

رابطه اصل لزوم قراردادها با نظریه نقض قابل پیش بینی

(مقاله علمی - پژوهشی)

جواد حبیبی تبار*

مسلم موحدی فر**

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۲/۱۷

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۱۰/۰۹

چکیده

نظریه نقض قابل پیش بینی به این مفهوم است که در قراردادهایی با تعهدات موجد، هرگاه قبل از فرا رسیدن زمان اجرای تعهد، به نحو قابل قبول و اطمینان بخشی، کاشف به عمل آید که متعهد در آتیه نمی خواهد یا نمی تواند به تعهدات خود عمل نماید، متعهدله حق خواهد داشت تعهدات متقابل خویش را معلق و تحت شرایطی به قرارداد خاتمه دهد. خاستگاه این نظریه حقوق اروپایی است و تاکنون به طور صریح وارد حقوق ایران نشده است. در امکان سنجی ورود این نظریه به حقوق ایران، عده‌ای آن را مخالف با اصل لزوم قراردادها می دانند. مفاد اصل لزوم قراردادها این است که هر یک از طرفین قرارداد نمی تواند به طور یک جانبه قرارداد را فسخ نماید، مگر در مواردی که قانوناً چنین اختیاری داشته باشد. نگارنده در این نوشتار درصدد آن است که با تبیین مفهوم این نظریه و کاربرد اصل لزوم قراردادها، عدم مخالفت نظریه نقض قابل پیش بینی با اصل لزوم قراردادها را به اثبات برساند.

کلیدواژه‌گان:

نقض قابل پیش بینی، اصل لزوم قراردادها، تعهد، قرارداد.

* استادیار، جامعه المصطفی العالمیه، قم (نویسنده مسئول)

prof.javadhabibitabar@yahoo.com

** دانشجوی دکتری، جامعه المصطفی العالمیه، قم

mslmmovahedi@gmail.com

مقدمه

یکی از اصول حاکم بر قراردادهای که مورد قبول اکثر سیستم‌های حقوقی می‌باشد، اصل لزوم قراردادهاست. این اصل در لسان فقها به اصالة‌اللزوم مشهور است. صرف‌نظر از اختلاف نظر فقها در مفهوم اصل لزوم قراردادهای، از جمله آثار حاکمیت این اصل آن است که اگر در وجود حق فسخ قرارداد یا عدم تردید حاصل شود، اصل بر عدم وجود حق فسخ است؛ زیرا حق فسخ در صورت اعمال آن، موجب انحلال عقد می‌شود؛ حال آنکه اصل لزوم، بر بقای عقد تأکید دارد. از سوی دیگر، مفاد نظریه نقض قابل پیش‌بینی متضمن نوعی حق فسخ برای متعهدله است که هرگاه در قراردادهای مؤجل، قبل از فرارسیدن زمان اجرای تعهد به نحو معقول و متعارف آشکار باشد، متعهد در سررسید معین شده در قرارداد نمی‌خواهد یا نمی‌تواند به تعهدات خود عمل نماید، متعهدله بر اساس نظریه نقض قابل پیش‌بینی و بر فرض وجود شرایط آن می‌تواند قرارداد را فسخ یا به آن خاتمه دهد.

همان‌طور که ملاحظه می‌شود، ایجاد حق فسخ برای طرف قرارداد خارج از اختیارات مصرح در قانون، حسب ظاهر مخالف با اصل لزوم قراردادهاست. در این مقال سعی کردیم پس از بیان مفهوم اصالة‌اللزوم و مفهوم نظریه نقض قابل پیش‌بینی، ظاهری بودن این تعارض و راه‌حل شبهه‌های ایجادشده را مورد بحث و بررسی قرار داده و زمینه را برای پذیرش نظریه نقض قابل پیش‌بینی در حقوق ایران فراهم نماییم.

۱. معنا و مفهوم اصل لزوم قراردادهای

اصل لزوم قراردادهای در زبان فقها به اصالة‌اللزوم موسوم است. اصل در لغت به معنای بیخ، بن، بن هر چیز، ریشه، پی، بنیاد و نژاد آمده است.^۱ دیگران آن را اساس هر چیزی، پایین‌ترین قسمت هر چیز و چیزی که چیز دیگر بر آن بنا می‌شود، معنا نموده‌اند.^۲

۱. عمید، حسن، *فرهنگ فارسی عمید*، تهران: انتشارات سکه، ۱۳۸۹، ص ۲۰۸. و لغت نامه دهخدا آنلاین وبسایت <https://abadis.ir/> ذیل لغت اصل.

۲. المصطفوی، الشیخ حسن، *التحقیق فی کلمات القرآن الکریم*، جلد ۱، نرم افزار اهل البیت (ع)، قم: مؤسسه نور، ص ۹۴.

لزوم در لغت به معنای واجب شدن، ضرورت پیدا کردن و لازم شدن آمده است.^۱ دیگران لزوم را به معنای ثبوت، دوام^۲ و انضمام شیئی به شیء دیگر بنا بر دوام و وجوب آورده‌اند.^۳ در اصطلاح فقهی و حقوقی اصل به معنای قاعده، مدرک قانونی چیزی، استصحاب، دستور عمل شارع و قواعد وسیع حقوقی به کار می‌رود.^۴ لزوم در اصطلاح فقهی و حقوقی به این معنا است که در عقود و ایقاعات، اقدام‌کننده به آن نتواند با قصد یک‌طرفه خود، آن را فسخ کند.^۵ اما ترکیب اصل لزوم یا اصله‌اللزوم که برگرفته از فقه است، در کلام فقها به چهار معنا به کار رفته است.

نظر اول آن است که اصل را غلبه و رجحان می‌دانند؛ به این مفهوم که اکثر عقود لازم هستند و نه جایز.^۶ عده ای دیگر از فقها معتقدند اصل لزوم همانند اصل براءت و اصل طهارت قاعده‌ای است که از کتاب و سنت استفاده می‌گردد و در هنگام شک به آن رجوع می‌شود. گروه سوم اصل را به معنای استصحاب می‌دانند؛ یعنی در صورت فسخ یکی از متعاملین، ترتب آثار عقد مورد تردید قرار می‌گیرد و مقتضای قاعده استصحاب، بقای اثر عقد و اثر آن لزوم عقد است و بالاخره گروه چهارم معنای لغوی واژه بیع و بنای عرفی و شرعی آن را بر لزوم می‌دانند. یعنی مردم وقتی خرید و فروش می‌کنند، بنای آنها بر این است که مالک اولیه نسبت به مال اجنبی شده و مطابق همین معنا، خيارات حقی است خارجی که قابل اسقاط است و بیع همانند هبه نیست که قابل رجوع است؛ زیرا قابلیت رجوع هبه از احکام شرعی، و غیرقابل اسقاط است.^۷ لازم به ذکر است، فقها لزوم را به لزوم حکمی و حقی تقسیم نموده‌اند. منظور از لزوم حکمی آن است که شارع مقدس تشریح نموده است که فلان معامله لازم و برای احدی جایز نیست که

۱. عمید، حسن، پیشین، ص ۱۰۳۳.

۲. قرشی، سید علی اکبر، *مفردات نهج البلاغه*، جلد ۲، نرم افزار اهل البيت (ع)، قم: مؤسسه نور، ص ۹۳۱.

۳. المصطفوی، الشیخ حسن، پیشین، جلد ۱۰، ص ۱۸۷.

۴. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمینولوژی حقوق*، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ چهارم، ۱۳۶۸، ص ۴۸.

۵. همان، ص ۵۸۸.

۶. محقق کرکی، شیخ علی بن حسین، *جامع المقاصد فی شرح القواعد*، جلد ۴، قم: مؤسسه آل البيت،

۱۴۱۱ق، ص ۲۸۲.

۷. انصاری، شیخ مرتضی، *کتاب المکاسب*، قم: انتشارات مؤسسه مطبوعات دینی، ۱۳۸۹، ص ۲۱۴.

عقد را فسخ کند. در این معنا لزوم یعنی اینکه طرفین عقد نمی‌توانند شرط خیار کنند. لزوم عقد ضمان و نکاح از این دسته هستند. منظور از لزوم حقی این است که طرفین عقد لازم، بتوانند در آن شرط خیار کنند. در این مفهوم، لزوم یک حق است و قابل اسقاط می‌باشد و اسقاط آن با جعل خیار انجام می‌شود.^۱

با توجه به ماده ۲۱۹ قانون مدنی ایران که خیارات قانونی و اقاله را استثنایی بر اصل لزوم می‌داند، چنین استنباط می‌گردد که در حقوق ایران لزوم حقی پذیرفته شده، مگر در موارد استثنایی همچون عقد نکاح که حق فسخ برای متعاقدين جز در موارد خاص قائل نشده است و لزوم عقد نکاح قابل اسقاط نیست.

۲. معنا و مفهوم نظریه نقض قابل پیش‌بینی

نقض در لغت به معنای شکستن، ویران کردن و شکستن عهد و پیمان آمده است.^۲ دیگران نقض را انتشار (پراکنده کردن) عقد و ضد ابرام^۳ و شکستن، خواه شکستن واقعی مثل شکستن استخوان، خواه شکستن معنوی مثل شکستن پیمان معنا کرده‌اند.^۴

منظور از نقض قابل پیش‌بینی که به آن نقض احتمالی یا نقض فرضی و نقض پیش‌بینی هم می‌گویند،^۵ عبارت از این است که هرگاه در قراردادهای با تعهدات موجد، قبل از فرارسیدن زمان اجرای تعهد، به نحو قابل قبول و اطمینان‌بخشی، کاشف به عمل آید متعهد در زمان اجرای تعهد نمی‌خواهد یا نمی‌تواند به تعهدات خود عمل کند، می‌گوییم نقض تعهد قابل پیش‌بینی است و به موجب نظریه‌ای که به تئوری نقض احتمالی یا نقض قابل پیش‌بینی شهرت یافته و خاستگاه آن حقوق کامن‌لا و یک مفهوم کامن‌لایی است،^۶ در چنین حالتی متعهدله حق دارد تعهدات متقابل خود را به حالت تعلیق درآورد و از متعهد درخواست تضمین اجرای تعهدات آتی را بنماید و

۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *ترمیم‌ولوژی حقوق*، پیشین، ص ۵۸۸.

۲. عمید، حسن، پیشین، ص ۱۱۶۵.

۳. راغب اصفهانی، ابوالقاسم حسین بن محمد، *مفردات الفاظ القرآن*، بیروت: دارالشامه، ۱۴۱۲ق، ص ۸۲۱.

۴. قرشی، سید علی اکبر، پیشین، جلد ۲، ص ۱۰۶.

۵. کاظمی، محمود و مرضیه ربیعی، *نقض احتمالی قرارداد در حقوق ایران با نگاهی به کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و نظامهای حقوقی خارجی*، مجله دانش حقوق مدنی، شماره ۱۳، ص ۱۹.

۶. شعاریان، ابراهیم و ابراهیم ترابی، *اصول حقوق قراردادهای اروپا و حقوق ایران*، چاپ اول، ۱۳۸۹، ص ۳۲۹.

7. Campbell, collin, "the doctvine of Anticipatory breach", *general law journal*, vol.60, 1905, p.64.

چنانچه متعهد در مدت معقول چنین تضمینی ارائه نکند، متعهدله حق فسخ یا خاتمه‌دادن قرارداد و مطالبه خسارت را دارد.

این نظریه تاکنون به طور صریح در حقوق ایران وارد نشده است. از یک سو به لحاظ پیشرفت تکنولوژی و پیچیده‌شدن مبادلات و جهانی‌شدن معاملات، ضرورت ورود چنین نهادی در حقوق ایران احساس می‌شود و از سوی دیگر می‌بایست ابعاد مختلف این نظریه از لحاظ مبنایی مورد بررسی واقع گردد تا مخالفتی با اصول حقوقی ما و خاصه قواعد فقهی که زیر بنای حقوق ایران است، نداشته باشد.

در بررسی نظریه نقض احتمالی و امکان‌سنجی آن در ورود به حقوق ایران، حقوق‌دانان مواعی را بر سر راه پذیرش این نظریه برشمرده‌اند که یکی از این مواعی، مخالفت مفاد نظریه نقض احتمالی با اصل لزوم قراردادها یا اصاله‌اللزوم است. در این نوشتار رابطه اصل و نظریه مذکور مورد بررسی قرار می‌گیرد. در این رهگذر موضوع اصل لزوم و موارد استعمال آن، وجود تعارض ظاهری آن با تئوری نقض احتمالی و راه‌حل‌های برون‌رفت از این تعارض ظاهری مورد گفتگو قرار خواهد گرفت.

۳. موضوع اصل لزوم قراردادها

همان‌طور که از عنوان «اصل لزوم قراردادها» برمی‌آید، در نگاه اول تمام قراردادها مشمول این اصل است. قرارداد اعم از عقود و ایقاعات است. به عبارت دیگر، مفهوم عام قرارداد شامل ایقاعات نیز می‌شود. در اینکه آیا اصل لزوم دربرگیرنده ایقاعات هم می‌شود یا نه، بحث و مناقشه وجود دارد. نظر مشهور بر این است که اصل لزوم مخصوص عقود است و ایقاعات را در بر نمی‌گیرد. اما دلایل کسانی که اصل لزوم را دربرگیرنده ایقاعات می‌دانند، نیز قابل توجه است.^۱ براساس نظر مشهور حقوق‌دانان، موضوع اصل لزوم قراردادها عقود هستند. اما همان‌طور که می‌دانیم عقود تقسیم‌بندی‌های مختلفی از جمله عقد معلق و منجز، عقد معین و غیرمعین، عقد لازم و جایز و خیاری، عقد عهدی و تملیکی، عقد مشروط و غیرمشروط دارد. تمامی عقود مذکور مشمول اصل لزوم است، الا عقود جایز که در خصوص این عقد و نیز عقد خیاری بحث و گفتگو

۱. برای دیدن نظرات مختلف، رک: محمدی، سام و هیوا عبدالکریمی، بررسی جریان خیار در ایقاعات، مجله پژوهش حقوق خصوصی دانشگاه علامه طباطبائی، سال پنجم، زمستان ۱۳۹۵، شماره ۱۷.

است. در عقد خیار تا زمانی که از حق فسخ یا خیار استفاده نشده است، پایبندی به مفاد قرارداد ضروری است و عقیده بر این است که عقد خیار نوعی عقد لازم است که در آن خیار فسخ گنجانده شده است.

اما در خصوص عقد جایز برخی حقوق‌دانان بر این باورند که اصل لزوم شامل عقود جایز نمی‌شود و می‌گویند: «تمام عقود لازم هستند مگر عقود که قانون به جواز آنها تصریح کرده باشد»^۱ در حقوق ایران، مبنای حقوقی اصل لزوم قراردادها ماده ۲۱۹ قانون مدنی است. در خصوص این ماده دو تفسیر متفاوت ارائه شده است: تفسیر اول آنکه عبارت «لازم الاتباع» در ماده ۲۱۹ را به معنای لازم بودن عقد تلقی کرده‌اند که بر اساس این تفسیر تمام عقود لازم هستند، مگر عقود که قانون به جواز آنها تصریح کرده باشد^۲ یا به تراضی اقاله شوند.

تفسیر دوم این است که از عبارت «لازم الاتباع» چنین برداشت می‌شود که طرفین قرارداد ملزم به مفاد عقد هستند و این التزام در تمام عقود، اعم از لازم و جایز (تا وقتی که عقد جایز فسخ نشده است) وجود دارد.^۳

بر مبنای تفسیر اول، عقود خیار را نیز باید از شمول اصل لزوم خارج دانست. زیرا ماده ۲۱۹ قانون مدنی که بنا بر این تفسیر اصل را بر لزوم قراردادها می‌دانند، دو استثنا بر اصل لزوم قائل شده است: یکی اقاله و دیگری فسخ به علت قانونی، و بدیهی است در عقد خیار اگر به علت قانونی فسخ صورت گیرد، از شمول اصل لزوم خارج است. باین‌حال، در این باره باید گفت از آنجایی که عقد خیار نوعی از عقد لازم است که در آن شرط خیار شده است، تا زمانی که از حق خیار استفاده نشود یا پس از انقضای مدت خیار، می‌بایست آن را مشمول اصل لزوم دانست. بر مبنای تفسیر دوم، اصولاً از ماده ۲۱۹ قانون مدنی اصل لزوم استخراج نمی‌شود، بلکه منظور پایبندی به قرارداد در چهارچوب خود عقد ملاک است. بدین معنی که اگر عقد لازم باشد، به لزوم آن پایبند باشند و اگر جایز باشد، به جواز آن پایبند باشند.

۱. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد ۱، چاپخانه بهمن، شرکت سهامی انتشار، چاپ هشتم، ۱۳۸۸، ص ۳۹.

۲. همان.

۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *دایره المعارف حقوق مدنی و تجارت*، جلد ۱، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۳۷، ص ۲۱۸؛ شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی، اصول قراردادها و تعهدات*، جلد ۲، انتشارات مجد، چاپ سوم، ۱۳۸۳، ص ۲۵۹.

۴. موارد استعمال اصل لزوم قراردادهای

اگر عبارت «لازم‌الاتباع» بودن در ماده ۲۱۹ قانون مدنی را اصل لزوم در مقابل جواز بدانیم یا بر اساس نظریه فقها آیه «یا ایها الذین امنوا اوفوا بالعقود» و روایت «لا یحل دم امرء الا بطیب نفسه» را دلیل بر اصله‌اللزوم بدانیم، این اصل در هنگام سه پرسش به کمک قاضی می‌آید: اول آنکه اگر بین لزوم و جواز عقد تشکیک کردیم، بنا را بر لزوم آن بگذاریم. بنابراین عقود غیرمعین که قانون‌گذار از آنها اسمی به میان نیاورده و طبیعتاً لزوم و جواز آنها را معلوم نکرده است، محکوم به لزوم هستند. به نظر می‌رسد به منظور اثبات لزوم عقود نامعین به ماده ۱۰ قانون مدنی نیز می‌توان استناد نمود؛ زیرا به موجب این ماده قانون قراردادهای خصوصی تا جایی که مخالف صریح قانون نباشد، بین کسانی که آن را منعقد نموده‌اند، نافذ است.

دومین مورد استعمال اصله‌اللزوم آن است که اگر در وجود حق فسخ یا عدم آن تردید حاصل شد، اصل را بر عدم وجود حق فسخ که نتیجتاً لزوم عقد می‌شود، بگذاریم. در اینجا می‌توانیم بگوییم اصل لزوم وفای به عقد حکم می‌کند تا آنجایی که ممکن است از تزلزل عقد جلوگیری کنیم. ناگفته نماند که اصل عدم نیز در اینجا راهگشاست، چه آنکه در مقام تردید بین وجود یا عدم وجود حق فسخ، اصل بر عدم آن است.

سومین مورد استعمال اصله‌اللزوم در موقعی است که نسبت به مدت زمان حق فسخ تردید شود باید به قدر متقین آن اکتفا کرد. به عبارت دیگر، اگر بین اقل و اکثر مدت زمان وجود حق فسخ اختلاف شود، حکم به مقدار کمتر می‌شود، مگر آنکه دلیلی بر مدت بیشتر وجود داشته باشد. البته این امر با اصول دیگر حقوقی، از جمله اصل عدم و قاعده «البینه علی المدعی» قابل اثبات است. اما به‌رحال اصل لزوم نیز حکم قضیه را معلوم می‌کند.

۵. استثنائات وارده بر اصل لزوم

در ماده ۲۱۹ قانون مدنی پس از بیان لازم‌الاتباع بودن عقود حدودی را بر آن تعیین نموده است. بدین توضیح که اقاله و فسخ به علت قانونی را از اصل لزوم قراردادهای استثنا کرده و اصطلاحاً اصل لزوم قراردادهای را تخصیص زده است. نباید پنداشت که اصل لزوم قراردادهای قاعده‌ای غیرقابل‌خدشه است، بلکه این قاعده شکننده و قابل انعطاف است و تنها به عنوان اصل

پذیرفته شده است. علاوه بر استثنائاتی که قانون‌گذار صریحاً بر اصل لزوم وارد نموده است، موارد دیگری وجود دارد که دایره اصل لزوم را ضیق یا بر آن حکومت می‌کند که می‌توان به قاعده لاضرر و حاکمیت اراده طرفین در زمان انعقاد عقد اشاره کرد. در ادامه خواهیم دید که در تعارض بین قاعده لاضرر و اصل لزوم قراردادهای قاعده لاضرر بر اصل لزوم حکومت دارد. همچنین اراده ضمنی طرفین در زمان انعقاد قرارداد بر تداوم همبستگی عوضین و عدم نقض تعهدات از سوی طرفین است و بدیهی است چنانچه یک طرف نقض عهد کند، طرف دیگر می‌بایست ابزاری برای مقابله در اختیار داشته باشد که توضیح این مطالب در مبحث راه‌حل‌های رفع تعارض ظاهری اصل لزوم با تئوری نقض احتمالی در ادامه خواهد آمد و قبل از آن به بیان تعارض ظاهری اصل لزوم با تئوری نقض قابل پیش‌بینی می‌پردازیم.

۶. مخالفت ظاهری اصل‌اللزوم و نظریه نقض قابل پیش‌بینی

همان‌طور که از مفهوم اصل‌اللزوم برمی‌آید، این اصل بر پایبندی به عقود و قراردادهای تأکید می‌کند. اما نظریه نقض قابل پیش‌بینی طریقه‌ای است برای برهم‌زدن یا خاتمه‌دادن به قرارداد. به عبارت دیگر، اصل لزوم بقای عقد را به دنبال دارد و نظریه نقض قابل پیش‌بینی، تعلیق و فسخ قرارداد را به دنبال دارد.

برخی نویسندگان اصل لزوم را یکی از موانع پذیرش حق فسخ در پیش‌بینی نقض قرارداد می‌دانند و می‌گویند: «پیش‌بینی نقض احتمالی قرارداد به یک طرف امکان می‌دهد، قرارداد را به صورت یک‌جانبه منحل سازد، در حالی که ناتوانی در اجرای تعهدات محرز و مسلم نبوده و نقض واقعی قرارداد صورت نگرفته است.»^۱ حتی برخی نویسندگان مخالفت نظریه نقض احتمالی با اصل لزوم قراردادهای را از جمله موانع تصویب مواد مربوط به نقض احتمالی در کنوانسیون وین ۱۹۸۰ اعلام نموده‌اند.^۲

به نظر ما مخالفت اصل لزوم قراردادهای با تئوری نقض قابل پیش‌بینی یک تعارض ظاهری است و ناشی از عدم توجه کافی به مفاد و شرایط نقض قابل پیش‌بینی است. به دلایلی که در

۱. همتکار، حسین، «نظریه مقابله با نقض احتمالی قرارداد»، مجله دانشکده علوم اداری و اقتصاد دانشگاه اصفهان، ۱۳۸۴، شماره ۱۷، ص ۱۷.

2. Legislative history 1980 vienna diplomatic conference, at: www.cisg.law/

ذیل خواهد آمد، می‌توان گفت نه تنها نظریه نقض احتمالی مخالفتی با اصل لزوم قراردادهای ندارد، بلکه گاهی اصل مذکور را در عمل تقویت می‌کند و باعث استحکام عقود می‌گردد.

۷. ادله رد مخالفت نظریه نقض احتمالی با اصل لزوم قراردادهای

۷.۱. توجه به مفهوم دقیق نظریه نقض احتمالی

در یک نگاه سطحی به نظریه نقض قابل پیش‌بینی ممکن است این تصور به وجود آید که این نظریه موجب تزلزل قرارداد می‌شود و هر طرف قرارداد می‌تواند به بهانه اینکه از سوی طرف دیگر نقض احتمالی رخ داده است، به قرارداد خاتمه دهد و از استحکام عقود بکاهد و این مخالف با اصل لزوم قرارداد است. اما توجه کافی به شرایط و ضوابط نظریه نقض احتمالی^۱ نشان می‌دهد نه تنها به منظور تزلزل قراردادهای نیست، بلکه در پاره‌ای موارد موجب استحکام عقد و همسو با اصل لزوم قراردادهای است.

وجود حق فسخ ناشی از نقض احتمالی قرارداد و به دنبال آن وجود مسئولیت نقض برای متعهد که حق مطالبه خسارت را به متعهد می‌دهد و آگاهی متعهد از وجود چنین حقوقی برای متعهد موجب می‌شود متعهد توجه بیشتری به مفاد عقد داشته باشد و مبادرت به فراهم کردن مقدمات اجرای تعهدات آتی خود بنماید و از رفتار یا عملکردی که شائبه نقض آتی تعهداتش را رقم می‌زند، پرهیز کند. بدیهی است، در اینگونه موارد حق حبس نمی‌تواند برای متعهد کارایی داشته باشد؛ زیرا از جمله شروط حق حبس آن است که تعهدات حال باشد، در صورتی که در مانحن‌فیه تعهدات موجد است و اعمال حق حبس امکان‌پذیر نیست و ایجاب می‌نماید در تعهدات موجد نیز ضمانت‌اجرایی برای حصول اطمینان از اجرای تعهدات و رعایت تعادل قراردادی وجود داشته باشد و این همان حق فسخی است که تحت عنوان حق فسخ ناشی از نقض احتمالی در حقوق کامن‌لا پذیرفته شده است. پیمانکاری که متعهد گردیده ظرف دو سال پروژه‌ای را احداث کند و علی‌رغم گذشت بیش از یک سال از انعقاد قرارداد، هنوز اقدام برای اخذ مجوزهای لازم ننموده است و در مظان ارتکاب نقض احتمالی قرار دارد، اگر بداند که متعهد

۱. بر اساس ماده ۳۰۴-۹ اصول حقوق قراردادهای اروپایی و ماده ۷۲ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، شرایط نظریه نقض قابل پیش‌بینی عبارت‌اند از: الف) آشکار بودن نقض؛ ب) اساسی بودن نقض؛ ج) نقض پیش از زمان اجرای تعهد باشد؛ د) ارسال اخطاریه متعارف و درخواست تضمین اجرای تعهدات آتی از متعهد.

می‌تواند با توسل به نظریه نقض احتمالی از اجرای تعهدات متقابلش خودداری کند، قطعاً اهتمام بیشتری به تعهدات خویش خواهد داشت و پایبندی وی به قرارداد بیشتر خواهد بود. زیرا وجود ابزار یا اهرمی در اختیار متعهدله، متعهد را از بی‌توجهی به مفاد قرارداد و تعهداتش باز می‌دارد و نتیجه آن پایداری و استحکام قرارداد خواهد بود.

ممکن است این‌گونه تلقی شود که متعهدله با هر ظن و گمان و به هر بهانه‌ای ادعای نقض احتمالی را مطرح و به قرارداد خاتمه خواهد داد. این طرز تلقی محمول بر اشتباه است؛ زیرا شرایط استناد به نظریه نقض قابل پیش‌بینی به گونه‌ای است که به متعهدله چنین حقی اعطا نمی‌کند. از جمله شرایط پذیرش ادعای نقض احتمالی این است که به نحو قابل قبول و اطمینان‌بخشی برای متعهدله احراز گردد که متعهد به تعهدات آتی خویش پایبند نخواهد بود؛ به‌گونه‌ای که هر عقل سلیمی بپذیرد که با اوضاع و احوال موجود، متعهد به تعهدات آتی خود عمل نخواهد کرد. این شرایط باید به صورت نوعی وجود داشته باشد و تشخیص شخصی متعهدله کفایت نمی‌کند. ذکر عبارت «آشکار شود» در ماده ۳۰۴-۹ اصول قراردادهای اروپایی و ذکر عبارت «معلوم شود» در ماده ۷۲ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و عبارت «اعتقاد معقول و متعارف» در ماده ۳-۴-۷ اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، همگی مؤید این مطلب است که صرف ظن و گمان به عدم اجرای تعهدات آتی متعهد، نمی‌تواند مستمسکی برای متعهدله در راستای تعلیق تعهدات متقابل وی یا فسخ قرارداد باشد. توجه به شرایط نقض قابل پیش‌بینی نشان می‌دهد که این تئوری از یک سو تضمین‌کننده حقوق طرفی خواهد بود که طرف مقابل وی بنا به ظن قریب به یقین در آتیه نقض تعهد خواهد نمود و از سوی دیگر اهرمی خواهد بود که هر طرف قرارداد، به مفاد قرارداد پایبند بوده و از اقداماتی که نشان‌دهنده عدم اهتمام وی به مفاد قرارداد است، پرهیز کند و نتیجه آن استحکام عقد خواهد بود.

شرط مهم دیگر این است که نقض باید اساسی باشد.^۱ هر نوع کوتاهی از سوی متعهد را نمی‌توان نقض احتمالی تلقی نمود. اسناد بین‌المللی در این خصوص صرفاً نقض اساسی را از موجبات حق فسخ برای متعهدله می‌دانند. منظور از نقض اساسی بنا به گفته برخی نویسندگان

۱. مستفاد از ماده ۳۰۴-۹ اصول قراردادهای اروپایی و ماده ۷۲ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا.

نقضی است که نتایج وخیمی برای قرارداد در پی داشته باشد.^۱ این شرط موجب می‌شود از یک سو متعهدله نتواند هر نقضی را مستمسک خاتمه‌دادن به قرارداد قرار بدهد و از سوی دیگر متعهد مراقبت بیشتری می‌نماید تا نقض اساسی رخ ندهد و در نتیجه موجب استحکام عقد می‌گردد.

۷.۲. تلقی حق فسخ ناشی از نقض قابل پیش‌بینی به عنوان یکی از خيارات قانونی

بر فرض آنکه مزایای نظریه نقض قابل پیش‌بینی مورد قبول واقع شود و قانون‌گذار وجود چنین حقی را به رسمیت بشناسد، همانند سایر خيارات قانونی خواهد بود؛ زیرا قانون‌گذار اصل لزوم را در مورد خيارات قانونی جاری نمی‌داند. تنها سؤالی که باقی می‌ماند، این است که آیا قانون‌گذار زمینی می‌تواند خيارات را افزایش یا کاهش دهد؟

به نظر ما پاسخ این سوال مثبت است؛ زیرا اولاً فقها در تعداد خيارات اختلاف نظر دارند. بیشتر فقها هفت قسم خيارات را برشمرده^۲ و برخی دیگر تا سیزده الی چهارده مورد خیار را نام برده‌اند.^۳ قانون مدنی ده مورد از خيارات را نام برده است.

از سوی دیگر، برخی از فقها خيارات را از احکام امضایی می‌دانند.^۴ احکام امضایی دارای حساسیت احکام تأسیسی نیست. شارع مقدس برای عقلا میدان عمل بیشتری قرار داده است و هیچ منافاتی با شریعت اسلام نخواهد داشت.

یکی از فقهای معاصر در بیان ارشادی بودن حکم شارع در خيارات می‌نویسد: «خيارات موجود در فقه منصوص نیستند. به‌عنوان مثال خیار غبن و خیار تبعض صفقه و آنچه مشابه آن است، خيارات شرعی و تعیین شده توسط شارع نیستند. این خيارات ناشی از ارتکازات عقلایی است.^۵»

۱. همتکار، حسین، «پیش‌بینی نقض قرارداد و آثار آن»، پایان نامه دکتری، دانشگاه آزاد، واحد علوم تحقیقات، ۱۳۸۲، ص ۱۲.

۲. حلی المذهب، ابن فهد، *البارع فی شرح مختصره النافع*، جلد ۲، قم، چاپ مجتبی عراقی، ۱۴۰۷ق، صص ۳۷۲ و ۳۸۴.

۳. زین‌الدین بن علی (شهید ثانی)، *الروضه البهیه فی شرح اللمعه الدمشقیه*، جلد ۳، قم: منشورات مکتبه الداوری، ۱۴۱۰ ق، ص ۴۴۷.

۴. موسوی خمینی، سید روح الله، *الرسائل العشره*، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپخانه موسسه العروج، ۱۴۲۰ ق، ص ۲۱۲.

۵. سبحانی، جعفر، *دراسات موجزه فی الخيارات و الشرط*، مرکز عالمی للدراسات الاسلامیه، ۱۴۲۳، چاپ اول، ص ۶.

بسیاری از علما برای اینکه یک حکم امضایی را حجت بدانند، عدم ردع شارع را کافی می‌دانند و نیازی به دلیل لفظی نمی‌بینند.^۱ البته در بیان مفهوم حکم امضایی اختلاف نظر است. برخی می‌گویند منظور از حکم امضایی موضوعات عقلانی و حکم عقلا است که شارع آن را امضا می‌کند. برخی می‌گویند حکم امضایی حکمی است که شارع حکم عقلا را تأیید کرده است.^۲ در مفهوم دوم به مسائلی برمی‌گردد که در زمان تشریح وجود داشته و تأیید شده است و چندان تفاوتی با احکام تأسیسی ندارد. اما در مفهوم اول می‌تواند مسائل مستحدثه را نیز شامل شود. یعنی شارع مقدس نظر عقلا در مسائل مستحدثه را امضا نموده و به بیان دیگر نظر عقلا را در مسائل مستحدثه از قبل مورد پذیرش قرار داده است. بنابر این نظر، تفاوت احکام تأسیسی و امضایی آشکار می‌شود.

اگر بپذیریم خیار از احکام امضایی است و احکام امضایی را به مفهوم این بدانیم که شارع نظر عقلا را ولو در مسائل مستحدثه تأیید نموده است و با توجه به اینکه قائل شدن حق فسخ برای متعهدله در موارد نقض قابل پیش‌بینی مبنای عقلایی دارد و بنای عقلا یکی از منابع نظریه نقض احتمالی است، نتیجه‌ای که به دست می‌آید این است که قائل شدن حق فسخ برای متعهدله در نقض، قابل پیش‌بینی عقلایی و مورد امضای شارع مقدس است و همان‌طور که سایر خیارها علی‌رغم اینکه از شمول اصل لزوم خارج هستند و مانعی برای پذیرش اصل لزوم قراردادهای و بالعکس نیستند، نظریه نقض احتمالی نیز مخالفتی با اصل لزوم ندارد و البته این امر نیاز به وضع مقررات توسط قانون‌گذار زمینی دارد.

۷.۳. دو جانبه‌بودن اصل لزوم قراردادهای و ضرورت رعایت تئوری موازنه

تئوری موازنه یا اصل همبستگی قراردادی یکی دیگر از مبانی نظریه نقض احتمالی است. بر اساس تئوری موازنه در عقود معوض برای متعهدشدن هر یک از متعاقدين در برابر دیگری، اجرای تعهدات طرف دیگر است. برخی حقوق‌دانان معتقدند عقد را نباید ترکیبی از دو ایقاع شمرد. تراضی همه چیز را به هم پیوند می‌دهد؛ چندان که می‌توان گفت: دو طرف مجموعه‌ای از

۱. نخعی‌پور، قاسم و محمدعلی سعیدی، تبیین حکم امضایی و تاثیر آن در استنباط احکام فقهی، مجله آموزه‌های فقه مدنی، دانشکده علوم رضوی، پاییز و زمستان ۱۳۹۶، صص ۱۴۰ و ۱۴۴.
۲. همان، ص ۱۳۴.

تعهدات متقابل را با هم آفریده اند. در درون این مجموعه، تعهدات هر طرف جداگانه و تجزیه‌پذیر است، ولی پیوند ارادی تعهدات آثاری دارد که اراده نیز توان گسستن آنها را ندارد.^۱

با وجود چنین پیوندی بین تعهدات متقابل، و با این فرض که به وجه قابل قبولی پیش‌بینی می‌شود متعهد در آینده نمی‌تواند یا نمی‌خواهد به تعهداتش عمل کند و هر عقل سلیمی با دیدن این اوضاع و احوال نقض تعهدات آتی را پیش‌بینی می‌کند، نباید از متعهدله انتظار داشت تعهدات متقابل خود را انجام دهد و یک‌جانبه به عقد پایبند باشد. در حالی که ظن قریب به یقین در نقض عهد از سوی طرف مقابل وجود دارد. هنرمندی که تعهد ترسیم چهره‌ای را بالمباشره نموده و قبل از فرا رسیدن زمان اجرای تعهد در حادثه‌ای انگشتان خود را از دست داده است، چگونه باید طرف مقابل را ملزم به اجرای تعهداتش بدانیم و آنگاه نظاره‌گر باشیم تا زمان اجرای تعهد فرا برسد و بر عدم اجرای تعهدات آن هنرمند نظر بدهیم؟ در حالی که از قبل علم حاصل کرده‌ایم تعهدش را نقض خواهد کرد.

اصل لزوم قراردادهای مختص به متعهدله نیست؛ متعهدی هم که از قبل معلوم است تعهدات آتی خود را انجام نمی‌دهد یا نمی‌تواند انجام دهد، مشمول اصل لزوم است و نمی‌شود وی را ملزم به اجرای عهد ندانیم، ولی متعهدله را ملزم به اجرای تعهدات متقابل نماییم. عقد به اراده طرفین ایجاد شده است و هرکدام از این قرارداد انتظاراتی دارند. هرگاه اصل همبستگی برهم بخورد، به طرف مقابل شخصی که نقض عهد کرده یا به وجه قابل قبولی معلوم است در آینده نقض عهد می‌نماید، باید حق داد که ایشان نیز متقابلاً اجرای تعهدات خود را به حالت تعلیق در آورد و با وجود شرایطی، قرارداد را خاتمه دهد.

عدم رعایت اصل لزوم قراردادهای یک ترازوی دوکفه است که اگر معلوم شود یک طرف ملتزم به رعایت این اصل نیست و همبستگی قراردادی برهم خورده است، طرف دیگر نیز تکلیفی بر التزام به عقد ندارد.

برخی حقوق‌دانان برهم‌خوردن تعادل قراردادی را از موجبات فسخ عقد می‌دانند و تحت عنوان نتایج همبستگی دو عوض متقابل از آن بحث می‌کنند.^۲

۱. کاتوزیان، ناصر، *دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی*، شرکت انتشارات با همکاری شرکت بهمن به‌رنا، چاپ اول، ۱۳۷۰، ص ۲۳۸.
۲. همان، ص ۲۴۰.

۷.۴. توجیه نظریه نقض قابل پیش‌بینی بر اساس شرط ضمنی قرارداد

در حقوق قراردادهای شرایط قرارداد محدود به آنچه در قرارداد بدان تصریح شده است، نمی‌باشد؛ بلکه شروط قراردادی گاه صریح هستند و گاه ضمنی. فقها شروط مرتبط با عقد را به شروط بنایی و شروط ضمن عقد، و آنگاه شروط ضمن عقد را به شروط صریح و ضمنی تقسیم نموده‌اند. شروط ضمنی شروطی هستند که به طور صریح و مطابقی از عقد فهمیده نمی‌شوند، بلکه به دلالت تضمینی یا به دلالت التزامی در ضمن عقد قرار می‌گیرند.^۱

نوعی از شروط ضمنی، شروط ارتكازی هستند. شروط ارتكازی شروطی هستند که در اذهان طرفین رسوخ و نفوذ پیدا کرده‌اند، هرچند نسبت به آن توجه فعلی نداشته باشند. اینکه طرفین ملتزم به عقد باشند و کاری نکنند که شائبه نقض قرارداد را تقویت کند، نوعی شرط ارتكازی است که هرچند طرفین توجهی به آن نداشته باشند، بر وجود این شرط ضمنی نباید تردید کرد؛ زیرا اگر چنین توقعی وجود نداشته باشد، اصولاً طرفین حاضر به انعقاد قرارداد نمی‌شوند. شروط ارتكازی لازم‌الوفا هستند و برخی فقها مهم‌ترین دلیل اعتبار شرط ارتكازی را سیره عقلا می‌دانند. محقق خویی در این باره می‌گوید: « شرط ارتكازی هرچند که در عقد بیان نمی‌شود، اما به دلیل وجود بنای عقلا، دارای اعتبار است.»^۲

برخی حقوقدانان انجام‌دادن مقدمه تعهد را لازمه وفای به آن می‌دانند و آن را از شروط ضمنی تلقی می‌کنند.^۳

از یک سو یک شرط ضمنی ارتكازی وجود دارد که نقض قرارداد پیش از موعد را نهي می‌کند. یعنی اگر کاشف به عمل آید پیش از موعد اجرای تعهد متعهد برخلاف این شرط ضمنی رفتار نموده، مرتکب نقض پیش از موعد شده است و از سوی دیگر در ماده ۲۱۹ قانون مدنی استثنائاتی بر اصله‌اللزوم وارد شده که یکی از آنها فسخ قرارداد به علت قانونی است. در بیان فسخ قرارداد به علت قانونی باید به این نکته توجه نمود که اختیار فسخ معامله یا به موجب اختیارات مذکور در قانون است و یا ناشی از اراده طرفین که این مورد اخیر یا صریحاً در عقد ذکر می‌شود که به عنوان شرط صریح از آن یاد می‌شود و یا به طور ضمنی مورد توافق طرفین است

۱. انصاری، شیخ مرتضی، *المکاسب*، جلد ۱، قم: مجمع دارالفکر اسلامی، ۱۴۲۸ ق، ص ۳۴۸.

۲. موسوی خویی، سید ابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، جلد ۸، بیروت: نشر الهادی، ۱۴۱۲ ق، ص ۳۵۳.

۳. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها*، جلد ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷، ص ۱۲۲.

که به آن شرط ضمنی می‌گویند. خيارات خواه ناشی از تصریح آن در قانون باشد و خواه ناشی از حکومت اراده طرفین، جنبه قانونی دارد و مشمول قسمت اخیر ماده ۲۱۹ قانون مدنی می‌شود. خيار ناشی از تخلف شرط اعم از تخلف شرط صریح یا شرط ضمنی است و مواد ۲۳۵ به بعد قانون مدنی در مبحث احکام شرط، لفظ شرط را به طور عام به کار می‌برد و چنین استنباط می‌شود که شرط در اینجا اعم از شرط صریح یا شرط ضمنی است. تنها سوالی که باقی می‌ماند این است که پس از نقض عهد از سوی متعهد (که در اینجا از طریق نقض یک شرط ارتكازی انجام شده است)، متعهد چه اختیاری دارد؟ آیا می‌تواند عقد را فسخ کند یا می‌بایست الزام متعهد را به اجرای تعهد بخواهد؟

فقها در این خصوص دو نظر دارند: نظر اول آن است که در صورت نقض شرط، متعهد ملزم به اجرای شرط می‌شود و الزام به اجرای شرط بر فسخ قرارداد اولویت دارد.^۱ نظر دوم این است که الزام به اجرای تعهد و فسخ در یک ردیف قرار دارد و به اختیار متعهدله است.^۲

به نظر می‌رسد نظریه دوم صحیح‌تر است؛ زیرا التزام متعهدله به عقد، مشروط به پایبندی متعهد به آن است و اگر متعهد از انجام تعهد خودداری کند، الزامی برای متعهدله باقی نمی‌ماند. عده‌ای از فقها بنای عرف را در این حالت بر عدم لزوم می‌دانند و مشروطه را میان لزوم و فسخ قرارداد مختار می‌دانند.^۳

یکی از مهم‌ترین مبانی حقوقی نظریه نقض احتمالی این است که نقض زود هنگام قرارداد توسط متعهد، نقض یک تعهد حال و بالفعل و به عبارتی نقض یک شرط ضمنی تلقی می‌شود.^۴ بنا به مراتب فوق و با این فرض که تخلف از شرط ضمنی را مشمول قسمت اخیر ماده ۲۱۹ مدنی بدانیم و آن را از موجبات قانونی فسخ تلقی کنیم، تعارض ظاهری اصاله‌اللزوم و نظریه نقض قابل پیش‌بینی از بین می‌رود؛ زیرا مبنای تعلیق قرارداد در نقض قابل پیش‌بینی، شرط

۱. نراقی، احمدین محمد مهدی، *عواید الایام فی بیان فداعد الاحکام*، قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه، ۱۴۱۷ق، صص ۱۳۶ و ۱۳۷؛ نجفی، محمد حسن، *جواهر الکلام*، جلد ۲۳، بیروت: دار احیاء التراث، ۱۴۰۴، ص ۲۱۹.

۲. خمینی، سید روح الله، *کتاب البیع*، جلد ۵، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ق، صص ۳۲۸ و ۳۳۳؛ طباطبایی، سید محمد کاظم، *حاشیه مکاسب*، جلد ۲، قم: مؤسسه اسماعیلیان، ۱۴۲۱ق، ص ۱۲۹.

۳. همان، ص ۱۲۹.

4. Cotbin, Arthur linton, *corbin on contracts*, 4 volume edition, united states, 1985, p971.

ضمنی طرفین در عدم نقض قرارداد (اعم از نقض واقعی یا نقض پیش از موعد) است و اگر یک طرف نقض پیش از موعد نمود، نظریه نقض قابل پیش‌بینی این امکان را به طرف مقابل می‌دهد که تعهدات متقابل خود را معلق و تحت شرایطی قرارداد را فسخ نماید و از سوی دیگر چنین فسخی استثنایی بر اصل لزوم قراردادهای است و در نتیجه تعارضی وجود نخواهد داشت.

نظریه نقض احتمالی چیزی جز قائل شدن حق فسخ برای متعهدله در مواردی که تقریباً محرز است متعهد برخلاف یک شرط ضمنی ارتكازی رفتار نموده است، نمی‌باشد و اگر بپذیریم متعهد برخلاف شرط ارتكازی نقض عهد کرده و در نتیجه حق فسخ برای طرف مقابل ایجاد شده است، این حق فسخ همانند سایر اختیارات خللی به اصل لزوم وارد نمی‌کند؛ زیرا موارد فسخ قانونی از شمول اصل لزوم خارج است و این امر در ذیل ماده ۲۱۹ قانون مدنی آمده است. برخی نویسندگان معتقدند شرط ضمنی اعتبار خود را از تراخی طرفین عقد می‌گیرد و همانند شرط صریح سبب ایجاد حق فسخ می‌شود.^۱

۷.۵. حکومت قاعده لاضرر به عنوان یکی از مبانی نظریه نقض احتمالی بر اصل لزوم قراردادهای

نظریه نقض احتمالی مانند هر نظریه دیگر می‌بایست بر اصول و مبانی قابل قبولی پایه‌ریزی شده باشد. یکی از مبانی فقهی نظریه نقض احتمالی قاعده لاضرر است.

صاحب جواهر(ره) حکمی را از برخی فقها نقل می‌کند و از ظاهر اقوال فقها نتیجه می‌گیرد که هرگاه در عقد لازمی یکی از طرفین عمل منافی با حق انجام دهد که طرف دیگر به سبب عقد مزبور کسب کرده است، شارع مقدس بر اساس قاعده لاضرر برای طرف دیگر حق فسخ مقرر کرده است و عقد از نظر او قابل فسخ است تا به این وسیله از او دفع ضرر گردد.^۲

از فقهای معاصر نیز برخی بر این عقیده داند که در صورت عدم انجام تعهد، متعهدله حق فسخ قرارداد را دارد و می‌تواند خود را از قید تعهدات قراردادی برهاند. طبق این نظر، فسخ قرارداد به دلیل عدم انجام تعهد یک قاعده است و در همه مواردی که تعهد انجام نشود، حکومت دارد. اگر بیعی انجام شود و بایع از تسلیم مبیع خودداری کند یا مشتری از تأدیه ثمن امتناع ورزد،

۱. کاتوزیان، ناصر، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷، ص ۲۱۳.

۲. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام، جلد ۲۷، تحقیق از شیخ علی آخوندی، تهران: دارالکتاب الاسلامیه، ۱۳۹۴، ص ۸۰.

این خودداری با حقوقی که به موجب قرارداد متعهدله بر ذمه طرف دیگر به دست آورده است، منافات دارد. از این رو قاعده لاضرر، لزوم عقد بیع را در چنین حالتی برداشته است تا طرف متضرر بتواند قرارداد را فسخ کند و خود را از زیان ناشی از التزام به عقد رها سازد.^۱

در نقض قابل پیش‌بینی نیز فرض بر این است که تعهدات آینده متعهد به احتمال قریب به یقین نقض می‌شود. التزام متعهدله به حفظ قراردادی که تقریباً مطمئن به نقض آن از سوی متعهد هستیم، بی‌تردید برای متعهدله و حتی در پاره‌ای موارد برای متعهد متضمن ضرر است و به استناد قاعده لاضرر این التزام قراردادی از متعهدله برداشته می‌شود.

کاربرد اصله‌اللزوم در قراردادها تا جایی است که قاعده لاضرر با مفاد و مدلول عقد تعارض پیدا نکند. چنانچه اصل لزوم با قاعده لاضرر در تعارض قرار گیرد، اصل لزوم جاری نمی‌شود.^۲

۱. خمینی، سید روح‌الله، **کتاب بیع**، جلد ۵، موسسه نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ق، ص ۵۶۵.

۲. امینی، امیر مهدی، پیشین، ص ۱۳۹.

نتیجه‌گیری

با توجه به مطالب معنونه می‌توان نتیجه گرفت نظریه نقض قابل پیش‌بینی نه تنها مخالفی با اصل لزوم قراردادهای یا اصله‌اللزوم ندارد، بلکه می‌تواند نتیجتاً موجب تحکیم قراردادهای شود و این تحکیم قرارداد و پایبندی به مفاد قرارداد از سوی طرفین، چیزی نیست جز لزوم قراردادهای. اصل لزوم قراردادهای یک اصل دوجانبه است و وجود نهاد نقض قابل پیش‌بینی از یک سو موجب مراقبت بیشتر متعهد به مقدمات اجرای تعهد و پرهیز از هر اقدامی می‌شود که موجب به‌وجود آمدن شائبه نقض احتمالی است و از سوی دیگر با رعایت این مراقبت‌ها موجبی برای اعمال نظریه نقض قابل پیش‌بینی و فسخ قرارداد از سوی متعهدله وجود نخواهد داشت.

علاوه بر آن یکی از مبانی نظریه نقض احتمالی، وجود یک شرط ضمنی قراردادی بین متعاقدين در پایبندی به تمام مفاد قرارداد و لوازم آن است و عدم رعایت این شرط ضمنی موجب حق فسخ برای متعهدله می‌گردد و می‌تواند به عنوان خیار تخلف از شرط ضمنی تلقی شود. همان‌طور که در ذیل ماده ۲۱۹ قانون مدنی آمده است، فسخ به علت خیارات قانونی، از مواردی است که قانون‌گذار آن را از دایره شمول اصل لزوم قراردادهای خارج کرده است. لذا این نظریه نمی‌تواند تعارض با اصله‌اللزوم داشته باشد.

توجه به معنا و مفهوم دقیق نظریه نقض قابل پیش‌بینی، بدین مفهوم که شرایط و ضوابط اعمال این نظریه به گونه‌ای است که هر ظن و گمانی را نمی‌توان مستمسک اعمال تئوری نقض احتمالی و فسخ معاملات قرار داد، این حقیقت را آشکار می‌کند که نظریه نقض احتمالی از یک سو موجب تقویت قرارداد می‌شود و از سوی دیگر در مواردی که ظن قوی و قریب به یقین بر نقض آتی تعهد از سوی متعهد وجود دارد، اعمال مقررات نظریه نقض احتمالی می‌تواند از تضییع حقوق متعهدله جلوگیری کند.

به علاوه یکی از مبانی نظریه احتمالی قاعده لاضرر است. بدیهی است که در تعارض قاعده لاضرر و اصل لزوم قراردادهای، قاعده لاضرر بر اصل لزوم حکومت دارد. لذا التفات قانون‌گذار به فواید این نهاد حقوقی و اقدامات تقنینی در این زمینه توصیه می‌شود.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

کتاب

۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، *ترمینولوژی حقوق*، تهران: کتابخانه گنج دانش، چاپ چهارم، ۱۳۶۸.
۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *دایره المعارف حقوق مدنی و تجارت*، جلد ۱، تهران: انتشارات گنج دانش، ۱۳۳۷.
۳. دهخدا، علی اکبر، *لغت نامه دهخدا*، آنلاین. <https://abadis.ir/>
۴. شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی، اصول قراردادهای و تعهدات*، جلد ۲، انتشارات مجد، چاپ سوم، ۱۳۸۳.
۵. عمید، حسن، *فرهنگ فارسی عمید*، تهران: انتشارات سکه، ۱۳۸۹.
۶. کاتوزیان، ناصر، *دوره مقدماتی حقوق مدنی، اعمال حقوقی*، شرکت انتشارات با همکاری شرکت بهمن برنا، چاپ اول، ۱۳۷۰.
۷. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادهای*، جلد ۱، چاپخانه بهمن، شرکت سهامی انتشار، چاپ هشتم، ۱۳۸۸.
۸. کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادهای*، جلد ۳، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۷.

مقاله

۹. امین، سید امیر مهدی، *اصل لزوم قراردادهای در فقه و قانون مدنی ایران*، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی دانشکده علوم قضایی و خدمات اداره، شماره ۴۴ و ۴۵، ۱۳۸۷.
۱۰. کاظمی، محمود و مرضیه ربیعی، *نقض احتمالی قرارداد در حقوق ایران با نگاهی به کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و نظام‌های حقوقی خارجی*، مجله دانش حقوق مدنی، شماره ۱۳.
۱۱. نخعی‌پور، قاسم و محمدعلی سعیدی، *تبیین حکم امضائی و تاثیر آن در استنباط احکام فقهی*، آموزه‌های فقه مدنی، دانشکده علوم رضوی، پاییز و زمستان ۱۳۹۶، شماره ۱۶.

۱۲. همتکار، حسین، **نظریه مقابله با نقض احتمالی قرارداد**، مجله دانشکده علوم اداری و اقتصاد دانشگاه اصفهان، ۱۳۸۴، شماره ۱۷.

پایان نامه

۱۳. همتکار، حسین، «پیش‌بینی نقض قرارداد و آثار آن»، پایان‌نامه دکتری، دانشگاه آزاد، واحد علوم تحقیقات، ۱۳۸۲.

ب) منابع عربی

۱۴. المصطفوی، الشیخ حسن، **التحقیق فی کلمات القرآن الکریم**، جلد ۱، نرم افزار اهل البيت (ع)، قم: مؤسسه نور.

۱۵. المهدب، ابن فهد حلّی، **البارع فی شرح مختصره النافع**، جلد ۲، قم: چاپ مجتبی عراقی، ۱۴۰۷ق.

۱۶. انصاری، شیخ مرتضی، **المکاسب**، جلد ۱، قم: مجمع دارالفکر اسلامی، ۱۴۲۸ ق.

۱۷. حلّی، المهدب ابن فهد، **البارع فی شرح مختصره النافع**، جلد ۲، قم: چاپ مجتبی عراقی، ۱۴۰۷ق.

۱۸. راغب اصفهانی، ابوالقاسم حسین بن محمد، **مفردات الفاظ القرآن**، بیروت: دارالشامه، ۱۴۱۲ق.

۱۹. زین‌الدین بن علی (شهید ثانی)، **الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیة**، جلد ۳، قم: منشورات مکتبه الداوری، ۱۴۱۰ ق.

۲۰. سبحانی، جعفر، **دراسات موجزه فی الخیارات و الشرط**، مرکز عالمی للدراسات الاسلامیه، چاپ اول، ۱۴۲۳.

۲۱. طباطبایی، سید محمد کاظم، **حاشیه مکاسب**، جلد ۲، نرم افزار اهل البيت، مؤسسه نور.

۲۲. قرشی، سید علی اکبر، **مفردات نهج البلاغه**، جلد ۲، نرم افزار اهل البيت (ع)، قم: مؤسسه نور.

۲۳. محقق کرکی، شیخ علی بن حسین، **جامع المقاصد فی شرح القواعد**، جلد ۴، قم: مؤسسه آل البيت، ۱۴۱۱ق.

۲۴. موسوی خمینی، سید روح الله، *الرسائل العشره*، موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، چاپخانه موسسه العروج، ۱۴۲۰ ق.
۲۵. موسوی خمینی، روح الله، *کتاب بیع*، جلد ۵، موسسه نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ق.
۲۶. موسوی خوئی، سید ابوالقاسم، *مصباح الفقاهه*، جلد ۸، بیروت: نشر الهادی، ۱۴۱۲ ق.
۲۷. نجفی، محمد حسن، *جواهر الکلام*، جلد ۲۷، تحقیق از شیخ علی آخوندی، تهران: دارالکتاب الاسلامیه، ۱۳۹۴.
۲۸. نجفی، محمد حسن، *جواهر الکلام*، جلد ۲۳، ۱۳۱۶.
۲۹. نراقی، احمد بن محمد مهدی، *عواید الایام*، ۱۴۱۷.

ج) منابع انگلیسی

Book

30. Cotbin, Arthur linton, *corbin on contracts*, 4volume edition, united states, 1985.

Article

31. Campbell, collin, "the doctvine of Anticipatory breach", *general law journal*, vol.60, 1905.

Internet Source

32. Legislative history 1980 vienna diplomatic conference, at: www.cisg.law.

