

امکان سنجی فسخ شرط ضمن عقد با وجود بقای عقد

محمدهادی جواهرکلام • استادیار، گروه حقوق خصوصی و اقتصادی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران. (نویسنده مسئول)
dr.javaherkalam@yahoo.com
سیدفاضل سیدی • دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده معارف اسلامی و حقوق، دانشگاه امام صادق علیه السلام، تهران، ایران.
sf.seyedi@isu.ac.ir

چکیده

در پژوهش حاضر، امکان‌سنجی فسخ شرط ضمن عقد علی‌رغم بقای عقد مورد مطالعه قرار گرفته است؛ پرسش اصلی جستار این است که چنانچه از ناحیه شرط ضرری متوجه یکی از طرفین باشد، آیا او می‌تواند شرط ضمن عقد را فسخ نموده و عقد را باقی گذارد؟ در این صورت، اثر فسخ شرط بر سرنوشت عقد چه خواهد بود؟ در این مقاله، با روش توصیفی تحلیلی، ضمن بررسی اختلاف نظر فقهاء و حقوقدانان در زمینه رابطه شرط و عقد، تبیین دیدگاه مختار و واکاوی موانع احتمالی امکان فسخ شرط ضمن عقد، سرانجام این نتیجه حاصل شد که اصولاً فسخ شرط ضمن عقد با وجود بقای عقد، امکان‌پذیر است. به علاوه، قاعده تبعیت شرط از عقد و لزوم یکپارچگی عقد، مانع فسخ شرط ضمن عقد نیست. ره‌آورد دیگر پژوهش اینکه، در خصوص اثر فسخ شرط ضمن عقد بر قرارداد اصلی می‌توان چنین گفت که فسخ شرط توسط مشروط‌له، عقد را به نفع طرف دیگر متزلزل می‌کند، مگر فسخ شرط منسوب به رفتار مشروط‌علیه باشد؛ که در این صورت عقد از سوی مشروط‌علیه قابل فسخ نخواهد بود.

واژگان کلیدی: عقد مشروط، شرط ضمن عقد، فسخ شرط ضمن عقد، رابطه عقد و شرط، تبعیت شرط از عقد، اصل یکپارچگی قرارداد.



مقدمه

یکی از راه‌های رفع نیاز که انسان برگزیده است، داد و ستد و مبادله با دیگران است که از طریق عقود و قراردادهای صورت می‌دهد. اشخاص گاه این عقود را مطلق می‌گذارند؛ گاه مشروط به شرایطی می‌کنند، که از آن به شروط ضمن عقد یاد می‌شود. مباحث حقوقی مربوط شرط ضمن عقد با محوریت تأثیر و تأثر عقد و شرط بر یکدیگر بخش مهمی از پژوهش‌ها را به خود اختصاص داده است. پرسشی که پژوهش حاضر به آن می‌پردازد، امکان جدایی عقد و شرط از یکدیگر است. بارها به این مسأله پرداخته شده است که با انحلال عقد اصلی، شروط ضمن آن چه سرنوشتی خواهند داشت: آیا قاعده تبعیت شرط از عقد، بدون استثناء تمام شروط را در بر می‌گیرد؟ به بیان دیگر، آیا با بطلان عقد، امکان بقا برای شرط وجود دارد و می‌توان مواردی از شروط را یافت که با زایل شدن عقد، از بین نمی‌روند؟ پاسخ این پرسش‌ها را می‌توان در عناوینی همچون شروط مستقل یافت (محمدی، جواهرکلام و جمالی، ۱۴۰۲، ص ۸۳-۱۱۶). اکنون باید به این پرسش که کمتر مورد توجه حقوقدانان قرار گرفته است، پاسخ داد که چنانچه صرفاً از ناحیه شرط ضرری متوجه یکی از طرفین باشد، آیا او می‌تواند شرط را فسخ کند و عقد را باقی گذارد یا اینکه مجموع عقد و شرط باید موضوع فسخ قرار گیرد؟ در صورتی که پاسخ مثبت است، فسخ شرط چه تأثیری بر سرنوشت عقد دارد؟ آیا می‌توان گفت که در صورت فسخ شرط توسط یکی از طرفین، عقد نیز توسط طرف دیگر قابل فسخ است؟ آیا استثنائی بر پاسخ پرسش اخیر قابل تصور است؟ برای نمونه، اگر ضمن عقد بیع شرط شود که در ازای مبلغ ۱۰ میلیون تومان، خریدار ساختمان متعلق به فروشنده را رنگ‌آمیزی کند یا اتومبیل او را تعمیر کند یا ملک مشخصی را برای او بخرد و به وی تسلیم کند، ولی از اجرای شرط امتناع نماید، آیا فروشنده می‌تواند به علت عدم انجام شرط یا امتناع شرط و تعذر در تسلیم مورد شرط، با حفظ عقد بیع، صرفاً شرط ضمن آن را فسخ نماید و در فرضی که اقدام به فسخ آن کند، تکلیف عقد بیع چه خواهد شد؟ وانگهی، هرگاه ضمن عقد اجاره مغازه برای یک سال، شرط شود که ابزارآلات مستأجر پس از انقضای اجاره، در ازای مبلغی به موجر انتقال یابد و کاشف به عمل آید که ابزارآلات معیوب بوده و یا حق انتفاع پنج ساله آنها به ثالث واگذار شده است، آیا موجر می‌تواند به جای فسخ اجاره، تنها شرط ضمن اجاره را فسخ کند و در صورت مثبت بودن پاسخ، آیا مستأجر در این حالت می‌تواند به علت انتفای شرط، عقد اجاره را بر هم بزند؟ همچنین

است اگر تنها نسبت به موضوع شرط تدلیس صورت گرفته باشد و یا صفتی که نسبت به موضوع شرط مقرر شده، وجود نداشته باشد.

نوشتار حاضر با روش تحقیق توصیفی - تحلیلی و شیوه گردآوری داده‌ها به صورت کتابخانه‌ای، در پی پاسخ به امکان‌سنجی فسخ شرط ضمن عقد با وجود بقای عقد، ابتدا به رابطه شرط و عقد می‌پردازد. سپس موانع احتمالی فسخ شرط، علی‌رغم بقای عقد، مورد بررسی قرار می‌گیرد، و برای تسهیل بحث در مانعیت موارد فوق، عقد مشروط به سه توافق منحل و تجزیه شده است: توافق بر التزام اصلی، توافق بر التزام فرعی و توافق بر تقیید استقرار التزام اصلی بر التزام فرعی. سرانجام، بر اساس نتیجه حاصل شده از مباحث قبلی، به بررسی اثر فسخ شرط بر عقد پرداخته خواهد شد؛ اینکه فسخ شرط توسط یکی از طرفین چه وضعیتی برای عقد می‌آفریند.

۱. رابطه عقد و شرط

فرض مسئله آن است که عقد به صورت مشروط واقع شده است و از ناحیه شرط ضرری متوجه یکی از طرفین می‌شود. می‌دانیم مشروط‌له همواره می‌تواند از حق خود عدول کند (ماده ۲۴۴ و ۲۴۵ قانون مدنی)؛ اما آیا می‌توان به او اختیار داد تا ضمن ابقای عقد، شرط ضمن آن را به کلی فسخ نماید؟

به عنوان مقدمه باید بیان داشت که برای تحقق مفهوم شرط باید نوعی علاقه یا ارتباط بین مفاد شرط و عقد موجود باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۱۳۶)؛ اما در تبیین این رابطه نظریات گوناگونی از قبیل جزئیت^۱ (نراقی، ۱۴۱۷، ص ۴۴)،^۲ ظرفیت^۳ (خمینی، ۱۴۲۱، ص ۳۰۷)،^۴

^۱ طبق این نظر، شرط جزئی از عوضین است و قسمتی از ثمن یا مبیع را تشکیل می‌دهد.

^۲ «... و مما یدل علی وجوب الوفاء بالشرط فی ضمن العقد انه بصیر جزء من احد العوضین فیصیر لازماً کسائر اجزائهما اما انه بصیر جزء من احدهما فلانه لیس المراد بالعوض الا ما وقع بازاء معوضه فاذا لم یرض احد المتقاعدين بما یعطى عوضا عن متاعه الا مع هذا الشرط فهو ایضا یکون جزء مما هو بازاء متاعه فیکون جزء من عوضه وای فرق بین ما اذا باع فرسه مثلا بغنم وحمار أو بغنم بشرط ان یعطیه حمارا ایضا...».

^۳ مطابق این نظر، شرط التزامی اضافه بر و مستقل از عقد است که در ظرف عقد قرار گرفته است.

^۴ « فتحصل من ذلك ان الشرط عبارة عن قرار مستقل فی قرارهته مقابل قرار البیع، لکن يعتبر فی تحقق عنوانه وتحققه ان يقع فی ضمن العقد من غیر تقیید مطلقاً لا للعوضین ولا للانشاء ولا للمنشاء ».

قیدیت مورد معامله^۱ (شیخ انصاری، بی تا، ص ۹۳)،^۲ تعلیق (خویی، ۱۴۰۶، ص ۲۷)^۳ و غیره ارائه شده است (برای تفصیل بحث، ر.ک.: صغیری، ۱۳۸۴، ص ۱۰۵؛ محقق داماد، ۱۳۹۹، ص ۳۱۱). در میان این دیدگاه‌های گوناگون، برخی از تحلیل‌ها، از جمله رابطه فرع و اصل، با نظریاتی مانند تقیید یا ظرفیت قابلیت تطبیق دارد؛ اگرچه به تنهایی در تبیین نوع رابطه و تأثیر و تأثر شرط و عقد وافی به مقصود نیست؛ بلکه صرفاً مبین این امر است که عقد و شرط رابطه تعدد مطلوب دارند. بر این اساس و با توجه به اختلاف دیدگاه‌ها، بیان نظر مختار در مورد نوع رابطه شرط و عقد، از این حیث که در بررسی شبهات امکان فسخ شرط ضمن عقد مؤثر است، ضروری می‌نماید.

به نظر می‌رسد که در بین تحلیل‌های ارائه شده، «نظریه قیدیت» برای تبیین رابطه شرط و عقد، با تحلیل نوعی اراده طرفین و ارتکاز عرفی از شرط، سازگارتر است. شهید اول نیز، در تبیین این رابطه، شرط را قید عقد می‌شمارد (شهید اول، بی تا، ص ۱۱۰)؛ توضیح اینکه، این نظریه از سه حالت خارج نیست^۴ (طباطبایی یزدی، ۱۳۳۷، ص ۱۰۷): ۱- شرط، قید اصل عقد باشد. این فرض مستلزم تعلیق در عقد و باطل است. ۲- شرط، قید استمرار عقد است.

^۱ بر اساس این نظر، شرط جزئی از عوضین نیست اما به عوان وصف یا قید، بر ارزش آن‌ها موثر است.

^۲ «منع مقابله شیء من العوضین عرفاً و لا شرعاً؛ لأن مدلول العقد هو وقوع المعاوضة بین الثمن و الثمن، غایة الأمر کون الشرط قیداً لأحدهما یكون له دخل فی زیادة العوض و نقصانه، و الشرع لم یحکم علی هذا العقد إلّا بإمضائه علی النحو الواقع علیه، فلا یقابل الشرط بجزء من العوضین؛ و لذا لم یکن فی فقهه إلّا الخيار بین الفسخ و الإمضاء مجاناً، كما عرفت».

^۳ «أن اشتراط العقد بشيء ليس معناه مجرد مقارنة التزام مع التزام آخر، بل هو یختلف باختلاف الموارد، فقد یكون معنی الشرط فی ضمن العقد تعلیق الالتزام بالعقد والوفاء به علیه كما إذا اشترط فی بیع عبد مثلاً كونه كاتباً أو عادلاً أو ما شاکل ذلك، وقد یكون معناه تعلیق نفس العقد علی الالتزام بشيء كما إذا اشترطت المرأة فی عقد النكاح السكنی فی بلد معین مثلاً أو نحو ذلك، وقد یكون كلا الأمرین معاً كما إذا اشترط البائع أو المشتري علی الآخر خیاطة ثوب أو كتابة شيء مثلاً».

^۴ «... فإما أن یكون قیداً فی أصل البیع أو فی لزومه أو فی استمراره فعلى الأول یلزم التعلیق المبطل و أيضاً لازمه البطلان عند التخلّف و لو كان الشرط من الشروط الصّحیحة مع أنه خلاف الإجماع و خلاف حکم العرف كما عرفت و دعوی أن ذلك لدلیل خارجی و إلّا فمقتضى القاعدة البطلان كما ترى و أيضاً ظاهر الفقهاء إلّا الشّهد وجوب الوفاء بالشرط و مع إرادة التقیید لا وجه له كما عرفت و علی الثانی كما هو ظاهر الشّهد نقول إنه خلاف المنساق من الألفاظ المذكورة فی الصیغ فإن قولهم بعتك بشرط أن تفعل كذا ظاهر فی عود الشرط إلى أصل البیع إذ لا ذکر للزوم و الخيار فی الكلام حتی یكون الشرط راجعاً إليه و دعوی أنه مفهوم من سیاق الكلام كما ترى و علی الثالث كما هو ظاهر العوائد بل صریحه أيضاً نقول إنه خلاف ظاهر الألفاظ كما هو واضح مضافاً إلى أن لازم كون القید راجعاً إلى الاستمرار الانفساخ عند التخلّف لا الخيار كما لا یخفی هذا».

این فرض نیز مردود است، زیرا مستلزم انفساخ عقد است و نه ایجاد حق فسخ برای مشروط-
له. ۳- شرط، قید لزوم عقد باشد. اولاً چنین تعبیری از شرط، خلاف ظاهر عقد است، زیرا
ظاهر آن است که به وسیله شرط، اصل عقد هدف قرار می‌گیرد. ثانیاً لزوم حکم شرعی عقد
است و در اختیار طرفین نیست تا بتوانند چیزی را شرط لزوم عقد قرار دهند (مراغی، ۱۴۱۷،
ص ۲۸۳).

در مقام ارزیابی، فرض اول و دوم را در حقوق ایران، «شرط تعلیقی» گویند (کاتوزیان، ۱۳۸۷،
ص ۱۲۴)، که از بحث نوشتار حاضر موضوعاً خارج است. نسبت به فرض دوم نیز به نظر
می‌رسد مقصود از «قید لزوم عقد» تقیید استقرار منشأ عقد است (عالی پناه، ۱۳۹۹، تقریرات
کلاسی)؛ یعنی طرفین در ناحیه موضوع دخالت دارند و توافق را متزلزل قرار می‌دهند. کما
اینکه اختیارات قراردادی نیز در ناحیه موضوع عقد را متزلزل و غیرمستقر قرار می‌دهند و این
امر به معنای تغییر حکم شرعی عقد از لزوم به جواز نیست و عقد همچنان لازم اما قابل
فسخ است. از سوی دیگر، تبادر عرفی از امر مشروط نیز رابطه تقیید را تأیید می‌کند. امر
مشروط عرفاً آن است که با انتفای شرط، مشروط نیز منتفی شود و با عدم شرط، عدم مشروط
لازم آید. با این توصیف، آنچه در عقد مشروط، «مشروط» است، استقرار منشأ است و نه
خود منشأ. از حیث توصیفی، با توجه به ارتکازات ذهنی متعاملین، رابطه عقد و شرط از باب
تعدد مطلوب است. قصد طرفین چنین نیست که اگر وصف (در شرط صفت) وجود نداشت،
عقد باطل باشد؛ بلکه خواسته‌اند در صورت تخلف از آن، ذی‌نفع بتواند پایبند به عقد نباشد
وگرنه چنانچه مشروط‌له به مبیع فاقد شرط راضی باشد، نیاز به انشاء عقد جدیدی نیست و
به همان پایبند می‌ماند^۱ (طباطبایی یزدی، ۱۳۳۷، ص ۱۰۷). بنابراین، به نظر می‌رسد اگرچه
قصد مشترک طرفین سازنده رابطه عقد و شرط است و می‌تواند از میان روابط مختلف دست
به‌گزینش بزند (ره‌پیک، ۱۴۰۰، ص ۲۶)، اما می‌توان پذیرفت که حقیقت عرفی و متعارف
شرط، تقیید استقرار منشأ است.

۱. «و لکنه فی اللب علی وجه تعدد المطلوب فإنّ المرکوز فی أذهانهم لیس عدم البیع عند العدم بل عدم الالتزام به و إلا فلو رضی
بالمبیع مع فقد الشرط لا یکون من الرضا بأمر خارجی حتّی یحتاج إلى إنشاء معاملة جدیدة بل یمكن أن یجعل من هذا الباب
جملة من المقامات التي یکون الشرط من قبیل الأفعال لکن یکون نظر المتعاقدين إلى التقیید فلا یحکم بالبطان بل بالصحة علی
الوجه المذكور بل یمكن من هذا البیان أن یجعل جمیع الشروط کذلک».

۲. موانع احتمالی فسخ شرط ضمن عقد

موانع احتمالی فسخ شرط به اختصار عبارتند از: قرار گرفتن شرط به عنوان موضوع فسخ (آیا شرط ضمن عقد می‌تواند موضوع فسخ قرار گیرد)، قاعده تبعیت شرط از عقد و لزوم حفظ یکپارچگی عقد (جلوگیری از تجزیه شدن عقد)؛ که هر یک از آنها به صورت مجزا مورد بحث قرار خواهد گرفت.

۲-۱. موضوع فسخ

فسخ مانند هر عمل حقوقی دیگر، موضوع دارد. همان‌طور که از معنای فسخ پیداست، موضوع فسخ، توافق، عهد، قرار یا التزام حقوقی است.^۱ حال باید بررسی نمود که آیا شرط می‌تواند موضوع فسخ قرار گیرد یا خیر. در این باره شایان ذکر است که آنچه به عنوان موضوع فسخ مورد بررسی قرار می‌گیرد، شرط به معنای توافق فرعی است. به عبارت دیگر، «شرطیت» یا «قیدیت» امری (توافق فرعی) در استقرار عقد (توافق اصلی) خود یک توافقی حقوقی است؛ اما اصولاً از ناحیه «شرطیت» زبانی متوجه طرفین شرط نیست تا اقدام به گسستن چنین توافقی نمایند؛ بلکه التزامی که موضوع شرط قرار گرفته است و در واقع «قید» استقرار عقد است، ممکن است موجبات فسخ را فراهم آورد. بنابراین، تأمل در این امر ضروری است که آیا مشروط‌علیه متعهد به ایفای مشروط‌به است تا از ناحیه این التزام ضرری به او رسد یا مشروط‌به صرفاً قیدی است که مشروط‌علیه التزامی به ایفای آن ندارد و تنها فایده آن، این است که تخلف از شرط موجب حق فسخ باشد. در این زمینه، برخی از نویسندگان، اثر شرط را تقیید محض دانسته‌اند و معتقدند هیچ‌گونه التزامی از شرط حاصل نمی‌شود. برخی دیگر اثر شرط را تقیید توأم با التزام شناخته‌اند. در مقابل گروهی میان شرط صفت و شرط فعل قائل به تفصیل شده‌اند (ر.ک.: فرح‌زادی، ۱۳۸۵، ص ۱۷). اهمیت این اختلاف در آن است که چنانچه شرط التزام حقوقی ایجاد نکند، سخن گفتن از فسخ بلا موضوع و بی‌معنا خواهد بود. اما در صورتی که چنین التزامی وجود داشته باشد، عقد مشروط را می‌توان به سه توافق تجزیه نمود: ۱- توافق بر التزام اصلی، ۲- توافق بر التزام فرعی، ۳- توافق بر تقیید استقرار

^۱ برای دیدن مفهوم شرط و تعریف عقد و رابطه آن با التزام و عهد و تعهد، ر.ک.: صالحی، ۱۴۰۲، ص ۸۲۱-۸۲۴؛ بیگدلی و محمدی، ۱۴۰۲، ص ۶۳-۷۵.

التزام اصلی بر التزام فرعی^۱. از این رو، شناخت اثر شرط در نظام حقوقی ایران ضروری است. در این باره، چنانکه می‌دانیم، ماده ۲۳۴ قانون مدنی، شرط صحیح را بر سه قسم شرط صفت، فعل و نتیجه تقسیم کرده است:

الف- در مورد «شرط نتیجه»، تردیدی وجود ندارد که موضوع آن یک التزام حقوقی است، زیرا یک امر مادی به صرف اشتراط در عالم مادی تحقق نمی‌پذیرد (شهیدی، ۱۴۰۲، ص ۷۵). ماده ۲۳۶ قانون مدنی هم مقرر داشته است: «شرط نتیجه، در صورتی که حصول آن نتیجه، موقوف به سبب خاصی نباشد، آن نتیجه به نفس اشتراط حاصل می‌شود». بنابراین، چنین شرطی می‌تواند موضوع فسخ قرار گیرد، زیرا توافقی بر یک التزام فرعی شده است؛ مانند آن که ضمن قرارداد اجاره خانه‌ای، اجاره روزانه دو خودرو نیز برای مستأجر در قالب شرط درآید؛ درحالی که یکی از آن دو خودرو در زمان عقد تلف شده است. با این حال، در ادامه خواهیم دید که اگر عمل به شرط به علت خارجی و به صورت مطلق منتفی شود، شرط منفسخ خواهد شد؛ نه اینکه از سوی مشروط‌له قابل فسخ باشد. به هر حال، اگر تحقق شرط نتیجه مقرر در عقد منوط به سبب خاصی باشد و مشروط‌له بدان جاهل باشد، می‌تواند شرط ضمن عقد را فسخ کند.

ب- در زمینه «شرط فعل»، ماده ۲۳۷ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «هر گاه شرط در ضمن عقد شرط فعل باشد اثباتاً یا نفیاً کسی که ملتزم به انجام شرط شده است باید آن را به جا بیاورد...». بنابراین، شرط فعل، التزام مشروط‌علیه را به انجام فعل یا ترک آن به دنبال دارد. همچنین صدر ماده ۲۴۴ همان قانون نیز حق ناشی از شرط را قابل اسقاط دانسته است؛ که اولاً در شمول این ماده بر شرط فعل تردیدی نیست، ثانیاً شناسایی حق ناشی از شرط، بر وجود التزام مشروط‌علیه دلالت دارد. بنابراین، مانعی برای فسخ چنین شرطی وجود ندارد، چرا که توافقی بر التزام فرعی صورت گرفته است؛ مثل این که ضمن عقد بیعی، انجام عملی در ازای مبلغی بر فروشنده شرط شود؛ در حالی که عرفاً تعادل اقتصادی عوضین به طور فاحشی رعایت نشده است.

^۱ قصد طرفین بر شرطیت توافق فرعی، دلالت بر همین توافق دارد.

^۲ «طرف معامله که شرط به نفع او شده می‌تواند از عمل به آن شرط صرف نظر کند در این صورت مثل آن است که این شرط در معامله قید نشده باشد. لیکن شرط نتیجه قابل اسقاط نیست».

امکان فسخ شرط فعل در صورت خودداری متعهد از عمل به شرط در صورتی تقویت می‌شود که گفته شود ضمانت اجرای اولیه تخلف از شرط فعل، امکان فسخ عقد از سوی مشروط‌له است؛ بدون اینکه وی تکلیفی به الزام مشروط‌علیه به انجام شرط داشته باشد. برای روشن‌تر شدن بحث باید افزود که در فقه شیعه و حقوق ایران، در اینکه به صرف تخلف مشروط‌علیه از اجرای شرط، مشروط‌له حق فسخ قرارداد را دارد یا اینکه ابتدا باید الزام مشروط‌علیه را به اجرای شرط بخواهد و تنها در صورتی می‌تواند عقد را فسخ کند که الزام وی به اجرای آن ممکن نباشد، دیدگاه‌ها یکسان نیست. گروهی از فقیهان امامیه معتقدند که فسخ عقد تنها در صورتی امکان دارد که امکان الزام به اجرای شرط وجود نداشته باشد (انصاری، ۱۴۱۵، ج ۶، ص ۷۱؛ نجفی، ۱۴۰۴، ج ۲۳، ص ۲۱۹؛ بحرانی، ۱۴۰۵، ج ۱۹، ص ۶۹؛ نائینی، ۱۳۷۳، ج ۲، ص ۱۳۴؛ عاملی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۲۷۴؛ مراغی، ۱۴۱۷، ج ۲، ص ۲۸۱؛ نراقی، ۱۴۱۷، ص ۱۳۷؛ عاملی، ۱۴۱۰، ج ۳، ص ۵۰۶؛ سبزواری، ۱۴۲۳، ج ۱، ص ۴۹۴؛ ایروانی، ۱۴۰۶، ج ۲، ص ۶۷؛ هاشمی شاهرودی، ۱۴۱۷، ج ۳، ص ۳۸۶؛ سبزواری، ۱۴۱۳، ج ۱۷، ص ۲۲۷)؛ یعنی مشروط‌له ابتدا باید الزام متعهد به اجرای شرط را بخواهد و تنها در صورت عدم امکان الزام به «وفای به شرط»، مشروط‌له به عنوان آخرین راهکار می‌تواند عقد اصلی را فسخ نماید. در مقابل، جمعی از فقهای بزرگ بر این عقیده‌اند که با تخلف مشروط‌علیه، مشروط‌له می‌تواند عقد را فسخ کند یا الزام وی به انجام شرط را بخواهد (محقق حلی، ۱۴۰۸، ج ۲، ص ۲۸؛ علامه حلی، ۱۳۸۸، ج ۲، ص ۲۵۲؛ عاملی کرکی، ۱۴۱۴، ج ۴، ص ۴۲۲؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱، ج ۲، ص ۱۲۸؛ خویی، بی‌تا، ج ۷، ص ۳۷۴؛ اصفهانی، ۱۴۱۸، ج ۵، ص ۱۹۲؛ خمینی، ۱۴۲۱، ج ۵، ص ۳۲۸؛ خویی، ۱۴۱۴، ج ۱، ص ۲۲۱-۲۲۷؛ بجنوردی، ۱۴۱۹، ج ۳، ص ۳۰۳؛ روحانی، ۱۴۲۹، ج ۶، ص ۳۰۴). بر این اساس، در صورت تخلف از شرط، مشروط‌له تکلیفی به الزام مشروط‌علیه به اجرای شرط ندارد؛ بلکه از همان ابتدا می‌تواند عقد را فسخ نماید.

قانون مدنی به ظاهر نظر نخست را برگزیده است، زیرا در ماده ۲۳۹ آمده است: «هرگاه اجبار مشروط‌علیه برای انجام فعل مشروط ممکن نباشد و فعل مشروط هم از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب او واقع سازد، طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت». نویسندگان حقوق مدنی نیز غالباً همین دیدگاه را پذیرفته و به قانونگذار نسبت داده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۱۹۲؛ امامی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۴۸۵؛ شهیدی، ۱۴۰۲، ص ۱۴۵؛ عدل، حق ۱۳۴۲، ص ۳۰۸؛ شیروی، ۱۳۷۸، ص ۵۶). با این حال، دیدگاه اخیر قابل انتقاد می‌نماید و

باعث صرف وقت بسیار و هزینه فراوان و در نتیجه، تحمیل ضرر ناروا به مشروطه می‌شود. وانگهی، الزام «مشروطه» به پای‌بند بودن به مفاد شرط و تکلیف او به الزام مشروط‌علیه به انجام شرط، توجیه منطقی ندارد، بلکه این امر امتیازی برای اوست و او می‌تواند اجبار مشروط‌علیه به ایفای عین تعهد را درخواست نماید، بدون اینکه تکلیفی به این امر داشته باشد. تجربه نیز نشان داده است که مشروط‌علیه‌ی که به اختیار از عمل به شرط سر باز می‌زند، به اجبار نیز مفاد شرط را انجام نخواهد داد و تکلیف مشروطه به الزام به اجرای شرط، امری لغو و بیهوده است و در نهایت، او ناچار به فسخ عقد می‌شود. بنابراین، لازم است که از همان ابتدا حق فسخ قرارداد به وی داده شود تا از ورود ضرر بیشتر به او جلوگیری نماید. شاید به خاطر همین ملاحظات است که ماده ۲۳۷ قانون مدنی پس از بیان تکلیف «مشروط‌علیه» به وفای به شرط، الزام او به اجرای شرط را از حقوق مشروطه شمرده و مقرر می‌دارد: «در صورت تخلف (مشروط‌علیه) طرف معامله (مشروطه) می‌تواند به حاکم رجوع نموده، تقاضای اجبار به وفاء شرط بنماید». در نتیجه، به نظر می‌رسد که همگام با گروه وسیعی از فقهای امامیه، دست‌کم از حیث تحلیلی، باید نظری را تأیید کرد که صرف تخلف از اجرای شرط را سبب پیدایش حق فسخ برای مشروطه می‌شمرد.

ج- شرط صفت چه در عین معین و چه در عین کلی، در مرحله انشاء شرطی وجودی است؛ یعنی ثبوت صفتی در مورد معامله شرط می‌شود. تصور این امر در عین معین روشن است. نسبت به عین کلی نیز تصور شیئی ذمی و اعتباری که موصوف به صفتی باشد، دشوار نیست و می‌توان شرط صفت در عین کلی را نیز پذیرفت. با این حال، در مرحله اجرای عقد، باید میان شرط راجع به عین معین و عین کلی تفاوت نهاد. چنانچه موضوع معامله عین معین باشد، با توجه به اینکه قصد طرفین به موجودیت خارجی تعلق گرفته است، مشروط‌علیه تعهدی در ایجاد صفت مشروط در عین خارجی ندارد؛ اگرچه متعهد بودن مشروط‌علیه در فرض اخیر نیز بدون قائل نیست^۱ (نائینی، ۱۳۷۳، ص ۱۲۶). اما در عین کلی، آنچه در مرحله انشاء شرط صفت شناخته می‌شد، در مرحله اجرا به شرط فعل بر می‌گردد (شهیدی، ۱۴۰۲،

۱. «ینبغی تخصیص ذلک بالأوصاف الّتی لا یمکن تحصیلها و إحداثها للمشروط علیه قبل تسلیم الموصوف إلی مالکة و إلاً کوصف الكتابة للعبد مثلاً أو إزالة العیب عنه إذا کان معیبا فاللّازم علیه تحصیل الشرط و تسلیمه متّصفاً بالوصف و لا خیار للمشروط له أيضاً...».

ص ۶۲؛ صفایی، ۱۳۹۶، ص ۲۰۵)، زیرا مشروط‌علیه متعهد است مصداقی از کلی را که از حیث جنس، وصف و مقدار مورد توافق قرار گرفته است تسلیم نماید و صفات، تمیز دهنده مورد معامله از بین انواع دیگر کلی است (امامی، ۱۳۸۵، ص ۲۸۲) بنابراین در مورد شرط صفت، در صورتی که مورد معامله عین کلی باشد، مشروط‌علیه ملتزم به انجام امری است. بنابراین، این قسم از شرط صفت، می‌تواند موضوع فسخ واقع شود؛^۱ مانند آن که فروشنده کالای تجاری به نحو کلی، که از هر حیث معلوم است، به وسیله حيله و بیان کارکردهای واهی، به نفع خود شرط نماید که مصداق درجه دو از آن کالا را تهیه نماید؛ ولی درجه دو بودن آن کالا، عرفاً آن را در حکم معیوب قرار دهد. در مقابل، در شرط صفتی که ناظر بر عین معین است، از آنجایی که توافق بر التزام فرعی وجود ندارد بلکه آنچه مازاد بر توافق اصلی است، صرفاً توافق بر شرطیت امری در استقرار توافق اصلی است، ورود ضرر از این ناحیه و همچنین، وجود موضوعی برای فسخ، قابل تصور نیست. بنابراین، این قسم از شرط صفت، نمی‌تواند موضوع فسخ قرار گیرد.

گاهی ممکن است طرفین برای تعهد اصلی اوصاف کمی یا کیفی و یا اجلی برای اجرای تعهد تعیین نمایند که این امر نباید با شرط ضمن عقد خلط گردد. می‌دانیم تعهد لزوماً باید معلوم باشد و در ظرف زمان و مکان اجرا شود. سکوت در این موارد، گاهی قوانین تکمیلی را مجری می‌کند، اما توافق برخلاف قوانین تکمیلی، همواره آن را در ردیف تعهدات فرعی قرار نمی‌دهد. در نتیجه، ضمانت اجرای تخلف از آن، الزام به ایفای تعهد و مطالبه خسارت است. با این حال، ممکن است یکی از اوصاف تعهد یا أجل اجرای تعهد، قید استقرار عقد نیز قرار گیرد و عقد را مشروط نماید. به نظر می‌رسد در این نوع شروط، ضرر رساندن شرط، به عقد نیز سرایت خواهد کرد، زیرا هر دو، موضوع واحدی (تعهد اصلی) دارند و شرط شدن أجل یا وصفی، تعهد جدیدی بر تعهد اصلی نمی‌افزاید؛ بلکه صرفاً آن را قید استقرار عقد قرار می‌دهد. به عبارت دیگر، در مواردی که یکی از اوصاف تعهد اصلی، قید استقرار عقد (شرط) قرار می‌گیرد، توافقی بر ایجاد التزام فرعی به وجود نمی‌آورد؛ بلکه آنچه سابقاً به عنوان یکی از اوصاف التزام اصلی وجود داشت، به عنوان قید برگزیده می‌شود؛ مانند آنکه أجل اجرای تعهد به عنوان شرط در آید. بنابراین، از میان سه توافق فوق، توافق دوم که

^۱ کلی در معین در بحث حاضر ملحق به عین معین است، زیرا کلیت آن مقید به خارجیت است.

موضوع فسخ قرار می‌گیرد، وجود ندارد. در نتیجه، فسخ شرط و ابقای عقد، معقول نیست و از فرض مسأله خارج است.

۲-۲. تبعیت شرط از عقد

مشهور است که شرط در لزوم و بقاء از عقد تبعیت می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۱۳۷؛ شهیدی، ۱۴۰۲، ص ۴۳). ماده ۲۴۶ قانون مدنی در مورد تبعیت شرط از عقد در بقاء بیان داشته است: «در صورتی که معامله به واسطه اقاله یا فسخ به هم بخورد شرطی که در ضمن آن شده است باطل می‌شود و اگر کسی که ملزم به انجام شرط بوده است عمل به شرط کرده باشد می‌تواند عوض او را از مشروطه بگیرد». با توجه به تبعیت شرط از عقد در بقاء، آیا می‌توان علی‌رغم ابقای عقد، شرط را فسخ نمود؟

در تبیین قاعده تبعیت شرط از عقد در بقاء چنین می‌توان گفت: هدف دو طرفین عقد از درج شرط ضمن عقد آن است که خواسته‌اند شرط تابع عقد باشد. بنابراین، اگر معلوم شود عقد باطل بوده، شرط ضمن عقد نیز چون از عقد تبعیت می‌کند، باطل خواهد بود. به عبارت دیگر، در صورتی که التزامی در چهره شرط در آید، بقا آن تابع عقد اصلی است؛ اگرچه به تنهایی و مستقلاً امکان بقا داشته باشد. نتیجه این تبعیت آن است که چنانچه ثابت شود عقد از ابتداء باطل بوده است، شرط هم بلااثر خواهد بود، گرچه تمام شرایط صحت معامله را نیز داشته باشد (خویی، ۱۴۱۸، ص ۳۴۶؛ رشتی، ۱۴۰۷، ص ۱۰۳؛ حکیم، ۱۴۱۶، ص ۱۹۱؛ روحانی، ۱۴۲۹، ص ۲۷۸). با وجود این، تبعیت شرط از عقد از لوازم و مقتضای ذات شرط نیست، زیرا طرفین از درج شرط ضمن عقد اهداف مختلفی را دنبال می‌کنند و نمی‌توان تصور کرد که غرض آنان صرفاً ایجاد تبعیت میان شرط و عقد است. ممکن است دو طرف برای پرهیز از ابتدایی شدن شرط یا برای کسب لزوم از عقد به نهاد شرط ضمن عقد تمسک کرده باشند (محمدی، جواهرکلام و جمالی، ۱۴۰۱، ص ۸۹).

با این توضیح، روشن می‌شود که قاعده فوق با مسئله پژوهش حاضر مرتبط نیست، زیرا قاعده فوق به این پرسش پاسخ می‌دهد که آیا با انحلال عقد، شرط نیز منحل خواهد شد یا می‌توان مواردی از شروط را یافت که با زایل شدن عقد، از بین نمی‌روند. در حالی که مسأله مورد بحث ما این است که آیا اگر ضروری از شرط متوجه یکی از طرفین باشد، او می‌تواند با باقی گذاشتن عقد، شرط را از آن جدا سازد؟ به بیان دیگر، آیا بقاء عقد، مانع از انحلال شرط است؟ در پاسخ باید گفت، همان‌طور که در بحث پیشین گفته شد، با توجه به مبنای

قانون مدنی که شرط را موجد التزام می‌داند، اصولاً عقد مشروط مشتمل بر سه توافق است: توافق بر التزام اصلی، توافق بر التزام فرعی، توافق بر تقيید استقرار التزام اصلی بر التزام فرعی. می‌دانیم آنچه موضوع فسخ قرار می‌گیرد، توافق بر التزام فرعی است. دو توافق اصلی و فرعی مجزا اما مرتبط هستند: مجزا هستند زیرا از حیث موضوع و مفاد با یکدیگر متفاوت‌اند و مرتبط هستند زیرا توافق فرعی قید استقرار توافق اصلی است. از توجه به رابطه «تقيید» استنباط می‌شود که متعاملین توافق فرعی را از توافق اصلی جداناپذیر نپنداشته‌اند، که اگر چنین بود، توافق فرعی در قالب شرط و قید استقرار عقد قرار نمی‌گرفت بلکه قید بقای عقد می‌بود. حال آنکه به علت تفاوت در میزان مطلوبیت این دو توافق، شرط صرفاً قید استقرار عقد است. بنابراین، درست است انضمام و اجتماع عقد و شرط مقصود طرفین بوده است اما از میان رفتن انضمام این دو، عقد را به کلی نامطلوب قرار نمی‌دهد. به عبارت دیگر، نوع ارتباط عقد و شرط، نه به آن دو وحدت می‌بخشد و نه وصف جداناپذیری به آن دو می‌دهد. همچنین، توجه به تفاوت مفادی این دو توافق و نوع رابطه میان دو توافق، چنین نتیجه می‌دهد که ضروری بودن یکی به خودی خود به دیگری سرایت نمی‌کند. از سوی دیگر، هرچند عقد مشروط با انشاء واحدی صورت می‌گیرد اما دو التزام حقوقی که موضوع و مفاد متفاوتی دارند، می‌آفریند. هدف از انشاء واحد نیز ایجاد ارتباط میان این دو التزام است. بنابراین، هر یک از این دو التزام حقوقی مجزا اما مرتبط، منفرداً موضوع حکم «الزام‌آور بودن قراردادها» هستند و اینکه ممنوعیت وضع احکام ضروری، که قابل فسخ بودن توافق فرعی را به دنبال خواهد داشت، به تعهد اصلی سرایت نمی‌کند. در صورت فسخ توافق فرعی که در واقع انتفای قید است، مقید نیز منتفی می‌شود و در برخی موارد، توافق اصلی نیز به واسطه فسخ شرط، قابل فسخ می‌گردد.

۲-۳. حفظ یکپارچگی عقد

تأمل دیگری که در جدایی شرط از عقد به ذهن می‌آید، احتمال برهم خوردن نظام و یکپارچگی قرارداد است. قانون مدنی در مواد ۴۱۲،^۱ ۴۳۱،^۲ ۴۳۲،^۳ ۸۱۵ و ۸۲۴،^۴ حفظ یکپارچگی قرارداد را مورد حمایت قرارداده است. با این حال، به نظر می‌رسد منع تبعیض در قرارداد، مطلق نباشد بلکه منوط به موردی است که «اصل تبعیض» منشأ ضرر باشد. ماده ۴۳۱ این احتمال را تأیید می‌کند و در اطلاق مواد یادشده تردید ایجاد می‌کند، زیرا منع تبعیض را منوط به حالتی دانسته است که قیمت هر یک از چند چیز به صورت علی‌حده با لحاظ اراده طرفین قابل تعیین نباشد. بنابراین، اگر قیمت چند چیز به صورت علی‌حده تعیین شده باشد، تبعیض در عقد بلامانع است؛ هر چند طرفین دو مبیع را در کنار یکدیگر موضوع بیع قرار داده‌اند. همچنین، در توجیه ماده ۴۳۲ بیان شده است که اگر تبعیض در عقد پذیرفته شود، شراکت بایع در مبیع رخ می‌دهد و این امر عرفاً ضرر محسوب می‌شود (امامی، ۱۳۸۵، ص ۵۱۱). در این ماده تفاوتی میان مبیع متعدد یا واحد نیست؛ همچنان که تعیین قیمت به صورت علی‌حده هم تأثیری در حکم ندارد، چراکه در هر صورت «اصل تبعیض» زیان‌بار است. در مقابل، ماده ۶۴۳۳^۵ قانون مدنی در فرض تعدد بایع، چون مبیع از ابتدا مشترک بوده

۱. «هر گاه مشتری بعضی از مبیع را دیده و بعض دیگر را به وصف یا از روی نمونه خریده باشد و آن بعض مطابق وصف یا نمونه نباشد می‌تواند تمام مبیع را رد کند یا تمام آن را قبول نماید».

۲. «در صورتی که در یک عقد چند چیز فروخته شود بدون این که قیمت هر یک علی‌حده معین شده باشد و بعضی از آنها معیوب درآید مشتری باید تمام آن را رد کند و ثمن را مسترد دارد یا تمام را نگاهدارد و ارش بگیرد و تبعیض نمی‌تواند بکند مگر به رضای بایع».

۳. «در صورتی که در یک عقد بایع یک نفر و مشتری متعدد باشد و در مبیع عیبی ظاهر شود یکی از مشتری‌ها نمی‌تواند سهم خود را به تنهایی رد کند و دیگری سهم خود را نگاه دارد مگر با رضای بایع و بنا بر این اگر در رد مبیع اتفاق نکردند فقط هر یک از آنها حق ارش خواهد داشت».

۴. «حق شفعه را نمی‌توان فقط نسبت به یک قسمت از مبیع اجرا نمود صاحب حق مزبور یا باید از آن صرف نظر کند یا نسبت به تمام مبیع اجرا نماید».

۵. «هر گاه یک یا چند نفر از وراثت حق خود را اسقاط کند باقی وراثت نمی‌توانند آن را فقط نسبت به سهم خود اجرا نمایند و باید یا از آن صرف نظر کنند یا نسبت به تمام مبیع اجرا نمایند».

۶. «اگر در یک عقد بایع متعدد باشد مشتری می‌تواند سهم یکی را رد و دیگری را با اخذ ارش قبول کند».

است، ردّ مشتری را زیان‌بار نشمرده و تبعیض را مجاز دانسته است. علاوه بر این موارد، ماده ۸۱۲^۱ در موردی که بعض مبیع قابل اخذ به شفعه و بعض دیگر غیر قابل اخذ به شفعه باشد، تبعیض در عقد را ظاهراً به دلیل تجزیه‌پذیری موضوع معامله، مجاز دانسته است. از جمع مواد اخیر می‌توان چنین استنباط نمود که «نفس تبعیض» همواره زیان‌بار نیست بلکه بسته به مورد متفاوت است.^۲ تبعیض در عقد گاهی در موضوع^۳ و گاهی در طرف عقد^۴ قابل تصور است. در مورد تبعیض در موضوع که قرابت بیشتری با مسئله پژوهش حاضر دارد، مستفاد از مجموع مواد قانونی چنین است: در مواردی که مبیع قابل تجزیه است و پیوستگی عرفی ندارند و ثمن با لحاظ اراده طرفین قابلیت توزیع بر هر یک از اجزاء تجزیه شده را دارد، «اصل تبعیض» زیان‌بار نیست و نظام قراردادی را برهم نمی‌زند (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ص ۳۰۳، کاتوزیان، ۱۳۷۷، ص ۲۹۹). قاعده انحلال عقد واحد به عقود متعدد نیز این استنباط را تأیید می‌کند (امامی، ۱۳۸۵، ص ۵۱۰). این قاعده بیان می‌دارد تعلق عقد به کل، مانند تعلق عقد به اجزای آن است^۵ (بعجنوردی، ۱۴۱۹، ص ۱۶۰).

اکنون باید به این سوال پاسخ داد که آیا با توجه به تحلیل فوق می‌توان نتیجه گرفت که «اصل تبعیض» میان شرط و عقد، زیان‌بار و ممنوع است؟ شرط و عقد هر یک التزامی با موضوع و عوض (در صورت وجود داشتن عوض) متفاوت و مجزا هستند. همچنین، شرط جزئی از عوضین عقد نیست بلکه قید استقرار منشأ عقد است. بنابراین، تقابلی با ثمن معامله ندارد تا توزیع ثمن بر آن دشوار آید (الشروط لا یوزع علیها الثمن). در نتیجه، از ناحیه جدایی شرط

۱. «اگر مبیع متعدد بوده و بعض آن قابل شفعه و بعض دیگر قابل شفعه نباشد حق شفعه را می‌توان نسبت به بعضی که قابل شفعه است به قدر حصه آن بعض از ثمن اجرا نمود».

۲. با این حال برخی معتقدند اساساً تبعیض در چنین مواردی زیان‌بار نیست، بلکه غیر قابل فسخ بودن معامله تبعیض یافته توسط مقابل امری ضروری است. بنابراین، چنانچه یکی از طرفین در عقد تبعیض نماید، طرف دیگر می‌تواند عقد تبعیض یافته را فسخ نماید. در نتیجه، تبعیض زیان‌بار نخواهد بود (سید یزدی، ۱۳۳۷، ص ۱۷۶).

۳. مواد ۴۱۲، ۴۳۱، ۸۱۵ و ۸۲۴ قانون مدنی.

۴. ماده ۴۳۱ قانون مدنی.

۵. «ان المراد من انحلال العقد الواحد إلى عقود متعددة هو ان العقد الواقع علی هذا المركب واقع علی كل جزء من اجزائه، فإذا باع داره مثلاً فالبیع - أی: التملیک بعوض مالی - واقع علی جميع اجزاء هذه الدار فكما انه یصح ان یقال ان جميع هذه الدار مبیع یصح ان یقال بالنسبة إلى كل جزء من اجزائها: انه مبیع».

از عقد و تبعیض در معامله، زیانی به مشروطه نمی‌رسد، زیرا انحلال شرط نه سبب جهل به ثمن معامله می‌شود و نه شراکت ناخواسته‌ای ایجاد می‌کند. بنابراین، پذیرش تبعیض در عقد و شرط نسبت به آنچه در مواد قانونی پیش‌گفته (پذیرش تبعیض در موضوع یا اطراف عقد) آمده است، اولویت دارد. وانگهی، نوع ارتباط (تقیید استقرار منشا) شرط و عقد، عدم تبعیض را ایجاب نمی‌کند.

۳. اثر فسخ شرط

چنانچه قابل فسخ بودن شرط (توافق فرعی) محرز شود و متعاقباً متضرر از شرط، آن را فسخ نماید، به علت انتفای قید استقرار عقد، توافق اصلی نیز توسط طرف دیگر قابل فسخ به نظر می‌رسد. برای مثال، اگر در عقد بیع زمینی شرط شود که مشتری اتومبیل معینی را در ازای ۱۰ میلیون تومان حق‌الزحمه برای بایع خریداری و به او تسلیم نماید ولی عمل به شرط صورت نگیرد، و بپذیریم که فروشنده (مشروطه) می‌تواند شرط مزبور را بر هم زند، در این صورت خریدار (مشروط‌علیه) نیز می‌تواند قرارداد اصلی (عقد بیع) را فسخ کند. در این باره ملاک ماده ۲۴۰ قانون مدنی قابل استناد است که می‌گوید: «اگر بعد از عقد انجام شرط ممتنع شود یا معلوم شود که حین‌العقد ممتنع بوده است، کسی که شرط بر نفع او شده است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت...». با توجه به ملاک این ماده، می‌توان گفت که هرگاه شرط (به جهت فسخ از طرف فروشنده) منتفی شود، چون شرط به نفع خریدار نیز بوده است، او حق فسخ عقد اصلی را خواهد داشت.

گفتنی است که ذیل ماده ۲۴۰ ق.م. مقرر نموده است: «... مگر این که امتناع مستند به فعل مشروطه باشد»، که این استثناء در بحث حاضر نیز قابل اعمال به نظر می‌رسد. برای نمونه، اگر در مثال مزبور، عدم اجرای تعهد مستند به فعل خریدار باشد، مانند اینکه وی عمداً از اجرای شرط خودداری نموده باشد، او حق فسخ عقد اصلی را نخواهد داشت. با این حال، ممکن است تصور شود که چون انتفای شرط با فسخ مشروطه (فروشنده) صورت می‌گیرد، امتناع شرط همواره مستند به مشروطه است و در نتیجه التزام اصلی (عقد) همواره از سوی مشروط‌علیه قابل فسخ است؛ اما این پندار صحیح نیست، زیرا فسخ که خود وسیله دفع ضرر است، قاطع استناد عرفی نیست (کاتوزیان، ۱۳۷۱، ص ۲۰۹). بنابراین، در مواردی که فسخ شرط ناشی از تخلف مشروط‌علیه است، باید فسخ شرط را مستند به مشروط‌علیه دانست و در چنین مواردی، التزام اصلی از سوی او قابل فسخ نیست. همچنین، ممکن است عدم

اجرای شرط ناشی از فعل شخص ثالث و یا هر عامل دیگری (غیر از تقصیر مشروط‌علیه) باشد؛ مانند اینکه در مثال مزبور، مالک اتومبیل حاضر به فروش آن نشود، که در این صورت، عدم اجرای شرط مستند به مشروط‌علیه نیست و به همین دلیل، با فسخ شرط از سوی مشروط‌له (فروشنده) و منتفی شدن آن، خریدار (مشروط‌علیه) هم حق فسخ عقد اصلی را خواهد داشت.

بر این اساس، در مورد وضعیت شرط (قابل فسخ بودن یا منفسخ شدن شرط) در صورت عدم اجرای شرط یا انتفای آن، صورت‌های گوناگونی به شرح زیر از یکدیگر قابل تفکیک است: ۱- در صورتی که مشروط‌علیه از عمل به شرط امتناع ورزد، مشروط‌له می‌تواند به جای عقد، صرفاً شرط ضمن عقد را فسخ نماید. در این صورت، چون عدم اجرای شرط مستند به فعل خود مشروط‌علیه بوده، او حق فسخ عقد اصلی را ندارد. ۲- هرگاه عمل به شرط به‌طور کلی و به‌علت قوه قاهره منتفی گردد، مانند اینکه مبیع در اثر آتش‌سوزی ناشی از صاعقه تلف شود، شرط ضمن عقد خود به خود منفسخ می‌شود و فسخ آن مورد پیدا نمی‌کند، چرا که وفای به شرط برای همیشه متعذر شده است و از این رو، امکان فسخ آن توجیهی ندارد. قانون مدنی نیز در مصادیق گوناگون، مانند تلف مبیع قبل از قبض یا تلف مورد اجاره، که هدف اساسی طرفین منتفی شده است (مواد ۳۸۷، ۴۸۱، ۴۸۳، ۴۹۶، ۵۲۷، ۵۸۷، ۶۸۳ و ۷۴۶) از همین دیدگاه پیروی نموده و ملاک آن در مورد انتفای کلی شرط نیز قابل اجراست. تابع همین فرض است اگر معلوم شود که موضوع شرط (اتومبیل)، ملک شخص دیگری بوده و او آن را تنفیذ نمی‌کند. ۳- چنانچه عدم اجرای شرط منتسب به مشروط‌له (فروشنده) باشد، مانند اینکه وی موضوع شرط را تلف نماید، او حق فسخ شرط را ندارد و به همین جهت، فسخ عقد اصلی از سوی مشروط‌علیه (خریدار) نیز منتفی خواهد بود. ۴- اگر تلف موضوع شرط (اتومبیل) ناشی از فعل مشروط‌علیه (یعنی خریدار در مثال یادشده) باشد، با توجه به ملاک ماده ۳۸۷ قانون مدنی و دیدگاه فقها و حقوقدانان، که در فرض اتلاف مبیع حکم به ضمان قهری می‌دهند و ضمان معاوضی را جاری نمی‌شمرند (عاملی، ۱۴۱۳، ص ۲۱۷؛ کاتوزیان، ۱۳۷۱، ص ۱۹۶)، باید مشروط‌علیه را ضامن بدل اجرای تعهد (خسارات) دانست و چنین تلفی موجب انفساخ شرط ضمن عقد نمی‌شود. ترجیح ضمان قهری بر ضمان معاوضی، طرفین را در حال قرارداد اجرا شده قرار می‌دهد که به اراده آن‌ها نزدیک‌تر است. در این حالت، به علت تعذر تسلیم عین تعهد، مشروط‌له مختار است

که شرط ضمن عقد را فسخ کند یا شرط را باقی گذارد و خسارات را مطالبه نماید. در صورت فسخ شرط توسط مشروطه، عقد توسط مشروط‌علیه قابل فسخ نیست، زیرا عرفاً فسخ شرط منسوب به رفتار اوست. ۵- هرگاه ثالث موجب تلف موضوع شرط باشد، همچون فرض پیشین ضمان قهری بر ضمان معاوضی ترجیح داشته و به علت تعذر تسلیم، مشروطه مختار در فسخ شرط یا مطالبه خسارات است. در صورت فسخ شرط، برخلاف حالت پیشین، مشروط‌علیه می‌تواند عقد اصلی را فسخ نماید، زیرا امتناع شرط منسوب به او نیست. ۶- در صورتی که خیاراتی مثل عیب یا تدلیس و یا غبن تنها نسبت به موضوع شرط وجود داشته باشد، مشروطه می‌تواند صرفاً شرط را بر هم زند و عقد را نگاه دارد؛ که در این صورت مشروط‌علیه نیز می‌تواند عقد اصلی را فسخ کند، مگر اینکه فسخ مستند به فعل او بوده باشد؛ مانند تدلیس یا اطلاع وی از عیب.

نتیجه

نوشتار حاضر در پی پاسخ به این پرسش بوده است که آیا می‌توان شرط ضمن عقد را فسخ نمود، ولی عقد را باقی گذاشت؟ در این صورت فسخ شرط چه تأثیری بر وضعیت عقد دارد؟ مطالعه موضوع در متون فقهی و قوانین موضوعه حاکی از آن است که اگرچه تاکنون به این بحث پرداخته نشده است و بحث منسجمی در نوشته‌های فقهی و حقوقی در این باره دیده نمی‌شود، اما تحلیل مبنایی بحث، نتایج زیر را نشان می‌دهد:

۱. از میان تحلیل‌های ارائه‌شده در زمینه رابطه عقد و شرط، از قبیل «جزئیت»، «تعلیق»، «ظرفیت» و غیره، با توجه به مفهوم عرفی «امر مشروط»، رابطه «تقیید» به عنوان نظر مختار بر گزیده شد و شبهات ناظر به آن پاسخ داده شد. حاصل اینکه، در عقد مشروط، استقرار التزام اصلی مقید بر التزام فرعی است.

۲. عقد مشروط را می‌توان به سه توافق تجزیه و منحل نمود: توافق بر التزام اصلی، توافق بر التزام فرعی و توافق بر تقیید استقرار التزام اصلی بر التزام فرعی. بر این اساس، سه مانع احتمالی فسخ شرط ضمن عقد که در این پژوهش مورد بررسی قرار گرفتند، عبارتند از امکان قرار گرفتن شرط به عنوان موضوع فسخ، قاعده تبعیت شرط از عقد (و یا اثر بطلان و انحلال عقد بر شرط ضمن عقد) و لزوم حفظ یکپارچگی عقد یا جلوگیری از تجزیه شدن عقد.

۳. عقود مشروطی که متضمن شرط نتیجه یا شرط فعل باشند، هر سه توافق فوق را به همراه دارند. اما در عقود مشروطی که متضمن شرط صفت هستند، چنانچه موضوع شرط صفت

«عین معین» باشد، توافق بر التزام فرعی قابل تصور نیست. بنابراین، فسخ چنین شرط صفتی معقول نیست. به بیان دیگر، شرط ضمن عقود مشروطی که متضمن هر سه توافق فوق باشند، قابل فسخ خواهند بود، زیرا فسخ شرط ضمن عقد مشروطی که فاقد توافق بر التزام فرعی باشد، بلاموضوع خواهد بود.

۴. اگر موضوع شرط، یکی از ارکان یا اوصاف التزام اصلی باشد، از آنجایی که التزام فرعی جدید و متفاوتی از التزام اصلی ایجاد نمی‌کند، جدایی شرط از عقد معقول نمی‌باشد و از موضوع بحث خارج است. به عبارت دیگر، در این نوع از عقود مشروط نیز توافق بر التزام فرعی وجود ندارد.

۵. قاعده تبعیت شرط از عقد - در بقا - بدین پرسش پاسخ می‌دهد که آیا با انحلال عقد، شرط به حیات خود ادامه می‌دهد یا خیر. اما مسأله پژوهش حاضر آن است که آیا می‌توان با وجود بقای عقد، شرط ضمن آن را به صورت یک طرفی فسخ کرد؟ به عبارت دیگر، آیا حیات عقد، مانع فسخ شرط ضمن عقد می‌گردد؟ نتیجه حاصل شده این بود که دو توافق اصلی و فرعی، مجزا اما مرتبط هستند، زیرا از یک طرف، از حیث موضوع و مفاد با یکدیگر متفاوت‌اند و از طرف دیگر، توافق فرعی قید استقرار توافق اصلی است و این ارتباط وصف جداناپذیری به این دو التزام نمی‌بخشد؛ وگرنه اگر چنین بود، شرط، قید بقای منشأ قرار می‌گرفت و نه قید استقرار منشأ.

۶. ظاهر اجتماع و هم‌نشینی عقد و شرط در کنار یکدیگر، حفظ یکپارچگی آن را ایجاب می‌کند. با این حال، قانون مدنی «عدم تبعیض» در عقد را به صورت مطلق، ضروری ندانسته است، بلکه ممنوعیت آن را محدود به حالتی می‌داند که تبعیض در عقد، منشأ ضرر باشد. بنابراین، چنانچه تبعیض در موضوع یا طرف قرارداد، در صورتی که منشأ ضرر نباشد، مورد پذیرش قانون‌گذار باشد، امکان تبعیض در عقد و شرط که هر یک التزامی مجزا و متفاوت هستند، اولویت دارد. همچنین نوع ارتباط میان آن دو نیز عدم تبعیض را ایجاب نمی‌کند.

۷. در مورد اثر فسخ شرط ضمن عقد، به عنوان قاعده می‌توان گفت که فسخ شرط توسط یکی از طرفین، عقد را به نفع طرف دیگر متزلزل می‌کند، مگر اینکه فسخ شرط توسط طرف اول، منسوب به رفتار طرف دوم باشد؛ که در این صورت عقد از سوی طرف دوم قابل فسخ نیست. در این خصوص حالت‌های گوناگونی به شرح زیر متصور است: ۱- در صورت عدم اجرای شرط از سوی مشروط‌علیه، مشروط‌له حق فسخ شرط را دارد، بدون اینکه مشروط‌علیه

در اثر آن بتواند عقد اصلی را بر هم بزند. ۲- در فرض امتناع کلی شرط به علت خارجی، مانند آفات سماوی، شرط منفسخ می‌گردد و فسخ آن مورد نمی‌یابد. ۳- چنانچه شرط به علت رفتار مشروطه ناممکن گردد، شرط توسط او قابل فسخ نیست. ۴- در صورت ناممکن شدن شرط به علت رفتار مشروط‌علیه، مشروطه مختار در مطالبه خسارت یا فسخ شرط است. در حالت فسخ شرط توسط مشروطه، عقد توسط مشروط‌علیه قابل فسخ نیست. ۵- هرگاه تعهد ناشی از شرط به علت رفتار ثالث ناممکن گردد، حکم فرض پیشین جریان دارد؛ با این تفاوت که در صورت فسخ شرط توسط مشروطه، عقد توسط مشروط‌علیه قابل فسخ است. ۶- هرگاه خیاراتی مثل عیب یا تدلیس و یا غبن تنها نسبت به موضوع شرط جاری باشد، مشروطه می‌تواند شرط را بر هم زند. در این صورت مشروط‌علیه نیز می‌تواند عقد اصلی را فسخ کند، مگر اینکه فسخ مستند به فعل او بوده باشد؛ مانند تدلیس. به این ترتیب، به قانونگذار پیشنهاد می‌شود که ضمن افزودن ماده‌ای به مبحث شروط ضمن عقد در قانون مدنی، امکان فسخ شرط را به تنهایی و به‌عنوان قاعده تجویز نموده و تصریح نماید که در اثر فسخ شرط از سوی مشروطه، مشروط‌علیه نیز می‌تواند عقد را بر هم بزند، مگر اینکه فسخ شرط منسوب به رفتار خود او باشد.

منابع

- اصفهانی (کمپانی)، محمدحسین (۱۴۱۸). حاشیه کتاب المکاسب (ج ۵)، قم: أنوار الهدی.
- امامی، سیدحسن (۱۳۸۵). حقوق مدنی (ج ۱). تهران: کتابفروشی اسلامیة.
- انصاری، مرتضی (۱۴۱۵). کتاب المکاسب (ج ۶). قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ انصاری (ره).
- ایروانی، علی (۱۴۰۶). حاشیه المکاسب (ج ۲). تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- بجنوردی، سیدحسن (۱۴۱۹). القواعد الفقہیة (ج ۳). قم: نشر الهادی.
- بحرانی، یوسف (۱۴۰۵). الحدائق الناضرة (ج ۱۹). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- بیگلدی، عطاءالله؛ و محمدی، محمدرضا (۱۴۰۲)، «بررسی انتقادی تعریف عقد در حقوق ایران با تمرکز بر تفسیر ماده ۱۸۳ قانون مدنی، بر اساس ماهیت عقد در فقه امامیه، حقوق انگلیس و حقوق فرانسه»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، ۲۴ (۱)، ص ۸۳-۵۰.
- حکیم، سیدمحسن (۱۴۱۶). مستمسک العروه الوثقی. قم: مؤسسه دار التفسیر.
- حلی (محقق)، جعفر بن حسن (۱۴۰۸)، شرائع الإسلام (ج ۲). قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- حلی (علامه)، حسن بن یوسف (۱۳۸۸)، تذکره الفقهاء (ج ۲). قم: مؤسسه آل البيت (ع).

- خمینی، سیدروح‌الله (۱۴۲۱). کتاب البیع (ج ۵). تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۰۶). المبانی فی شرح العروه الوثقی (ج ۱). نجف، بی‌نا.
- خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۸). الموسوعه الإمام الخوئی. قم: موسسه احیا آثار الإمام الخوئی.
- خویی، سید ابوالقاسم (بی‌تا). مصباح الفقاهة (المکاسب)، ج ۷. بی‌نا، بی‌جا.
- خویی، سید محمدتقی (۱۴۱۴). الشروط أو الالتزامات التبعیة فی العقود (ج ۱)، بیروت: دار المؤرخ العربی.
- رشتی، میرزا حبیب‌الله (۱۴۰۷). فقه الإمامیه قسم الخیارات. قم: کتابفروشی داوری.
- روحانی (حسینی)، سیدصادق (۱۴۲۹). منهاج الفقاهه (ج ۶)، ج ۵. قم: انتشارات انوار الهدی.
- ره‌پیک، حسن (۱۴۰۰). مباحث تحلیلی شروط ضمن عقد. تهران: انتشارات خرسندی.
- سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳). مهذب الأحکام (ج ۱۷)، ج ۴. قم، مؤسسه المنار.
- سبزواری، محمداقبر (۱۴۲۳). کفایة الأحکام (ج ۱). قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- شهیدی، مهدی (۱۴۰۲). حقوق مدنی (ج ۴)، شروط ضمن عقد. تهران: انتشارات مجد.
- شیروی، عبدالحسین (۱۳۸۷). «فسخ قرارداد در صورت امتناع متعهد از انجام تعهد در حقوق ایران». مجله مجتمع آموزش عالی قم، (۱). ۴۹-۷۱.
- صالحی علی‌آبادی، حامد (۱۴۰۲)، «دامنه چشم‌پوشی از اصل لزوم رفع ابهام در شروط ضمن عقد»، پژوهشنامه حقوق اسلامی، ۲۴(۴)، ص ۸۱۵-۸۵۰.
- صغیری، اسماعیل (۱۳۸۴). «بررسی فقهی رابطه شرط و عقد». نشریه علامه. (۷)، ۱۰۵-۱۴۲.
- صفایی، سیدحسین (۱۳۹۶). دوره مقدماتی حقوق مدنی (ج ۲). تهران: نشر میزان.
- طباطبایی یزدی، سید محمدکاظم (۱۴۲۱)، حاشیة المکاسب (ج ۲)، ج ۲. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین (۱۴۱۰). الروضة البهیة (المحسّی - کلانتر) (ج ۳). قم: داوری.
- عاملی (شهید ثانی)، زین‌الدین (۱۴۱۳). مسالک الأفهام (ج ۳). قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة.
- عاملی کرکی (محقق ثانی)، علی بن حسین (۱۴۱۴). جامع المقاصد (ج ۴)، ج ۲. قم: مؤسسه آل‌البتیت (ع).
- عاملی، محمد بن مکی (بی‌تا). اللمعة الدمشقیة. بی‌جا: دار الفکر.
- عدل (منصور السلطنه)، مصطفی (۱۳۴۲). حقوق مدنی. ج ۷، تهران: امیر کبیر.
- فرحزادی، علی‌اکبر (۱۳۸۵). «رابطه شرط ضمن عقد و قرارداد». فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی. (۳۸)، ۱۵-۲۷.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۱). دوره عقود معین (ج ۱). تهران: شرکت انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶). قواعد عمومی قراردادها (ج ۴). تهران: شرکت انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶). قواعد عمومی قراردادها (ج ۵). تهران: شرکت انتشار.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷). ایقاع. تهران: نشر میزان.

کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۷). قواعد عمومی قراردادها (ج ۳). تهران: شرکت انتشار.

محقق داماد، مصطفی (۱۳۹۹). نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی (ج ۱). تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.

محمدی، قاسم؛ محمدهادی جواهرکلام و مرتضی جمالی (۱۴۰۲). «تأثیر «بطلان» و «انحلال» عقد بر شرط ضمن آن؛ تدارک قاعده برای «استقلال شرط از عقد» از منظر حقوق اسلامی و رویه قضایی». دانشنامه‌های حقوقی. ۶ (۱۸)، ۸۳-۱۱۶.

مراغی (حسینی)، سید میر عبدالفتاح (۱۴۱۷). العناوین الفقهیه (ج ۲). قم: دفتر انتشارات اسلامی.

نائینی، میرزا محمدحسین (۱۳۷۳). منیة الطالب (ج ۲). مقرر: موسی خوانساری. تهران: المكتبة المحمدية.

نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴)، جواهر الکلام. ج ۲۳، چ ۷. بیروت: دار إحياء التراث العربی.

نراقی، احمد (۱۴۱۷). عوائد الأيام (ج ۱). قم: دفتر تبلیغات اسلامی.

هاشمی شاهرودی، سید محمود، با همکاری جمعی از پژوهشگران (۱۴۱۷)، معجم فقه الجواهر (ج ۳)، بیروت: الغدير للطباعة و النشر و التوزيع.