

Journal of Fiqh and Usul

Vol. 51, No. 3, Issue 118

Autumn 2019

DOI: <https://doi.org/10.22067/jfu.v51i3.69262>



انفجور

سال پنجاه و یکم، شماره ۳، شماره پیاپی ۱۱۸، دانشگاه تهران

پاییز ۱۳۹۸، ص ۱۳۵-۱۱۵

بازپژوهی فقهی _ اصولی اثبات نقض بالفعل در نظریه نقض فرضی قرارداد*

محمدحسین فلاح یخدانی^۱

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران

Email: pnu.fallah@gmail.com

دکتر ابراهیم تقی زاده

استاد، گروه حقوق، دانشگاه پیام نور، تهران، ایران

Email: taghizadeh@gmail.com

دکتر مجید سربازیان

استادیار، گروه حقوق، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران

Email: sarbazian20@gmail.com

حسین حیدری منور

عضو هیئت علمی دانشگاه پیام نور

Email: heydaritechlaw@yahoo.com

آزاده نجفی

دانشجوی دکتری فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه آزاد اسلامی بیرجند

Email: azadehnajafi1980@gmail.com

چکیده

در حقوق قراردادهای بین المللی، ضمانت اجرای حق تعلیق قرارداد به دلیل نقض فرضی، با مبانی متعدّد، مورد قبول واقع شده است. به موجب این حق، متعهدّله که قبل از موعد اجرای تعهد به طور معقول و متعارف به این نتیجه رسیده که متعهد در موعد مقرّر به هر دلیل به تعهد قراردادی خویش عمل نخواهد کرد، با توجه به معیار جهات نوعی و نیز مدّ نظر قراردادن تمام اوضاع و احوال حاکم بر قضیه، اختیار تعلیق اجرای تعهد خود را دارد. در این پژوهش با رویکرد تطبیقی در کنوانسیون وین، امکان سنجی فقهی _ اصولی آن در حقوق اسلام مورد بررسی قرار می‌گیرد و ضمن ارائه مبانی پیشنهادی، با تمسک به قاعده مقدّمه وجودیه و قواعد و مسائل برخاسته از آن، همچون؛ مقدّمات عقلیه، تبعیه، و مفوّته، هم می‌توان اصل موضوع مورد بحث را (اعمال حق تعلیق در نقض فرضی) و هم نقض بالفعل مورد مناقشه را اثبات کرد، تا پایگاه این ضمانت اجرا در قانون مدنی ایران تثبیت و تقویت شود.

کلیدواژه‌ها: حق تعلیق، نقض فرضی، تعهدات قراردادی، موعد قرارداد، مقدّمه وجودیه عقلیه، مقدّمه تبعیه

*. تاریخ وصول: ۱۳۹۶/۰۹/۱۷، تاریخ تصویب نهایی: ۱۳۹۶/۱۲/۱۴.

۱. نویسنده مسئول

A Jurisprudential and Usuli Restudy of Proving Actual Breach in the Anticipatory Breach of Contract Doctrine

Mohammad Hossein Fallah Yakhdani, Ph.D., Student of Private Law, Payame Nour University, Tehran

Ibrahim Taghi Zadeh, Ph.D., Professor, Payame Nour University, Tehran (Corresponding Author)

Majid Sarbazian, Ph.D., Assistant Professor, Shiraz University

Hossein Heidari Monavvar, Ph.D., Staff Member, Payame Nour University

Azaheh Najafi, Ph.D., Student of Jurisprudence and Principles of Islamic Law, Islamic Azad University of Birjand,

Abstract

In the law of international contracts, the suspension right remedy due to the anticipatory breach of contract has been accepted based on multiple foundations. Under this right, the creditor who, before the due date of fulfillment of obligation has, reasonably, concluded that the debtor, for any reason, would not perform their obligation, has the option to suspend his obligation according to the objective aspects criterion and after considering all surrounding circumstances of the case. In this paper, through a comparative approach in the Vienna Convention, its jurisprudential and Usuli feasibility in Islamic law will be studied and while presenting the suggested bases, by resorting to the rule of existence premise (moghaddameh vojoudieh) and the rules and issues originated from it such as rational, subordinate and annihilatory premises (moghaddameh mofavvete), the main discussed issue (execution of the right to suspend in anticipatory breach) and the disputed actual breach may be proven so that the status of this remedy is established and strengthened in the Iranian Civil Code.

Keywords: right to suspend, anticipatory breach, contractual obligations, execution date of contract, rational existence premise, subordinate premise.

یکی از موضوعات مهم در حقوق قراردادها به کارگیری نظریه نقض فرضی قرارداد، به منظور افزایش اطمینان و تسریع و تسهیل در مبادلات تجاری است. اصولاً در قراردادها، دغدغه اصلی متعهدله، ایفای تعهدات از سوی طرف مقابل است؛ چون بسیار اتفاق می‌افتد که از زمان انعقاد قرارداد تا قبل از اجرای کامل آن، متعهد به دلایلی از قبیل پشیمانی یا در اثر بروز حوادثی، توانایی یا تمایلی به اجرای قرارداد ندارد و بقای عقد مورد تردید قرار می‌گیرد. در این حالت این سؤال مهم مطرح می‌شود که راهکار منطقی در نظام‌های حقوقی چیست؟

راهکار سنتی که برخی از نظام‌های حقوقی مثل ایران از آن تبعیت می‌کند این است که - با توجه به لزوم وفای به عهد - تا پیش از فرارسیدن موعد، هیچ دعوایی از سوی متعهدله، علیه متعهد، پذیرفته نخواهد شد. راهکار دیگری که در نظام حقوق عرفی (کامن‌لا)^۱ و مقررات تجاری بین‌المللی مطرح شده و مبتنی بر تفسیری نوین از اصل لزوم است، به شخصی که خود را یک طرف قراردادی می‌بیند که با فرض مسلم و نه محتمل می‌داند که متعهد در موعد مقرر، مرتکب نقض اساسی قرارداد خواهد شد، اجازه می‌دهد که نسبت به تعلیق قرارداد و مطالبه خسارت اقدام نماید (Audi, 154). از سویی دیگر کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا در ماده ۷۱ به منظور جلوگیری از سوء استفاده طرف مقابل، شرایطی را برای تعلیق اجرای قرارداد توسط متعهدله تعیین نموده است (Larry & et al, 125)، با این استدلال که قواعد حقوقی تنظیم‌کننده روابط بین اشخاص، باید به گونه‌ای طراحی شوند که علاوه بر ایجاد نظم و برقراری عدالت، موجب سهولت معاملات و مانع از هدر رفتن منابع انسانی و مادی گردند (Joshu, 5).

هر چند از زمان ورود این نظریه به نظام حقوقی کامن‌لا و حقوق تجارت بین‌الملل، مدت زمان طولانی می‌گذرد،^۲ اما به نظر می‌رسد که این ضمانت اجرا، هنوز به طور کامل مورد مذاقه قرار نگرفته و مخصوصاً از زاویه حقوق موضوعه ایران و حقوق اسلام به آن توجه نشده است. بنابراین در این پژوهش با رویکرد تطبیقی، تلاش می‌شود تا علاوه بر بررسی این موضوع در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، امکان سنجی فقهی - اصولی اعمال حق تعلیق در حقوق اسلام نیز تبیین و تشریح گردد تا این مطالعه تطبیقی و

۱. Common Law

۲. در دوازده آوریل ۱۸۵۲ میلادی، با طرح دعوی معروف هاجستر علیه دولاتور (Hochster v. De La Tour (1853), 2 E. & B. (678). نظریه نقض فرضی قرارداد در حقوق انگلیس مطرح و با صدور رأی از سوی قاضی گُرد کمپبل (Lord Chief Justice Campbell) در سال ۱۸۵۳ میلادی، این نظریه به منصفه ظهور رسید (Rowley, 573). و در سال ۱۹۰۶ میلادی نیز در ماده ۵۷ قانون متحد الشکل بیع آمریکا مورد پذیرش قرار گرفت؛ و پس از کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰)، مفاد نظریه در دیگر اسناد حقوقی بین‌المللی نظیر اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی (PICC) [ماده ۴-۳-۷] و اصول حقوق قراردادهای اروپایی (PECL) [ماده ۱:۱۰۵] راه یافت.

رهیافت روشن‌گرانه آن در حقوق ایران، بتواند به غنی‌تر شدن مباحث مربوط به ضمانت اجراها مدد رساند. و در نهایت با ارائه مبانی پیشنهادی، قانونگذار را ترغیب کند که جهت کارآمد کردن ضمانت اجرای قراردادی، از استدلال‌های مقتبس از مسائل و قواعد فقهی - اصولی همچون مقدمه وجودیه عقلیه و مقدمه تبعیه بهره بگیرد.

حَقّ تعلیق اجرای قرارداد در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا (۱۹۸۰)

به مستفاد از ماده ۷۱ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا در صورت معلوم شدن عدم اجرای بخشی مهم از تعهدات پس از انعقاد قرارداد، موارد ذیل را می‌توان به عنوان علل ایجاد حَقّ تعلیق قرارداد از سوی متعهدله به شمار آورد:

(۱) ظهور نقصان فاحش در توانایی متعهد به انجام تعهد یا در اعتبار مالی او

(۲) نحوه رفتار متعهد در تمهید مقدمه اجرای قرارداد یا در اجرای قرارداد

هر چند که اعطای حَقّ اعلام برائت از تعهدات قراردادی به یک طرف، با هدف کنوانسیون که معتبر نگه داشتن قراردادهای تجاری بین‌المللی است، هماهنگی ندارد (پلانتار، ۳۶۱)، اما تهیه‌کنندگان کنوانسیون به این موضوع نیز توجه داشته‌اند که در این حالت اگر احتمال زیادی وجود داشته باشد که طرف مقابل وی بخش اساسی تعهداتش را انجام نخواهد داد، سزاوار حمایت است در غیر اینصورت منجر به تحمل زیان غیر قابل انکاری خواهد شد (Bennett, 513-518). ماده مذکور در ۳ بند تنظیم گردیده که هر یک مسایلی را عنوان می‌دارد، که ما نیز به تفسیر هر یک به طور جداگانه می‌پردازیم.

۱- شرایط و علل تعلیق

در کنوانسیون، تقصیر متعهد ناقض قرارداد، شرط نیست؛ ضمن اینکه هر نقضی برای استناد به حَقّ تعلیق اجرای تعهد کافی نیست؛ بلکه نقض تعهدات - اصلی یا فرعی - باید بخش مهمی از قرارداد را تحت تأثیر قرار داده باشد (اندرز، ۱۹) که با لحاظ کلّ قرارداد و تفسیر اراده و خواسته‌های طرفین، نقض بخش مهم و عمده قرارداد معلوم می‌شود. (Honnold, 480). البته در این خصوص هم باید معیار نوعی و شخص متعارف ملاک قرار گیرد و مرجع قضایی باید اوضاع و احوال و تمامی حقایق پرونده را در نظر بگیرد (Ibid, 430). در واقع، ناتوانی در اجرای تعهد نه تنها باید خود یکی از طرفین را در مورد اجرای قرارداد نگران کرده باشد بلکه باید چنان باشد که یک ناظر بی‌طرف عرفاً عدم اجرای تعهد را پیش‌بینی کند (Schlectriem, 92). لذا ترس و بیم شخصی به نقض در آینده، توجیه‌کننده تعلیق نیست (Ibid, 96). پس هم توجه به معیار جهات نوعی و عرفی، و هم مدّ نظر قراردادن تمام اوضاع و احوال حاکم بر قضیه و

لزوم توجه به کل قرارداد و خواسته‌ها و انتظارات متعاقدین (معیار شخصی)، شرط لازم در اعمال حق مذکور است (8, Azeredo).

البته متن کنوانسیون معیار مشخصی برای تعیین میزان قطعیت لازم برای رسیدن به این نتیجه که یک طرف بخش مهمی از تعهدات خود را انجام نخواهد داد، ارائه نمی‌دهد. با وجود این، از آنجا که اعمال بند ۱ ماده ۷۱ باید براساس معیارهای نوعی بوده و باید مصتیق تفسیر شود، لذا سیاق عبارت ماده ۷۱ مؤید این مطلب است که احتمال عدم اجرا باید در حد قطعیت واقعی^۱ که معیار آن عرف تجاری است باشد (Bennet, 522). به عنوان قاعده کلی، یک طرف نمی‌تواند تعهدات خود را در قبال نقض‌های نسبتاً کوچک^۲ معلق کند. هر چند که برخلاف نظر برخی از نویسندگان (هوزیه، ۳۷۱) لازم هم نیست نقض تعهد در حد اساسی به مفهوم ماده ۲۵ باشد. ضمن این که دلیلی برای تناسب بین میزان نقض و تعلیق که توسط برخی از مفسران ارائه شده نیز از کنوانسیون استنباط نمی‌شود. معیار مهم بودن نقض را می‌توان عرف دانست که اصل حسن نیت هم، مؤید آن است (95, Schlectriem).

اما در خصوص علل ایجاد حق تعلیق، در بند ۱ ماده مذکور، دو مورد ذکر شده که در واقع هر دو شرط مطرحه در این بند، برای هر چه نوعی‌تر کردن زمینه‌های تعلیق تنظیم شده است.

الف. نقصان فاحش در توانایی متعهد به انجام تعهد یا در اعتبار او

نقصان فاحش در توانایی اجرای تعهد ممکن است مربوط به بایع یا خریدار باشد و این که علت نقصان چه چیزی است اهمیتی ندارد (Enderlein&Masko, 286). نقصان امکان دارد امری شخصی باشد مثل ورشکستگی و ممکن است یک امر نوعی باشد مثل دستور مقامات عمومی یا تحریم اقتصادی (5, Azerdo).

نقصان در اعتبار نیز همانند نقصان در توانایی اجرا ممکن است به هر دو طرف مربوط باشد؛ یعنی نه تنها به خریداری که تعهد به پرداخت ثمن کرده، بلکه به فروشنده‌ای که کالای فروخته شده را نمی‌تواند تأمین مالی کند نیز مربوط می‌شود. در رأی که از دیوان داوری اتاق بازرگانی و صنعتی مجارستان صادر شده، به فروشنده حق تعلیق اجرای تعهد داده شده بر این اساس که خریدار نتوانسته است ضمانت نامه بانکی مؤثر افتتاح کند (Hungary Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of Budapest, 1995, Arbitral VB/94124.17).

نقصان فاحش در اعتبار خریدار ممکن است از تأخیر در پرداخت ثمن به فروشنده در دیگر قراردادهای

^۱Virtual certainty

^۲Relatively minor

فیمابین استنباط شود (جمعی از نویسندگان، ۶۱/۲). در یک رأی صادره از دادگاه بخش بلژیک به فروشنده حق داده شد که اجرای تعهدات خود را معلق کند به خاطر این که خریدار در پرداخت ثمن قراردادهای بیع قبلی به مدت هفت ماه تأخیر کرده بود و در نهایت نتوانسته بود ثمن را پرداخت کند (Belgium Rechtbank [District court] van, kooplander Hasselt, 1 March 1995, AR.3641/94).

به عقیده برخی از مفسرین، منظور از اجرای قرارداد مذکور در این بند، عدم اجرای قراردادهای مشابه در گذشته یا عدم انطباق سیستماتیک کالاهایی که در گذشته تسلیم کرده است می‌باشد (پلاتنار، ۳۵۹). اما برخی دیگر نحوه رفتار متعهد در اجرای قرارداد را اجرای همان قراردادی که معلق می‌شود، قلمداد می‌کنند (رحیمی، ۱۲۲). اما به نظر می‌رسد آن چه در نقض فرضی اهمیت دارد این است که متعهدله با تکیه بر معیارهای معقول و عینی به این نتیجه برسد که طرف دیگر مرتکب نقض قرارداد خواهد شد؛ بنابراین نباید در این مورد تفاوتی بین رفتار متعهد در اجرای قراردادهای مشابه یا در اجرای قراردادی که معلق می‌شود قائل شد.

ب. رفتار متعهد در تمهید مقدمه اجرای قرارداد یا در اجرای قرارداد

این موضوع در قسمت ب از بند ۱ ماده ۷۱ پیش‌بینی شده است و این قسمت را باید با توجه به مواد ۳۲ و ۳۴ در مورد تعهدات بایع و مواد ۵۴ و ۶۰ و ۶۵ کنوانسیون در مورد تعهدات مشتری تفسیر کرد. همان طوری که طرفین می‌توانند انجام اعمال مقدماتی را برای اجرای قرارداد شرط کنند، کنوانسیون نیز ممکن است انجام این امور را مقرر کرده باشد؛ مانند انعقاد قراردادهای لازم برای حمل کالا (ماده ۳۲)، تسلیم اسناد (ماده ۳۴)، گشایش اعتبارات اسنادی (ماده ۶۴) یا تعیین مشخصات کالا (ماده ۶۵) (Azeredo, 5). حتی رفتار مزبور در این قسمت ممکن است به اجرای قراردادهای دیگر مربوط باشد؛ مثل استفاده از مواد خام نامناسب در اجرای تعهدات در قراردادهای مشابه (Lookofsky, 148).

عدم اجرای اعمال مقدماتی ضروری توسط یک طرف، دلیل معتبری برای طرف مقابل برای تعلیق اجرای تعهدات بر طبق قسمت ب از بند ۱ ماده ۷۱ است و طرفی که با شرایط قانونی تعهد خود را معلق می‌کند، ناقض تلقی نمی‌شود؛ زیرا تعلیق، نقض قرارداد نیست بلکه حقی یک طرفه برای تغییر زمان اجرای تعهد است (ICC, January 1999, Award no. 8786).

۲- منع تسلیم کالای در حال حمل

برخلاف بند نخست ماده ۷۱ که نسبت به طرفین قابل اعمال است، مطابق بند دوم این ماده، حق تعلیق اجرای تعهد، فقط مختص فروشنده است. این بند به موردی می‌پردازد که پس از ارسال کالا معلوم می‌شود که خریدار تعهد خود مبنی بر پرداخت ثمن را انجام نخواهد داد. در اینجا به فروشنده اجازه داده شده که

تعهد خود مبنی بر تسلیم کالا را معلق کند و متصدی حمل و نقل را از تحویل کالا به خریدار منع کند، ولو آن که خریدار اسنادی مانند برنامه دریایی داشته باشد که وی را مستحق دریافت کالا کند (Secretariat Commentary on art.62 of the 1978 Draft).

غیر از بند ۲ ماده ۷۱، بند ۲ ماده ۵۸ نیز به فروشنده اجازه می دهد شرط کند که کالا در صورتی تحویل داده شود که ثمن پرداخته شود. بنابراین، در صورتی که بند ۲ ماده ۷۱ رجوع می شود که کالا با چنین شرطی ارسال نشده باشد (جمعی از نویسندگان، ۶۲).

بدیهی است که بند ۲ ماده ۷۱ فقط زمانی فایده دارد که خطر احتمالی عدم پرداخت پس از ارسال کالا و قبل از تسلیم آن به مشتری کشف شود و فروشنده کنترل خود را نسبت به کالا برای مثال به وسیله نگه داشتن برنامه دریایی قابل انتقال (بند ۲ ماده ۵۸) حفظ نکرده باشد (Honnold, 490).

به مستفاد از قسمت آخر بند ۲ ماده ۷۱، اولاً: حق فروشنده مبنی بر امتناع از تحویل کالا به خریدار، بر حقوق اشخاص ثالث با حسن نیت که کالا به آنها باز فروش شده یا مالکیت کالا به آنها منتقل شده تأثیر ندارد (Vilus, 243-244). اما اگر طرفین با توجه به ماده ۶ کنوانسیون بر اعمال قانون ملی توافق کرده باشند و قانون ملی در این موارد چنین حقی را برای فروشنده پذیرفته باشد، او می تواند به متصدی حمل دستور عدم تسلیم کالا را بدهد (اصغری آقمشهدی و نوری، ۸۷).

ثانیاً: حق فروشنده مبنی بر توقف کالای در حال حمل، تأثیری بر روابط بین متصدی حمل و خریدار ندارد و این که آیا متصدی حمل یا انباردار باید از دستورات فروشنده تبعیت کند یا نه به قرارداد راجع به کرایه و انبارداری و حقوق داخلی بستگی دارد (Schlectriem, 94). در واقع، این سؤال که اگر خریدار دارای اسنادی باشد که وی را مستحق مطالبه کالا می کند، تبعیت متصدی حمل از دستورات فروشنده امری اجباری است یا اختیاری؟ تحت حاکمیت شروط قرارداد منعقد شده برای حمل و نقل و قانون حاکم بر شکل حمل و نقل است (Kritzer, 461). مطابق کنوانسیون هیچ تعهدی که متصدی حمل و نقل را بر تبعیت از درخواست فروشنده مبنی بر توقف کالای در حال حمل مجبور کند وجود ندارد (Chengwei, 15).

۳- اخطار تعلیق

براساس بند ۳ ماده ۷۱ «طرفی که اجرای تعهدات خود را، خواه قبل از ارسال کالا (بند ۱ ماده ۷۱) یا پس از ارسال و در حال حمل (بند ۲ ماده ۷۱) معلق می کند، مکلف است فوراً تعلیق خود را به طرق دیگر اطلاع دهد». اگر یک طرف اعلام کند که تعهدات خود را انجام نخواهد داد، طرف دیگر ملزم نیست که تعلیق اجرای تعهد خود را اطلاع دهد (Larry et al, 125). برخی از مفسران معتقدند هرچند یک طرف

۱۲۲	فقه و اصول	شماره ۱۱۸
<p>می‌تواند قرارداد را بدون مطلع کردن طرف مقابل از قصد خود مبنی بر تعلیق معلق کند، ولی باید پس از تعلیق، فوراً طرف دیگر را از تعلیق مطلع کند (8, Azeredo). این اطلاع دادن، به طرف دیگر اجازه می‌دهد که تضمین کافی ارائه دهد و در نتیجه طرف مقابل، اجرای تعهد خود را مجدداً ادامه دهد. در یک رأی، دادگاه اطلاع هفت ماه پس از تعلیق را اطلاع فوری ندانست و غیر قابل قبول اعلام کرد (Belgium Hof van 1997/AR/2235, Beroep [Appellate Court] Gent, 26 April 2000).</p>	<p>اگر طرف متضرر نتواند تعلیق را اطلاع دهد، وی حق تعلیق اجرای تعهد را از دست نمی‌دهد، اما باید خسارت وارد به طرف دیگر را جبران کند (14, Chengwei). در مقابل مطابق برخی از آراء و دکترین، تعلیق‌کننده در صورت عدم ارسال اخطاریه صحیح نه تنها مسئول خسارت وارده به طرف مقابل است، بلکه به حق تعلیق اجرای قرارداد هم نمی‌تواند استناد کند (Germany Amtsgericht [AG] [petty District Court] Frankfurt a. M, 31 January 1991, 32 C 1074/90-41 (CLOUT case no51)). حتی گفته شده است که اگر طرف تعلیق‌کننده در ارسال اخطاریه غفلت کند، طرف دیگر می‌تواند با اثبات اینکه در صورت مطلع شدن بلافاصله تضمین کافی می‌داد، قرارداد را فسخ کند (9, Azeredo). بار اثبات این که اخطاریه به موقع و به نحو مناسب ارسال شده است بر عهده ارسال‌کننده اخطاریه است. در یک پرونده دادگاه آلمان رأی داد که تردیدهای متعارف در مورد اعتبار خریدار دلیلی بر ندادن اخطاریه توسط فروشنده مطابق بند ۳ ماده ۷۱ نیست و استدلال کرد که اگر فروشنده می‌خواست حق تعلیق خود را اعمال کند، می‌بایست خریدار را در مورد هر نوع تردید در خصوص اعتبار یا توانایی انجام وظایف یا مسئولیت‌هایی که مطابق قرارداد بیع داشت مطلع می‌کرد (Germany AG Frankfurt, 3 January 1991, 32 C 1074/90-41).</p>	<p>بند ۳ ماده ۷۱ به محتوای اطلاعیه و صریح و روشن بودن آن اشاره می‌کند ولی وسیله ابلاغ آن را ذکر نمی‌کند که در این خصوص باید طبق ماده ۲۷ کنوانسیون عمل شود. آنچه از ماده ۲۷ استنباط می‌شود این است که برای این که اطلاعیه مؤثر واقع شود، لازم نیست که توسط طرف دیگر دریافت شود و همین که ارسال شود کافی است (94, Schlechtriem). به عبارت دیگر، ریسک انتقال اخطاریه برعهده گیرنده است. با وجود این، توجه به این که هدف از اخطاریه تعلیق این است که به گیرنده اجازه داده شود تضمین کافی ارائه کند و طرفین با هم همکاری کنند و عقد را هم چنان نگه دارند، به نفع طرف تعلیق‌کننده است که مطمئن شود اخطاریه تعلیق توسط طرف مقابل دریافت شده است (8, Azeredo).</p> <p>در خصوص ارائه تضمین باید گفت طرفی که تعلیق به او اخطار داده شده بایست دلایلی قانع‌کننده و معقول ارائه کند که به تعهد خود عمل خواهد کرد؛ مانند تضمین پرداخت قیمت کالا توسط بانک، و یا</p>

اثبات این که توقف تولید به علت نبود مواد اولیه بوده و با تأمین ماده اولیه از منبع دیگر، تولید ادامه خواهد یافت (صفایی و دیگران، ۳۳۷).

حق تعلیق اجرای قرارداد در حقوق اسلام

نظریه نقض فرضی قرارداد هر چند که در حقوق اسلام _ که پایه و اساس حقوق ایران را تشکیل می‌دهد _ مشخصاً مورد توجه فقها قرار نگرفته و مطلبی نیز در خصوص آن در ابواب مختلف فقهی دیده نمی‌شود، اما ریشه‌ها و مبانی آن در حقوق اسلام دیده می‌شود که اجمالاً به آن‌ها اشاره می‌کنیم:

۱- بنای عقلا

بنای عقلا که به معنای روش و سلوک عملی خردمندان بر انجام عملی یا ترک عملی بدون دخالت و تأثیر عوامل زمانی، مکانی، نژادی و دینی است (مظفر، ۱/۱۵۳) و با تعبیر دیگری نظیر؛ سیره عقلا، عرف عقلا، طریقه عقلا و ... بکار رفته است، (فیض، ۲۲۴) در فرآیند استنباط‌ها و قواعد فقهی و اصولی (از قبیل قاعده لاضرر، شرط ضمنی و بلاخص مقدمه وجودیه عقلیه) نقش بسزایی داشته و حتی برخی فقها معتقدند که هر عقد عقلایی _ معین یا نامعین _ صحیح است مگر آنکه با دلیلی خاص، از شمول ادله خارج شده باشد (طباطبایی یزدی، ۲/۷۱) و برخی نیز دلیل فقهی بسیاری از احکام معاملات را بنای عقلا دانسته‌اند از جمله صحت معامله معاطاتی، لزوم تعادل عوضین و موارد دیگر (صاحب جواهر، ۲۳/۲۱۸؛ بجنوردی، ۵/۹۴).

در خصوص حجیت بنای عقلا، گروهی بر این نظرند که بنای عقلا در همه موارد باید مستند به رأی معصوم و مورد تأیید ایشان باشد تا مشروعیت یابد (حکیم، ۱۹۸؛ صدر، قاعده لاضرر، ۱/۲۷۰) اما عدّه‌ای دیگر نظر مخالف داشته و بنای عقلا را صرفاً از آن جهت که مبتنی بر فطرت اجتماعی عقلایی است و بر اساس قاعده ملازمه، حکم به مشروعیت آن داده‌اند (خمینی، ۲/۱۳۰؛ اصفهانی، ۵/۳۰) از منظر این گروه، بنای عقلا به طور کلی مستند به حکم بدیهی عقل و طبع عقلایی است، عقلی که در شمار منابع استنباط احکام شرعی و همطراز کتاب و سنت است (فاضل لنکرانی، ۱۰/۵۷۶).

اما در رابطه با اعمال حق تعلیق در صورت نقض فرضی قرارداد، به نظر می‌رسد که این حق از مدرکات عقل آدمی است و به همین جهت بنای عقلا بر آن مستقر و ثابت است؛ زیرا عقل سلیم و بنای عقلا، انجام تعهد توسط یک طرف و الزام او را _ حداقل در مواردی که متعهد صراحتاً اعلام می‌دارد که تمایلی به اجرای تعهدات قراردادی خویش ندارد _ تأیید نمی‌کند و قائل نشدن به چنین حقی برای متعهدله، برخلاف

سیره عقلا، وجدان اخلاقی، انصاف و شهود حقوقی است.^۱

۲- قاعده لاضرر

بنا بر نظر مشهور فقهای امامیه، بر اساس نفی حکم ضرری، حکمی که متضمن ضرر_ مادی یا معنوی باشد، تشریح نشده و بالذات چنین حکمی نفی شده است (انصاری، فرائد الاصول، ۲/ ۵۱۵؛ نراقی، مشارق الاحکام، ۲۷۳؛ مامقانی، ۳۳۲؛ نائینی، رساله فی قاعده نفی الضرر، ۲۰۱؛ اصفهانی، ۱۰۰؛ مصطفوی، ۲۴۳؛ بجنوردی، ۲۵۸/۱؛ روحانی، ۴۰۷/۵؛ صدر، قاعده لاضرر، ۱/ ۱۶۴؛ خوئی، ۱/ ۵۴۰؛ موسوی کماری، ۷۲). این قاعده از قواعد عام و فراگیر در همه نظام‌های حقوقی است و اختصاص به جامعه اسلامی و مسلمانان ندارد (محقق داماد، قواعد فقه، ۱۳۴)؛ چون از مستقلات عقلی است و فطرت بشری آن را می‌پذیرد (سیستانی، ۱۶۶-۱۸۳؛ خوئی، ۵۰۳؛ انصاری، المکاسب، ۱/ ۲۳۰؛ نراقی، عوائد الایام، ۵۱). عقل آدمی حکم می‌کند که انسان معقول در صورت فرض احتمال ورود ضرر قریب الوقوع، به انتظار وقوع آن ننشیند و سپس در صدد چاره‌جویی جهت خسارات وارده برآید؛ بلکه قبل از ورود خسارت، تمام اقدامات لازم جهت دفع آن انجام دهد (انصاری، فرائد الاصول، ۲/ ۱۲۱) در همین راستا، اعمال حقّ تعلیق، یکی از راه‌های مقابله با نقض فرضی قرارداد (ضرر قریب الوقوع) محسوب می‌گردد؛ چرا که با استنباط از قاعده لاضرر، هیچ ضرری نباید بدون تدارک و جبران باقی بماند و چون وقتی که عقل سلیم جبران ضرر مسلم آتی را لازم می‌داند، لزوم پیشگیری از ورود آن ضرر از طریق تعلیق قرارداد، عقلایی‌تر خواهد بود. حتی برخی از فقهای معاصر (خمینی، ۲/ ۵۶۵؛ خوئی، دراسات فی علم الاصول، ۶۳۴؛ طباطبایی یزدی، ۲/ ۱۷۲) معتقدند که در صورت اثبات استنکاف متعهد از انجام تعهد، طرف مقابل نیز محق است که خود را از قید تعهدات قراردادی رها سازد؛ چون با استناد به قاعده مذکور، لزوم عقد بیع برداشته می‌شود. زیرا هرچند که اصل لزوم، طرفین را ملزم به حفظ قرارداد می‌نماید اما نه در هر

۱. ضمن توجه به تفسیری نوین از اصل لزوم قراردادها که در مقدمه این پژوهش ذکر گردید، در نظام حقوق عرفی نیز، اصل الزام به انجام تعهد، به عنوان راهکار اولیه جبران خسارت تلقی نمی‌شود؛ زیرا اولاً: وفای به عهد، تنها به معنای الزام به انجام عین تعهد نیست، بلکه عملی نمودن توقعات معقول و متعارف طرف مقابل، وجه دیگری از وفای به عهد است (Duxbury, 102). ثانیاً: با توجه به اصل کسب سود در معاملات تجاری، گاهی انجام تعهد بعد از نقض قرارداد (فرضی یا واقعی) مطلوب طرفین نیست و در مواردی حتی عقلانی هم نیست؛ چون فرآیند دادرسی طولانی پیش‌بینی شده برای این امر، چه بسا موجب ورشکستگی متعهدانه می‌شود که کمتر قابل تدارک است و به همین ترتیب اگر این اتفاق برای سایر تجار رخ دهد، اقتصاد جامعه متزلزل می‌شود. (اسکینی، ۱/ ۴۵؛ عرفانی، ۱۵). از سوی دیگر، به خاطر بُعد مسافت متعاقدین در این نوع قراردادها، اجرای عین تعهد با مشکلات خاص اجرایی مواجه است؛ ضمن اینکه در قراردادهای تجاری بین‌المللی، تعارض قوانین و اختلاف در صلاحیت دادگاه، فرآیند اجرای عین تعهد را طولانی‌تر می‌نماید. لذا در این موارد، عدم الزام به انجام تعهد، منطقی، اقتصادی و به نفع متعهدانه و جامعه است که اصرار بیش از حد بر انجام تعهد، با اصول اولیه حقوق تجارت سازگاری ندارد (ستوده تهرانی، ۱/ ۱۸). با توجه به همه این دلایل، نباید از این نکته مهم غافل شد که چون نظریه نقض فرضی قرارداد، نظریه استثنایی است، بنابراین در خصوص اعمال حق تعلیق در نقض فرضی می‌بایست _ با تفسیری مضیق و با توجه به رعایت کلیه شرایط لازمه _ به قدر متیقن به آن استناد نمود و به طور قطع و یقین، در موارد شک و تردید، اصل بر عدم امکان اعمال حق مذکور است.

شرایطی؛ در واقع التزام طرفین به مفاد قرارداد و اجرای تعهدات ناشی از آن نیز تا حدی مورد قبول انصاف، قانون و عرف است که حقوق طرفین و عدالت معاوضی رعایت شود. پس هرگاه وجود حکمی موجب بروز ضرر گردد، به دلیل حکومت قاعده لاضرر بر احکام اولیه (به عنوان مثال، حکم اوفوا بالعقود که مبنای اصل لزوم وفای به قراردادها می باشد) باید آن حکم را در خصوص مورد، منتفی و کأن لم یکن تلقی نمود^۱ (اسماعیلی، ۶۲).

۳- شرط ضمنی

شرط ضمنی یا غیرصریح، که از اقسام شروط ضمن عقد محسوب می گردد، شرطی است که نه به دلالت صریح و مطابقی بلکه به دلالت التزامی از عقد فهمیده می شود (انصاری، المکاسب، ۱/ ۲۴۸). به عبارتی شروط ضمنی نه همانند شروط تبانی یا بنایی قبل از عقد و نه همانند شروط صریح در ضمن عقد به صراحت مورد توافق قرار نمی گیرد بلکه عرف و عادت و بنای عقلا وجود آن را مسلم فرض می کند (محقق داماد، حقوق قراردادها در فقه امامیه، ۱/ ۱۶۵).

از نظر برخی از دکترین، مبنای ارتباط شرط ضمنی با مفاد عقد، یکی از این سه عامل است: ۱) عقل و بدهت (۲) عرف و عادت (۳) قانون. لذا ایشان بر اساس این مبنا، شرط مذکور را به واقعی، عرفی و قانونی تقسیم کرده اند (کاتوزیان، ۲۱۲-۲۱۴). در شرط ضمنی واقعی، عقل آشکارا و بدون هیچ تردیدی وجود شرط را از لوازم عقد به شمار می آورد به طوری که حتی بدون تصریح، قرارداد دربردارنده آن می باشد هرچند که متعاقدین نسبت به آن توجه نداشته باشند؛ به عنوان مثال وجوب انفاق زوجه از جمله شروط ضمنی واقعی عقد نکاح است (سیستانی، ۲۹۶). در شرط ضمنی عرفی هم که عرف، التزام و پابندی به آن را بر متعاقدین تحمیل می کند _ مگر آن که خلاف آن تصریح شده باشد _ اگر یکی از طرفین برخلاف چنین شرطی عمل کند، مرتکب نقض شرط ضمنی عرفی و متعاقب آن نقض قرارداد شده هرچند که موعد اجرای تعهد اصلی قرارداد نرسیده باشد (کاتوزیان، ۳/ ۲۱۴).

التهایه با این نحوه استدلال می توان در تحلیل یکی دیگر از مبانی اعمال حق تعلیق در نقض فرضی قرارداد به شرط ضمنی (اعم از واقعی و عرفی) ضمن عقد استناد نمود که بر اساس آن متعاقدین حق تخلف از مفاد قرارداد را ندارند پس وقتی متعهد مفاد عقد را پیشاپیش رد کند، در واقع با این اقدام از مفاد شرط ضمنی تخلف نموده فلذا بر خلاف اصل لزوم قراردادها، سرنوشت عقد به دست متعهدله رقم می خورد و مشاژالیه می تواند قرارداد را به حالت تعلیق درآورد.

۱. در نظام های حقوق موضوعه ای چون ایران هم با توجه به طولانی بودن دادرسی ها و مشکلات عملی، الزام متعهدله جهت رجوع به دادگاه و تقاضای اجبار، گاهی یک حکم ضرری است و چه بسا باعث عسر و حرج متعهدله می شود و دادگاه راه حل را در مطالبه خسارت اعلام می کند.

۴- مبانی پیشنهادی

بنا بر آنچه گذشت، اعمال حق تعلیق تعهدات قراردادی از جانب متعهدله به دلیل نقض فرضی قرارداد از سوی متعهد، منوط به رعایت دو شرط اساسی است: ۱) نقض اساسی تعهدات قراردادی - ارادی یا غیر ارادی - توسط متعهد به صورت مسلم و قطعی قبل از موعد قرارداد، ۲) پیش‌بینی‌های معقول و متعارف متعهدله با دلایل منطقی و غیرقابل انکار، نسبت به نقض قرارداد در آینده؛^۱ که شرط نخست، جنبه ثبوتی دارد و شرط دوم، جنبه اثباتی.^۲

آنچه که نیازمند تحلیل و بررسی است، موضوع فرانسیدن موعد قرارداد در شرط نخست است با این توضیح که با توجه به فرانسیدن موعد اجرای عین تعهد، بر مبنای چه اصول و منطقی می‌توان نقض فعلی را اثبات نمود؟ به عبارت دیگر با لحاظ این نکته مهم که اشکال اصلی در اعمال حق تعلیق در نقض فرضی قرارداد، عدم حلول زمان اجرای تعهد اصلی است و با توجه به اینکه تعهد متعهد، با فرانسیدن موعد انجام تعهد بالفعل می‌شود، با چه دلیل و منطقی متعهدله محق می‌گردد که قبل از زمان مورد توافق در قرارداد، نسبت به تعلیق قرارداد اقدام نماید؟

هر چند که اهمیت و ضرورت پذیرش حق مذکور، با توجه به دلایل سه‌گانه‌ای که در مبحث حقوق اسلام مطرح شد (بنای عقلا، قاعده لاضرر و شرط ضمنی)، واضح و مبرهن و همچنین اعمال این حق، مطابق با سیره عقلا، وجدان اخلاقی، انصاف است، اما پذیرش اعمال آن در حقوق داخلی - هم به لحاظ تقنینی^۳ و هم قضایی -، در قالب اصول و قواعد ماهوی موجه و معقول، لازم و ضروری است. به نظر نگارنده در منطق حقوقی اسلام، قواعدی وجود دارد که به استفاد از آن، نه تنها می‌توان این نقیصه را در حقوق داخلی مرتفع نمود، بلکه اعمال حق موصوف را با روشی کاملاً منطقی و علمی، تبیین و مورد پذیرش قرار داد تا ضمن واکنش معقول نسبت به رفتار ناقضانه متعهد و حمایت از منافع متعهدله و تأمین اطمینان خاطر برای او، استحکام و ایفای به‌هنگام تعهدات قراردادی متعاقبین را نیز به همراه داشته باشد.

در نظام حقوقی اسلام، با تمسک به قاعده مقدمه وجودیه و قواعد و مسائل برخاسته از آن، همچون؛ مقدمات عقلیه، تبعیه، و مفوته، هم می‌توان اصل موضوع مورد بحث (اعمال حق تعلیق در نقض فرضی) و

۱. این دو شرط، از مجموع مباحث مطروحه در قسمت «شرایط و علل تعلیق» که در همین پژوهش تبیین گردید، استنباط می‌گردد.
 ۲. شرط دوم هر چند که از ارکان اصلی و شروط مهم لازمه جهت اعمال حق مذکور محسوب می‌شود، اما به دلیل اینکه این شرط از موضوعات مبحث اثبات و دلیل اثبات است که خود نیازمند بحث مستقلی است، در این نوشتار مورد بررسی قرار نمی‌گیرد.
 ۳. در پیش‌نویس پیشنهادی مرکز تحقیقات و توسعه قضایی قوه قضاییه، جهت اصلاح قانون مدنی، ماده‌ای بدین شرح پیش‌بینی شد: «چنانچه پس از انعقاد قرارداد از اوضاع و احوال، مسلم شود که متعهد از انجام تعهد مؤجل خود ناتوان خواهد بود، متعهدله می‌تواند از متعهد درخواست تضمین نماید و در صورت امتناع از دادن تضمین، معامله را فسخ نماید». با وجود این دیری نپایید که این طرح به فراموشی سپرده شد.

هم نقض بالفعل مذکور را اثبات نمود. نگاه تاریخی به روند طرح مسأله هر یک از مقدمات مذکور و ریشه‌های اختلاف و موارد کاربرد آن در منابع فقهی متقدم و متأخر، نشان‌دهنده میزان اهمیت نظری و عملی آن در تحلیل‌های فقهی _ حقوقی مربوط به مسائل فردی و اجتماعی است که به تفصیل در کتب اصولیون مطرح شده که چون هر یک نیازمند بحث مستقلی است، در این نوشتار به طور اجمالی و صرفاً باتوجه به فراخور بحث به هر یک اشاره خواهد شد (دیلمی، ۴۵).

الف. مقدمه وجودیه عقلیه

مقدمه وجودیه، مقدمه دخیل در تحقق و امثال ذی المقدمه است به گونه‌ای که وجود ذی المقدمه، وابسته به آن است؛ یعنی گاهی چیزی زمینه و مقدمه وجود ذی المقدمه است به طوری که اگر محقق نشود، ذی المقدمه نیز وجود پیدا نمی‌کند (سبحانی، ۲۰۵).

بنابراین اصل وجود تکلیف به این مقدمه به گونه‌ای است که وجود ذی المقدمه و امثال آن در خارج، به آن بستگی دارد؛ مانند پیمودن مسافت برای حج، که وجود حج - نه وجوب آن - بر پیمودن مسافت و حضور در حرم، متوقف است (مظفر، ۱/ ۲۵۴).

مهم‌ترین تفاوت میان مقدمه وجوب و مقدمه وجود در این است که فراهم ساختن مقدمات وجوب، بر مکلف لازم نیست، اما در مقدمات وجود، مکلف وظیفه دارد به قصد توصل به ذی المقدمه، آن‌ها را تحصیل نماید. بحث مقدمه واجب، در مقدمه وجود جریان دارد؛ به خلاف مقدمه وجوب که از آن خارج است. (صدر، دروس، ۱/ ۱۷۵؛ محقق داماد، مباحثی از اصول فقه، ۲/ ۱۱۹؛ نائینی، فوائد الاصول، ۲۷۱)

مقدمه عقلیه، مقدمه‌های است که عقل به تنهایی، توقف تحقق ذی المقدمه را بر آن درک نموده و به محال بودن وجود تکوینی ذی المقدمه، در صورت فقدان مقدمه، حکم می‌کند، بدون این که در این مسئله از شرع کمک بگیرد. در واقع، مقدمه عقلیه، عمل یا اعمالی است که بدون آن، تحقق ذی المقدمه عقلاً ممکن نیست؛ یعنی انسان هر چند هم که تلاش کند، بدون آن مقدمه نمی‌تواند به ذی المقدمه برسد؛ مثلاً اگر کسی بخواهد اعمال و مناسک حج را انجام دهد باید خود را به مکه برساند، پس پیمودن مسیر و طی مسافت اینجا تا مکه از مقدمات عقلی انجام حج می‌باشد و ما عقلاً می‌دانیم که تا این مسیر را نرویم و خود را به مکه نرسانیم، امکان انجام دادن مناسک حج وجود ندارد. بنابراین در مقدمه عقلیه، بر خلاف مقدمه شرعیه، حکم‌کننده به لزوم مقدمه، عقل است؛ یعنی آن مقدمه عقلاً لازم است (آخوند خراسانی، ۹۲؛ عراقی، ۲۷۱).

ماحصل کلام اینکه مقدمه وجودیه عقلیه به مقدمه دخیل در تحقق خارجی ذی المقدمه به لحاظ عقل اطلاق می‌شود. این مقدمه که مقابل مقدمه وجودیه شرعیه قرار دارد، به حسب اعتبار عقل، وجود

ذی‌المقدمه در خارج، به وجود آن منوط گردیده است؛ به بیان دیگر، امتثال امر شرعی نسبت به ذی‌المقدمه بر وجود آن مقدمه متوقف است، بدون آن که شارع آن را قید ذی‌المقدمه قرار داده باشد (محمّدی، مبانی استنباط، ۲۰۸).

ب. مقدمه تبعیه

مقدمه فاقد خطاب مستقل شرعی، و مدلول غیر مطابقی کلام را مقدمه تبعی گویند. این مقدمه که مقابل مقدمه اصلی می‌باشد، به مقدم‌های گفته می‌شود که اصالتاً و اولاً و بالذات و به طور مستقیم، مراد و مقصود متکلم نبوده و خطاب مستقلاً بر آن دلالت نمی‌کند، بلکه مقصود اصلی متکلم بیان مطلب دیگری است، اما بالتبع و بالعرض، این عمل هم مقصود است؛ به بیان دیگر، مقدمه تبعی از توابع مقصود مولا بوده و اراده تبعی وی به آن تعلق گرفته است؛ برای مثال، زمانی که مخدوم به خادم امر می‌کند بر خرید مبیع، مقصود اصلی او وجوب خرید مبیع است، اما از این کلام او، رفتن به بازار هم بالتبع و با محاسبه عقل، فهمیده می‌شود. از این رو، رفتن به بازار، مقدمه تبعی خرید مبیع است (مشکینی، ۲۸۱؛ محمّدی، شرح اصول فقه، ۱۹۶).

ج. مقدمه موقوفه

مقدمه لازم الاجرا قبل از دخول وقت ذی‌المقدمه را مقدمه موقوفه نامند؛ یعنی امر یا اموری که اگر پیش از فرا رسیدن وقت ذی‌المقدمه انجام نگیرد، سبب تفویت ذی‌المقدمه در وقت خودش می‌گردد. مانند این که وظیفه مکلف پیش از موسم حج، تهیه گذرنامه و پیمودن مسافت است تا بتواند در زمان حج، آن مناسب را به جا آورد. همچنین وجوب غسل جنابت قبل از فجر برای روزه. در واقع، مقدمه موقوفه در مورد تکالیف و واجبات موقت (زمان‌دار) معنا پیدا می‌کند که از سوی شارع برای آن‌ها وقت معینی منظور شده است که بر این اساس، مقدمات قبل از زمان ذی‌المقدمه نیز واجب هستند (صدر، بحوث، ۲/۳۲۵؛ محمّدی، شرح اصول فقه، ۱۹۲-۱۹۶) نکته حائز اهمیت اینکه اگر شارع مقدس بر وجوب این مقدمات حکم نکرده باشد، تحقیقاً عقل به لزوم انجام آن‌ها حکم می‌کند؛ زیرا ترک آن‌ها موجب تفویت واجب در ظرف خودش می‌شود و نیز عقل حکم می‌کند که تارک این مقدمات، مستحق عقاب بر ترک واجب در ظرفش باشد چرا که مقدمات آن را ترک کرده است (مظفر، ۱/۲۷۵).

تحلیل حقوقی مقدمات اصولی فوق‌الذکر در ارتباط با موضوع این پژوهش

تشریح رابطه و پیوند میان بحث مقدمات موصوف و نقض مذکور، و متعاقب آن تبیین پذیرش اعمال حق مذکور در حقوق داخلی، منوط به اثبات دو امر است: ۱) گسترش حوزه عمل متعلق تعهد و اجبار به

انجام مقدمات مذکور، ۲) بالفعل شدن تعهد و اجبار به انجام مقدمات، قبل از فرا رسیدن موعد فعلیت تعهد نسبت به ذی‌المقدمه.

مطابق با 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 سر حد مقدمات آن نیز تسری پیدا می‌کند (مظفر، ۱/ ۲۵۹-۲۶۹؛ صدر، دروس، ۳/ ۳۳۶-۳۳۷)؛ اما صرف اثبات این موضوع، دلیلی متقن بر پذیرش این راهکار در حقوق داخلی نیست؛ زیرا مسئولیت متعهد، در خصوص تهیه مقدمات موضوع تعهد، صرفاً بعد از فعلیت الزام و تعهد به آن (حلول موعد قراردادی) شروع می‌گردد و تعهد بالفعل متعهد قبل از آن، ثابت نمی‌گردد و نقض تعهد هم سالبه به انتفاع موضوع است؛ پس استفاده از اعمال حق تعلیق تعهدات قراردادی از جانب متعهدله (پیش از موعد قراردادی) در نقض فرضی، هم قابل طرح نیست. طبق قاعده اصولی حاکم بر مقدمات موصوف، متعهد قبل از فرا رسیدن موعد تعهدات اصلی قراردادی، نسبت به انجام مقدمات موضوع تعهد، عقلاً، منطقی و تبعاً، تعهد و الزام بالفعل پیدا می‌کند که عدم اقدام مقتضی نسبت به آن‌ها در مهلت معقول و متعارف قبل از فرا رسیدن موعد انجام تعهد اصلی، در واقع نقض تعهد به شمار می‌آید که لازم است از ضمانت اجرا و برخورد قانونی مناسبی همراه باشد.

در تحلیل دقیق‌تر استدلال فوق، می‌توان به ذکر این مثال بسنده نمود که وقتی به موجب قراردادی، فروشنده دستگاه (خصوصاً مبیع منحصر به فرد) متعهد است که در کشور مبدأ، دستگاه مورد نظر را بسازد و آن را در کشور مقصد به خریدار تحویل دهد، در این مثال، تعهدات فروشنده را می‌توان چنین تشریح نمود:

۱) تعهد بر انجام کلیه اقدامات لازم نسبت به تهیه مصالح و مواد اولیه جهت ساخت کالا و متعاقباً حمل آن (مقدمه وجودیه عقلیه) تا حصول نتیجه مبنی بر تحویل کالا به متعهدله.

۲) تعهد اصلی متعهد مبنی بر تسلیم عین تعهد و به عبارتی تحویل مبیع (ذی‌المقدمه) به خریدار مطابق با مشخصات قراردادی.

در خصوص تعهد دوم بایع مبنی بر انجام تعهد اصلی (ذی‌المقدمه) یعنی تحویل مبیع به خریدار بحثی نیست. اما در رابطه با تعهد یا تعهدات مقدماتی اولیه یعنی تهیه مواد اولیه، ساخت کالا، بارگیری، حمل و ... با لحاظ مسائل و قواعد اصولی مذکور، توجه به نکات ذیل، حائز اهمیت است:

الف) با استناد به مقدمه وجودیه عقلیه، انجام امور مقدماتی (تهیه مواد اولیه، ساخت کالا، بارگیری و ...)، عقلاً دخیل در تحقق خارجی ذی‌المقدمه (تحویل مبیع) است و بدون انجام این امور مقدماتی، هر

چقدر هم که متعهد تلاش کند، نمی‌تواند تعهد قراردادی خویش را مبنی بر تحویل مبیع (ذی‌المقدمه) انجام دهد.

ب) با استناد به مقدمه تبعی، انجام امور مقدماتی مذکور (تهیه مواد اولیه، ساخت کالا، بارگیری و ...) از سوی متعهد، هر چند که در قرارداد منعقد، تصریح نشده است (مقدمه فاقد خطاب مستقل شرعی است)، اما به عنوان مدلول غیرمطابقی، انجام این امور مقدماتی، بالتبع و بالعرض، مقصود و منظور متعاقدین بوده و به عبارتی از توابع مقصود ایشان بوده و اراده تبعی آن‌ها به آن تعلق گرفته است.

ج) با استناد به مقدمه مفوت‌ه که قبل از دخول وقت ذی‌المقدمه لازم‌الاجراست و اگر پیش از فرارسیدن وقت ذی‌المقدمه (تحویل مبیع) انجام نشود سبب تفویض ذی‌المقدمه در وقت خودش می‌شود، متعهد نسبت به مقدار زمانی هم که جهت ساخت کالا، حمل، بارگیری و ... به طول می‌انجامد، تعهد بالفعل دارد که اقدامات لازم نسبت به تهیه مصالح و مواد اولیه جهت ساخت کالا و متعاقباً حمل مبیع انجام دهد در غیر این صورت اگر در زمان مناسب نسبت به انجام این مقدمات، اقدامی ننمود، انجام تعهد اصلی مبنی بر تحویل مبیع، ممکن نخواهد بود.

التهایه با توجه به اینکه عدم حصول هر یک از مقدمات وجودیه، عقلیه، تبعیه، و مفوت‌ه _ در زمان مناسب _ پیش از حلول اجرای عین تعهد (ذی‌المقدمه) باعث عقیم ماندن انجام تعهد اصلی در زمان اجرای قرارداد می‌شود، پس با تمسک به قواعد اصولی و منطقی مذکور، هم اصل موضوع مورد بحث (اعمال حق تعلیق در نقض فرضی) و هم نقض بالفعل مذکور اثبات می‌گردد؛ چرا که اولاً؛ الزام‌آور بودن انجام چنین مقدماتی در زمان معقول و متعارف، خود از احکام عمومی عقل بشری است که نیازی به تصریح قانونگذار ندارد؛ همچنان که عقل عمومی حکم می‌کند که اگر متعهد، مبادرت به فراهم آوردن چنین اقدامی نکرد و در نتیجه در زمان انجام تعهد اصلی قادر به وفای به عهد نبود، مسئولیت قراردادی یا غیرقراردادی خواهد داشت (امام خمینی، ۷۷/۳؛ بهجت، ۹۰). ثانیاً؛ نقض در انجام هر یک از تعهدات مقدماتی فوق، حمل بر نقض تعهد اصلی (نقض فرضی) قبل از موعد می‌شود که در این صورت طرف دیگر قرارداد نیز حق تعلیق قرارداد را دارد؛^۱ با این استدلال که متعهد، یک تعهد بالفعل را نقض نموده است؛ چون اجرای تعهد اصلی (ذی‌المقدمه) امری نیست که فوری و بلادرنگ انجام شود، بلکه فرایندی است که لزوماً با انجام مقدماتی (تهیه مواد اولیه جهت ساخت کالا، ساخت کالا، بارگیری، حمل و ...) آغاز و با تحویل کالا به متعهدله، اصولاً خاتمه می‌یابد. بنابراین عدم انجام مقدمات لازمه در زمان

۱. به نظر نگارنده، متعادل‌ترین راهکار برای مقابله با نقض فرضی قرارداد، اعمال حق تعلیق و متعاقب آن اخذ تضمین از متعهد برای انجام تعهدات در موعد مقرر است؛ زیرا علاوه بر ایجاد اطمینان خاطر برای متعهدله، استحکام و احترام به تعهدات قراردادی طرفین را نیز در پی خواهد داشت. بر واضح است که این مزایا در مورد راهکار دیگر، یعنی فسخ قرارداد مصداق نمی‌یابد.

مقتضی، در حکم نقض بالفعل قرارداد می‌باشد^۱ که حاکم اسلامی می‌تواند برای جلوگیری از نقض احکام و جویی و به صورت کلی تکلیفی، تمهیدات لازم ولو تمهیدات ناظر به احکام وضعی را مقرر دارد و از جمله بنا بر مصالح زمان و مکان، به وضع مقرراتی چون حق تعلیق بپردازد.

نتیجه‌گیری

به مستفاد از کنوانسیون وین - بدون ملاحظه به؛ تقصیر متعهد ناقض احتمالی قرارداد، تناسب بین احتمال نقض تعهد و تعلیق و همچنین درجه تعهد (اصلی یا فرعی) - توجه به معیار جهات نوعی و عرفی، و همچنین توجه به تمام اوضاع و احوال حاکم بر قضیه در اعمال حق مذکور، شرط لازم است و ارائه تضمین کافی (واقعی)، موجب می‌شود تا حق تعلیق موصوف، منتفی شود. البته در کنوانسیون به مدت تعلیق اشاره‌ای نشده و مشخص نیست که در صورت عدم ارائه تضمین مناسب، تعلیق تا چه زمانی ادامه خواهد داشت.

با بررسی مبانی و قواعد فقهی - اصولی آن از قبیل؛ شرط ضمنی، قاعده لاضرر، بنای عقلا، و خصوصاً با ارائه مبانی پیشنهادی و طرح قاعده مقدمه وجودیه و قواعد و مسائل برخاسته از آن، همچون؛ مقدمات عقلیه، تبعیه، و مفوته، هم اصل موضوع مورد بحث (اعمال حق تعلیق در نقض فرضی) و هم نقض بالفعل مورد مناقشه اثبات شده است تا امکان تثبیت و تقویت پایگاه این ضمانت اجرا در حقوق موضوعه ایران فراهم شود. البته پیشنهاد می‌گردد در ذیل بحث مربوط به قواعد عمومی قراردادها و تعهدات در قانون مدنی، ماده ۲۲۲ با موضوع ضمانت اجرای ناشی از تخلف از انجام تعهد به شرح زیر اصلاح گردد:

ماده ۲۲۲ اصلاحی:

«هرگاه بعد از عقد و قبل از فرا رسیدن موعد اجرای تعهد، اطمینان حاصل شود که متعهد در موعد مقرر به تعهد خود عمل نخواهد کرد، متعهدله مخیر است قرارداد را فسخ و یا با اعمال حق تعلیق، برای اجرای عین تعهد در موعد مقرر تضمین بخواهد. در صورتی که متعهدله، مایل به اجرای عین تعهد باشد و اجبار ملتزم به انجام آن، غیر مقدور ولی انجام آن به وسیله متعهدله یا شخص دیگری مقدور باشد، حاکم می‌تواند به خرج ملتزم، موجبات انجام آن تعهد را فراهم کند یا هزینه آن را به وسیله کارشناس تعیین و متعهد را ملزم به پرداخت آن نماید».

۱. شایان ذکر است اگر متعهد، اعلام کند که دیرتر از موعد به تعهدات قراردادی خویش عمل می‌کند، با وجود نقض در وعده، به جهت اساسی نبودن نقض، نمی‌توان اعمال حق تعلیق را برای متعهدله به رسمیت شناخت.

منابع

- آخوند خراسانی، محمد کاظم بن حسین، *کفایة الأصول*، قم، مؤسسة النشر الاسلامی، ۱۴۱۵ق.
- اسکینی، ربیعا، *حقوق تجارت* (کلیات، معاملات تجاری، تجار و سازماندهی فعالیت تجاری)، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۹۲.
- _____، *حقوق تجارت* (ورشکستگی و تصفیه امور ورشکسته)، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۸۱.
- اسماعیلی، محسن، *نظریه خسارت*، تهران، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۷.
- اصغری آقمشهدی، فخرالدین و نوری، فخری، «حق حبس در کنوانسیون بیع بین المللی کالا»، *مجله نامه مفید*، ش ۵۲، ۱۳۸۴، صص ۸۱-۹۶.
- اصفهانى، فتح الله، *قاعده لاضرر*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۰ق.
- اصفهانى، محمد حسین، *نهایة الدراریة فی شرح الکفایة*، ج ۵، قم، مؤسسه آل البيت، ۱۴۰۸ق.
- اندرز، داود، «تعلیق اجرای تعهد»، *فصلنامه حقوق دانشگاه تهران*، دوره ۴۰، ش ۳، ۱۳۸۹، صص ۳۶-۱۷.
- انصاری، مرتضی بن محمد امین، *المکاسب*، ج ۱، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۲۸ق.
- _____، *فرائد الاصول*، ج ۲، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۱۶ق.
- بجنوردی، حسن، *القواعد الفقهیه*، تحقیق: مهدی المهریزی، ج ۵، قم، نشر الهادی، ۱۴۱۹ق.
- بجنوردی، محمد، *قواعد فقهیه*، ج ۱، تهران، مؤسسه عروج، ۱۴۰۱ق.
- بهجت، محمدتقی، *مباحث الاصول*، ج ۲، قم، شفق، ۱۳۸۸.
- پلاننار، ژان پیر، «حقوق جدید بیع بین المللی، کنوانسیون سازمان ملل متحد مورخ ۱۱ آوریل ۱۹۸۰»، ترجمه ایرج صدیقی، *مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین المللی*، ۱۳۷۰، ش ۱۴ و ۱۵، صص ۲۸۶-۳۷۵.
- جمعی از نویسندگان، *تفسیری بر حقوق بیع بین المللی*، ج ۲، ترجمه مهرا ب داراب پور، تهران، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۴.
- خمینی، روح الله، *کتاب البیع*، ج ۲، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۸۴.
- خمینی، مصطفی، *تحریرات فی الاصول*، ج ۳، قم- تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۱۸ق.
- خوئی، ابوالقاسم، *دراسات فی علم الاصول*، تقریر هاشمی شاهرودی، قم، مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت (ع)، ۱۴۱۹ق.
- _____، *هدایة فی الاصول*، ج ۱، تقریر هاشمی شاهرودی، قم، مؤسسه صاحب الامر (عج)، ۱۴۱۷ق.
- دیلمی، احمد، «نظریه- پیش- بینی نقض قرارداد و منطق حل معضل ناشی از آن در فقه امامیه»، *فصلنامه- پژوهش- های حقوق تطبیقی*، ۱۳۹۶، دوره ۲۱، ش ۱، صص ۵۲-۲۷.
- رحیمی، حبیب اله، «پیش بینی نقض قرارداد»، *مجله پژوهش حقوق و سیاست*، ۱۳۸۴، سال هفتم، ش ۱۵-۱۶، صص ۱۱۵-۱۴۴.

- پاییز ۱۳۹۸ بازپژوهی فقهی _ اصولی اثبات نقض بالفعل در نظریه نقض فرضی قرارداد ۱۳۳
- روحانی، محمّد، *منتفی الاصول*، ج ۵، تقریر عبدالصاحب حکیم، قم، دفتر آیت الله سید محمّد روحانی، ۱۴۱۳ق.
- سبحانی، جعفر، *تهذیب الاصول*، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، ۱۴۰۵ق.
- ستوده تهرانی، حسن، *حقوق تجارت*، ج ۱، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۸۵.
- سیستانی، علی، *قاعده لاضرر و لاضرار*، قم، دفتر آیت الله سیستانی، ۱۴۱۴ق.
- صاحب جواهر، محمد حسن بن باقر، *جواهر الکلام*، ج ۲۳، تهران، دارالکتب الاسلامیه، ۱۳۹۴ق.
- صدر، محمّدباقر، *بحوث فی علم الاصول*، ج ۲، بیروت، بی تا.
- _____، *دروس فی الاصول*، ج ۱ و ۳، بیروت، بی تا.
- _____، *قاعده لاضرر و لاضرار*، تقریر حسن صافی اصفهانی، ج ۱، قم، دارالصادقین للطباعه و النشر، ۱۴۲۰ق.
- صفایی، حسین و دیگران، *حقوق بیع بین المللی با مطالعه تطبیقی*، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۷.
- طباطبایی یزدی، محمّد کاظم، *حاشیه المکاسب*، ج ۲، قم، مؤسسه اسماعیلیان، ۱۳۷۸.
- عراقی، ضیاء الدین، *مقالات الاصول*، قم، مجمع الفکر الاسلامی، ۱۴۱۴ق.
- عرفانی، محمود، *حقوق تجارت*، تهران، نشر میزان، ۱۳۸۶.
- عسگری، جعفر، *نقض قابل پیش بینی قرارداد در فقه امامیه و حقوق ایران*، رساله دکتری حقوق خصوصی دانشگاه امام صادق (ع)، ۱۳۹۳.
- فاضل لنکرانی، محمّد جواد، *سیری کامل در اصول فقه*، ج ۱۰، قم، انتشارات اسلامی، ۱۳۷۹.
- فیض، علیرضا، *مبانی فقه و اصول*، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۱.
- کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۳، تهران، انتشارات شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷ق.
- مامقانی، مآ عبد الله، *حاشیه علی رساله لاضرر*، قم، مجمع الذخائر الاسلامیه، ۱۳۵۰ق.
- محقق داماد، مصطفی، *حقوق قراردادها در فقه امامیه*، ج ۱، تهران، انتشارات سمت، ۱۳۷۹.
- _____، *قواعد فقه ۲* (بخش مدنی)، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۲.
- _____، *مباحثی از اصول فقه*، ج ۲، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۸.
- محمّدی، ابوالحسن، *مبانی استنباط حقوق اسلامی*، چاپ پازدهم، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۸۱.
- محمّدی، علی، *شرح اصول فقه*، ج ۱، قم، انتشارات دارالفکر، ۱۳۸۷.
- مشکینی، علی، *اصطلاحات الاصول*، قم، دفتر نشر الهادی، ۱۳۷۱ق.
- مصطفوی، محمّد کاظم، *مائة قاعدة فقهیه*، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۱ق.
- مظفر، محمّد رضا، *اصول الفقه*، ج ۱، قم، مؤسسه النشر الاسلامی، بی تا.
- موسوی کماری، مهدی، *رساله فی قاعده لاضرر و لاضرار*، تهران، پیام، ۱۴۱۵ق.
- نائینی، محمّد حسن، *رساله فی قاعده نفی الضرر*، ضمیمه منیه الطالب فی حاشیه المکاسب، تقریر موسی

شماره ۱۱۸	فقه و اصول	۱۳۴
	خوانساری، تهران، تهران، المكتبة المحمديه، ۱۳۷۲ق.	
	_____، <i>فوائد الأصول</i> ، تقريرات به قلم محمد على كاظمى خراسانى، قم، ۱۴۰۴ق.	
	نراقى، احمد بن محمد مهدى، <i>عوائد الايام فى بيان قواعد الاحكام</i> ، قم، دفتر تبليغات اسلامى، ۱۴۱۷ق.	
	_____، <i>مشارك الاحكام</i> ، قم، كنگره نراقيين، ۱۴۲۲ق.	
	هوزيه فانسان، <i>المطول فى العقود (بيع السلع الدولى)</i> ، باشراف جاك غستان، ترجمه منصور القاضى، بيروت، مجد المؤسسة الجامعيه للدراسات و النشر و التوزيع، ۲۰۰۵م.	
	Audi, Bernard "La vente internationale de marchadises", L. G. J., Paris, (1990).	
	Azeredo da Silveira,Mercedeh "Anticipatory Breach Under the United Nations Convention on Contracts for International Sale of Goods", Nordic Journal of Commercial Law. (2005)	
	Belgium Hof Van Bereop [appellate court] Gent, 28 April 2000, 1997/A.R/2235, available online at: http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000426bl.html .	
	Belgium Rechtbank [district court] Van. Koophandel Hasselt, 1 March 1995, A.R.3641/94, available online at: http://cisg3.law.pace.edu/cases/95031b1.html .	
	Bennett, Trevor (1987) "Comments on Article 71, in Cesar Massimo Bianco& Michael Joachim Bonell, Commentary on the International Sale-the 1980 Vienna Sale Convention", Available on line at: 2013/3/20">http://www.Cisg.Law.Pace.edu/>2013/3/20 .	
	Chengwei, Liu (2003) "Remedies for Non-Performance: Perspectives from CISG, UNIDROIT Principles & PECL", Available on line at: 2012/8/1">http://www.Cisg.Law.Pace.edu/>2012/8/1	
	Duxbury, Robert (2004), Contract law in a Nutshell, London, sweet & Maxwell, Third edition.	
	Enderlein, Fritz &Maskow, Dictrech (1992) "International Sales Law", Available on line at: 2012/10/1">http://www.Cisg.Law.pace.edu/>2012/10/1 .	
	Germany Amtsgericht [petty district court] Frankfurt a. M., 31 January 1991, 32 C 1074/90-41 (CLOUT case No.51), available online at: http://cisg3.law.pace.edu/cisg/cases/910131g1.html .	
	Hochster V. De La Tour (1853) E. & B. 678, Q.B, Available at:	
	Honnold, John, O (1999) "Uniform Law for International Sales Under the 1980. United Nations Convention" Available on line at: 2013/2/1">http://www.Cisg.Law.Pace.edu/>2013/2/1 .	

<http://cisg3.law.pace.edu/cisg/cases/951117h1.html>.

<http://www.cisg.Law.pace.edu/cisg/text/peclcomp72html>.

Hungary Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of Budapest, 17 November 1995, Arbitral Award VB/94124, available online at:

ICC, July 1999, case no. 9448.11, available online at: <http://www.cisg-online.ch/cosg/urteile/707.html>.

JoshuKarton D.H. (2008), "Contract Law in International Commercial Arbitration: The Case of Suspension of Performance", available at: [http://worksbeepress.com/joshu-karton/5./](http://worksbeepress.com/joshu-karton/5/)

Kritzer Albert H, (1988), "Guide to Practical Application of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods", Kluwer Law and Taxation Publisher.

Larry A. Dimatteo, Lucien J. Dhooge, Stephane G. Maurer, Marisa Anne Pagnattro, (2005), "International Sales Law (A Critical Analysis of CISG Jurisprudence)", Cambridge University Press.

Lookofsky Joseph, (2000), "the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", available online at: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/10071.html>.

Rowley, Keith A. A Brief History of Anticipatory Repudiation in American Contract Law, University of Sinsinnati Law Review, Vol. 69, 2001, Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=968943M>.

Schlechtriem Peter, "Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (English translation by Geoffrey Thomas)", Second Edition Oxford, Clarendon Press. (1998),

Secretariat Commentary, The United Nations Secretariat, Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods, available online at: <http://cisg3.law.pace.edu/text/secom/secom.html>.

VilusJeland, (2005), "Provisions Common to the Obligations of the Seller and the Buyer", available online at: <http://www.cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/opie/html>.