارداد بدانیم و توجهی به این مهم نداشته باشیم که اطمینان از اجرای تعهد انگیزه‌ای برای انعقاد عقد است و اگر هرکدام از طرفین می‌دانستند که به این اطمینان حتی در لحظه‌ای بعد از انعقاد عقد خدشه وارد می‌شود، عقد را منعقد نمی‌کردند.

از سوی دیگر، اگر متعهدی که بر مبنای حسن نیت عمل کرده، اعلام کند به دلایلی قادر به ایفای تعهد خود در آینده نمی‌باشد، عدالت و انصاف اقتضاء دارد، با پافشاری طرف مقابل به پایبندی بر قرارداد مواجه نگردد و طرف دیگر از حق خود سوء استفاده نکند و به ضرر دیگری عمل ننماید.

16. Duty to mitigation of damage

۱۷. در حقوق ایران نصی که جلوگیری از ورود خسارت را به عنوان یک وظیفه و تکلیف در نظر گرفته باشد وجود ندارد، اما می‌توان براساس برخی قواعد فقهی از جمله قاعده اقدام، قاعده اتلاف (تسبیب) و همچنین از روح برخی مواد قانونی مانند ماده ۱۵ قانون بیمه ۱۳۱۶، ماده ۴ قانون مسئولیت مدنی مصوب ۱۳۳۹، ماده ۲۲۲ قانون مدنی و مواد ۳۳۱ و ۳۲۵ قانون مجازات اسلامی وجود این قاعده را استنباط نمود (برای اطلاع بیشتر ر.ک: دکتر محمود کاظمی، قاعده جلوگیری از خسارت، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۶۸، تابستان ۱۳۸۴، ص ۲۲۰ به بعد).

## ۵- مصادیق مشابه نقض احتمالی قرارداد در حقوق ایران

هر چند حقوق ایران، با واژه‌هایی شبیه نقض احتمالی قرارداد، نقض منتظره و یا نقض فرضی بیگانه است، ولی با استقراء در قوانین نشانه‌ها و رگه‌هایی از این نظریه به چشم می‌خورد که مبنای آن جلوگیری از ضرر محتمل یا دفع ضرر محتمل است.

### ۵-۱- معامله به قصد فرار از دین

به موجب ماده ۱۱۴ ق. آ. د.م هرگاه تعهد مستند، به سند رسمی باشد و در معرض تضییع قرار گرفته باشد، متعهده می‌تواند درخواست تأمین خواسته کند، هر چند موعد اجرای تعهد فرا نرسیده و تعهد مؤجل باشد. همچنین ماده ۲۱۸ مکرر ق. م. مقرر می‌دارد «هرگاه طلبکار به دادگاه دادخواست داده، دلایل اقامه کند که مدیون برای فرار از دین قصد فروش اموال خود را دارد، دادگاه می‌تواند قرار توقیف اموال وی را به میزان بدهی او صادر نماید...». در فرض خاص قانون مدنی لزوم مستند بودن حق به سند رسمی پیش بینی نشده است، همچنین معلوم نیست که آیا حکم ویژه دین حال است یا در دین مؤجل نیز طلبکار حق درخواست تأمین را دارد؟ استاد مسلم حقوق، جناب آقای دکتر ناصر کاتوزیان، در تفسیر این ماده پس از بیان اینکه این ماده ویژه فروش نبوده و هر معامله‌ای که دارایی مدیون را به خطر اندازد و در غایت به انتقال آن بیانجامد، مشمول این قاعده است و مقایسه مواد ۱۱۴ و ۱۰۸ ق. آ. م با ماده اخیرالذکر، چنین نتیجه‌گیری می‌نمایند که تأمین مقرر در ماده ۲۱۸ مکرر ق. م. در موردی هم که طلب مؤجل و مستند آن سند عادی است قابل اعمال به نظر می‌رسد (کاتوزیان، ۱۳۷۴، صص ۱۳۴ و ۱۳۳؛ کاتوزیان، ۱۳۸۲، ص ۲۱۲؛ برای دیدن نظر مخالف ر. ک: شمس، ۱۳۸۶، صص ۴۴۰ و ۴۳۹). بر این اساس، در صورتی که رفتار و اعمال متعهد نشانگر عدم اجرای تعهد او در آینده باشد، به نظر می‌رسد متعهده بتواند با اثبات قصد سوء متعهد خواستار قرار تأمین و توقیف اموال متعهد گردد.

هر چند، در تحلیل این مواد لفظ "نقض احتمالی" به کار برده نشده اما بی تردید، مبنای پذیرش حق درخواست تأمین خواسته نسبت به تعهد مؤجلی که احتمال قوی بر عدم اجرای آن در سررسید وجود دارد، همان مبنای نظریه نقض احتمالی است که ضرورت دفع یا جلوگیری از ضرر محتمل باشد. به نظر می‌رسد تأمین مقرر در ماده فوق، در حکم تضمینی است که متعهده در شرایط نقض احتمالی از متعهد تقاضا می‌نماید تا با اطمینان خاطر به تعهدات قراردادی خود عمل نماید (بند ۳ ماده ۷۱ کنوانسیون).

حال اگر امکان اخذ چنین تضمینی (تأمین خواسته) از بین رفته باشد، مثلاً متعهده هنگامی متوجه قصد سوء متعهد شود که او تمامی اموال خود را به قصد فرار از دین به هر طریقی انتقال داده باشد، آیا این امر عقلایی است که طرف مقابل به تعهد خود عمل نماید و تا موعد اجرای تعهد طرف دیگر منتظر بماند و در آن زمان با اقامه دعوی بطلان معامله به قصد فرار از دین با مشکلات عدیده ناشی از آن روبرو گردد؟ به نظر منطقی نمی‌رسد که طلبکار بتواند قبل از انجام معامله، با اثبات اینکه مدیون برای فرار از دین، قصد فروش اموال خود را دارد مانع بدهکار از فروش اموال خود شود، ولی وقتی که مدیون با همان قصد، معامله را انجام داد و اموال خود را به دیگران انتقال داد، دیگر حقی برای او قائل نبود و با منع حق تعلیق یا فسخ قرارداد باری بر دوش زیان دیده بگذاریم و او را ملزم به اجرای تعهد بدانیم.<sup>۱۸</sup>

### ۵-۲- خیار تفلیس

ماده ۳۸۰ ق. م. ایران مقرر می‌دارد: «در صورتی که مشتری مفلس شود و عین مبیع نزد او موجود باشد، بایع حق استرداد آن را دارد و اگر مبیع هنوز تسلیم نشده باشد، می‌تواند از تسلیم آن امتناع کند». در این ماده که ظاهر آن مطلق بوده و شامل موردی هم که پرداخت ثمن مؤجل است، می‌شود به نظر می‌رسد قانونگذار به دلیل عدم توانایی ورشکسته در پرداخت دیون آینده‌اش، حق فسخ را به طرف متضرر اعطاء نموده است. ممکن است، گفته شود که ورشکستگی موجب حال شدن دیون می‌شود و به پیش‌بینی نقض ارتباطی ندارد. در پاسخ می‌توان گفت، درست است که با صدور حکم ورشکستگی دیون مؤجل به حال تبدیل می‌شود (ماده ۴۲۱ ق. ت) اما از دلایلی که حال شدن دیون تاجر ورشکسته را توجیه می‌کند، این است که چون وضعیت متوقف به گونه‌ای است که احتمال پرداخت دیون مؤجل بسیار کم است، منطقی نیست که دارایی تاجر فقط میان طلبکارانی تقسیم شود که طلبی حال دارند (اسکینی، ۱۳۸۱، ص ۶۳). لذا در کنار حفظ تساوی طلبکاران، پیش‌بینی نقض و احتمال قوی

۱۸. در صورتیکه مدیون، تعلیق اجرای تعهدات طرف مقابل را نقض قرارداد تلقی و دستاویزی جهت ذیحق جلوه دادن خود قرار دهد، تعلیق کننده می‌تواند به عنوان دفاع، به نقض احتمالی متعهد استناد نماید؛ زیرا استناد به نقض احتمالی قرارداد به عنوان دفاع یک قاعده پذیرفته شده در بین حقوقدانان است، به طوریکه طرفی که قرارداد را رد نکرده از اجرای تعهدات قراردادی معاف و از ادعای خسارت طرف زیانکار مصون می‌باشد.

(M.Gilbey Strub, Anticipatory repudiation provisions & developing countries, international & comparative law quarterly, July 1989, vol.38, p. 479).

این صورت به اعتبار صادرکننده و ظهرنویسان برات بی‌اعتماد، و نگران وصول وجه خود در آینده شود و بر این اساس، بتواند از آنها تقاضا کند برای تأدیه وجه برات در سررسید ضامن بدهند، یا وجه برات را به انضمام مخارج اعتراض نامه و مخارج برات رجوعی فوراً تأدیه کنند.

در ماده ۲۳۸ نیز، قانونگذار اعتبار براتگیری را که پرداخت برات‌هایی را قبول کرده، لیکن در سررسید اولین آنها خلف وعده نموده و علیه او اعتراض عدم تأدیه شده، زیر سؤال برده و به دارندگان اسناد تجاری که همان تاجر قبلی نوشته ولی سررسید آنها فرا نرسیده، حق می‌دهد که در مورد پرداخت وجه اسناد خود نگران باشند و از متعهدی که نسبت به اجرای تعهد او تردید وجود دارد و احساس خطر در عدم انجام تعهد او در آینده می‌رود تقاضای تضمین کند.

#### ۴-۵- ماده ۵۳۳ قانون تجارت

مطابق این ماده، اگر تاجری مالی را خریداری کرده باشد و قبل از پرداخت ثمن ورشکسته شود و قادر به پرداخت ثمن نباشد، فروشنده می‌تواند از تسلیم مبیع به او خودداری نماید. مفاد ماده ۵۳۳ ق. ت چهره‌ای از حق حبس مذکور در ماده ۳۷۷ ق. م است که یک قاعده کلی در تمام عقود معاوضی به حساب می‌آید. تنها تفاوت ماده ۵۳۳ ق. ت و ماده ۳۷۷ ق. م در این است که برای تحقق حق حبس ماده ۳۷۷، تعهد هر دو طرف باید حال باشد، در صورتیکه ماده ۵۳۳ مطلق است و به‌ظاهر هر عقد بیعی را در بر می‌گیرد، اعم از آنکه مبیع یا ثمن مؤجل باشد یا خیر. مرحوم دکتر شهیدی منشأ تفاوت بین دو ماده را در ماده ۴۲۱ ق. ت می‌داند و این طور نتیجه‌گیری می‌نمایند که اگر برای تأدیه ثمن به وسیله خریدار ورشکسته محل معین شده باشد وجود اجل مانع از حق امتناع فروشنده از تسلیم مبیع به مدیر تصفیه نخواهد بود؛ چرا که با حدود ورشکستگی دیگر اجلی برای دین ورشکسته بابت ثمن باقی نمی‌ماند (شهیدی، ۱۳۸۵، صص ۲۴۳ و ۲۴۲).

آنچه به موضوع، این مقاله ارتباط پیدا می‌کند این است که اگرچه در اثر ورشکستگی، دین ورشکسته به حال تبدیل می‌شود، اما به نظر می‌رسد که یکی از مبانی این قاعده می‌تواند پیش‌بینی عدم انجام تعهد در آینده به واسطه ورشکستگی و در نتیجه نقصان فاحش در توانایی اجرای قرارداد<sup>۲۲</sup> توسط مدیون با توجه به دلایل معقول باشد.

بر عدم پرداخت دیون مؤجل را می‌توان از دیگر دلایلی دانست که موجب حال شدن دیون ورشکسته و حق فسخ طلبکاران به استناد ماده ۳۸۰ ق. م می‌شود.<sup>۱۹</sup> نظیر این ماده، ماده ۱۶۱۳ ق. م. فرانسه است. در این ماده قانونگذار فرانسوی به صراحت حکم را به موردی که تعهد مشتری در پرداخت ثمن مؤجل است، گسترش داده است و نویسندگان فرانسوی این حکم را شبیه نظریه نقض احتمالی در کامن‌لا دانسته‌اند (Pinna, 2003, P.32).

#### ۳-۵- نقصان در اعتبار مالی متعهد

مطابق نظریه نقض احتمالی، نقصان فاحش در اعتبار مالی متعهد برای ایفای قرارداد از جمله مواردی است که حق تعلیق قرارداد را به متعهد می‌دهد. در این حالت، اگر طرف دیگر تضمین کافی در ایفای تعهداتش بدهد، متعهد مکلف است که به اجرای تعهدات خود ادامه دهد.<sup>۲۰ و ۲۱</sup>

در حقوق ایران، مواد ۲۳۷ و ۲۳۸ ق. ت مصادیق بارزی از توجه قانونگذار ایران به اهمیت نقصان در اعتبار مالی متعهد و امکان عدم انجام تعهد در آینده است.

طبق ماده ۲۳۷ ق. ت، نکول برات توسط براتگیر نشانه‌ای آشکار بر خدشه در اعتبار صادرکننده و ظهرنویسان برات است و به همین دلیل قانونگذار، این حق را به دارنده برات می‌دهد که در

۱۹. اگرچه استفاده از خیار تفلیس در مورد تاجر ورشکسته در پاره‌ای موارد به موجب قانون تجارت محدود شده است، لیکن در مواردی که نص خاصی راجع به آن در قانون تجارت وجود نداشته باشد خیار تفلیس طبق ماده ۳۸۰ ق. م جاری خواهد شد و نمی‌توان گفت که با وضع قانون تجارت خیار تفلیس در مورد ورشکسته مورد پیدا نخواهد کرد (دکتر سید حسین صفایی، قواعد عمومی قراردادها، نشر میزان، چ پنجم، تهران، ۱۳۸۶، ج ۲، صص ۳۰۱ و ۳۰۰؛ دکتر سید حسن امامی، حقوق مدنی، انتشارات اسلامیه، چ بیست و هشتم، تهران، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۵۱۰).

۲۰. ماده ۷۱ کنوانسیون بیع بین‌المللی  
۲۱. البته نقصان در اعتبار یک امر موضوعی است و علاوه بر اوضاع و احوال، نوع تعهداتی که هر یک از طرفین بر عهده گرفته‌اند، در تعیین درجه احتمال مؤثر است. به عنوان مثال سابقه خریدار در خصوص تأخیر در پرداخت ثمن می‌تواند حکایت از نقصان جدی در اعتبار وی داشته باشد و طرف مقابل را مستحق مطالبه تضمین نماید، حال آنکه تأخیر فروشنده می‌تواند چنین اثری را نداشته باشد.

Robert. Koch, The concept of fundamental breach of contract under the united nations convention on contracts for the international sale of goods (CISG), Kluwer Law International, 1999, p.293. Available at: [http://www.cisg. law.pace.edu/cisg/biblio / Koch.html]

برخی موردی را هم که بایع نتوانسته قراردادهای قبلیش را اجرا کند، داخل در نقصان اعتبار او دانسته‌اند و با تفسیر موسع از نقصان در اعتبار، بد شدن وضع مالی ضامن مشتری را هم مشمول این کاهش اعتبار محسوب داشته‌اند.

Fritz. Enderlein & Dietrich. Maskow, International sale law, oceana publications, New York, 1992, p. 287.

۲۲. بند ۱ ماده ۷۱ کنوانسیون بیع بین‌المللی، یکی از موارد تعلیق قرارداد را نقصان فاحش در توانایی اجرای قرارداد می‌داند.

## ۵-۵- حق حبس

پروفسور گیلی، در بحث تعلیق تعهدات قراردادی در اثر نقض احتمالی قرارداد در حقوق فرانسه، نزدیکترین قاعده به مقررات تعلیق قرارداد را "ایراد عدم اجرای قرارداد"<sup>۲۳</sup> دانسته و در ادامه چنین توضیح داده است که قاعده مذکور در مواد ۱۶۱۲ و ۱۶۱۳ قانون مدنی فرانسه پیش بینی شده و هنگامی قابل دستیابی است که به یک طرف قرارداد اجازه داده شود، اجرای تعهد خود را موکول به انجام تعهد طرف مقابل نماید (Gilbey, 1989, P.485).

ماده ۱۶۱۲ ق. م. فرانسه چنین مقرر می‌دارد که: «اگر خریدار ثمن را نپرداخته باشد، فروشنده ملزم نیست که مبیع را تحویل دهد مگر آنکه فروشنده مهلتی داده باشد که طی آن پرداخت صورت پذیرد».<sup>۲۴</sup> این ماده شبیه حق حبس در حقوق ایران است که در مواد ۳۷۷ و ۱۰۸۵ ق. م و مواد ۳۷۱ و ۳۹۰ ق. ت به صراحت نام برده شده است. نکته قابل ذکر در این باب این است که، برای اعمال حق حبس شرایطی از جمله همزمانی اجرای تعهدات لازم است، در حالی که حق تعلیق مورد بحث در نظریه نقض احتمالی در عقود مؤجل قابل اعمال است و از این حیث متفاوت با حق حبس است. اما صرف نظر از این مورد به نظر می‌رسد از حیث مبنایی تفاوت چندانی بین حق حبس و تعلیق وجود نداشته باشد و می‌توان از دلایل و مبنایی پذیرش حق حبس که مطابق نظر اساتید حقوق (کاتوزیان، ۱۳۸۷، صص ۸۳ و ۸۲؛ امامی، ۱۳۸۷، ص ۴۴۶؛ شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۸۲) همبستگی و رابطه عوضین در مطلق عقود معاوضی است، در راستای اثبات حق تعلیق در حقوق ایران نیز استفاده نمود.

در حقیقت، هریک از طرفین قرارداد در قبال الزاماتی که بر عهده گرفته‌اند به همان میزان طرف مقابل را متعهد نموده‌اند و اگر یکی از متعاملین، به جهتی بر خلاف شرایط قرارداد از انجام تعهدات پذیرفته شده خود سرباز زند، یا بر اساس شرایط معقول و احتمال قوی محرز گردد که در آینده به تعهد خود عمل نمی‌کند، الزام طرف دیگر به انجام تعهدات خویش خود به خود منتفی می‌شود.

### 23. exceptio non adimpleti contractus

۲۴. ماده ۱۶۱۳ ق. م. فرانسه نیز در موردی که ثمن مؤجل باشد اما احتمال و خطر عدم پرداخت ثمن در سررسید، از سوی خریدار وجود داشته باشد، مقرر داشته است: «حتی اگر برای پرداخت ثمن به مشتری مهلت داده شده باشد (مؤجل)، در صورتی که بعد از بیع در احوالات مشتری تغییری ایجاد شود (مثلاً ورشکسته شود یا...) به گونه‌ای که احتمال عدم وصول ثمن وجود داشته باشد، بایع می‌تواند از تسلیم مبیع خودداری کند، مگر آنکه مشتری برای پرداخت ثمن ضامن بدهد».

## ۵-۶- خیار تعذر از تسلیم

به طور کلی قدرت بر تسلیم یکی از شرایط صحت قراردادها است. اگر بایع حین العقد قدرت بر تسلیم نداشته باشد، عقد باطل خواهد بود (مواد ۳۴۸ و ۳۷۲ ق. م). همچنین در صورتی که عدم توانایی انجام تعهد پس از انعقاد قرارداد عارض شود متعهدله حق فسخ قرارداد را خواهد داشت (مواد ۲۳۹ و ۲۴۰ ق. م).<sup>۲۵</sup> اعمال حق فسخ به واسطه تعذر تسلیم، از جهاتی با فسخ قرارداد به واسطه پیش بینی نقض، مشابه است و می‌توان نتیجه گرفت که هرگاه پس از عقد معلوم گردد که فروشنده قادر به تسلیم مبیع نیست و به واسطه عدم توانایی انجام تعهد، مرتکب نقض قرارداد خواهد شد، برای خریدار حق فسخ ایجاد می‌شود، هرچند موعد انجام تعهد فرا نرسیده باشد. به علاوه مطابق ماده ۳۸۷ ق. م اگر بعد از انعقاد قرارداد، مورد معامله تلف شود (مشروط به اینکه عین معین باشد) عقد منفسخ می‌شود، حال اگر اتلاف مورد معامله صورت گیرد و انجام تعهد در موعد اجرا امکان پذیر نباشد قاعدتاً انتظار فرا رسیدن موعد اجرا بیهوده است و باید به متعهدله حق داد که قرارداد را فسخ کند.<sup>۲۶</sup>

نکته مهم، در خصوص خیار تعذر تسلیم این است که اگر چه این خیار معمولاً در بیع مطرح می‌شود، ولی به این عقد اختصاص ندارد و باید آن را از قواعد عمومی قراردادها دانست

۲۵. گرچه مواد ۲۳۹ و ۲۴۰ ق. م مربوط به شرط است، لیکن با قیاس اولویت می‌توان حکم آنها را به تعذر اجرای تعهد اصلی هم گسترش داد؛ در حقیقت اگر تعذر اجرای شرط که یک تعهد فرعی است به مشروط له حق فسخ قرارداد اصلی را بدهد، تعذر اجرای تعهد اصلی به طریق اولی باید این حق را برای طرف مقابل ایجاد کند (دکتر سید حسین صفایی، همان منبع، ص ۳۰۲).

۲۶. در اثر حقوقی ناشی از تلف مبیع به وسیله فروشنده اختلاف نظر وجود دارد. استاد محترم، جناب آقای دکتر صفایی، معتقدند هرگاه تعذر اجرای تعهد مطلق و دائمی باشد، موجب سقوط تعهدات متقابل و انفساخ قرارداد است زیرا منطقاً هیچکس نمی‌تواند متعهد به امر غیر ممکن باشد و در این مورد تفاوتی نمی‌کند که تعذر اجرا ناشی از تقصیر و امتناع متعهد باشد مانند اینکه وی مال مورد معامله را تلف کند یا ناشی از حادثه خارجی که قابل انتساب به متعهد نیست (دکتر سید حسین صفایی، همان منبع، ص ۳۰۳). برخی حکم تلف مبیع قبل از قبض را بر خلاف قاعده می‌دانند و معتقدند این حکم شامل اتلاف و تسبیب نمی‌شود و در مورد مزبور بایع طبق ماده ۳۲۸ و ۳۳۱ ق. م ضامن بدل "مثل یا قیمت" مبیع است (دکتر سید حسن امامی، همان منبع، ص ۴۵۱)، اما نظر مشهور این است که خریدار می‌تواند یا به عنوان خیار تعذر از تسلیم بیع را فسخ کند و ثمن را بگیرد یا آن را باقی گذارد و از فروشنده خسارت بخواهد (دکتر ناصر کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، نشر میزان، چ هشتم، تهران، ۱۳۸۲، ص ۳۱۵؛ ابوالحسن علی بن حسین کرکی "محقق کرکی"، جامع المقاصد، مؤسسه آل البیت (ع)، قم، ۱۴۱۸ ق، ج ۴، ص ۱۶۸؛ حسن بن یوسف حلی، قواعد الاحکام، مؤسسه النشر الاسلامی، چ اول، قم، ۱۴۱۹ ق، ج ۲، صص ۸۸ و ۸۷؛ شهید اول، الدرر الشریعیه، انتشارات جامعه مدرسین، چ اول، قم، ۱۴۱۴ ق، ج ۳، ص ۲۷۱).

بر این اساس، می‌توان این نظریه را بر مبنای شرط ضمنی که در حقوق اسلام و ایران یک نهاد پذیرفته شده است، توجیه کرد. استناد به اصل لزوم نیز نمی‌تواند مانع اجرای این نظریه باشد؛ طرفین می‌خواهند بر پیمان خود در شرایط عادی استوار بمانند و نه در هر شرایطی. در واقع، التزام طرفین به مفاد قرارداد و اجرای تعهدات ناشی از آن حد و مرزی دارد؛ گاه این مرز ضمن تراضی و به صورت صریح و ضمن عقد معین می‌شود. گاه نیز طرفین به صراحت سخنی از امکان فسخ نبرده‌اند اما لازمه اجرای مفاد تراضی این است که عقد بر یکی از طرفین تحمیل نگردد.

اکنون که در قوانین موضوعه ایران، به صراحت از نظریه نقض احتمالی قرارداد و ضمانت اجراهای آن سخنی به میان نیامده است و با این فرض که ضمن قرارداد نیز شرطی نسبت به این مهم نشده باشد می‌توان بر مبنای تخلف از شرط ضمنی آنرا توجیه کرد؛ یعنی این شرط ضمنی وجود دارد که متعاقدین حتی قبل از فرارسیدن موعد انجام تعهد، خود را ملزم و وفادار به تعهد و اجرای آن در موعد مقرر می‌دانند و باید مقدمات آن را فراهم کنند و نباید طرفین اقدامی در جهت زیان طرف دیگر انجام دهد. بنابراین، اگر یکی از طرفین قبل از موعد اعلام کرد که در سررسید به تعهد خود عمل نخواهد کرد، یا با عدم انجام مقدمات و لوازم آن، در عمل امکان انجام تعهد در موعد را از خود سلب کرد، نقض شرط ضمنی کرده، و برای طرف مقابل به استناد تخلف از شرط، حق فسخ ایجاد می‌شود. با این تحلیل بر مبنای تخلف از شرط ضمنی، حق فسخ قرارداد اصلی ایجاد می‌شود که ضمانت اجرای نقض احتمالی است و نتایج آن حاصل می‌شود.

در هر حال، به منظور رفع هرگونه اختلاف در این موضوع لازم است با اصلاح قوانین موجود، تصویب قوانین مناسب و البته الحاق به مقررات بین‌المللی به ویژه کنوانسیون وین و حضور در صحنه تجارت جهانی، موجب گسترش اعتبار بین‌المللی ایران و توسعه اقتصادی و تجاری کشور و انطباق هرچه بیشتر مقررات داخلی با مقتضیات تجاری شد.

## فهرست منابع

### اول - منابع فارسی

- ۱- اسکینی، ربیعا، (۱۳۸۱)، «حقوق تجارت (ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته)»، انتشارات سمت، چ پنجم، تهران.
- ۲- امامی، سید حسن، (۱۳۸۷)، «حقوق مدنی»، انتشارات اسلامی، چ بیست و هشتم، تهران، ج ۱.

و در هر قرارداد معوض این خیار می‌تواند تحقق یابد. حتی می‌توان گفت: این خیار ویژه قراردادهای تملیکی که در آنها تسلیم عین معینی مطرح است نمی‌باشد بلکه در قراردادهای عهدی هم می‌تواند مصداق داشته باشد (صفایی، ۱۳۸۶، ص ۳۰۱؛ کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۲۶۳).

## ۶- نتیجه‌گیری

نظریه نقض احتمالی قرارداد، به رغم سابقه چندین ساله در نظام حقوقی کامن‌لا، کنوانسیون وین و سایر مقررات بین‌المللی و برخی کشورهای خارجی (آلمان، ایتالیا، هلند) هنوز در برخی کشورهای حقوق نوشته و به‌خصوص حقوق ایران بیگانه است. در حقوق ایران، در خصوص نقض احتمالی و امکان اعمال ضمانت اجراهای آن نص صریحی وجود ندارد، ضمن اینکه (دست کم حسب یک نظر) فسخ قرارداد به عنوان ضمانت اجرای نقض تعهد قراردادی، راه حل استثنایی و خلاف قاعده به حساب می‌آید.

با این حال، در موادی از قانون مدنی و قانون تجارت ایران نشانه‌هایی از این نهاد به چشم می‌خورد (مواد ۲۳۸، ۲۳۷، ۵۳۰، ۵۳۳ ق. ت و ماده ۳۸۰ ق. م). به نظر می‌رسد مبنای کلیه مواد فوق همبستگی و وابستگی متقابل عوضین باشد. در واقع انگیزه و محرک واقعی هر یک از طرفین در انعقاد قرارداد بدست آوردن تعهد دیگری است و اگر یکی از آن دو توانایی انجام تعهد خود را از دست بدهد و یا آشکار شود که او پایبند به تعهد خود نخواهد بود، طبیعی است که تعهد دیگری نیز باید منحل شود و در این باب تفاوتی نمی‌کند که عدم انجام تعهد از سوی متعهد در زمان ایفاء آن محرز شود، یا قبل از آن. چه بسا اگر قبل از آن باشد و متعدهله خود راضی بر فسخ معامله باشد، احترام به تشخیص و مصلحت زیان دیده در حمایت از خود و همچنین جلوگیری از اتلاف وقت و مال و رعایت اصل سرعت در امور تجاری عاملی برای پذیرش نظریه نقض احتمالی قرارداد است. در حقوق فرانسه (به عنوان نظام حقوق نوشته)، نویسندگان حقوقی از ماده ۱۶۱۳ ق. م. که در مورد حق تعلیق اجرای قرارداد به دلیل خطر و احتمال عدم اجرای تعهد طرف مقابل (در اثر ورشکستگی و...) است، مفاد نظریه احتمالی را دست کم در مورد ضمانت اجرای تعلیق استنباط کرده‌اند.

لازمه ایجاد زمینه‌ای مناسب جهت قبول نظریه نقض احتمالی قرارداد، این است که ما نباید همیشه نفع متعدهله و رعایت مصالح اقتصادی طرفین را در اجرای عین تعهد بدانیم.

- ۲۱- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۲)، «قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی»، نشر میزان، چ هشتم، تهران.
- ۲۲- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۷)، «قواعد عمومی قراردادها»، شرکت سهامی انتشار، چ پنجم، تهران، ج ۳.
- ۲۳- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۷)، «قواعد عمومی قراردادها»، شرکت سهامی انتشار، چ پنجم، تهران، ج ۴.
- ۲۴- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۴)، «نظریه عمومی تعهدات»، مؤسسه نشر یلدا، چ اول، تهران.
- ۲۵- کاظمی، محمود، (۱۳۸۴)، «قاعده جلوگیری از خسارت»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۶۸، تابستان.
- ۲۶- محمدی، ابوالحسن، (۱۳۸۲)، «قواعد فقه»، نشر میزان، چ ششم، تهران.

## دوم- منابع عربی

- ۲۷- بجنوردی، سید محمد حسن، (۱۴۱۹)، «قواعدالفقهية»، نشرالهادی، چ اول، قم، ج ۳.
- ۲۸- حلّی، حسن بن یوسف (علامه حلّی)، (۱۴۱۹)، «قواعد الاحکام»، مؤسسه النشر الاسلامی، چ اول، قم، ج ۲.
- ۲۹- خوبی، سید ابوالقاسم، (۱۴۱۲)، «مصباح الفقه»، انتشارات دارالهادی، چ اول، بیروت، ج ۷.
- ۳۰- شهید اول، (۱۴۱۴)، «الدروس الشرعية»، انتشارات جامعه مدرسین، چ اول، قم، ج ۳.
- ۳۱- کرکی، ابوالحسن علی بن حسین (محقق کرکی)، (۱۴۱۸)، «جامع المقاصد»، مؤسسه آل البیت (ع)، قم، ج ۲.

## سوم- منابع انگلیسی

- 32- Cheshire , Fifoots & Furnmston's , 1991, *Law of contract*, butterworths , twelfth edition , Londen .
- 33- general principles, *sweet & Maxwell*, 1999, Chitty on contract, 28th edition, London , vol I.
- 34- Corbin. Arthur Linton , 1952, *Corbin on contract*, west publishing company, one volume edition, United States.
- 35- Enderlein, Fritz & Maskow.Dietrich,1992, *International sale law*, oceana publications, New York.
- 36- Gilbey Strub, M, , July 1989 *Anticipatory repudiation provisions & developing countries , international & comparative law quarterly* ,vol.38
- 37- Honnold , John O, 1999, *Uniform international sales under 1980 UN convention*, Kluwer Law International, 3rd

- ۳- جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۲)، «صد مقاله در روش تحقیق علم حقوق»، انتشارات گنج دانش، چ ۱، تهران.
- ۴- جمعی از نویسندگان، (۱۳۷۴)، «حقوق بیع بین المللی»، ترجمه دکتر مهربان داراب پور، کتابخانه گنج دانش، چ اول، تهران، ج ۲.
- ۵- داراب پور، دکتر مهربان، (۱۳۷۷)، «قاعده مقابله با خسارات»، انتشارات گنج دانش، چ اول، تهران.
- ۶- درودیان، حسنعلی، (۱۳۸۲)، «حقوق مدنی ۴»، جزوه پلی کپی، انتشارات دانشکده علوم انسانی دانشگاه تهران شمال.
- ۷- رحیمی، حبیب الله، (۱۳۸۴)، «پیش بینی نقض قرارداد، پژوهش حقوق و سیاست»، ش ۱۵ و ۱۶.
- ۸- رفیعی، محمد تقی، (۱۳۷۸)، «مطالعه تطبیقی غرر در معامله»، مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی، چ اول، قم.
- ۹- شمس، عبدالله، (۱۳۸۶)، «آیین دادرسی مدنی»، انتشارات دراک، چ هشتم، تهران، ج ۳.
- ۱۰- شهیدی، مهدی، (۱۳۷۹)، «اصول قراردادها و تعهدات»، عصر حقوق، چ اول، تهران، ج ۲.
- ۱۱- شهیدی، مهدی، (۱۳۸۶)، «تشکیل قراردادها و تعهدات»، انتشارات مجد، چ ششم، تهران، ج ۱.
- ۱۲- شهیدی، مهدی، (۱۳۸۶)، «سقوط تعهدات»، انتشارات مجد، چ هشتم، تهران.
- ۱۳- شهیدی، مهدی، (۱۳۸۵)، «مجموعه مقالات حقوقی»، انتشارات مجد، چ اول، تهران.
- ۱۴- صادقی نشاط، دکتر امیر، (۱۳۸۸)، «حق فسخ قرارداد با وجود امکان الزام به اجرا در حقوق ایران»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۹، شماره ۴، زمستان.
- ۱۵- صادقی مقدم، محمد حسن، (۱۳۷۹)، «تغییر در شرایط قرارداد»، نشر دادگستر، چ اول، تهران.
- ۱۶- صفایی، سید حسین - عادل، مرتضی - کاظمی، محمود و میرزائزاد، اکبر، (۱۳۸۴)، «حقوق بیع بین المللی»، انتشارات دانشگاه تهران، چ اول، تهران.
- ۱۷- صفایی، سید حسین، (۱۳۸۶)، «قواعد عمومی قراردادها»، نشر میزان، چ پنجم، تهران، ج ۲.
- ۱۸- عمید، حسن، (۱۳۶۲)، «فرهنگ فارسی عمید»، انتشارات امیرکبیر، چ پنجم، تهران.
- ۱۹- غفاری فارسانی، بهنام، (۱۳۸۸)، «اثر نقض قابل پیش بینی در روابط قراردادی»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۹، شماره ۲، زمستان.
- ۲۰- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۶)، «عقود معین»، کتابخانه گنج دانش، چ اول، تهران، ج ۱.

43- Squillante, Alphonse M, 1973, *Anticipatory repudiation and retraction*.

44- Treitel ,G. H , 1984, *An outline of the law of contract*, butterworths, third edition, London.

45- Treitel ,G. H , *The law of contract, sweet & maxwell*, 9th edition, London, 1995.

46- Winthrop Ballantine, Henry, Feb 1924, *Anticipatory breach and the enforcement of contractual duties*, Michigan law review, vol.22.

47- White and Carter (Councils) Ltd v McGregor [1962] 2 AC 413, House of Lords. Available at: [<http://netk.net.au/Contract/White.asp>]

48- Without name , *Breach of contract*. Available at: [[http://www.cisg.law.pase.edu/cisg/anticipatory\\_breach/](http://www.cisg.law.pase.edu/cisg/anticipatory_breach/) breach of contract - [wikipedia.org/wiki/anticipatory\\_repudiation.html](http://wikipedia.org/wiki/anticipatory_repudiation.html)]

edition, Hague.

38- Koch, Robert , 1999, *The concept of fundamental breach of contract under the united nations convention on contracts for the international sale of goods (CISG)*, Kluwer Law International, Available at:

[<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/Koch.html>]

39- *Legislative history 1980 vienna diplomatic conference* , summary records of meeting of the first committee 35th meeting , Friday, 4 April 1980, at 10 a.m. Available at: [[http://www.cisg.law.pase.edu/cisg/first\\_committee/meeting.html](http://www.cisg.law.pase.edu/cisg/first_committee/meeting.html)]

40- Pinna, 2003 Andrea, *L'exception pour risqué d'inexécution*, ridciv.

41- Schlechtriem. Peter, 1998, *Commentary on the UN convention on international sale of goods* , translated by geoffrey Thomas, clarendon press, second edition, Oxford.

42- Smith, J. C, 1993, *The law of contract, sweet & Maxwell*, second edition, London.

Archive of SID