

کاربرد عقل و بنای عقلاء در باب ضمانت اجرای نقض قرارداد

تاریخ دریافت: ۹۱/۰۷/۰۵

تاریخ تأیید: ۹۲/۰۲/۰۱

نعمت‌الله الفت^۱

استادیار دانشگاه مفید

چکیده

عقل تنها مدرک مورد توافق همه انسان‌هاست و حجیت آن، فی‌الجمله مورد قبول همه مکاتب فکری بشری و الهی است. بنابراین آنچه در بحث حقوق قراردادهای به ویژه در مورد ضمانت اجرای نقض قرارداد، نیاز به بررسی دارد، حجیت عقل و بنای عقلاء نیست، لذا سعی بر آن است تا بررسی شود آن چیزی که به عنوان قاعده و حکم عقل در باب ضمانت اجرای نقض قرارداد پذیرفته شده است، مدرک عقل هست یا نیست؟ از نظر نگارنده دو نظریه پیش‌بینی نقض قرارداد و نقض کارآمد که امروز درباره ضمانت اجرای نقض قرارداد؛ کاهش و یا جبران خسارات نقض قراردادی مورد اقبال بسیاری از نظام‌های حقوقی واقع شده است، از مدرکات عقل آدمی است و بنای عقلاء بر آن مستقر است و عرف موجود در معاملات تجاری، بهترین گواه بر صدق این مدعا است. واژگان کلیدی: عقل، بنای عقلاء، نقض قرارداد، پیش‌بینی نقض قرارداد، نقض کارآمد

مقدمه

با نگاهی اجمالی به متون فقهی و حقوقی به سادگی درمی‌یابیم که عقل و بنای عقلاء دو منبع اساسی در فقه و حقوق قراردادهای به شمار می‌آید. بسیاری از فقهاء و حقوق‌دانان به این دو دلیل در اثبات بسیاری از قواعد فقهی و حقوقی در قراردادهای، استناد نموده و می‌نمایند. عقل گوهری بی‌بدیل است که خداوند متعال در سرشت انسان به امانت گذاشته است و به واسطه آن، امکان شناسایی حقایق و تمیز حق از باطل را به او داده است. عقل یکی از منابع چهارگانه استنباط است. در قرآن کریم و سنت نبوی و احادیث اهل بیت (ع)، آیات و روایات زیادی در زمینه حجیت و اهمیت عقل وجود دارد. این اندازه اهتمام شریعت، دلیل بر حجیت عقل است.^۲

بنای عقلاء هم، عبارت است از تمایل ایشان نسبت به امری و عمل به آن، از این جهت که عاقلند (صدر، المعالم الجدیدة، ۱۳۹۵: ۱۶۸). بنای عقلاء در صورت وجود سه عنصر، استناد

1. Email: olfat@mofidu.ac.ir

۲. مثل آیات ۱۶۴: ۱۷۰ و ۱۷۱ سوره مبارکه بقره و آیه ۲۲ سوره مبارکه انفال و آیات دیگر (ر.ک: طباطبائی، المیزان، بی تا: ۴۰۰/۱ به بعد) و روایات وارده در کتاب شریف کافی، باب عقل و جهل (ر.ک: الكلینی، کافی، ۱۴۲۵ق: ۱۳/۱).

به حکم عقل؛ عدم اختصاص به نژاد یا زبان یا فرهنگ و مذهب خاص؛ عدم بنای عقلایی مخالف، حجّت است.^۱

آنچه در حقوق قراردادها به ویژه ضمانت اجرای نقض قرارداد، مهم و نیاز به اثبات دارد، درک عقل نسبت به چیزی است که به عنوان قاعده و حکم پذیرفته شده است، می‌باشد نه حجیت عقل و بنای عقلاء، یعنی در معاملات، شبهه موضوعی در حکم عقل و بنای عقلاء وجود دارد، نه شبهه حکمی. در واقع باید به دنبال تعیین شاخص برای دستیابی به حکم عقل و بنای عقلاء بود، اما با وجود آرای متفاوت و متشتت در زمینه حجیت عقل و بنای عقلاء به نظر می‌رسد، تنقیح و تثبیت دو مطلب لازم است: ۱- حجیت احکام عقلی و عقلایی در وضع قوانین و قواعد حاکم بر قراردادها؛ و ۲- تشخیص صحیح مدرکات عقل و بنائات عقلایی در باب قراردادها.

بنابراین هر چند در جهان کنونی، کمتر نظامی پیدا می‌شود که در باب قراردادها، احکام عقلی و عقلایی را نپذیرد و اکثر اختلافات در این است که فلان قاعده یا حکم، عقلی و عقلایی هست یا نیست؟ ولی ناگزیر از اتخاذ مبنا در باب حجیت احکام عقلی و عقلایی برای استدلال بر مدعایمان هستیم. بعد از اتخاذ مبنا، سعی بر آن داریم که در باب نقض قراردادها، دو نظریه: «پیش‌بینی نقض قرارداد و نقض کارآمد» را که در بسیاری از نظام‌های حقوقی معاصر، پذیرفته شده است، از منظر حکم عقل و بنای عقلاء بررسی نماییم.

۱- حجیت عقل و بنای عقلاء در قراردادها

مفهوم عقل در تمامی علوم بار ارزشی خاصی دارد. عقل، راهنما و حاکم در اندیشه‌های بشری از جهت حق و باطل (حکمت نظری) و مدیر و راهبر در اعمال انسان (حکمت عملی) از جهت حسن و قبح افعال است. درک همه مسائل حکمت نظری و حکمت عملی بر عهده عقل است، یعنی درک همه هست‌ها و نیست‌ها؛ بود و نبوده‌های حقایق جهان تکوین و بایدها و نبایدهای اخلاقی، حقوقی و فقهی جهان تشریح به وسیله عقل صورت می‌پذیرد (جوادی آملی، ۱۳۸۶: ۲۶).

۱. در مورد شرایط حجیت بنای عقلاء و نحوه تحقق آن، بین دانشمندان اختلاف است. به طور خلاصه می‌توان گفت: در این باره دو نظر عمده وجود دارد. برخی بر این باورند که بنای عقلاء بر رویه و روشی اطلاق می‌شود که همه عقلاء به طور دائمی و همیشگی به آن عمل می‌کنند. مقصود ایشان آن است که بنای عقلاء نوعی از عرف عقلاست که همیشگی و همه جایی است (ر.ک: جعفری لنگرودی، ۱۳۷۸: ۱۱۴). در مقابل، نظر دیگر اعتقاد بر این دارد که تحقق بنای عقلاء منوط به مشارکت عملی تمام خردمندان در تمامی اعصار نیست (ر.ک: شهید صدر، بحوث فی علم‌الاصول، ۱۴۱۷: ۲۳۴/۴). جامعیت دیدگاه اول به شدت مورد ایراد است. زیرا بسیاری از استنادات فقهاء به بنای عقلاء را در بر نمی‌گیرد. چون مثال‌های فراوانی از کاربرد بنای عقلاء وجود دارد که فاقد عنصر عمومیت و مشارکت عقلایی تمام اعصار است. مثل مسائل جدید و مستحدث، همچون عقد بیمه و حقوق معنوی (ر.ک: الخویی، ۱۴۱۰: ۱۳۱/۲ و کاتوزیان، نقد و نظر، ۱۳۷۳: ۵۴/۱).

از این رو، فقه اسلامی و حقوق هم، همواره دلیل عقل و بنای عقلاء را مورد توجه و استناد قرار داده است، لذا شایسته است به طور مختصر، به دلیل عقل و بنای عقلاء از منظر فقه اسلامی و علم حقوق نگریسته شود.^۱

۱-۱- دلیل عقل و بنای عقلاء از منظر علم حقوق

گفته شده است، عقل مبنای بر کرسی نشانیدن حقوق طبیعی است. عقل دارای معانی متعدد است، ولی با توجه به استفاده از آن در مکتب حقوق طبیعی، شاید معنایی مساوی با ادراک داشته باشد؛ به این معنا که خیر و شر، راست و دروغ و صحیح و ناصحیحی که در خارج از ذهن وجود دارد، به کمک عقل درک می‌شوند؛ یعنی ادراک قواعد عام و تغییرناپذیر، به صورت یک استنتاج عقلی است (Ch. Perelman, 1987: 35). در حقوق، معنا و مفهوم دیگری نیز، برای عقل بیان شده است: «نظریه پردازان جدید در برابر قانون طبیعی که خاستگاه الهی دارد و در عین حال میان مردم به عنوان موجودات دارای عقل، مشترک است، مفهومی جدید از عقل را قرار می‌دهند. این مفهوم زیربنای فرضیه عقلانیت قانونگذار است. این فرضیه روش‌شناسانه که مبنای تفسیر قانون است، معتقد است که قانونگذار با زبانی که به کار می‌برد، آشناس و عارف به نظامی است که قانونش در حیطه آن قرار می‌گیرد، این قانونگذار که در صدد حفظ هماهنگی نظام است، کار عبث و بیهوده نمی‌کند و وسایل را با اهداف سازگار می‌کند و در قالب مرجحات پذیرفته شده، به استدلال می‌پردازد و از روش‌های وحدت ملاک، قیاس اولویت و مفهوم مخالف بهره می‌گیرد. در عین حال، فرض بر این نیست که وی تعدادی از قواعد حقوقی عام و تغییرناپذیر را تصدیق می‌کند. دو مفهوم معقول و نامعقول، بیش از مفاهیم دیگر مرتبط با عقل، در طرز کار عملی حقوق و همچنین استدلال‌های حقوقی کاربرد دارند و شاخص و معیاری به دست می‌دهند که تلاش‌های حقوقی در بستر آن به ثمر می‌نشیند و اعمال حق و اجرای عدالت صورت می‌گیرد. به عنوان مثال، در قراردادهایی که باید نوعی ارزیابی در آن‌ها صورت گیرد، مانند قیمت مبیع و مقدار اجاره بهاء و یا کیفیت یک اثر و میزان سود و زیان شرکاء، اگر اطراف قرارداد جهت حل اختلاف خود به داوری شخصی رضایت دهند، داور باید امین، بی‌طرف و آشنا به مسائل قرارداد باشد. اگر چنین نباشد، داوری او کان لم یکن است. زیرا غرض ضمنی و اصلی طرفین قرارداد، این است که آنچه بر عهده‌شان قرار می‌گیرد و باید بپردازند، معقول و منصفانه باشد. بنابراین قصد

۱. به یقین، دلیل بنای عقلاء با دلیل عقل متفاوت است. عقل از جمله منابع استنباط است، ولی بنای عقلاء در زیر مجموعه سنت قرار دارد. حکم عقلی از سنخ علم است، ولی بنای عقلاء از صنف عمل؛ و صرف عمل از آن جهت که عمل است، قابل ارزیابی نیست، مگر آنکه عمل معصوم (ع) باشد یا به امضای معصوم (ع) برسد؛ ولی حکم عقل از آن جهت که حکم و ادراک است، کاملاً قابل بررسی و تحقیق و در نتیجه قابل استناد است. در تمام مواردی که سخن از هماهنگی عقل و نقل است، مقصود از آن حکم عقل است نه بنای عقلاء. در واقع اعتبار عقل، کاملاً از بنائات عقلاء جداست.

نداشته‌اند، متعهد امری شوند که ممکن است خارج از حدود عقل و انصاف باشد. در این موارد، غیرمعقول به صورت خیانت در امانت و یا سوءاستفاده از اختیارات جلوه می‌کند» (همان).

معنایی که ابتدائاً از عقل بیان شد، معنایی بود که عقل‌گرایان و طرفداران مکتب حقوق طبیعی از آن اراده می‌کردند. اما اگر از عقل، عقلانیت قانونگذار منظور باشد، به نظر می‌رسد این نحوه استفاده از عقل در حقوق و فقه جدای از اختلافات جزئی، امری عام و مقبول همه مکاتب است. آن گونه که فرضاً یک قاضی هنگام تطبیق قانون با مصداق خارجی یا مواجه شدن با خلاء قانونی سعی می‌کند، به نتایجی خلاف اهداف و اغراض قانونگذار نرسد. این نحوه نگرش به عقل در فقه اسلامی، برای وضع قانون در مرحله استنباط و تفسیر متون قانونی و فقهی به هنگام اجراء، امری متداول و رایج است.

۱-۲- عقل و بنای عقلاء از منظر فقه اسلامی

از منظر فقه اسلامی می‌توان گفت، در اسلام یکی از مبادی قانونگذاری عقل است، یعنی عقل به عنوان یک اصل و به عنوان یک مبدأ برای وضع و کشف قانون به رسمیت شناخته شده است، لذا غالب فقهای اسلام حجیت عقل را پذیرفته و آن را از مبادی و منابع اصلی استنباط احکام می‌دانند (ر.ک: صابری، ۱۳۷۷: ۵۹/۱۱۴-۱۵۶). در بیشتر متون فقهی و اصولی شیعی و سنی چهار منبع کتاب، سنت، اجماع و عقل به عنوان مبادی اصلی استنباط آمده است، گرچه برخی در کنار آن‌ها به منابع دیگری هم، اشاره داشته‌اند (ابن ادریس الحلی، ۱۴۱۰: ۴۴۹/۲؛ ۵۲۹:۴۸۴ و ابن حزم المحلی، بی تا: ۵/۱۵۰ و الآمدی، ۱۴۰۲: ۱/۱۵۰ و المظفر، بی تا: ۲/۲۶۱)، با نگاهی اجمالی بر این کتب به دست می‌آید، آنچه نگارندگان در پی بیان آن در مورد دلیل عقل بوده‌اند، بیان این مطلب است: منتح نمودن عقل به عنوان دلیلی که در نهایت وظیفه شرعی یا حکم ظاهری را نتیجه می‌دهد. یعنی عقل دلیلی بر یک «اصل و قاعده منتج» است، نه آنکه خود، قاعده یا اصلی باشد که حکم شرعی را نتیجه دهد.

مرحوم شهید مطهری (ره) می‌گویند، فقه هر چند خاستگاه آسمانی دارد، اما کاربردش زمینی است. یعنی بر اساس مصالح و مفاسد موجود در زندگی بشر بنیان یافته است. وی تکیه بر مصالح و رموز خفیه در احکام فقهی غیرعبادی را مردود می‌دانند (مطهری، ۱۳۷۷: ۲/۲۷). بنابراین در شریعت اسلامی، عقل در ردیف کتاب آسمانی و از مبادی استنباط، قرار داده شده است. اینکه فقه اسلامی عقل را به عنوان یک مبدأ برای استنباط می‌شناسد، به این معنا است که احکام اسلامی، احکامی زمینی فطری و مربوط به مصالح بشریت است. تعبیر فقهاء، این است که احکام، تابع مصالح و مفاسد واقعی هستند (الفاض، ۱۳۸۲: ۴/۱۶۳). فقهاء می‌گویند: مصلحت‌ها و مفاسدها به منزله علل احکامند، حال اگر در جایی ما بدون آنکه در قرآن یا سنت حکمی داشته باشیم و به حکم عقل، مصلحت یا مفسده‌ای را کشف کنیم، باید قائل شویم که اگر مکشوف عقلی مصلحت مهمی است، اسلام

از آن صرف نظر نمی‌کند و اگر مفسده مهمی است، اسلام اجازه نمی‌دهد، آن را مرتکب شویم. بی‌درنگ می‌شود، به حکم قاعده ملازمه، حکم شرع را نیز به دست آورد (المظفر، بی‌تا: ۲۶۱/۳ به بعد). قبلاً گفتیم که حجیت عقل در روایات معتبر نیز، آمده است^۱. البته در بین اندیشمندان اسلامی درباره نحوه حجیت عقل اختلاف نظر وجود دارد. دو نظر عمده آنان در این باره عبارت است از:

اول- بخشی از قواعد و احکام اسلامی از وحی گرفته می‌شود و بخشی دیگر از عقل، به طوری که عقل به عنوان منبع مستقلی برای فقه اسلامی محسوب می‌شود.

دوم- عقل به عنوان کاشف از احکام الهی است و اعتبار آن، تنها از جهت کاشفیت از اراده تشریحی خداوند متعال است، نه به عنوان دلیل مستقلی برای تشریح (ر.ک: الانصاری، ۱۴۱۹: ۴۰/۱ به بعد).

با مقایسه این دو نظریه، چنین نتیجه گرفته می‌شود که گروه دوم، همواره میان دو دلیل اصلی، یعنی قرآن و سنت از یک سو و دلیل عقل از سوی دیگر، تفاوت قائلند و چنین به نظر می‌رسد که کتاب و سنت را منبع یا دلیل اصلی و عقل را کاشف و حاکی از دلیل اصلی به شمار می‌آورند. از این رو معنای منبع بودن عقل را به همان معنای دوم تفسیر کرده‌اند و ارزش حکم عقل را تنها از جهت کاشفیت آن از حکم شرعی دانسته‌اند.

استدلال این دسته از صاحب نظران اصولی این گونه است: ادله فقهی دو گونه است، ادله اجتهادی و ادله فقهاتی. دسته اول، ادله‌ای است که اصل منتج هستند، به این معنا که در جایگاه کبرای قیاس منطقی (برهان) قرار می‌گیرند و نتیجه این قیاس، حکم شرعی خاصی است که از این طریق به دست می‌آید. کتاب و سنت از این نوع ادله هستند. زیرا نتیجه مستقیم آن‌ها، اثبات حکم شرعی است، ولی دلیل عقل چنین نیست. زیرا عقل، دلیل بر اصل منتج است و خود اصل منتج نیست، بلکه اصل منتج، نظر شارع است که حکم عقل بر اساس حجیت عقل، دلیل بر احراز آن می‌باشد. به همین لحاظ است که معمولاً علمای اصول در مقام تعبیر از دلیل عقل آورده‌اند: «عقل دلالت بر براءت و یا استصحاب می‌کند و براءت و استصحاب، اصل منتج هستند، نه عقل که دلیل این گونه اصول منتج است» (الحکیم، ۱۹۷۹: ۲۷۹). اینان در علم اصول، معمولاً عقل را در طول دو دلیل دیگر، یعنی کتاب و سنت قرار می‌دهند و حجیت آن را مشروط به فقدان آن دو دلیل می‌دانند. از این رو، مفاد کتاب و سنت را احکام واقعی و مفاد دلیل عقل را احکام ظاهری می‌شمارند (همان).

چنین به نظر می‌رسد، حتی اگر نظر این دسته از فقهاء را بپذیریم، نمی‌شود عقل را از عداد

۱. محمد ابن یعقوب الكلینی، الكافی، تحقیق و تصحیح و تعلیق: علی أكبر الغفاری، تهران، دار الکتب الإسلامية، الخامسة، ۱۳۶۳، ج ۱، ص ۲۵. «علی بن محمد، عن سهل بن زیاد، عن محمد بن سلیمان، عن علی بن إبراهیم، عن عبد الله بن سنان، عن أبي عبد الله (ع)، قال: حجة الله على العباد، النبي و الحجة فيما بين العباد و بين الله، العقل».

قلمروی ادله شرعی خارج نماییم، زیرا اثبات حکم شرعی از طریق ادله شرعی نیز حتی در مورد کتاب و سنت، تنها به طریق عقل امکان پذیر است. در حقیقت عقل در درک حکم شرعی دو راه دارد: آنجا که ادله شرعی از قبیل کتاب و سنت وجود دارد، به دلیل اصلیتی که برای وحی قائل است، از طریق همان ادله شرعی، احکام الهی را استنباط می‌کند و آنجا که فقیه دسترسی به این ادله پیدا نمی‌کند، از طرق دلیل صرفاً عقلی بهره می‌گیرد. درست است که این دسته از علمای اصول، دلیل عقل را کاشف از حکم شرع دانسته‌اند و ملازمه عقلیه «کل ما حکم به العقل حکم به الشرع» را دلیل بر تطابق عقل و شرع و کاشفیت عقل تلقی نموده‌اند، ولی بر اساس اصل عقلی حسن و قبح در افعال اختیاری انسان، برای مستقلات عقلیه، اعتبار شرعی قائل شده‌اند و در نتیجه کلیه اوامر و نواهی شرعی در مورد مستقلات عقلیه را ارشادی گرفته‌اند. بنابراین دست‌کم در جایی که درباره امری، در شرع دلیلی نقلاً وجود ندارد، احکام عقلی، هم عقلاً و هم شرعاً حجت هستند. بدیهی است که حجیت دلیل عقل، اختصاص به مواردی دارد که عقل نسبت به چنین ملازمه کلی، قطع داشته باشد و مصلحت و مفسده مورد حکم را به دقت تشخیص داده باشد (الانصاری، فراید الاصول، پیشین).

بنابراین عقل، مبین حقانیت شرع و راهگشای آن و شرع مکمل و روشنی بخش راه عقل است و دست‌کم در معاملات و توصیلات و در منطقه فراغ، خلاء ناشی از فقدان دسترسی به حکم شرعی را جبران می‌نماید. زیرا همان طور که خداوند از طریق معصوم پیام و خواست خود را به انسان می‌رساند و می‌فهماند، از طریق عقل هم فرامین خویش را به انسان منتقل و می‌فهماند. عقل و نقل هر دو، کاشف از اراده الهی است.^۱ به یقین اگر برهانی در کار نباشد و بر اساس حدس و گمان با ابزاری چون قیاس (تمثیل منطقی) و استحسان، قاعده‌ای وضع و یا حکمی اصدار گردد، هیچ ارزش عقلی و شرعی نخواهد داشت. کلام معصومین (ع) حریم عقل را برای ما تبیین و تحدید نموده‌اند، اگر چه خود عقل هم، آن‌ها را می‌داند و بیان داشته است. قواعد متقن علم منطقی که مورد پذیرش همه است و از قضایای یقینیه محسوب می‌گردد، تعیین‌کننده حدود دلیل عقل است. اگر چه تفاوت‌های برهان عقلی و قیاس مطرح در فقه، روشن و زیاد است، لیکن تذکر این نکته خالی از فایده نیست. عقل در پاره‌ای از موضوعات غیرمستقل است و نمی‌تواند حکمی داشته باشد، ولی در بسیاری از موضوعات هم، استقلال کامل دارد، به طوری که گفته می‌شود، حکم نقلی در مستقلات عقلی ارشاد به حکم عقلی است. اما قیاس فقهی در تمام موارد، غیرمستقل است. زیرا قیاس حتماً نیازمند به اصلی است که از آن، به مقیاس علیه یاد می‌شود، تا فرع، به آن اصل قیاس شود. عقل تنها

۱. در روایتی امام کاظم (ع) فرمودند: «یا هشام، ان لله على الناس حجتين: حجة ظاهرة و حجة باطنة، فاما الظاهرة فالرسول و الانبياء و الائمه، و اما الباطنة، فالعقول» (الکلبی، الکافی، پیشین، ۱/۳۵).

در استنباط حقوق از منبع مشترک فطرت و طبیعت به کار نمی‌آید، بلکه در استخراج احکام و قوانین اخلاقی نیز که سرچشمه بسیاری از قواعد حقوقی است، نقش بسزایی دارد.

اما بنای عقلاء، از دیگر دلایل مورد استناد فقهاء در روند استنباط احکام شرعی است و به معنای روش و سلوک عملی عقلاء بر انجام دادن یا ترک کاری است (المظفر، پیشین، ۱۷۶/۳). واژه بنای عقلاء در متون اصول فقه شیعه در دو قرن اخیر بیشتر رواج یافته است و به معنای همان سیره عقلانیه است (همان). در این منابع، به جای این اصطلاح، تعبیری دیگر مانند، ارتکاز عقلاء، طریقه عقلاء، عمل عقلاء، سیره عقلائی، قانون عقلائی، اصل عقلائی، حکم عقلائی، عرف عقلاء، اتّفاق عقلاء، عرف و عادت نیز به کار رفته است (فیض، ۱۳۸۱: ۲۲۴). بنای عقلاء همانند دلیل عقل، در فرآیند استنباط فقهی نقش بسزایی دارد. به همین علت در ابواب مختلف فقهی به آن استناد شده است و تشخیص و تطبیق عناوین بسیاری از احکام و موضوعات آن‌ها برعهده آن، گذاشته شده است.^۱ مفهوم بنای عقلاء، همان روش و سیره ایشان در روابط اجتماعی و معاملاتی است (فیض، پیشین، ۲۱۸). بسیاری از موضوعات مسائل فقهی، ماهیتی عرفی و عقلائی دارند و قبل از اسلام هم وجود داشته‌اند. امور عقلائی و عرفی هم، بسته به مقتضیات زمان و مکان و نیازهای بشر دائماً در حال تغییر است و اگر بنای عقلاء و عرف نبود، هیچ‌یک از نظام‌های اجتماعی شکل نمی‌گرفت. بنابراین برای تبیین مفهوم «بنای عقلاء» باید به رابطه آن با معنای «عرف و عادت» توجه کرد. تعبیر «عرف و عادت» در فقه، چه فقه امامیه و چه فقه اهل سنت، کاربرد بسیار دارد و امروز، در علم حقوق نیز تعبیر «عرف و عادت» رایج است و قانون مدنی، در مواد ۲۲۰، ۲۸۰، ۳۵۷، ۴۲۶، ۶۴۶، ۱۱۳۱، ۶۶۷ آن را به کار برده است. بنا به تعریف غزالی، «عرف چیزی است که انسان‌ها به هدایت عقل بر آن متّفق اند و طبیعت و سرشت سالم آنان، آن را پذیرفته است» (نقل از ابن عابدین، بی تا: ۴۴/۱).

در سایر منابع اصول فقه عامه نیز، همین تعریف از عادت شده است. در این تعاریف، مفهوم این دو واژه به مفهوم بنای عقلاء بسیار نزدیک است، ولی از آنجا که عرف و عادت تنها به عرف عام، معقول و صحیح اختصاص داده شده و جامعیت ندارد، مورد انتقاد واقع شده است (الحکیم، پیشین، ۴۱۹). برخی دیگر برآنند که اثبات نمایند، عرف باید در فطرت و ارتکازات مردم ریشه داشته باشد (ولایی، ۱۳۷۸: ۲۴۳).

شاید بهتر باشد، عرف را این گونه تعریف کرد: «عرف، عادتی است که زمانی طولانی در میان مردم مرسوم شده و به الزامی بودن آن اعتقاد پیدا شده است». در فقه مذاهب عامه، به ویژه در

۱. به گفته برخی از فقهاء، بسیاری از احکام شرعی از جمله قضاء و غیر آن، همه بر محور عقلاء و عرف می‌گردد، حقوق و واجبات بر اساس آن شکل می‌گیرد و فهم خطابات شرعی و تفهیم آن‌ها در پرتوی عقلاء و عرف تحقق می‌یابد (ر.ک: محمد جواد مغنیه، علم اصول الفقه فی ثوبه الجدید، قم، انتشارات ذوالفقار، بی تا، ص ۲۲۲).

فقه حنفی و مالکی، عرف یکی از منابع استنباط و زیربنای دلایلی مانند قیاس و استحسان شناخته می‌شود. در فقه شیعه نیز، عرف و عادت نقشی مهم و انکارناپذیر دارد، زیرا از یک سو می‌تواند در استنباط حکم شرعی نقش داشته باشد و از سوی دیگر در تشخیص موضوعات و تطبیق احکام بر مصادیق و نیز برای تبیین مفاهیم در الفاظی که وضع شرعی ندارند، نقش اساسی دارد. همچنین عرف در رفع ابهام موجود در معاملات و نیز حل دعاوی مؤثر است (همان، ۲۴۵ و ۲۴۶). هر گاه عرف به نژاد، مذهب، زمان، گروه و محدوده‌ای خاص وابسته نباشد «عرف عام» است و در غیر این صورت «عرف خاص» نامیده می‌شود. به نظر برخی از نویسندگان و فقهای امامیه، میان بنای عقلاء و عرف تباین مفهومی وجود ندارد و حتی برخی سیره عقلاء را همان عرف صحیح دانسته‌اند (فیض، پیشین: ۲۲۰ و ۲۲۴). برخی نیز بنای عقلاء را «عرف عملی» و برخی دیگر، آن را «عرف عقلاء» به شمار آورده‌اند (ولایی، پیشین: ۲۴۷ و الکاظمی الخراسانی، ۱۴۰۹: ۱۹۲/۳). به تبع مرحوم نائینی (ره) برخی دیگر، بنای عقلاء را همان «عرف عام» می‌دانند (نقل از: ولایی، پیشین، فیض، پیشین و المظفر، پیشین). با این همه می‌توان گفت که در منابع فقهی و اصولی امامیه کاربرد واژه «عرف و عادت» در معنایی نزدیک به مفهوم طریق و بنای عقلاء، یعنی به معنای عرف عام، وجود دارد (الکاظمی الخراسانی، پیشین: ۱۹۲/۳).

در منابع فقهی، به ویژه در ابواب معاملات که بیشتر دربردارنده احکام امضایی، یعنی احکامی که به موجب نیاز جمعی و بر پایه مصالح عمومی در زندگی اجتماعی مردم وجود داشته و شارع با تغییراتی آن‌ها را تأیید کرده است، از بنای عقلاء بسیار بهره گرفته شده است. در بسیاری از احکام مهم فقهی، بنای عقلاء از جمله ادله مهم و حتی دلیل منحصر دانسته شده است، از جمله در برخی احکام اجتهاد و تقلید، مانند لزوم تقلید از مجتهد اعلم، بنای عقلاء، دلیل و مستند مهم مشروعیت معاملات متداول در میان مردم شناخته می‌شود. به نظر برخی از فقهاء، دلیلی برای انحصار معاملات در عقود معین وجود ندارد، بلکه هر معامله عقلایی صحیح است، مگر آنکه با دلیلی خاص از شمول ادله عام خارج شده باشد. بر این اساس، وی دلیل اصلی جواز بسیاری از معاملات رایج از جمله عقد مساقات را عقلایی بودن آن‌ها دانسته است و درباره برخی شرایط و قیود آن‌ها به بنا و اعتبار عقلاء استناد می‌کنند (الطباطبایی الیزدی، ۱۴۲۰: ۷۱۰/۲، ۷۱۱: ۷۲۸، ۷۳۷ و ۷۴۵).

به علاوه، دلیل فقهی بسیاری از احکام معاملات، بنای عقلاء دانسته شده است، از جمله، صحّت معامله معاطاتی، حصول ملکیت با حیازت مباحات، وجود خیار در عقد بیع معاطات، لزوم تساوی عوضین در مالیت، وقوع تلف قبل از قبض از مال بایع، ضمان نسبت به مقبوض به عقد فاسد، ضمان ید، وجوب تسلیم مبیع و ثمن در عقد بیع و موارد دیگر (النجفی، ۱۳۹۴: ۲۳/۲۱۸ به بعد و البجنوردی، ۱۴۱۹: ۱۹۴/۵).

در ارتباط با حجیت بنای عقلاء نیز در فقه، دو دیدگاه عمده وجود دارد، برخی معتقدند، بنای عقلاء در صورتی حجّت است که مورد تأیید معصوم (ع) قرار گرفته باشد، به این معنا که باید در همه موارد، بنای عقلاء مستند به رأی معصوم باشد و به امضای وی برسد. بر این اساس سیره‌های عام عقلایی که از فطرت بشری و اعتبارات عام عقلایی ناشی می‌شوند و بر اساس نیازهای جدید لباس وجود می‌پوشند، در صورتی حجّت هستند که به امضای معصوم (ع) برسند (الحکیم، پیشین، ۱۹۸ و الصدر، ۱۴۲۱: ۱/۲۷۰ و ۲۷۱). اما عده‌ای دیگر، بنای عقلاء را از آن جهت که مبتنی بر فطرت اجتماعی عقلایی است، نیازمند به تأیید و امضای معصوم (ع) ندانسته و بر اساس قاعده ملازمه، حکم به مشروعیت آن می‌کنند (الموسوی الخمینی، ۱۴۱۰: ۲/۱۳۰ و ۱۳۱: الاصفهانی، ۱۴۰۸: ۵/۳۰ و طباطبایی، ۱۳۷۴: ۲/مقاله ۱۴۳/۶: ۱۶۷: ۱۷۲: ۱۷۳ و ۲۰۰).

بر اساس نظر این دسته از فقهاء، احکام شریعت اسلامی به حسب طبع اولی با احکام عقلایی یکی است، مگر مخالفت با آن احراز شود. به نظر ایشان، برای حجیت بنای عقلاء، عدم احراز منع و ردع از سوی شارع کافی است، برخلاف نظر فقهای دسته اول که عدم منع باید احراز شود تا حجّت باشد. از منظر این دسته از فقهاء، بنای عقلاء به طور کلی، مستند به حکم بدیهی عقل و طبع عقلایی است، عقلی که در شمار منابع استنباط احکام شرعی است و هم‌تراز کتاب و سنت است (فاضل لنکرانی، ۱۳۷۹: ۱۰/۵۷۶).

در بررسی این دو نظریه هم، به این نتیجه مشترک می‌توان دست یافت که بنای عقلاء نیز در عداد دلایل استنباط احکام فقهی و حقوقی است. زیرا درست است که فقهای قائل به نظریه اول، امضای معصوم (ع) را به صورت ایجابی برای تنفیذ و صحت رأی مستفاد از بنای عقلاء لازم می‌دانند و به همین جهت، همزمانی و معاصرت بنای عقلاء با عصر شارع مقدس را یکی از شروط حجیت آن می‌دانند، اما برای احراز این شرط، گفته‌اند: اگر معصوم (ع) بنایی از عقلاء را ردع کرده باشند، باید چنین ردعی به ما رسیده باشد. حال که ما از آن ردع مطلع نیستیم، پس امام (ع) نسبت به آن سکوت نموده‌اند، لذا می‌توان امضای معصوم (ع) را در این باره احراز کرد. زیرا اگر چنین بنایی اشتباه بود، حتماً باید امام (ع) آن را ردع می‌فرمودند. از سوی دیگر، امضایی که از سکوت معصوم (ع) استنباط می‌شود، بر مبنای عاقلانه بودن عمل و بنای عقلاء است، نه بر اساس سلوک فعلی عقلاء در آن عصر. بنابراین به نظر می‌رسد که امام (ع) بنای عقلاء را به طور کلی امضاء نموده اند (الشهید الصدر، پیشین، ۲۷۰): و نفس وجود بنای عقلاء به شرط عدم ردع از سوی شارع، جهت امضای ایشان کفایت می‌کند. در این صورت، آنچه حجّت است، تنها عمل و رفتار عقلاء نیست، بلکه حجّت، ارتکاز و طبع عقلایی است که عمل بر پایه آن صورت گرفته است. شهید صدر (ره) اعتقاد دارند، حجیت بنای عقلاء بر مبنای یک قضیه طبیعی است و در بنای عقلاء همین مقدار

کافی است که عملی بر مبنای طبیعت عقلایی انجام گرفته باشد. اگر چه امام (ع) بر اساس آن عمل نکرده باشند. در این صورت اگر عمل عقلاء مورد ردع قرار نگرفته باشد، همواره اعتبار دارد و حجّت است. بنابراین بناء عقلاء بماهیم عقلاء به عنوان قضیه طبیعیّه حجّت است و اختصاص به زمان معصوم (ع) ندارد (همان).

بنابراین گستره بنای عقلاء که در فقه و اصول بدان استناد می‌شود، به سیره‌های عقلایی زمان شارع محدود نیست؛ زیرا در برخی از موارد، بنای عقلاء بیانگر موضوعات احکام در آن دسته از احکام شرعی است که موضوع آن‌ها بر عرف متکی است. در این موارد، باید به بنای عقلایی و عرفی زمان اثبات حکم رجوع کرد نه زمان تشریح حکم. همچنین برای پی بردن به مفاد الفاظ عقود، لازم است که به معانی عرفی زمان عقد دست یافت. به گفته امام خمینی (ره)، ائمه (ع) که می‌دانستند در زمان غیبت، عامه مردم به سبب ارتکاز عقلایی خود به عالمان رجوع می‌کنند، اگر این روش را قبول نداشتند، باید ما را از عمل بر اساس این ارتکاز بر حذر می‌داشتند؛ عدم مخالفت آنان، دال بر حجّیت این روش است. اگر ریشه بنای عقلاء را مرتکبات فطری انسان و مبنای حجّیت آن را اتحاد روش و مسلک شارع با عقلاء بدانیم، در این صورت، حجّیت بنای عقلاء به سیره‌های پیشین انحصار ندارد، بلکه مرتکباتی را نیز که عقلاء از آن‌ها غافل بوده‌اند یا برایشان مطرح نبوده و اکنون بدان دست یافته‌اند، در برمی‌گیرد (الموسوی الخمینی، پیشین: ۲/۱۳۰).

۲- بررسی کاربرد دو دلیل عقل و بنای عقلاء در باب ضمانت اجرای نقض قرارداد

روشن شد، حجّیت عقل و بنای عقلاء، اجمالاً مورد پذیرش همه فقهاء؛ حقوق دانان و نظام‌های فقهی و حقوقی است. در اسلام خیلی از احکام، به ویژه در معاملات (قراردادها و روابط اجتماعی)، امضائی است. این به معنای احترام اسلام به عرف و امضای یافته‌های عرف است. در فقه امامیه، بنای عقلاء، مستند و منبع دیگری است که کارکردی شبیه عرف دارد. عقلاء در همه زمان‌ها یک نوع برداشت ندارند، لذا بنای عقلاء در همه زمان‌ها ثابت و به یک گونه نیست. همان گونه که عقل تکمیل می‌شود، بنای عقلاء هم تکامل پیدا می‌کنند. ممکن است در گذشته بنای عقلاء، موضوعی را رد می‌کرد، ولی امروز آن را بپذیرد (صفایی، ۱۳۸۱: ۷-۲۴). با توجه به این مطالب، اینک به بررسی دو مسئله از مسائل روز نقض قراردادها می‌پردازیم که در اکثر نظام‌های حقوقی معاصر، به دلیل عقل و بنای عقلاء پاسخ روشنی یافته و مناسب است نظام حقوقی ما هم، این خرد جمعی را بپذیرد تا به رونق تجاری و اقتصادی کشور کمک شود.

۱-۱- ضمانت اجرای آشکار شدن نقض قرارداد قبل از زمان اجرا

امکان نقض قرارداد از سوی متعاقدين، به ویژه در قراردادهای مؤجّل و مستمر، همواره و در هر نظام حقوقی در عرصه‌های داخلی و بین‌المللی وجود دارد، لیکن نظام‌ها به جهت برخورد با آن،

شیوه‌های مقابله گوناگونی دارند. این شیوه‌ها روز به روز در حال تحول و تغییر است. در حقوق ایران نیز، نمی‌توان با انواع مختلف نقض قرارداد به یک طریق برخورد کرد و بدون توجه به نوع قرارداد و انتظارات طرفین و انگیزه‌های آنان از انعقاد قرارداد و تغییرات احتمالی که در وضعیت طرفین بعد از انعقاد قرارداد حادث می‌شود، سازوکاری یکسان، برای مقابله با انواع مختلف نقض مقرر نمود. به عنوان مثال، اگر پیمانکاری که ساخت یک سدّ عظیم را پذیرفته است، پس از انجام بخشی از تعهداتش متواری گردد، به نحوی که دسترسی به اموال او امکان‌پذیر نباشد، الزام او به انجام تعهد چه ثمری در بر خواهد داشت. در این موارد، رهایی از الزامات قرارداد پیشین و انعقاد قرارداد جانشین، از ضرر بیشتر متعهدله و گستره دامنۀ خساراتی که در اثر عدم‌النفع و توقف پروژه وارد می‌شود، می‌کاهد. بنابراین، حداقل باید به زیان‌دیده (متعهدله) اجازه داد که در راستای اصل سرعت در معاملات تجاری، حق فسخ را درکنار الزام به اجرای تعهد، مورد استفاده قرار دهد و اختیار بیشتری برای رعایت مصلحت خویش و حفظ حقوق خود داشته باشد. زیرا اگر قرار بر این است که زیان‌دیده مورد حمایت قرار گیرد، باید به او اجازه داد در چارچوب قانون، طبق مصالح خویش عمل نماید.

تردید نیست که قدرت فهم و تعقل انسان، دائماً در حال رشد و توسعه است، از این‌رو عرف و عادات رفتاری انسان‌ها و بنای عملی عقلای عالم هم، در مدیریت و اداره زندگی فردی و اجتماعی تغییر می‌کند و در راستای بهبود وضعیت، هر زمان ممکن است، عرفی و بنایی جدید شکل بگیرد. نظریه اجرای اجباری عین تعهد در صورت نقض که روزگاری عرف معاملات، آن را پذیرفته بود و احکام شرع و قوانین بسیاری از نظام‌های حقوقی نیز، آن را امضاء و در شمار قواعد الزام‌آور خود، آورده بودند، امروز به لحاظ تغییر وسیع در نوع معاملات و تغییر عرف‌های تجاری، در اکثر نظام‌های حقوقی، کم‌کم کارایی خود را از دست داده و جهت تأمین حقوق طرفین، اندیشه‌ای نو با عنوان، نظریه پیش‌بینی نقض قرارداد^۱، جایگزین شده است و تقریباً بنای تمام عقلای عالم بر آن استقرار یافته است (ر.ک: ماده ۷۱ و ۷۲ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا که این کنوانسیون تقریباً در غالب کشورهای جهان پذیرفته شده است).

۱-۱-۱- تقریر و تحلیل حکم عقل درباره ضمانت اجرای آشکارشدن نقض قرارداد قبل از فرارسیدن موعد اجرا

درک مشترک و اثر اولی اغلب آراء و نظرات درباره مبنای اصل لزوم و نیروی الزام‌آور عقد، اجرای عین تعهد است و الزام و اجبار به انجام عین تعهد در صورت نقض، از جمله لوازم لاینفک وجود وفای به شرط و تعهد است و اصولاً مطابق توافق انجام شده، اجرای عین قرارداد، مقصود

1. Anticipatory Breach of Contract.

اصلی طرفین عقد است و عقل آدمی بر آن حکم می‌کند و بنای عقلاء هم بر آن مستقر است. اما آیا این، بدین معناست که در همه موارد نقض، اجرای عین تعهد، وفای به عهد تلقی می‌گردد و با دستیابی به عین تعهد، به مقصود اصلی از انعقاد قرارداد دست یافته‌ایم؟ و یا اینکه در همه نظام‌ها و از نظر تمام آراء درباره اصل لزوم، نخست باید الزام به انجام تعهد صورت گیرد و در صورت عدم امکان به اجبار، برای متعهدله حق فسخ قرارداد ایجاد شود؟

تردیدی نیست که حسن وفای به عقد از احکام عقلی مستقل است، آن گونه که قبح نقض عهد هم، از مستقلات عقلی است. سخن در این است که مفاد این حکم عقلی، آیا دربردارنده این حکم هم است که می‌توان نقض‌کننده قرارداد را اجبار به اجرای تعهدش کرد یا نه، متعهدله تنها حق فسخ قرارداد را می‌یابد؟

غایت آنچه تصور می‌رود، این است که بر اساس حکم عقل، در صورت نقض پیمان، متعهدله حق دارد عمل به تعهد را از متعهد مطالبه کند و وی را الزام و اجبار کند تا به تعهدش عمل نماید. این به معنای جواز اجبار متعهد بر اجرای قرارداد در صورت عدم انجام تعهد است. نه لزوم اجبار به هر نحو ممکن، آن گونه که در قانون مدنی مواد ۲۳۷-۲۳۹ مقرر شده است.

آنچه سبب می‌شود تا از لزوم عقد دست برداشته شود، ضرری است که به دلیل عدم انجام تعهد از سوی متعهد، متوجه متعهدله می‌شود. منشأ این ضرر در حکم به لزوم عقد در صورت امتناع متعهد از انجام تعهد است و این ضرر به مجرد امکان اجبار متعهد رفع نمی‌شود. به قاعده لاضرر، حکم ضرری مندفع است و در اینجا لزوم، ضرری است، پس باید حق فسخ وجود داشته باشد تا از این باب به متعهدله ضرری وارد نشود (الطباطبایی الیزدی، ۱۳۷۸: ۱۱۴/۲). مبنای مشروعیت خیار و نقض اصل لزوم، ضرری است که از تخلف به متعهد می‌رسد و مادام که ضرر دفع نشده و فقط احتمال آن است، این مبنا به قوت خود باقی است. امکان اجبار متعهد، در حکم امکان رفع ضرر است، نه رفع ضرر به طور قطع، پس باید فسخ در عرض اجبار وجود داشته باشد تا ضرری متوجه متعهدله نشود.

به نظر می‌رسد، اجرای اجباری عین تعهد حکم عقل نبوده و عقل در کنار اجبار، متعهدله را مخیر می‌داند که بر اساس سنجش سود و زیان خود، به عقد پایبند باشد و یا آن را فسخ نماید. وقتی این حکم عقل در مورد نقض واقعی و تخلف حقیقی از تعهدات باشد، در جایی که هنوز تخلفی صورت نپذیرفته و امکان تدارک ضرر متعهد قبل از تخلف وجود دارد، عقل به طریق اولی حکم به انتظار تا فرارسیدن موعد اجراء و بعد اجبار متعهد نمی‌نماید. عقل انسان، قوه‌ای تحلیل‌گر اقتصادی دارد. عقل به انعقاد قراردادی معوض که ضرر ناشی از آن، چه از لحاظ میزان و چه از نظر درجه احتمال وقوع، بیش از سود آن باشد، حکم نمی‌کند. همین‌طور عقل آدمی بعد از انعقاد قرارداد

معوّض، انجام تعهد از سوی یکی از طرفین را، در صورتی که اجرای تعهد متقابل طرف دیگر مورد شک و تردید است، تأیید نمی‌کند و در صورتی که متعهدی به اجرای تعهدش وفا کرده‌است، ولی طرف مقابلش معلوم است که قصد ندارد و یا نمی‌تواند تعهداتش را به موقع به اجرا در آورد، عقل انتظار را بی‌ثمر می‌داند و حکم به استرداد آنچه تسلیم نموده، می‌کند. زیرا هدف از انعقاد هر عقد معاوضی و معوّض، دستیابی متعاقدين به موضوع تعهد طرف دیگر است؛ زمانی که اطمینان وجود دارد، یکی از طرفین به هنگام حال شدن تعهداتش، قادر به انجام آنها نخواهد بود، اجرای تعهدات چنین قراردادی از سوی طرف دیگر، به ویژه در معاملات تجاری بین‌المللی بدون تحصیل تضمین کافی، توجیه عقلی ندارد (Chengwei, Liu, 2005: Suspension or Avoidance Due to Anticipatory breach).

این احکام عقلی همان مفاد نظریهٔ پیش‌بینی نقض قرارداد است. افزون بر آن، اجبار و الزام طرف قراردادی که وقت اجرای تعهداتش رسیده است، به انجام وظایف قراردادیش و بعد به انتظار نشستن رسیدن زمان اجرای تعهدات طرف مقابل، در حالی که به طور معقولی پیش‌بینی می‌شود که اجراء نخواهد شد، کاری بیهوده و غیرمنطقی است که عقل آن را روا نمی‌داند. همچنین این کار، زمان بر، هزینه‌آفرین و خسارت‌زا است. در نظر عقل، همواره پیشگیری از درمان کم‌هزینه‌تر، بدون اتلاف منابع و سرمایه و سریع‌تر به نتیجه قطعی منتهی می‌شود. بنابراین در بحث قراردادهای، در معرض انحلال قرارگرفتن عقد بر اجرای یک‌سویه و بعد به دنبال بازگشت به حالت قبل از اجراء، به یقین معقول‌تر است. به نظر برخی از حقوق‌دانان آمریکایی: «گفتن اینکه تا زمانی که طرف نقض‌کنندهٔ قرارداد در عالم واقع تهدید زیان‌آورش را محقق نساخته است، حقوق نمی‌تواند از نظر منطقی، در مقابله با اجرای قرارداد از سوی متعهدله راه چاره‌ای بیندیشد، به همان اندازه محافظه‌کارانه است که گفته شود، هیچ کشوری نمی‌تواند تا زمانی که به آن واقعاً حمله نشده و اشغال نگردیده است، به صرف اعلام جنگ دشمن، به اقدامات دفاعی دست زند.»^۱

۱-۲-۱- تقریر و تحلیل بنای عقلاء دربارهٔ ضمانت اجرای آشکار شدن نقض قرارداد قبل از فرارسیدن موعد اجراء

مقصود از بنای عقلاء در حقوق تجارت، همان عرف‌های رایج بین تجّار است. حقوق عرفی متداول بین بازرگانان بر اساس طبیعت و ذات خود، تدوین نشده، غیرموضوعه و غیر قراردادی است. قواعد مندرج در یک کنوانسیون بین‌المللی می‌شود به عنوان بخشی از حقوق عرفی بازرگانی توصیف شود.^۲

1. Ballantine, Henry Winthrop (Feb, 1924): Michigan Law Review, Vol. 22, No. 4.
 ۲. ر.ک: روی ام. گوود، مقاله: «عرف و پذیرش آن در حقوق بازرگانی فراملی»، ترجمه حمید رضا علوم‌ی زدی، مجلهٔ حقوقی، نشریهٔ مرکز حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی و امور مجلس ریاست جمهوری، ۱۳۸۶، شمارهٔ ۳۶، ص ۲۰۱.

در ماده ۲۰۵-۱ قانون متحدالشکل و یکنواخت تجاری آمریکا (UCC) آمده است: «عرف تجاری، هر رویه و یا روشی است که به صورت متداول و مستمر در محل، موضوع و یا حرفه خاصی رعایت می‌شود، به گونه‌ای که انتظار طرف را از رعایت آن در معامله مورد نظر توجیه می‌کند». بند دوم ماده ۹ کنوانسیون ۱۹۸۰ وین هم، مشابه این تعریف از عرف ارائه نموده است و قدرت الزام آور عرف را به توافق ضمنی طرفین مستند می‌داند. به حق می‌توان گفت که وجود یک کنوانسیون تجاری بین‌المللی، گواهی بر وجود عرفی، سابق بر آن است، همان گونه که وجود یک عهدنامه بین‌المللی می‌تواند گواهی بر وجود قاعده‌ای در حقوق بین‌الملل عرفی باشد. مثال جالبی برای این موضوع، رأی داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی در پرونده شماره ۵۷۱۳ در سال ۱۹۸۹ است.^۱ فروشنده به موجب قرارداد منعقد شده در سال ۱۹۷۹ برای دریافت مانده ثمن به داوری متوسل شده بود. خریدار ادعا می‌کرد که وی به دلیل عدم مطابقت مبیع با توصیف مذکور در قرارداد، حق دارد از ثمن بکاهد. در ضمن رسیدگی، این سؤال طرح شد که آیا خریدار در موعد مقرر عدم مطابقت را به فروشنده اعلام کرده است؟ مرجع داوری با اعمال قواعد حل تعارض مورد پذیرش عموم، قانون حاکم بر قرارداد را قانون کشور فروشنده اعلام کرد. اگر چه قانون حاکم، به لزوم دادن اخطار عیب در مدت کوتاهی اشاره داشت، ولی دیوان آن را مخالف عرف تجاری مورد قبول همگان تلقی نمود. در نتیجه مرجع داوری از اعمال قانونی که به موجب قواعد حل تعارض، قانون قابل اعمال بر قرارداد بود، عدول کرد و به جای آن، مواد ۳۸ و ۳۹ کنوانسیون بیع بین‌المللی کالای وین را اعمال نمود.^۲ بنابراین کنوانسیون ۱۹۸۰ وین، می‌تواند به عنوان منبعی در نظر گرفته شود که عرف تجاری مورد قبول همه نظام‌ها را، در بیع بین‌المللی منعکس می‌کند. مواد ۷۱ و ۷۲ کنوانسیون ۱۹۸۰ وین در مورد پیش‌بینی نقض قرارداد است که بیانگر وجود عرف تجاری بر این نظریه است.

خلاصه آنکه، عرف معاملات تجاری اقتضاء دارد که به متعهدله اختیار داده شود تا آینده‌نگری نموده و ضرر را از خود، قبل از آنکه وارد شود، دفع نماید. بسیار روشن است که عقلاء انسانی را که علم دارد در آینده نزدیک با خطری قطعی روبرو می‌شود، اگر به انتظار وقوع خطر بماند تا در وقت حادثه، آن را از خود دفع کند، مورد مذمت قرار می‌دهند و تقبیح می‌کنند. در قراردادهای دوتعهدی و معوض که رکن اصلی و هدف اساسی طرفین، تحصیل سود و منفعت است، وضوح این امر بسیار بیشتر است، چرا که در پاره‌ای از موارد، انتظار نه تنها شخص را به منفعت مورد نظر نمی‌رساند، بلکه ممکن است دچار خسارتی نماید که به هیچ عنوان قابل تدارک نباشد. قواعد حقوق قراردادهای به منظور

1. 1990, XX I.C.C. A.Y.B. 70, Jarvin et al. Collection of ICC Arbitral Awards, vol. II, p. 223.

۲. در بخشی از رأی داوری آمده است: «محکمه دریافت که هیچ منبعی برای تعیین عرف تجاری حاکم، بهتر از مقررات کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به بیع بین‌المللی کالا ۱۹۸۰ که کنوانسیون وین نامیده می‌شود، وجود ندارد. هر چند که هیچ‌یک از دو کشور خریدار یا فروشنده عضو کنوانسیون نباشند».

تضمین و تأمین سود و منافع مورد انتظار طرفین در حین عقد که عرف و قانون آن را پذیرفته‌است، پا به عرصه ظهور گذاشته‌اند، بنابراین هر جا که نقشی غیر از این ایفاء نمایند، باید کنار گذاشته شوند. قواعد برخاسته از نظریه اجرای اجباری عین تعهد، از این دست از قواعد است که اعمال آن، در معاملات تجاری امروز به ضرر متعهده؛ متعهد و نظم اقتصادی جامعه است. برخلاف نظریه پیش‌بینی نقض که هم به نفع متعهده است، چرا که راه برای دستیابی به انتظارات حین عقد برایش مفتوح می‌گردد و خسارتش هم فوراً جبران می‌شود و هم به نفع متعهد است، زیرا خسارت کمتری می‌پردازد و چه بسا نقض تعهدش توجیه منطقی و فنی داشته و به او در این راستا کمک می‌کند. همچنین به نفع جامعه است. زیرا از اختلال در روند زنجیره معاملات تجاری جلوگیری می‌شود.

۱-۲- حکم عقل و بنای عقلاء در مورد نقض کارآمد قرارداد^۱

حقوق و اقتصاد، همواره در زندگی بشر نقش بسیار مهم و حیاتی دارد. اگر اقتصاد راه بشر برای رسیدن به اهداف مادی است، حقوق تضمین مناسبی برای رسیدن به این اهداف است. به همین جهت مردم نمی‌توانند قواعد و مقررات حقوقی را در رسیدن به اهداف اقتصادی خود نادیده بگیرند و ناچارند در مسیر درستی که قواعد حقوقی ترسیم می‌کنند، گام بردارند. رفع نیازهای مادی و رسیدن به خواست‌های مادی، از اولین مفاهیمی است که از واژه اقتصاد به ذهن متبادر می‌شود. تلاش و کوشش انسان برای رسیدن به حداکثر منافع مورد نظر، یک نگاه اقتصادی است. تنظیم روابط و انجام معاملات و انعقاد قراردادها بر اساس این نگاه انجام می‌شود. منطق حاکم بر مکتب تحلیل اقتصادی حقوق، بکارگیری اصول اقتصادی در فرآیند تصمیم‌گیری‌های حقوقی است. اقتصاد قرارداد نیز به دنبال کارایی قراردادی است، به این معنا، یک وضعیت حقوقی قراردادی در صورتی کارآمد است که در آن، حق به فرد یا گروهی داده شود که تمایل به پرداخت بیشترین مبلغ بابت دریافت آن حق را داشته باشد (رابین، ۱۳۸۹: ۲۸). با ظهور حقوق اقتصادی و فلسفه نفع‌گرایی در حقوق خصوصی، این نظر مطرح شد که حقوق خصوصی می‌تواند به عنوان ابزاری برای اجرای سیاست‌های عمومی و عدالت اجتماعی مورد استفاده قرار گیرد (باقری، ۱۳۸۵: ۱/۱۲).

بنابراین تعامل دو علم حقوق و اقتصاد به ویژه در موضوع قراردادها، قابل انکار و تردید نیست. اگر به زندگی روزمره بشر نگاهی افکنده شود، به وضوح دریافت می‌شود که انسان‌ها بر اساس عقلانیت اقتصادی رفتار می‌کنند و قواعد حقوق قراردادهاست که این رفتار را تسهیل و کارایی آن را بهبود می‌بخشد. در مکتب تحلیل اقتصادی حقوق، عقلانی بودن معاملات و نقل و انتقال‌ها به ویژه در تعهدات مالی عنصر اساسی است. از نظر اقتصادی، حقوق قراردادی تنها مجموعه‌ای از قواعد مربوط به جبران خسارت نیست،

بلکه به عنوان طریقی است که به رشد و توسعه و تحقق عدالت در جامعه منتهی می‌شود. به لحاظ اقتصادی، قاعده حقوقی در صورتی کار آمد تلقی می‌شود که مجموع منافع آن، بیشتر از مجموع هزینه‌های آن باشد (حبیبی، ۱۳۸۹: ۱۳-۱۴). اگر به قواعد حقوق قراردادها در باب مسئولیت تخلف از اجرای قرارداد، از منظر تحلیل اقتصادی نگاه شود، در پاره‌ای از موارد نقض قرارداد قابل توجیه و منطقی است. از این نقض، در مکتب تحلیل اقتصادی حقوق به نقض کارآمد، تعبیر می‌شود (ر.ک: انصاری، ۱۳۹۰: ۳۹-۵۷).

نقض کارآمد، ناظر به صورتی است که در اثر نقض قرارداد، دست کم، شرایط یکی از طرفین بهتر می‌شود و به هیچ یک هم ضرری نمی‌رسد. در واقع، برخلاف آرای مشهور و سابق بر این، که پیمان شکنی را مطلقاً صحیح نمی‌دانستند، اکنون دکترین جدید با یک تحلیل اقتصادی، می‌گوید هر یک از طرفین، با وجود شرایطی، می‌توانند قرارداد را نقض و خسارت آن را بپردازد. به این معنا، در موردی که هزینه اجرای تعهد، بیش از سود آن است، اجرای چنین تعهدی از نظر اقتصادی ناکارآمد است، لذا فرد در چنین حالتی می‌تواند قرارداد را نقض نماید و خسارت بپردازد (Friedman, 1989: 1-24).

در باره لزوم پابندی به تعهدات و قراردادها، دو دیدگاه کلی وجود دارد. بر اساس نظریه حاکمیت اراده، متعهد پس از انعقاد قرارداد، مکلف به اجرای قرارداد به جهت حاکمیت اراده متعهدله است، لذا نمی‌تواند جز با رضای متعهدله، قرارداد را نقض نماید. این تکلیف به موجب قانون و به حکم اخلاق نیز هست. کانت معتقد است تعهدات باید مورد احترام قرار گیرند، هر چند طرف مقابل نتواند، متعهد را ملزم به اجرا کند.^۱

در مقابل این نظریه، نظریه پیامدگرا، بر این باور است که عادلانه بودن عمل بر اساس نتایج و پیامدهای حاصل از آن است. بنابراین هر عملی که پیامد مناسب و خوب داشته باشد، عادلانه و عملی که نتیجه خوب نداشته باشد، ناعادلانه است (Bentham, 1781: 11-33). بر اساس این نظر، متعهد را نمی‌توان ملزم به اجرای قرارداد کرد، بلکه متعهد می‌تواند قرارداد را نقض و خسارت بپردازد. مبتکر این نظریه، قاضی هولمز است. وی می‌گوید تکلیف پابندی به قرارداد در حقوق کامن‌لا، به این معناست که اگر متعهد پیمان شکنی کرد، باید خسارت بپردازد و غیر از این، معنای دیگری ندارد (Holmes, 1897: 457). از نظر وی، غرض از قواعد جبران خسارت در حقوق قراردادها، مجازات ناقض قرارداد نیست، بلکه هدف تنها جبران خسارت زیان‌دیده است (Sidhu, 2006: 4). بنابراین، اثر اصلی تعهد الزام آور این است که در صورت عدم انجام تعهد، متعهد ناقض قرارداد باید خسارات متعهدله را بپردازد، یعنی در هر قراردادی، متعهد می‌تواند قرارداد را نقض و خسارت بپردازد (Holmes, 1881: 457).

در اقوال فقهای ما هم، به نحوی این دو نظریه منعکس است. برخی از فقهاء معتقدند، متعهدله

1. Kant on "Why must I keep my promise?" Sharon Byrd, B. and Hruschka, Joachim, 2006, 50.

به سبب عقد، مالک تعهد متعهد است و به این جهت متعهد، اجبار به انجام آن می‌شود^۱ (شیخ انصاری، ۱۳۷۸: ص ۷۰ و نجفی خوانساری، ۱۴۲۱: ۳/۲۵۱). بنابراین نظر و قاعده مالکیت، بعد از عقد فروشنده (متعهد) دیگر حقی بر کالا ندارد. اما پاره‌ای دیگر از فقهای، مبنای الزام به انجام تعهد را ناشی از قاعده مالکیت نمی‌دانند و به نظر ایشان، مبنای الزام و التزام، بنای عقلاء است^۲ (الخویی، ۱۳۶۷: ۷/۳۷۰-۳۷۱).

حال با توجه به این آراء، باید دید هدف از قواعد حقوق قراردادی چیست؟ بنای عقلاء بر کدام یک از آن‌ها مستقر است؟

از دیدگاه مکتب تحلیل اقتصادی حقوق، غرض و هدف اصلی حقوق قراردادی، تسهیل برآورده ساختن اهداف طرفین قرارداد به صورت کارآمد است. به یقین اجرای تعهدات قراردادی، هدف متعاملین است، لیکن لزوماً اجرای قرارداد، همیشه عادلانه نیست. زیرا ممکن است که اجراء کارآمد نباشد. به عنوان مثال در صورتی که هزینه اجرای قرارداد بیش از منافع آن برای طرفین است. هزینه اجرای قرارداد، وقتی از منافع آن بیشتر است که وقوع حادثه‌ای محتمل است که منابع لازم برای اجرا را، در استفاده جایگزین، بسیار ارزشمندتر می‌کند (Cooter & Ulen, 2000: 238). برای نمونه، اعتصاب، هزینه سنگینی را برای تکمیل به موقع برنامه ساخت وارد می‌کند، در نتیجه، منابع لازم برای تکمیل ساخت به موقع را، می‌توان در برنامه دیگر که اعتصاب بر آن تأثیر نگذاشته، به کار برد. بر اساس این دیدگاه، عدالت با کارآیی، مترادف است. پس در پاره‌ای از موارد، نقض ارادی قرارداد مشروع خواهد بود، چرا که منجر به تخصیص مطلوب منابع می‌شود (Laithier, 2004: 487). خلاصه و برآیند این نظریه عقلایی، آن است که نظام ضمانت اجرا در حقوق قراردادها باید به نحوی طراحی شود که متعهد بین اجرای تعهد و پرداخت خسارت مختار باشد. مسئولیت باید برای جلوگیری از ورود ضرر به متعهدله به طور دقیق و سرسختانه مقرر گردد، اما باید نسبت به اجرای ناکارآمد قرارداد انعطاف داشته باشد.

اگر چه نظریه نقض کارآمد با مخالفت‌های جدی از سوی برخی از حقوق‌دانان روبرو است و با بسیاری از اصول سنتی حقوق قراردادی از جمله اصل لزوم و اصل حاکمیت اراده، ناسازگار است و تعارض دارد (Friedman, op.cit, 23). اما بر مبنای عقلایی اقتصادی استوار است و پاسخ منطقی به آن ایرادها داده شده است. بنابراین اگر بنای عقلاء اجازه چنین نقضی را بدهد، بی‌شک باید پذیرفت،

۱. به عبارت مرحوم شیخ انصاری و مرحوم نائینی نگاه کنید: «فان المشروط له قد ملک الشرط علی المشروط علیه بمقتضى العقد المقرون بالشرط، فیجبر علی تسلیمه»؛ «و کیف کان، فقد ظهر من مجموع ما ذکرنا، ان بالشرط یتبیت حق مالکی للمشروط له علی الشارط الموجب لاشتغال ذمته به کما فی سائر الحقوق».

۲. «و قد قلنا ان له اجباره و استشهدها علیه بالسیره العقلاییه و قلنا ان لزوم الفعل بالشرط و کونه حقاً للمشروط له ثابت ببناء العقلاء و ان الادله الداله علی لزوم الوفا بالشرط وردت امضاءً للسیره المذكوره».

زیرا آثار آن از نظر اقتصادی و اجتماعی می‌تواند بسیار سودمند و مفید باشد. غرض ما از طرح این موضوع، تنها بیان نقش بنای عقلاء در ایجاد و تغییر و تحوّل در قواعد حقوق قراردادها بود، و گرنه نگارنده خود، هنوز در مورد امکان پذیرش نظریه نقض کارآمد در نظام حقوقی ایران تردید دارد.

نتیجه‌گیری

تأمین حقوق فردی و اجتماعی انسان که خداوند به او موهبت داشته است، بخشی از رسالت حقوق است که از طریق وضع قواعد حاصل می‌گردد. نیازهای لایتنهای انسان و ظهور و بروز آنها، وی را وامی‌دارد تا اندیشه نماید و جهت رفع آنها، هر آنچه ممکن است، انجام دهد. قاعده وضع نماید و رفتاری عقلایی داشته باشد. بنابراین غالب قواعد حقوقی به ویژه در باب قراردادها، بر اساس حکم عقل و یا رفتار عملی عقلاء شکل می‌گیرد.

در عصر حاضر و با توجه به پیچیده‌شدن روابط تجاری و خروج معاملات از صورت ساده و به لحاظ مصرف، عقل آدمی حکم می‌کند که در صورت پیش‌بینی نقض قرارداد، به متعهدله اختیار داده شود تا آینده‌نگری نموده و ضرر را از خود، قبل از آنکه وارد شود، دفع نماید. بسیار روشن است که عقل سلیم به انسانی که علم دارد در آینده نزدیک با خطری قطعی روبرو می‌شود، اجازه نمی‌دهد به انتظار وقوع خطر بماند و در وقت حادثه، آن را از خود رفع کند. اگر انسانی چنین کند، بدون تردید مورد مذمت عقل است و از سوی عقلاء، تقیح می‌گردد. بنابراین مفاد نظریه پیش‌بینی نقض، از مدرکات عقل آدمی است و بنای عقلاء بر آن مستقر است و عرف موجود در معاملات تجاری امروز، بهترین گواه بر صدق این مدعا است.

نظریه نقض کارآمد هم که بر پایه قاعده مسئولیت قراردادی استوار است، دارای مبنایی، عقلایی و اقتصادی است. به نظر می‌رسد، اگر به قواعد حقوق قراردادها در باب مسئولیت تخلف از اجرای قرارداد، از منظر تحلیل اقتصادی نگاه شود، در پاره‌ای از موارد نقض قرارداد، مشروع؛ قابل توجیه و منطقی است، چرا که منجر به تخصیص مطلوب منابع و تحقق عدالت می‌شود. گرچه امکان پذیرش نظریه نقض کارآمد در نظام حقوقی ایران مشکل است.

منابع

الف - فارسی

۱. انصاری، مهدی: «نظریه نقض کارآمد قرارداد از دیدگاه مکتب تحلیل اقتصادی حقوق» تهران، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۹۰، دوره ۴۱، شماره ۱.
۲. باقری، محمود: «تأثیر حقوق اقتصادی و نفع‌گرایی در حقوق خصوصی بر حقوق بین‌الملل خصوصی»، نامه مفید: نامه حقوقی، ۱۳۸۵، ۱۲ (۵۸).

۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر: *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، جلد ۱، تهران، گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۷۸.
 ۴. جوادی آملی، عبدالله: *منزلت عقل در هندسه معرفت دینی*، قم، اسراء، چاپ دوم، ۱۳۸۶.
 ۵. حبیبی، بهنام: *تحلیل اقتصادی حقوق خصوصی*، تهران، مجد، ۱۳۸۹.
 ۶. حبیبی، حسن: *منطق حقوقی و انفورماتیک حقوقی*، مقاله «معقول و نامعقول در حقوق»، تهران، انتشارات اطلاعات، چاپ اول، ۱۳۷۳.
 ۷. رایین، پل: *دایرة المعارف اقتصاد، حقوق و اقتصاد*، مترجمان: محمد صادق الحسینی و محسن رنجبر، روزنامه دنیای اقتصاد، شماره پیاپی ۲۰۹۱، ۱۳۸۹/۳/۹.
 ۸. صابری، حسین: «اندیشه‌ها و اندیشه‌وران، گزارشی تحلیلی از دلیل عقل در اصول فقه شیعه»، فصلنامه علمی - ترویجی مشکوٰة، مشهد، بنیاد پژوهش‌های اسلامی آستان قدس رضوی، ۱۳۷۷، ش ۵۸ و ۵۹.
 ۹. صفایی، حسین، «حق مؤلف در حقوق ایران»، فصلنامه کتاب‌های اسلامی، قم، ۱۳۸۱، شماره ۸.
 ۱۰. طباطبایی، محمد حسین: *اصول فلسفه و روش رئالیسم*، مقدمه و باورقی: مرتضی مطهری، قم، انتشارات صدرا، چاپ هشتم، ۱۳۷۴.
 ۱۱. فاضل لنکرانی، محمد جواد: *سیری کامل در اصول فقه*، قم، انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین، چاپ اول، ۱۳۷۹.
 ۱۲. فیض، علیرضا: *مبایده فقه و اصول*، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، چاپ سیزدهم، ۱۳۸۱.
 ۱۳. کاتوزیان، ناصر: *اقتراح درباره مبانی اجتهاد*، فصلنامه نقد و نظر، قم، ۱۳۷۳، سال اول، ش ۲۱.
 ۱۴. مطهری، مرتضی: *اسلام و مقتضیات زمان*، تهران، صدرا، ۱۳۷۷.
 ۱۵. ولایی، عیسی: *فرهنگ تشریحی اصطلاحات اصول*، تهران، نشر نی، ۱۳۷۸.
- ب- عربی**
۱۶. ابن حزم: *المحلی*، بی‌جا، دار الفکر، بی‌تا.
 ۱۷. ابن عابدین: *مجموعه رسائل ابن عابدین*، بیروت، چاپ افست، بی‌تا.
 ۱۸. الاصفهانی، الشیخ محمد حسین: *النهاية الدراية في شرح الكفاية*، قم، مؤسسه آل البيت (ع) لاحیاء التراث، الطبعة الاولى، ۱۴۰۸ ه.ق.
 ۱۹. الآمدی: *الاحکام*، تحقیق و تعلیق: عبد الرزاق عقیفی، بی‌جا، المکتب الإسلامی، الطبعة الثانية، ۱۴۰۲ ه.ق.
 ۲۰. الانصاری، الشیخ مرتضی: *فرائد الاصول*، تحقیق و اعداد: لجنة تحقیق تراث الشیخ الاعظم، قم، مجمع الفکر الاسلامی، الطبعة الاولى، ۱۴۱۹ ه.ق.
 ۲۱. البجنوردی، السيد حسن: *القواعد الفقیهیه*، تحقیق: مهدی المهریزی - محمد حسین الدرایتی، قم، نشر الهادی، الطبعة الاولى، ۱۴۱۹ ه.ق.
 ۲۲. الحکیم، السيد محمد: *تقی الاصول العامة للفقہ المقارن*، بی‌جا، مؤسسه آل البيت عليهم السلام للطباعة والنشر، الطبعة الثانية، ۱۹۷۹ م.
 ۲۳. الحلی، ابن إدريس: *السررات*، قم، مؤسسه النشر الإسلامی التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة، الطبعة الثانية، ۱۴۱۰ ه.ق.
 ۲۴. الخویی، سيد ابوالقاسم: *مصباح الفقاهة في المعاملات*، قم، انتشارات وجدانی، ۱۳۶۷.

كاربرد عقل و بنای عقلاء در باب ضمانت اجرای نقض قرارداد ۱۲۵

۲۵. الصدر، السيد محمد باقر: *دروس فسی علم الاصول*، قم، مركز الابحاث و الدراسات التخصصیه للشهید الصدر، الطبعة الاولى، ۱۴۲۱ هـ.ق.
۲۶. _____: *بحوث فی علم الاصول*، بی جا، مؤسسه دایرة المعارف فقه اسلامي، ۱۴۱۷ هـ.ق.
۲۷. _____: *المعالم الجديده*، تهران، مكتبة النجاح، الطبعة الثانية، ۱۳۹۵ هـ.ق.
۲۸. الطباطبایي اليزدی، السيد محمد كاظم: *العروة الوثقى*، تحقيق: مؤسسة النشر الإسلامي، قم، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة، الطبعة الاولى، ۱۴۲۰ هـ.ق.
۲۹. _____: *حاشية المكاسب*، قم، مؤسسة إسماعيليان للطباعة و النشر و التوزيع، ۱۳۷۸ هـ.ش.
۳۰. الفيّاض، محمد إسحاق: *المباحث الأصولية*، بی جا، مكتب المؤلف، چاپ شريعت، الطبعة الاولى، ۱۳۸۲ هـ.ش.
۳۱. الكاظمي الخراساني، الشيخ محمد علي: *فوائد الاصول*، تحقيق و تعليق: الشيخ آغا ضياء الدين العراقي / تحقيق: الشيخ رحمت الله الأراكي، تقارير درس محمد حسين نائيني، قم، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة، الطبعة الأولى، ۱۴۰۹ هـ.ق.
۳۲. الكليني، محمد ابن يعقوب: *الكافي*، تحقيق و تصحيح و تعليق: علي أكبر الغفاري، تهران، دار الكتب الإسلامية، الطبعة الخامسة، ۱۳۶۳ هـ.ش.
۳۳. المظفر، محمد رضا: *اصول الفقه*، قم، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة، الطبعة الثانية، بی تا.
۳۴. مغنيه، محمد جواد: *علم اصول الفقه في ثوبه الجديد*، قم، انتشارات ذوالفقار، بی تا.
۳۵. الموسوي الخميني (الامام الخميني)، روح الله، *الرسائل*، قم، مؤسسه اسماعيليان، الطبعة الثالثة، ۱۴۱۰ هـ.ق.
۳۶. النجفي، محمد حسن: *جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام*، تحقيق و تعليق: الشيخ علي الآخوندي، تهران، دار الكتب الاسلاميه، الطبعة السادسة، ۱۳۹۴ هـ.ق.
۳۷. نجفی خوانساری، موسی بن محمد: *منية الطالب (تقارير درس آية الله محمد حسين نائيني)*، قم، مؤسسه نشر اسلامي، ۱۴۲۱ هـ.ق.

ج- لاتین

38. Ballantine, Henry Winthrop; 1924, "Anticipatory Breach and Enforcement of Contractual Duties", Michigan Law Review, Vol. 22, No. 4.
39. Bentham, Gerny; 1789, *The theory of legislation*, Principles of the civil code, Available at: <http://www.jstor.org>.
40. Chengwei, Liu; 2005, "Suspension or Avoidance Due to Anticipatory breach", Available at: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu9.html>.
41. Cooter (Robert) and Ulen (Thomas); 2000, *Law and Economics*, 3 Edition, Addison-Wesley.
42. Friedman, Daniel; 1989, *The Efficient Breach Fallacy*, The Journal of Legal Studies, Vol 18, No 1, Available at: <http://www.jstor.org>.
43. Holmes, Oliver Wendell; 1881, *Common law*, Cited in: http://biotechlawlsuedu/Books/Holmes/claw_chtm.
44. Holmes, Oliver Wendell; 1897, *The path of the law*, Harvard Law Review, at: www.constitutionorg/lrev/owh/path_law/htm.
45. Laithier, Yves-Marie; 2004, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du*

44. Holmes, Oliver Wendell; 1897, **The path of the law**, Harvard Law Review, at: www.constitution.org/lrev/owh/path_law/htm.
45. Laithier, Yves-Marie; 2004, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Edition DELTA.
46. Perelman, Ch; 1987, "**Le raisonnable et le de'raisonnable en droit**" in Archives de philosophie du droit, tome, 23, "Formes de rationalite' en droit" Parisi, Sirey.
47. Sidhu, Dawinder; 2006, **The immorality and efficiency of an efficient breach**, The Tennessee Journal of business law, at: papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID963640_code688955.pdf pap.
48. Sharon Byrd, B. and Hruschka, Joachim; 2006, Author approved edits 12-05-05 (H) (P).DOC 2/22/2006 4:41:55 PM, Kant on "**Why must I keep my promise?**".

