

## بررسی تطبیقی موارد فسخ ناشی از شرط ضمن عقد در حقوق ایران و فقه امامیه

مصطفی انصاری نژاد<sup>۱</sup>، مراد مقصودی<sup>۲</sup>

<sup>۱</sup> مدرس دانشگاه، دانشگاه آزاد اسلامی واحد دهلران.

<sup>۲</sup> استادیار دانشگاه، دانشگاه آزاد اسلامی واحد ایلام.

نام نویسنده مسئول:

مصطفی انصاری نژاد

### چکیده

شرط ضمن عقد ممکن است در برخی موارد برای مشروط له ایجاد حق فسخ بنماید. حال سوال این است که در موارد فسخ ناشی از شرط ضمن عقد بین حقوق ایران و فقه امامیه چه تفاوت ها و چه شباهت هایی وجود دارد؟ در احکام شرط باطلی که مفسد عقد نیست، تخلف از شرط فعل و بطلان شرط نتیجه بین حقوق ایران و فقه امامیه مطابقت وجود دارد لیکن در احکام تخلف از شرط صفت و شرط ممتنع بین حقوق ایران و فقه امامیه تفاوت هایی دیده می شود.

**واژگان کلیدی:** فسخ ناشی از شرط ضمن عقد - حقوق ایران - فقه امامیه.

## مقدمه

متعاقبین می توانند در ضمن عقد شرط یا شروطی را لحاظ بنمایند. شرط ضمن عقد انواع مختلفی دارد. به موجب ماده ۲۳۴ قانون مدنی، شروط ضمن عقد به سه دسته ی شرط صفت، شرط فعل و شرط نتیجه تقسیم می شوند (صفایی ۱۳۷۹، ۱۹۱). شرط ضمن عقد ممکن است تحت شرایطی به مشروط له حق فسخ دهد. موارد فسخ ناشی از شرط ضمن عقد را می توان به پنج مورد شرط باطلی که مفسد عقد نیست، تخلف از شرط صفت، تخلف از شرط فعل، بطلان شرط نتیجه و شرط ممتنع تقسیم نمود. از آنجایی که حقوق ایران و از جمله مباحث مربوط به شروط ضمن عقد ناشی از فقه امامیه می باشد، سوال این است که چه شباهت ها و چه تفاوت هایی بین موارد فسخ ناشی از شرط ضمن عقد در حقوق ایران و فقه امامیه وجود دارد.

### ۱- شرط باطلی که مفسد عقد نیست

#### ۱-۱- شرط باطلی که مفسد عقد نیست در حقوق ایران

شرط پاره‌ای از عقد است و تراضی به مجموعه‌ای از تعهدهای اصلی و فرعی تعلق می‌گیرد. پس، نخستین نظری که به ذهن می‌رسد این است که بطلان شرط به نظم آن مجموعه صدمه می‌زند و عقد را باطل می‌کند. ولی، قانون مدنی از نظری پیروی کرده است که به موجب آن بطلان شرط اصولاً خللی به صحت عقد نمی‌رساند و فقط در صورتی که فساد یکی از ارکان چهارگانه‌ی صحت عقد را از بین ببرد، چاره‌ای جز حکم به بطلان نیست. برای مثال، در مواردی که مجهول بودن شرط سبب جهل به یکی از دو عوض اصلی می‌شود، یا نامشروع بودن شرط ماهیت و ذات عقد را دگرگون می‌سازد، فساد عقد نیز حتمی است. اکنون باید دید، اگر بطلان شرط عقد اصلی را از بین نمی‌برد آیا به مشروط له این حق را هم نمی‌دهد که برای جبران زیان خویش آن را فسخ کند؟ از مفاد ماده ۲۴۰ به خوبی برمی‌آید که باید بین موردی که او به بطلان شرط آگاه است، و موردی که به پندار درستی شرط حاضر به معامله کردن شده است، تفاوت گذارد:

در مورد نخست چون فرض این است که مشروط له با علم به بطلان شرط آن را به سود خود پذیرفته است، دیگر نمی‌تواند به این بهانه عقد را بر هم زند. زیرا، ظاهر حکم می‌کند که او بدون اجرای شرط نیز به معامله راضی بوده است. در حالی که مشروط له از فساد شرط اطلاع ندارد، دادن حق فسخ به او منطقی و عادلانه به نظر می‌رسد. زیرا شروط معامله، هر چند که جنبه‌ی فرعی داشته باشد، باز هم در ایجاد رضای به آن مؤثر است، و مشروط له هنگام بستن عقد به منافع حاصل از تعهد تبعی نیز توجه دارد. پس، حال که وضع را بر خلاف پندار خود می‌بیند، بایستی بتواند اگر به مفاد عقد راضی نیست آن را بر هم زند؛ چنان که ماده‌ی ۲۴۰ همین ترتیب را در شرط نامقدور اعمال کرده است و 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، مگر اینکه امتناع مستند به فعل مشروط له باشد.»

خیار فسخ حکمی است برای جلوگیری از ضرر ناروای مشروط له. پس، جایی که شرط نفع عقلایی ندارد و بدین جهت باطل است، خیار نیز به وجود نمی‌آید. حقوق بر شرطی که خردمندان مفید نمی‌دانند هیچ اثری با نمی‌کند و به جبران محروم ماندن از آن نمی‌اندیشد. (کاتوزیان ۱۳۹۲، ۲۹۰)

#### ۲-۱- شرط باطلی که مفسد عقد نیست در فقه امامیه

راجع به بحث گفتار پیشین در فقه امامیه وضعیت به این شکل است که در صورتی که مشروط له در حین معامله آگاه از فساد شرط باشد، نمی‌تواند معامله‌ی اصلی را فسخ نماید، زیرا مشروط له با علم به آنکه شرط باطل و بلااثر می‌باشد معامله نموده و در حقیقت عقد را بدون شرط منعقد ساخته است، و عقد مزبور مانند عقد مطلق و بسیط خواهد بود. اما در صورتی که مشروط له در حین عقد جاهل به بطلان شرط باشد، خواه مشروط علیه عالم به آن باشد و یا جاهل، می‌تواند معامله اصلی را فسخ نماید زیرا:

الف- در صورتی که شرط غیرمقدور باشد مانند آنکه در ضمن فروش خانه خریدار شرط نماید، فروشنده طوطی را که دارد مجاناً پس از دو روز به او واگذار نماید و بعد از معامله خانه معلوم شود که طوطی قبل از معامله پریده است، شرط مزبور در اثر عدم قدرت بر تسلیم باطل است و معامله نسبت به خانه صحیح می‌باشد و مشروط له می‌تواند آن را فسخ بنماید زیرا او یا انعقاد معامله با پیوست شرطی که ضمن آن شده موافقت نموده و در ثمنی که پرداخته، شرط را نیز ملحوظ داشته است و چون کشف شود که انجام شرط غیر مقدور می‌باشد ناچار باید برای جبران خسارت به مشروط له حق داده شود که معامله اصلی را همان قسم قبول و یا فسخ نماید. و همچنین است هر گاه شرط در حین عقد مقدور باشد ولی بعداً در اثر امر خارجی غیر مقدور شود چنانکه در مثال بالا طوطی مورد شرط در حین معامله موجود بوده ولی پس از یک روز از انعقاد معامله بپرد. حق فسخ برای مشروط له در مثال مزبور در صورتی است که عدم قدرت بر انجام شرط مستند به فعل او نباشد،

چنانکه طوطی را او رها کرده باشد زیرا مشروطه خود موجب اضرار شده است. فرقی نمی‌نماید که مشروط علیه موجب عدم قدرت بر انجام شرط شود یا دیگری موجب آن گردد. (امامی، ۲۷۶:۱)

ب- در صورتی که شرط نفع و فائده نداشته باشد، مشروط له می‌تواند عقد را فسخ کند زیرا مشروطه در حین عقد تصور نفع و فائده برای شرط نموده و با لحاظ انتفاع از آن، معامله را نموده است، و چون کشف شود که شرط باطل است، مشروطه می‌تواند برای جبران خسارت وارده معامله را فسخ نماید، و یا همانگونه آن را قبول کند. چنانکه کسی در ضمن فروش اسب خود، شرط نماید که ده خرور تلخه (دانه‌های تلخی که در گندم یافت می‌شود) خریدار به او بدهد به تصور اینکه آن‌ها را می‌توان به جای دانه به مرغ داد، بعد معلوم شود که مرغ نمی‌خورد و هیچ‌گونه فائده‌ای برای آن متصور نیست راجع به حق فسخ در مورد مزبور می‌توان حق فسخ را در شرطی که نفع و فایده ندارد ثابت دانست زیرا شرطی که نفع و فایده ندارد مانند غیر مقدور قابل استفاده نخواهد بود. (امامی، ۲۷۷:۱)

پ- در صورتی که شرط نامشروع باشد، مشروطه می‌تواند معامله‌ی اصلی را که شرط در ضمن آن قرار داده شده فسخ نماید، زیرا معامله‌ی اصلی با لحاظ انجام شرط منعقد شده و چون کشف شود که شرط باطل است و به مشروطه خسارت متوجه می‌شود می‌تواند بوسیله‌ی حق فسخ آن را جبران کند، چنانکه در مورد شرط غیر مقدور است. (امامی، ۲۷۷:۱)

## ۲- تخلف از شرط صفت

### ۲-۱- تخلف از شرط صفت در حقوق ایران

برابر ماده ۲۳۵ قانون مدنی، اگر بعد از عقد معلوم شود که مورد معامله دارای صفتی که شرط شده نبوده است، کسی که شرط به او نفع شده است خیار فسخ خواهد داشت و می‌تواند معامله را بر هم زند. بنابراین «اگر ملکی به شرط داشتن مساحت معین فروخته شده باشد و بعد معلوم شود که کمتر از آن مقدار است، مشتری حق فسخ معامله را خواهد داشت، و اگر معلوم شود که بیشتر است بائع می‌تواند آن را فسخ کند...» (ماده ۳۵۵ قانون مدنی). هر گاه صفتی که در عقد شرط شده و صف ذاتی و به تعبیری جوهری یا اساسی مورد معامله و قید اراده و مبنای تراضی طرفین باشد، به گونه‌ای که بدون آن وصف قرارداد منعقد نمی‌شده است، فقدان وصف مزبور اراده را خدشه‌دار می‌کند و از این رو موجب بطلان معامله است. (صفایی ۱۳۹۳، ۱۹۲:۲)

اصولاً ضمانت اجرای تخلف از شرط صفت، ایجاد حق فسخ برای مشروطه است و او نمی‌تواند با قبول عقد، از بابت فقدان شرط مقداری از تعهد خود را انجام ندهد. برای مثال، اگر پارچه‌ای را بدین شرط که بافت انگلستان است بفروشد و پس از عقد معلوم شود که پارچه محصول کشور استرالیا است، خریدار می‌تواند عقدبیع را به استناد ماده ۲۳۵ فسخ کند و حق ندارد تفاوت بین بهای پارچه انگلیسی و استرالیایی را از ثمن بکاهد. با وجود این باید دانست که حق فسخ عقد مخصوص موردی است که موضوع معامله عین معین باشد. زیرا، اگر کلی موضوع تعهد مطابق اوصاف مقرر نباشد طلبکار می‌تواند او را اجبار به تسلیم فرد واجد شرایط کند و نیازی به برهم زدن عقد نیست (مستفاد از مود ۲۳۶ تا ۲۳۹ ق.م). همچنین اگر موضوع عقد هنگام معامله صفت مشروط را دارا نباشد، ولی در زمان تسلیم یا پیش از فسخ وصف منظور حاصل شود، حق فسخ مشروطه نیز از بین می‌رود (ملاک ماده ۳۸۴ ق.م). (جزوه دپارتمان حقوق و علوم سیاسی، تعهدات ۱۳۹۱، ۱۸۰)

### ۲-۲- تخلف از شرط صفت در فقه امامیه

در مورد ضمانت اجرای تخلف از شرط صفت، در نظریه در فقه مطرح نشده است؛ بسیاری از فقها، ضمانت اجرای آن را ایجاد حق خیار قرار داده‌اند (انصاری ۱۴۱۵ ه.ق، ۳:۳۴) ولی در مقابل گروهی علاوه بر ایجاد حق خیار، امکان الزام متعهد به شرط را نیز صحیح می‌دانند. منشأ اختلاف در این است که آیا ادله لزوم شروط از جمله حدیث شریف «المؤمنون عند شروطهم» شامل شرط صفت نیز می‌شود یا خیر؟ گروه نخست معتقدند که این روایت شامل شرط صفت نمی‌شود در نتیجه در فرض تخلف و نقض آن دلیلی برای الزام متعهد به انجام شرط نداریم. توضیح اینکه قاعده‌ی فوق در جایی جاری است که الزام ممکن باشد و تعهد همواره نسبت به یک عمل و فعل امکان دارد، نه نسبت به وجود امری خارجی که در واقع یا موجود یا معدوم است. در نتیجه الزام وجود ندارد تا الزام معنا و مفهوم داشته باشد. (همان، ۳:۳۴) انتقادی که بر این نظریه وارد شده است این است که اولاً: اگر ادله‌ی لزوم شروط، شامل شرط صفت نشود، نه تنها دلیلی بر لزوم پایبندی به این شرط نداریم بلکه دلیلی بر صحت این شرط نیز نخواهیم داشت در حالی که طرفداران این نظریه عموماً قائل به صحت شرط صفت شده‌اند. ثانیاً: مفاد روایت فوق این است که مؤمنان به التزامات خود پایبندند و به مقتضای تعهدات و شروط خود متعهدند، لکن پایبندی و وفا به تعهدات بر حسب مقتضای شرط متفاوت است؛ اگر شرط انجام عملی باشد، مشروط علیه مکلف است به آن اقدام کند و اگر شرط وجود وصف در مبیع باشد، وی مکلف است مبیع با این وصف را تحویل دهد. (جهانگیری و یزدانی ۱۳۹۱، ۳۰)

مرحوم محقق نائینی در مقابل دو نظریه فوق قائل به تفصیل شده است، به این صورت که اگر وصف از اوصافی باشد که امکان تحصیل آن‌ها برای متعهدعلیه نیست. در این صورت ضمانت اجرای تخلف وصف، حق خیار است ولی اگر امکان تحصیل وصف برای متعهد علیه وجود داشته باشد. در این صورت امکان الزام متعهدعلیه بر تحصیل شرط وجود دارد.

### ۳- تخلف از شرط فعل

#### ۳-۱- تخلف از شرط فعل در حقوق ایران

هر گاه مشروط‌علیه از وفای به شرط تخلف کند، مشروط‌له می‌تواند به دادگاه رجوع کرده و اجبار مشروط‌علیه را تقاضا نماید (ماده ۲۳۷ قانون مدنی). در این صورت، دادگاه حکم به انجام شرط خواهد کرد. هر گاه مشروط‌علیه از اجرای حکم دادگاه با وجود صدور اجرائیه خودداری کند، احقاق حق مشروط‌له چگونه خواهد بود؟ در این جا باید بین دو مورد زیر تفکیک کرد:

الف- اگر فعل مشروط قائم به شخص مشروط‌علیه نباشد، یعنی بتوان آن را بوسیله‌ی شخص دیگری انجام داد، چنانکه فعل مشروط نقاشی یا تعمیر ساختمان است که دیگران نیز می‌توانند انجام دهند، یا انتقال مال معین است که انجام آن به وسیله‌ی دیگری نیز امکان‌پذیر است، در این صورت برابر ماده‌ی ۲۳۸ قانون مدنی، قاضی می‌تواند به خرج ملتزم موجبات آن فعل را فراهم کند. مثلاً قاضی می‌تواند به تقاضای ذی‌نفع دستو دهد که نقاش دیگری ساختمان را نقاشی کند و هزینه‌ی آن از اموال مشروط‌علیه وصول گردد، یا شخصی به نمایندگی از دادگاه در دفتر اسناد رسمی حاضر شده مال مورد تعهد را به متعهدله منتقل و سند انتقال را به جای متعهد امضا کند. (صفایی ۱۳۹۳، ۱۹۴:۲)

ب- اگر فعل مشروط قائم به شخص مشروط‌علیه باشد یعنی دیگری نتواند آن را بدان‌گونه که مورد نظر بوده انجام دهد، چنانکه موضوع شرط تهیه‌ی یک تابلوی نقاشی به وسیله‌ی نقاشی زبردست باشد و دیگری از عهده‌ی این کار بدان‌گونه که منظور بوده برنیاید، در این صورت، برابر ماده ۲۳۹ قانون مدنی مشروط‌له حق فسخ معامله را خواهد داشت. بنابراین، فسخ معامله باید به عنوان آخرین چاره مورد استفاده مشروط‌له واقع شود: اگر اجبار مشروط‌علیه به وفا به شرط ممکن باشد، یا فعل مشروط قائم به شخص متعهد نباشد و بتوان آن را به وسیله‌ی شخص دیگری انجام داد، مشروط‌له حق فسخ قرارداد را نخواهد داشت. (صفایی ۱۳۹۳، ۱۹۴:۲)

در مورد تخلف از شرط فعل بایستی بین تعهداتی که قید زمانی دارند و تعهداتی که قید زمانی آنها فرعی می‌باشد تفاوت قائل شد، تعهداتی که قید زمانی دارند در صورتی که در موعد مقرر وفای به عهد صورت نگیرد در حکم این است که به تعهد وفا نشده است ولو اینکه بعد از موعد مقرر متعهد، تعهد خود را انجام دهد و حکم آن همان حکم تخلف از شرط فعل است که توضیح داده شد. بعنوان مثال در ضمن یک عقد فروش خودرویی شرطی قرارداده می‌شود با این مضمون که خریدار حتماً باید ظرف ۴۸ ساعت در اداره پلیس راهنمایی و رانندگی جهت تعویض پلاک حاضر شود. در این حالت اگر خریدار ظرف ۴۸ ساعت مقرر در محل مذکور حاضر نشود مشروط‌له می‌تواند عقد بیع را فسخ نماید.

#### ۳-۲- تخلف از شرط فعل در فقه امامیه

فقه‌های امامیه معتقد هستند وقتی متعهدعلیه از انجام شرط و تعهد استنکاف می‌کند، طرف مقابل می‌تواند او را به انجام تعهد اجبار نماید و هم می‌تواند معامله را فسخ کند. حال آیا این دو حق برای متعهدله، به طور همزمان و در عرض هم ثابت هستند یا اینکه دو حق در طول یکدیگرند یعنی زمانی حق فسخ برای او به وجود می‌آید که امکان الزام و اجبار متعهدعلیه وجود نداشته باشد؟ در فقه امامیه دو نظریه مطرح شده است، برخی این دو ضمانت اجرا را در عرض هم می‌دانند و گروهی برعکس، زمانی حق فسخ را صحیح می‌دانند که امکان الزام و اجبار نباشد.

#### ۳-۲-۱- نظریه اول: حق خیار و حق اجبار در طول هم

شماری از فقها معتقدند که حق خیار زمانی ثابت است که امکان اجبار متعهدعلیه بر انجام شرط نباشد. این گروه به ادله‌ی متعددی تمسک کرده‌اند:

الف- شریفه «أوفوا بالعقود» مطابق این آیه، عمل به قرارداد و هر تعهد و التزامی، واجب و لازم است و مادامی که امکان اجرای تعهد به هر مشکل ولو با زور و اجبار وجود داشت، نمی‌توان از زیر بار تعهد شانه خالی کرد. در جایی که مشروط‌علیه، از انجام شرط استنکاف می‌نماید و امکان اجبار او به قرارداد و در نتیجه وفا به این آیه‌ی شریفه وجود دارد، طرف دیگر نمی‌تواند با فسخ قرارداد از زیر بار تعهد خلاص شود بلکه باید با ابزارهای اجبار، مشروط‌له را به انجام شرط مجبور نماید.

ب- تمسک به قاعده لاضرر: مبنای حق فسخ و حق خیار، قاعده لاضرر است از طرفی زمانی می‌توان از قاعدهی لاضرر حکم لزوم را که منشأ ضرر شده است برداشت که امکان رفع ضرر به وسیله‌ی دیگری وجود نداشته باشد. لذا در جایی که با اجبار می‌توان از ورود ضرر جلوگیری کرد، دلیلی برای جواز حق فسخ نداریم. (انصاری ۱۴۱۵ ه.ق، ۶:۷۱)

ج- تمسک به اجماع: گروهی که مبنای حق فسخ را اجماع می‌دانند معتقدند که چون اجماع دلیل لبی است باید به قدر متیقن آن اکتفا کرد و قدر متیقن اجماع بر جواز فسخ زمانی است که امکان الزام و اجبار متعهدعلیه وجود نداشته باشد. (آخوند خراسانی ۱۴۰۹ ه.ق، ۲۴۶)

د- مقتضای عقد مشروط: مقتضای عقد مشروط، عمل کردن بر طبق شرط چه به نحو اختیار و چه به نحو اجبار است (انصاری ۱۴۱۵ ه.ق، ۶:۶۰) با این توضیح که التزام مشروط علیه به عقد، التزام مقید به تحقق شرط است؛ بنابراین تحقق شرط اعم از این است که قهری یا اختیاری باشد. از طرفی زمانی حق فسخ ثابت است که امکان انجام هیچ کدام از افراد شرط (قهری یا اختیاری) نباشد و مادام که یکی ممکن باشد حق فسخی به وجود نمی‌آید.

### ۳-۲-۲- نظریه دوم: حق اجبار و حق فسخ در عرض هم

گروهی از فقها و محققان معتقدند که حق اجبار و حق فسخ در عرض هم هستند و برای اثبات این نظریه به ادله‌ای تمسک کرده‌اند. الف- روایت ابوالجارود: «إن بعت رجلاً علی شرط فإن أتاك بمالك وإلا فالبيع لك» ترجمه: در قراردادی که حاوی شرطی است، اگر مشروط‌علیه شرط را انجام داد، فبها و گرنه عنان قرارداد بیع در دست تو خواهد بود. (می‌توانی آن را فسخ کنی).

البته ایرادی که بر استدلال به روایت وارد است این است که از حیث سند با مشکل مواجه است؛ زیرا به رغم اینکه تمامی راویان حدیث ثقه و از بزرگان علمای شیعه بوده‌اند و حتی برخی فضاله بن ایوب و ابان عثمان را از اصحاب اجماع می‌دانند، ولی راوی اول ابوالجارود، قابل اعتماد نیست؛ زیرا علاوه بر اینکه زیدی است، در رجال توثیق نشده است. منتها به این ایراد پاسخ داده شده است که ضعف این روایت با عمل اصحاب جبران می‌شود و در نتیجه روایت از حیث فقهی، حجت و قابل استدلال است. (جهانگیری و یزدانی ۱۳۹۱، ۴۵). ب- تمسک به عرف: عرف در این مسئله حکم به تخییر می‌کند یعنی وقتی مشروط‌علیه از انجام شرط امتناع ورزیده، عرف مشروط‌له را مخیر میان فسخ و اجبار متعهد به انجام شرط می‌داند. (جهانگیری و یزدانی ۱۳۹۱، ۴۵)

### ۳-۲-۳- نتیجه‌گیری و بیان نظریه مختار

نظریه هم عرض بودن حق اجبار و حق فسخ، منطقی‌تر به نظر می‌رسد؛ زیرا مبنای حق فسخ را شرط ضمن دانستیم به این معنا که مشروط‌له، التزامش به عقد مشروط و منوط به پایبندی مشروط‌علیه بر شرط است و اگر وی از انجام شرط استنکاف کرد، دیگر التزامی برای مشروط‌له به قرارداد نیست و وقتی التزامی برای او نبود، حق فسخ به وجود می‌آید چه امکان اجبار باشد و چه نباشد در طرف مقابل، برخی از ادله‌ی نظریه‌ی طولی بودن نیز مثبت ادعا نیستند و برخی ضعیف می‌باشند به این بیان که: استدلال به آیه‌ی وفا صحیح نیست زیرا مقتضای وفای به معامله این نیست که طرف در هر صورت پایبند به معامله باشد بلکه به این معناست که به عقد با لحاظ تمام شرایطش پایبند باشد و از جمله شرایط این است که متعهدعلیه نیز شرط را انجام دهد.

استدلال به لاضرر نیز طولی بودن حق فسخ و حق اجبار را ثابت نمی‌کند بلکه بر عکس مقتضای قاعده‌ی لاضرر، هم عرض بودن این دو ضمانت اجراست زیرا منشأ ضرر در لزوم عقد، هنگام امتناع مشروط‌علیه از انجام شرط، عدم ایجاد شرط است. یعنی آنچه باعث می‌شود که ضرر به متعهد وارد نشود، فعلیت اجبار است نه صرف امکان اجبار. از طرفی وقتی به صرف امکان اجبار، ضرر دفع نمی‌شود، حق فسخ وجود خواهد داشت. یعنی در جایی که امکان اجبار هست (چون این امکان اجبار، باعث دفع ضرر نمی‌شود) در همین حالت، حق فسخ نیز وجود دارد. در نتیجه نظریه‌ی هم عرض بودن حق اجبار و حق فسخ قوی‌تر به نظر می‌رسد. (جهانگیری و یزدانی ۱۳۹۱، ۴۶)

### ۴- بطلان شرط نتیجه

#### ۴-۱- بطلان شرط نتیجه در حقوق ایران

طبق ماده ۲۳۲ قانون مدنی شروط مندرج در عقد، علی‌الاصول تأثیری در صحت عقد اصلی ندارد باعث بطلان و فساد عقد نمی‌گردد. علتی که برای عدم تأثیر بطلان این‌گونه شروط در اصل عقد ذکر کرده‌اند، این است که می‌گویند اساساً این‌گونه شروط مستقیماً ارتباطی با موضوع معامله و شرایط صحت معامله ندارند تا بطلان آن تأثیری در اصل عقد داشته باشد. بلکه این شروط امر مستقلی است که گرچه مرتبط

به عقد گردیده اما این ارتباط ذاتی و ماهوی نیست و لذا چگونگی ماهیت آن نمی‌تواند مرتبط به ماهیت عقد باشد و فی‌المثل باعث بطلان آن می‌گردد. اما قابل بحث این است، حال که بطلان شرط مذکور موجب بطلان اصل عقد نمی‌شود، آیا این حق را هم به مشروطه نمی‌دهد که برای جبران زیان خود عقد را فسخ کند؟

در قانون مدنی ماده‌ای که صریحاً به این موضوع پاسخ دهد وجود ندارد ولی از روح و مفاد ماده ۲۴۰ قانون مدنی چنین استنباط می‌شود که نویسندگان قانون مدنی از نظریه مشهور فقها پیروی کرده و بین علم و جهل مشروطه قایل به تفصیل شده‌اند. بدین ترتیب که اگر مشروطه عالم به بطلان شرط از جمله شرط نتیجه باشد حق فسخ نخواهد داشت. زیرا حق فسخ علی‌الاصول ناشی از موجباتی است که متضمن ضرر و خساراتی برای احد متعاملین باشد، به نحوی که نمی‌توانسته است آن را پیش‌بینی نماید و الا برای کسی که با علم به بطلان شرط آن را پذیرفته و ضمن عقدی واقع ساخته فرض وجود حق فسخ خلاف حکم عقل و موازین حقوقی است. اما در صورتی که مشروط جاهل به وضعیت مورد شرط و بطلان آن باشد، مسلماً باید برای مشروطه حق فسخ قایل شده. چون دادن حق فسخ به او منطقی و عادلانه به نظر می‌رسد.

چرا که در غیر اینصورت تضمینی برای حفظ حقوق مشروطه باقی نخواهد ماند. ماده ۲۴۰ ق.م. در تأیید همین مطلب می‌گوید «اگر بعد از انجام عقد شرط ممتنع شود یا معلوم شود که حین العقد ممتنع بوده است، کسی که شرط به نفع او شده است، اختیار فسخ معامله را خواهد داشت مگر اینکه امتناع مستند به فعل مشروطه باشد». گرچه این ماده ظاهراً در خصوص شرط فعل است اما علی‌الاصول می‌رساند که از نظر قانونگذار اگر شرطی که ضمن عقد می‌شود از همان هنگام انعقاد عقد ممتنع باشد، موجب اختیار فسخ خواهد بود اصولاً باید برای مشروطه در صورتی که عالم بطلان شرط نباشد و از طرفی بطلان شرط سبب بطلان و فساد عقل اصلی نگردد، حق فسخ قائل شد. زیرا مشروطه با انعقاد قرارداد به انضمام شرطی که ضمن آن شده موافقت کرده است و در پرداخت عوضین شرط نیز مورد نظر بوده است. لذا چنانچه معلوم گردد که شرط نتیجه باطل بوده باید به مشروطه حق داده شود که برای جبران خسارت وارده قرارداد اصلی را فسخ نماید. (جعفرزاده ۱۳۷۶، ۶۹)

#### ۴-۲- بطلان شرط نتیجه در فقه امامیه

عقیده مشهور در بین فقها این است که باید بین موردی که مشروطه جاهل و یا عالم به فساد شرط باشد فرق گذاشت. شیخ انصاری می‌گوید در صورتی که مشروطه جاهل و بطلان شرط باشد حق خیار فسخ معامله را دارد. زیرا شرط باطل مانند تخلف از شرطی می‌باشد. بنابراین همان دلایلی که برای خیار تخلف شرط وجود دارد، از قبیل جلوگیری از ضرر اینجا هم خواهد بود و علت اینکه بین علم و جهل مشروطه به فساد شرط فرق قائل شده‌اند، این است که شیخ انصاری اساساً خیار تخلف شرط را خلاف قواعد فقهی دانسته و از این جهت خیار فسخ را منحصر در مواردی می‌داند که بشود برای اثبات آن به دلایلی نفی ضرر و یا اجماع تمسک مکود مانند خیار تخلف شرط، به عبارت دیگر خیار برای دفع ضرر تجویز شده لذا در صورتی که مشروطه عالم به بطلان شرط باشد، چون خود اقدام به ضرر خویش نموده، نمی‌توان به دلایل نفی ضرر استناد نمود و در نتیجه حق خیار وجود نخواهد شد. (جعفرزاده ۱۳۷۶، ۶۸)

بر خلاف موردی که جاهل به فساد شرط باشد. برخی از فقها وجود خیار فسخ را در تخلف از شرط طبق قواعد فقهی دانسته‌اند. در این مورد برای اثبات خیار محتاج به آوردن دلایلی از قبیل نفی ضرر و امثالهم نشده‌اند و از آنجا که شرط باطل را هم یکی از مصادیق تخلف از شرط می‌دانند در نتیجه برای مشروطه در صورت بطلان شرط مطلقاً حق خیار فسخ قایل گردیده‌اند. و در این خصوص فرقی بین علم و جهل مشروطه نگذاشته‌اند. (نائینی ۱۴۱۵، ۱۴۹:۲)

عده دیگری از فقها با وجود این که تصریح به بطلان و لغو بودن بعضی از شرایط کرده‌اند معذک برای مشروطه حق خیار قائل نشده و گفته‌اند چون شرط باطل لازم‌الوفای نیست، بنابراین در تخلف و یا تعذر از آن حق خیار وجود نخواهد داشت.

#### ۵- شرط ممتنع (تعذر انجام شرط)

##### ۵-۱- شرط ممتنع در حقوق ایران

ماده ۲۴۰ ق.م. درباره‌ی عدم امکان اجرای شرط اعلام می‌کند: «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، مگر اینکه امتناع مستند به فعل مشروطه باشد». این ماده، با آنچه در شرط نامقدور یا عدم امکان اجبار ملتزم به شرط گفته شد، احکام مشترک فراوان دارد. در واقع خیار که در این ماده پیش‌بینی شده و گاه «خیار تعذر شرط» نامیده می‌شود با «خیار تخلف شرط» بسیار نزدیک و از اقسام آن است، با این تفاوت که در ماده

۲۴۰ تنها به طبیعت شرط، قطع نظر از ناتوانی یا خودداری ملتزم به آن، توجه شده است، در حالی که «خیار تخلف شرط» به هر دو چهره‌ی عدم انجام شرط توجه می‌شود.

ماده‌ی ۲۴۰ ق.م.تعدر شرط را در دو فرض پیش‌بینی کرده است:

الف- انجام شرط در زمان تراضی ممتنع است: در این فرض، اگر آنان آگاه به عدم امکان اجرای شرط باشند و با وجود این مفاد کار ناشدنی را در عقد شرط کنند، باید گفت اراده‌ی جدی در این تراضی نداشته‌اند. پس، شرط باطل است و از این راه به صحت و لزوم عقد نیز صدمه‌ای نمی‌زند و مشروطه نمی‌تواند بر مبنای بطلان شرط قرارداد اصلی را فسخ کند. به بیان دیگر، شرطی چنین لغو در شمار قیود تراضی در نمی‌آید و، اگر هم ضرری از آن به بار آید، نتیجه‌ی اقدام مشروطه آگاه است. ولی، کمتر اتفاق می‌افتد که دو طرف امر ناشدنی را دانسته در عقد شرط کنند. احتمال بیشتر این است که دو طرف به اعتقاد امکان اجرای شرط درباره‌ی آن توافق کنند و بعد «معلوم شود که حین‌العقد ممتنع بوده است». ماده ۲۴۰ نیز به همین فرض نظر دارد و به مشروطه حق فسخ معامله را می‌دهد. این خیار نیز وسیله‌ی جبران ضرر نارواست. پس، اگر زیان دیده خود باعث آن باشد، دیگر جبران لزومی پیدا نمی‌کند. قید «مگر اینکه امتناع مستند به فعل مشروطه باشد» برابر استثنای موردی است که امتناع از عمد یا بی‌احتیاطی زیان دیده ناشی می‌شود. برای مثال، هر گاه حیوانی که بایستی به طرف قرارداد تسلیم شود در اثر بی‌مبادلاتی خو او از بین رفته باشد، انجام شرط در زمان قرارداد ممتنع بوده است، ولی مشروطه به این استناد حق فسخ ندارد. (جزوه دپارتمان حقوق و علوم سیاسی، تعهدات ۱۳۹۱، ۱۸۸). زیرا شرط تعهد فرعی است که در برابر عوض قرار نمی‌گیرد. پس، تقویت آن در معامله‌ی در عوض اثر ندارد. این است که می‌گویند: تعدر شرط موجب تقسیط ثمن نمی‌شود و تنها حق فسخ ایجاد می‌کند. (جزوه دپارتمان حقوق و علوم سیاسی، تعهدات ۱۳۹۱، ۱۸۸)

ب- بعد از عقد انجام شرط ممتنع شود: مشروطه حق فسخ عقد را دارد مشروط بر اینکه خود باعث این امتناع نشده باشد. ولی حق ندارد با حفظ قرارداد از عوضی که به عهده دارد بکاهد.

#### ۵-۲- شرط ممتنع در فقه امامیه

شرط ممتنع یک شرط غیر مقدور است و شرط غیر مقدور هم در زمره‌ی شروط باطلی است که عقد را باطل نمی‌کنند بنابراین از تکرار مطالب جلوگیری می‌کنیم و توضیح این گفتار همان مطالبی است گفته شد.

### نتیجه گیری

در مورد شرط باطلی که مفسد عقد نیست، در فقه امامیه وضعیت به این شکل است که در صورتی که مشروط له در حین معامله آگاه از فساد شرط باشد، نمی‌تواند معامله ی اصلی را فسخ نماید، زیرا مشروط له با علم به آنکه شرط باطل و بلااثر می‌باشد معامله نموده و درحقیقت عقد را بدون شرط منعقد ساخته است، اما در صورتی که مشروط له در حین عقد جاهل به بطلان شرط باشد، خواه مشروط علیه عالم به آن باشد و یا جاهل، می‌تواند معامله اصلی را فسخ نماید؛ قانون مدنی ایران هم از این نظر پیروی کرده است و در این موضوع کاملاً با فقه امامیه منطبق است. در زمینه تخلف از شرط صفت، در حقوق ایران، اگر بعد از عقد معلوم شود که مورد معامله دارای صفتی که شرط شده نبوده است، کسی که شرط به نفع او شده است خیار فسخ خواهد داشت همچنین حق فسخ عقد مخصوص موردی است که موضوع معامله عین معین باشد زیرا اگر کلی موضوع تعهد مطابق اوصاف مقرر نباشد طلبکار می‌تواند او را اجبار به تسلیم فرد واجد شرایط کند و نیازی به برهم زدن عقد نیست؛ در فقه امامیه با وجود نظرات متفاوتی که وجود دارد می‌توان گفت، اگر وصف از اوصافی باشد که امکان تحصیل آنها برای متعهد علیه نیست، در این صورت ضمانت اجرای تخلف وصف، حق خیار است ولی اگر امکان تحصیل وصف برای متعهد علیه وجود داشته باشد در این صورت امکان الزام متعهد علیه بر تحصیل شرط وجود دارد و متعهد له دیگر حق فسخ نخواهد داشت.

در خصوص تخلف از شرط فعل، در حقوق ایران هرگاه مشروط علیه از وفای به شرط تخلف کند، مشروط له می‌تواند اجبار او را از دادگاه بخواهد و اگر اجبار کارساز نشد و شرط از جمله تعهداتی نباشد که دیگری بتواند از جانب مشروط علیه واقع سازد، مشروط له می‌تواند به عنوان آخرین راهکار عقد را فسخ نماید؛ در فقه امامیه نظر مشهور همان است که قانون مدنی از آن پیروی نموده و در این زمینه بین حقوق ایران و فقه امامیه مطابقت وجود دارد؛ در حقوق ایران بطلان شرط نتیجه باعث باطل شدن عقد نمی‌گردد، لیکن نویسندگان قانون مدنی از نظریه مشهور پیروی کرده و بین علم و جهل مشروط له قائل به تفصیل شده اند بدین ترتیب که اگر مشروط له عالم به بطلان شرط از جمله شرط نتیجه باشد حق فسخ نخواهد داشت اما در صورتی که مشروط له جاهل به وضعیت مورد شرط و بطلان باشد باید برای مشروط له حق فسخ قائل شد؛ در فقه امامیه فقها در این زمینه باهم اختلاف قابل توجهی دارند اما نظر مشهور با قانون مدنی مطابقت دارد و در واقع قانون مدنی از نظریه مشهور پیروی کرده است.

در مورد شرط ممتنع در حقوق ایران، اگر بعد از عقد انجام شرط ممتنع شود یا معلوم شود که در هنگام عقد ممتنع بوده، کسی که شرط بر نفع او شده اختیار فسخ معامله را دارد مگر اینکه امتناع مستند به فعل مشروط له باشد؛ از نظر فقهای امامیه شرط ممتنع یک شرط غیر مقدور است و شرط غیر مقدور هم در زمره شروط باطلی است که عقد را باطل نمی‌کند، یعنی اینکه اگر مشروط له در حین معامله آگاه از فساد شرط باشد نمی‌تواند معامله ی اصلی را فسخ نماید، اما در صورتی که مشروط له در حین عقد جاهل به بطلان شرط باشد می‌تواند معامله ی اصلی را فسخ نماید.



## منابع و مراجع

- [۱] صفایی، ح، دوره مقدماتی حقوق مدنی، نشر میزان، تهران، ۱۳۷۹ .
- [۲] کاتوزیان، ن، دوره حقوق مدنی - عقود معین، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۹۲ .
- [۳] امامی، ح، حقوق مدنی، انتشارات اسلامی، تهران، بی تا .
- [۴] انصاری، م، مکاسب المحرمه و البیع و الخیارات، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، قم، ۱۴۱۵ ه . ق .
- [۵] جهانگیری، م و یزدانی، غ، " بررسی اقسام شرط و آثار آن ( با تکیه بر نقض تعهد )" . شماره ۵ .
- [۶] خراسانی، آ، حاشیه مکاسب، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی، تهران، ۱۴۰۶ ه . ق .
- [۷] جعفر زاده، ع، " شرط، اقسام و احکامش " . دوره ۲، شماره ۲، ۱۳۷۶ .
- [۸] نائینی، م، منیه الطالب فی حاشیه مکاسب، المکتبه المحمديه، تهران، ۱۳۷۳ .
- [۹] جزوه دپارتمان حقوق و علوم سیاسی، تعهدات، ۱۳۹۱ .