

## بررسی و مقایسه عقد معلق با عقود مشروط و خیاری

تاریخ دریافت: ۱۳۹۰/۳/۲۸

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۰/۴/۱۹

خسرو عباسی داکانی<sup>۱</sup>

چکیده:

قانون مدنی ایران بعد از تعریف عقد در ماده ۱۸۳، بلافاصله در ماده ۱۸۴، عقود و معاملات را به لازم، جایز، خیاری، منجز و معلق تقسیم نموده است لیکن فارغ از بحث تبیین ویژگی‌های این قسم از عقود، سؤالی مطرح است و آن، این‌که: آیا تعلیق در مقتضای ذات عقد میسر است یا در مقتضای اطلاق عقد؟

هر عقدی از دو مقتضا برخوردار است؛ ۱ - مقتضای ذات عقد ۲ - مقتضای اطلاق عقد. الف - مقتضای ذات عقد؛ مقتضای ذات عقد عبارت از غایت وضع یک عقد و اثر حقوقی است که بر جای می‌گذارد و برای برآورده نمودن آن اثر حقوقی خاص است که آن عقد معین تأسیس می‌شود و همچون ابزار و وسیله‌ای برای تحقق آن اثر حقوقی خاص به کار گرفته می‌شود. مانند انتقال مالکیت بر اموال که غایت عقد بیع می‌باشد.

به‌طور مثال، در عقد بیع، مقتضای ذات عقد انتقال حق مالکیت بر مورد معامله از فروشنده به خریدار می‌باشد به‌نحوی که خریدار جانشین فروشنده در مورد معامله گردیده و دیگر هیچ‌گونه حقی برای فروشنده در مورد معامله باقی نماند و در خصوص ثمن معامله نیز وضع به همین ترتیب می‌باشد.

ب - مقتضای اطلاق عقد؛ اما مقتضای اطلاق عقد آن است که پس از وقوع عقد که مقتضای ذات عقد محقق می‌گردد، تمام آثار حقوقی عقد مزبور نیز بلافاصله و فوراً محقق گردیده و به اجرا گزارده شود و تابع هیچ قید و شرطی نبوده و معلق به هیچ امر خارجی نگردد. به‌عنوان مثال، پس از وقوع عقد بیع اگر به‌طور مطلق منعقد شود و هیچ قید و شرطی مورد توافق متعاملین قرار نگیرد بلافاصله

۱. سردفتر دفتر اسناد رسمی شماره ۱۰۶ تهران و عضو کمیسیون حقوقی کانون سردفتران و دفتریاران.

مالکیت مبیع به خریدار منتقل می‌شود و باید به تصرف وی داده شود، مالکیت ثمن نیز به خریدار تعلق می‌گیرد و ثمن نیز باید به فروشنده پرداخت شود و هر یک می‌توانند هرگونه تصرف در مال خویش بنمایند.

بنابراین معنای ماده ۱۸۹ قانون مدنی روشن می‌شود که عقد وقتی منجز تلقی می‌شود که تأثیر آن یعنی اجرای اثر حقوقی عقد برحسب انشا و براساس توافق طرفین در هنگام انعقاد عقد موقوف به تحقق امر دیگری نباشد. ولی هرگاه تحقق و اجرای آثار حقوقی عقد منوط و موکول به پیدایش و تحقق امر دیگری شود، در این صورت، این عقد به طور منجز قابل اجرا نخواهد بود و اجرای اثر حقوقی آن موکول به تحقق یا اجرای امر دیگری خواهد شد و باید شرایط فیما بین به اجرا درآید تا اثر حقوقی عقد نیز هویدا شود.

همان‌طور که حقوق‌دانان بیان نموده‌اند این تعلیق نمی‌تواند متوجه انشای عقد باشد و اگر چنین شود عقد باطل خواهد بود بلکه این تعلیق تنها در خصوص زمان تأثیر و اجرای اثر حقوقی عقد قابل تصور می‌باشد. توضیح مطلب بدین صورت است که تعلیق در تحقق مقتضای ذات عقد امکان‌پذیر نمی‌باشد و اگر چنین تعلیقی مورد توافق طرفین قرار گیرد فاقد اثر حقوقی بوده و نتیجه آن بطلان قرارداد می‌باشد. زیرا قرارداد و عقد در صورتی منعقد می‌شود که اثر حقوقی خاص خود را به جای گذارد و برخلاف مقتضای ذات عقد توافقی صورت نگیرد. به عبارت دیگر، اگر طرفین توافق نمایند که عقد مورد نظر اثر حقوقی خود را به جای نگذارد و تنها پس از آن که امر دیگری اتفاق افتاد مقتضای ذات عقد مزبور محقق شود، چنین توافقی باطل خواهد بود. بررسی همین امر، موضوع مقاله حاضر قرار گرفته است.

**واژگان کلیدی:** شرط، خيار، عقد معلق، عقد مشروط، عقد خیاری

### گفتار اول - عقد معلق - تعلیق در انعقاد یا انحلال عقد

*الف - تعریف عقد معلق*

۱ - عقد معلق یکی از اقسام عقود است که قانون مدنی، مستند به ماده ۱۸۴ آن را در میان سایر عقود، متذکر شده است. مطابق ماده ۱۸۴، عقود و معاملات به اقسام ذیل منقسم می‌شوند: لازم، جایز، خیاری، منجز و معلق. تعریف عقد معلق به تعبیر ماده ۱۸۹ ق.م. از عقد منجز و مفهوم مخالف آن وابستگی کامل دارد. به موجب ماده ۱۸۹ عقد منجز آن است که تأثیر آن برحسب انشاء، موقوف به امر دیگری نباشد و الا معلق خواهد بود. بنابراین هرگاه اثر حقوقی عقد منوط به تحقق امر دیگری به جز عقد باشد و این امر توسط طرفین مورد توافق واقع شود عقد مزبور معلق خواهد بود. تعلیق واقعی در صورتی است که تحقق امر معلق علیه در آینده معلوم یا احتمالی و نامعلوم، مربوط به حادثه خارجی باشد نه درستی و نفوذ عقد. (کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ۱۳۸۹، ص. ۱۹۶) مقتضای اطلاق عقد، منجز بودن آن است بدین معنی که تأثیر عقد و پیدایش و تحقق آثار حقوقی

آن معلق بر پیدایش و تحقق امر دیگری نباشد ولیکن در صورتی که طرفین توافق نمایند که برخلاف اطلاق عقد، تأثیر آن منوط به تحقق امر دیگری شود، عقد مزبور صحیح بوده و از آن تحت عنوان عقد معلق یاد می‌شود. به‌عنوان مثال، ممکن است مبیع به شرط مقدار معینی فروخته شود، در این صورت بیع واقع می‌شود هرچند هنوز مبیع شمرده نشده یا وزن نشده باشد. با توجه به مراتب یادشده در صورتی که در عقد، شرطی نشده باشد، عقد قطعی محسوب می‌شود. در غیراین صورت، عقد متزلزل بوده و قطعیت آن منوط و معلق به تحقق مشروط‌علیه می‌شود.

#### ب - تعلیق در انعقاد عقد

۲ - در مورد عقد معلق، ماحصل آراء و نظرات نویسندگان آن است که تعلیق در انشاء سبب بطلان عقد می‌باشد ولیکن تعلیق در منشأ صحیح و ممکن است. البته در قوانین برخی کشورها هر دو نوع تعلیق را صحیح می‌دانند. مطابق ماده ۱۸۳ ق.م. «عقد عبارت است از این‌که یک یا چند نفر در مقابل یک یا چند نفر دیگر تعهد بر امری نمایند و مورد قبول آنها باشند». تعلیق در انشاء بدین معناست که پذیرش و قبول تعهد از ناحیه طرف ایجاب و در واقع، تحقق مقتضای ذات عقد منوط به تحقق امری خارجی می‌گردد و قطعیت نمی‌یابد بلکه صرفاً ایجابی از طرف شخصی واقع می‌شود که هرچند طرف قبول آن را می‌پذیرد ولیکن ایجاب مذکور منجز و قطعی نبوده و مشروط و معلق بر تحقق یک امر خارجی می‌باشد. بنابراین قبول آن از سوی طرف مقابل تأثیری در وقوع عقد به صورت فعلی ندارد بلکه از پتانسیل و ظرفیت لازم برای تحقق عقد در صورت تحقق شرط معلق‌علیه در مهلت مقرر و یا در یک مدت زمان متعارف، برخوردار است. فلذا هرگاه مشروط‌علیه معلق، تحقق یابد مقتضای ذات آن عقد نیز محقق می‌شود و عمل دیگری برای انعقاد عقد لازم نبوده و ایجاب و قبول ابتدایی برای تحقق عقد کافی می‌باشد. به‌عنوان مثال، هرگاه شخصی اعلام کند که خانه خود را به مدت و مال الاجاره معین به اجاره واگذار می‌نماید مشروط بر آن که محل خدمت وی ظرف مدت ده روز از سوی اداره متبوع وی در محل دیگری تعیین شود، قبول متقاضی و پذیرش ایجاب به صورت فوق از سوی وی هرچند

ظاهراً به معنای انعقاد قرارداد اجاره می‌باشد ولیکن فاقد اثر حقوقی بوده و تملیک منافع مورد اجاره را در پی ندارد و نمی‌تواند موجب تحقق عقد اجاره شود. زیرا انشای عقد اجاره به‌طور قطعی صورت نگرفته و منوط به صدور حکم انتقال محل خدمت موجر از سوی اداره متبوع وی شده‌است. بنابراین به دلیل عدم انشای قطعی، عقد اجاره اساساً تشکیل نمی‌شود.

۳ - به نظر می‌رسد هرچند عقد اجاره در این صورت محقق نمی‌شود ولیکن حداقل این اثر حقوقی را دربردارد که طرف ایجاب نمی‌تواند تا مدتی که برای آن اعتبار قائل شده از ایجاب خود رجوع نماید. به عبارت دیگر، با وجود آن که در مورد تملیک منفعت به صورت قطعی توافق نهایی صورت نگرفته ولی از آنجا که در مورد ارکان عقد بین طرفین، توافق ابتدایی صورت گرفته است، در صورت تحقق مورد شرط، مانع دیگری بر سر راه قطعیت یافتن عقد، وجود نخواهد داشت؛ بنابراین به نظر می‌رسد نمی‌توان از تعهدی که طرف ایجاب در مقابل طرف قبول برعهده گرفته، به سادگی عبور کرد و آن را ندیده گرفت و اثری برای آن قائل نبود بلکه در اجرای ماده ۱۰ ق.م. می‌توان این تعهد و توافق را توافقی خصوصی دانست که در حدود اصل آزادی قراردادی و مفاد ماده ۱۰ برای طرفین لازم‌الوفا و محترم می‌باشد و برای دو طرف قرارداد، آثار قانونی ایجاد می‌کند.

بدین معنا که در صورت تحقق مشروط‌علیه عقد اجاره تشکیل شده و موجر بایستی مورد اجاره را تخلیه نموده و در اختیار مستأجر قرار دهد و نمی‌تواند به عذر این که عقد اجاره بین طرفین به‌طور منجز منعقد نشده است به مقتضای ایجاب خود بی‌اعتنایی نموده و آن را به دیگری اجاره دهد بلکه به مجرد پیدایش اثر شرط و تحقق امر معلق‌علیه، درست به مانند آن که عقد اجاره از ابتدای ایجاب و قبول طرفین منعقد گردیده، طرفین موظف‌اند به مقتضای توافق خویش، تعهدات خود را محترم شمرده و بدان وفا نمایند. در این صورت، توافق و قرارداد موضوع ماده ۱۰ ق.م.، فی‌نفسه، از تاریخ تحقق مشروط‌علیه تبدیل به عقد اجاره گردیده و زمان شروع اجاره نیز از تاریخ مورد توافق طرفین و یا تاریخ ایجاب و قبول متعاهدین خواهد بود. این تحلیل از نظر حسن جریان امور و تحقق قراردادها و اصل

صحت عقود و معاملات و اصل حسن نیت در انعقاد قراردادها از اهمیت زیادی برخوردار بوده و به اصول و موازین حقوقی تفسیر قراردادها نزدیک‌تر می‌باشد و در این صورت، انشای عقود معلق، به صورت مزبور، انشایی خاص تلقی می‌شود که از دیدگاه حقوقی دلیلی بر بطلان آن وجود نداشته و پذیرش و صحت آن با موازین حقوقی منافاتی ندارد. به ویژه در صورتی که توالی عرفی ایجاب و قبول رعایت گردیده و توافق مقدماتی موضوع ماده ۱۰ ق.م. نیز مخالفت صریح با قوانین آمره نداشته باشد، این نوع عقد، عقدی مرکب و متشکل از دو عقد مجزی ولی وابسته به هم و متوالی تلقی می‌شود که براساس اصل ترتب، قابل اجرا می‌باشد. همان‌طور که در عقد اجاره به شرط تملیک امروزه مورد عمل بوده و از سوی حقوق دانان و جامعه نیز صحت آن پذیرفته شده است.

۴- اما تعلیق در منشأ بدین معناست که عقد به طور مطلق و منجز منعقد می‌شود و مقتضای ذات عقد با توافق طرفین محقق می‌شود و انشای آن از سوی طرفین صورت می‌پذیرد و در ارکان و شرایط معمول عقد توافق می‌شود و به صورت شفاهی یا کتبی نماد خارجی به خود گرفته و امضا می‌شود لیکن اجرای تمام آثار حقوقی یا برخی از آثار آن منوط به تحقق یک امر خارجی می‌گردد. به عبارت دیگر، جعل شرط معلق علیه موجب بطلان نسبی (عدم نفوذ) عقد و جلوگیری از پیدایش و اجرای آثار حقوقی عقد مزبور می‌شود ولیکن در صورت تحقق مشروط علیه، همان‌طور که عقد از زمان انعقاد آن تحقق یافته، آثار آن نیز از همان زمان جریان یافته و تعهدات طرفین محاسبه و آغاز می‌گردد. در غیر این صورت، عدم پیدایش امر خارجی معلق علیه که قطعیت و ثبات عقد و تحقق آثار آن منوط به تحقق آن گردیده، موجب بطلان کامل عقد از زمان انعقاد آن شده و خود به خود موجب انفساخ عقد از زمان وقوع آن می‌شود. به عنوان مثال، هرگاه در عقد ضمان، ضامن متعهد شود در صورتی که ظرف یک هفته در قرعه کشی حساب‌های بانکی برنده شود و مبلغ کافی برای بازپرداخت بدهی مضمون‌عنه تحصیل نماید بلافاصله نسبت به ادای دیون مضمون‌عنه اقدام خواهد کرد. در این صورت، مقتضای ذات عقد ضمان که تبدیل تعهد می‌باشد با انشای عقد و ایجاب و قبول طرفین محقق شده است ولیکن فقط به یک شرط

قابل اجرا می‌باشد و در غیر این صورت، مضمون<sup>۱</sup> له نمی‌تواند به ضامن رجوع کند. بنابراین هرچند عقد مزبور به نحو صحیح منعقد شده و لیکن برخلاف مقتضای اطلاق عقد که عبارت از بازپرداخت فوری بدهی مضمون<sup>۲</sup> عنه توسط ضامن و حق مضمون<sup>۳</sup> له به مطالبه فوری طلب خود از ضامن می‌باشد این توافق به حالت تعلیق درآمده و اجرای تعهدات ضامن منوط به استطاعت وی در صورت برنده شدن در قرعه‌کشی بانک گردیده است. بنابراین چنین عقدی که منشأ آن به حال تعلیق درآمده است، تنها در صورت برنده شدن ضامن در قرعه‌کشی، محقق می‌شود. در غیر این صورت، نمی‌توان ضامن را به ایفای تعهدات خود ملزم نمود. زیرا تحقق اثر حقوقی عقد منوط به تحقق امر خارجی گردیده ولیکن محقق نشده است؛ در نتیجه عقد نیز منفسخ می‌گردد. البته این امر در صورتی صحیح خواهد بود که امر خارجی، محتمل‌الوقوع نباشد.

به‌عنوان مثال، هرگاه در عقد بیع فروشنده شرط نماید که مالکیت مبیع در صورتی به خریدار منتقل شود که وی در مقابل، کار دیگری را برای فروشنده به انجام برساند؛ در این صورت، چنین عقدی برحسب انشا باطل است. زیرا مقتضای ذات عقد بیع که انتقال مالکیت مبیع به خریدار است، محقق نشده است و تنها یک تعهد ابتدایی تلقی می‌شود ولو آن که خریدار چنین شرطی را بپذیرد. بنابراین چنین انشایی در واقع، انشای عقد بیع محسوب نمی‌شود بلکه در نهایت، چنانچه قائل به صحت چنین قراردادی باشیم، یک قرارداد موضوع ماده ۱۰ ق.م. تلقی می‌شود.

اما در صورتی که انشای عقد به‌طور منجز صورت گیرد و مالکیت مبیع به‌موجب عقد بیع به خریدار منتقل شود ولیکن اثر حقوقی مالکیت بر مبیع که نوعی تصرف خریدار در آن می‌باشد به زمان دیگری موکول شود و یا آن که به تحقق امر دیگری در خارج موکول شود یا به انجام عمل متقابلی از سوی خریدار موقوف شود، چنین عقدی صحیح بوده و تعلیق ناشی از آن تنها اقتضای اطلاق عقد بیع را تحت‌الشعاع قرار داده و زایل می‌سازد. بنابراین تعلیق در این خصوص، تعلیق در منشأ تلقی می‌شود و به صحت عقد خللی وارد نمی‌سازد. مثلاً هرگاه هنگام انعقاد عقد بیع، فروشنده شرط نماید که در صورتی مورد معامله را به تصرف خریدار خواهد داد که او در امتحان خاصی موفق شود یا با شخص خاصی ازدواج

نماید؛ در این صورت، خریدار نمی‌تواند قبل از تحقق شرط مزبور، فروشنده را ملزم بنماید که مورد معامله را به تصرف وی دهد و چنانچه نتواند شرط معلق علیه را به انجام برساند یا شرط مزبور، به هر دلیل، محقق نشود گویا، از ابتدا، عقدی منعقد نشده است و عقد مزبور، فی‌نفسه، از همان ابتدای عقد منحل می‌شود.

بنابراین هرگاه عقد به‌طور مطلق منعقد شود چون اجرای آثار حقوقی آن متوقف بر امور دیگری نمی‌گردد، عقد مزبور منجز نامیده می‌شود. زیرا مطابق با مقتضای اطلاق عقد اجرای آثار آن فوری و آنی می‌باشد.

ولیکن هرگاه اجرا و تحقق آثار عقد مقید به شروط و اموری خارج از قرارداد شود، در این صورت، عقد مزبور معلق نامیده می‌شود. زیرا برخلاف مقتضای اطلاق عقد، قیود و شروطی برای اجرای آثار حقوقی عقد در نظر گرفته شده است که تحقق آن‌ها موجب تأثیر عقد و اجرای آثار حقوقی آن در آینده می‌شود. مثلاً اگر فروشنده، مبیع را که منافع آن متعلق به دیگری است، به خریدار بفروشد و شرط شود که صحت این عقد و لزوم آن منوط به تخلیه مورد معامله از سوی مستأجر ظرف مهلت معینی می‌باشد، در این صورت، چنانچه مستأجر در رأس موعد، ملک را تخلیه و تحویل دهد، عقد بیع صحیح بوده و تداوم خواهد یافت؛ در غیر این صورت، با توجه به توافق طرفین، از ابتدا تشکیل نمی‌شود.

۵ - اما هرگاه اجرای تعهدات ناشی از عقد یا پیدایش آثار حقوقی آن منوط به اموری شده باشد که تحقق آن‌ها قطعی بوده و به احتمالات بستگی نداشته باشد، در این صورت به نفس اشتراط امور مزبور در عقد نتیجه آن‌ها تحقق یافته و در صورت امتناع مشروط‌علیه از انجام تعهدات خود، به‌موجب عقد، می‌توان الزام او را به اجرای تعهدات خود خواستار شد و آثار حقوقی عقد نیز به مجرد تحقق مشروط‌علیه به اجرا درخواهد آمد. به‌طور مثال، چنانچه در عقد ضمان، ضامن بازپرداخت بدهی مضمون‌عنه را منوط به سررسید اجل معینی نماید، در این صورت با وجود آن که دین مزبور، دین حال می‌باشد به‌سبب مؤجل بودن ضمان، مضمون‌له حق رجوع به ضامن را نخواهد داشت. اما پس از انقضای مدت مقرر و سررسید اجل، ضامن نمی‌تواند از اجرای تعهد خود، خودداری کند. در غیراین صورت، مضمون‌له می‌تواند از دادگاه الزام او را به اجرای تعهداتش خواستار شود. بنابراین در مورد

این‌گونه شروط از عدم تحقق و پیدایش مشروط‌علیه نمی‌توان سخن به میان آورد. زیرا در مانند این شروط، چنین امری متصور نیست و با وجود معلق بودن منشأ، عقد مزبور صحیح بوده و آثار آن قطعاً به اجرا درخواهد آمد.

۶- برخی از حقوق‌دان‌ها معتقدند که آثار عقد معلق از زمان تحقق معلق‌علیه به اجرا درمی‌آید ولیکن در حقوق مدنی ایران آثار حقوقی عقد معلق در صورت تحقق معلق‌علیه، از زمان انعقاد آن جریان می‌یابد. (شهیدی، سقوط تعهدات ص. ۵۵)

#### ج - تعلیق در انحلال عقد

۷- ظاهراً تعلیق در انحلال عقد در قانون مدنی ایران پیش‌بینی نشده است. زیرا در ماده ۲۶۴ ق.م. که به بیان طرق قانونی سقوط تعهدات اختصاص دارد ذکری از آن به میان نیامده است. اما در ماده ۱۸۸ ق.م. به عقد خیاری که در ضمن آن حق فسخ برای صاحب‌خیار ایجاد می‌شود و شباهت با عقد معلق دارد که شرط ضمن آن شرط انحلال عقد می‌باشد، توجه شده است. در عقود معلق که شرط معلق‌علیه، شرط انحلال عقد می‌باشد برخلاف عقد خیاری که صاحب‌خیار حق فسخ دارد، اثر حقوقی شرط مزبور، انفساخ قهری عقد می‌باشد که با حق فسخ تفاوت روشنی دارد و تابع احکام خیارات و حق فسخ نمی‌باشد و مبنای حقوقی آن را در اصل حاکمیت اراده و ماده ۱۰ ق.م. باید جستجو نمود. بنابراین نفوذ و اعتبار این نوع شرط و عقد متبوع آن تا آنجا قابل پذیرش و معتبر است که مخالفت صریح با قوانین آمره نداشته باشد.

۸- نکته دیگر آن است که نفوذ و اعتبار این نوع شروط که مولود توافق اراده طرفین عقد می‌باشد، در عقود متصور است که انحلال عقود مزبور تابع تشریفات خاصی نباشد مانند عقد بیع و اجاره ولیکن در عقودی مثل نکاح دائم که انحلال آن تنها با سازوکار خاصی با عنوان طلاق یا فسخ نکاح امکان‌پذیر می‌باشد و طرفین نمی‌توانند با اقاله آن را برهم زنند، اعتبار چنین شرطی که ثمره آن انفساخ عقد می‌باشد، مورد تردید جدی است و بطلان چنین شرطی به موازین قانونی نزدیک‌تر است.

بنابراین در عقودی که انحلال آن‌ها تابع تشریفات خاصی نبوده و محدودیت‌های



ویژه‌ای در آن‌ها اعمال نمی‌شود با تراضی طرفین می‌توان هنگام انعقاد قرارداد شرط نمود که در صورت تحقق امری در خارج، عقد مزبور، فی‌نفسه، منفسخ شود. به‌عنوان مثال، طرفین عقد اجاره می‌توانند توافق نمایند که تأخیر در پرداخت اقساط اجاره موجب انفساخ عقد شود و یا در عقد اجاره مربوط به مکان تجاری می‌توان شرط نمود که در صورت تغییر شغل توسط مستأجر، عقد اجاره به‌خودی خود منفسخ شود. این‌گونه شروط (شرط تعلیق انحلال عقد) با مواردی که به حکم قانون در صورت وقوع برخی شرایط در عقود خیاری حق فسخ برای یکی از طرفین ایجاد می‌شود (شرط خیار فسخ) تفاوت دارد. زیرا «توافق طرفین» در این‌گونه شروط مبنای انفساخ عقد می‌باشد ولیکن در عقود خیاری به «حکم قانون» امکان فسخ قرارداد فراهم می‌شود. در نتیجه مبنای حقوقی شرط تعلیق انحلال عقد را در «اصل حاکمیت اراده» باید جستجو کرد در حالی که مبنای حقوقی شرط خیار فسخ، «اصل حاکمیت قانون» می‌باشد. بنابراین بر مبنای اصل حاکمیت اراده نوعی از عقود - که تشکیل یا انحلال آن در اثر تحقق یک امر خارجی مورد توافق طرفین قرار می‌گیرد - به وجود می‌آید که در قانون مدنی، عقد معلق نامیده شده است.

#### گفتار دوم - تفاوت تعلیق در تشکیل یا انحلال عقد

۹ - اگر شرط مزبور شرط تشکیل یا انعقاد عقد باشد، انعقاد عقد و پیدایش آثار آن اساساً منوط به تحقق شرط مزبور می‌باشد و لذا در صورتی که شرط مزبور محقق نشود عقد تشکیل نگردیده و باطل می‌شود. این بطلان کلیه تعهدات ناشی از عقد را نیز از بین می‌برد یعنی آثار آن از آغاز تراضی و توافق در مورد تشکیل عقد جریان می‌یابد گویی که اساساً عقدی واقع نشده است.

به‌طور مثال، هرگاه فروشنده در عقد بیع شرط نماید که قطعیت و تحقق آثار عقد منوط به تنفیذ آن از سوی شخص ثالثی می‌باشد، عدم تحقق شرط مزبور و عدم امضای آن عقد توسط شخص مزبور موجب بطلان عقد می‌شود و تا آن زمان عقد مزبور غیرنافذ می‌باشد. بنابراین چنین شرطی را می‌توان «شرط تعلیق انعقاد یا تشکیل عقد» نامید که اثر حقوقی آن عدم نفوذ عقد می‌باشد و در نهایت یا تحقق نیافتن آن موجب بطلان کامل عقد

می‌شود و یا آن که تحقق آن موجب تشکیل و قطعیت عقد می‌گردد و عقد را از حالت تزلزل، خارج می‌سازد.

۱۰ - اما در صورتی که شرط مزبور شرط انحلال عقد باشد، در این صورت شرط یادشده را می‌توان "شرط تعلیق انفساخ عقد" نامید. زیرا برخلاف صورت اول، در این مورد، ابتدا عقد واقع می‌شود و تعهدات ناشی از آن به اجرا درمی‌آید ولیکن تحقق شرط معلق‌علیه عقد مزبور را منحل می‌سازد و آثار آن را از بین می‌برد. به‌عنوان مثال، عقد اجاره‌ای بین موجر و مستأجر منعقد شده و آثار آن محقق می‌شود ولیکن در ضمن آن شرط می‌شود که در صورت تأخیر در پرداخت هر یک از اقساط اجاره به‌مدت ده روز عقد اجاره به‌خودی خود منفسخ خواهد شد. بنابراین در صورتی که مستأجر در پرداخت هر یک از اقساط اجاره تأخیر نماید عقد اجاره به‌خودی خود منفسخ خواهد شد و در غیر این صورت، تداوم خواهد یافت و یا آن که مستأجر شرط نماید در صورتی که محل مأموریت او از سوی اداره متبوعش در خلال مدت اجاره تغییر یابد عقد اجاره به‌خودی خود منفسخ خواهد شد. در این صورت، به‌مجرد صدور ابلاغ مأموریت مستأجر، از سوی اداره متبوع او، قرارداد اجاره به‌خودی خود منفسخ می‌شود و نیاز به اقدام دیگری از سوی مستأجر نخواهد بود و عوضین مسترد می‌شود. بنابراین چنین شرطی را می‌توان شرط انفساخ عقد نامید و اثر حقوقی آن انحلال قرارداد است.

۱۱ - تفاوت دیگری که به چشم می‌خورد مربوط به آثار حقوقی متفاوت این دو نوع شرط می‌باشد. به‌عبارت دیگر، در صورتی که شرط معلق‌علیه "شرط تحقق عقد" باشد، تحقق یا عدم تحقق آن اثر قهقرایی دارد یعنی در صورت تحقق آن موجب تأثیر عقد از زمان انعقاد آن می‌شود و حقوق و تعهدات طرفین از آن زمان محسوب می‌شود. همچنین در صورت عدم تحقق شرط نیز، عقد و کلیه تعهدات ناشی از آن، از زمان انشای عقد محقق نگشته و تشکیل نمی‌شود و باطل می‌گردد.

در صورتی که شرط معلق‌علیه، "شرط انحلال عقد باشد"، عدم تحقق آن موجب تداوم

آثار عقد می‌شود گویا که از ابتدا در عقد مزبور چنان شرطی فی‌مابین طرفین نشده است. اما در صورت تحقق آن، موجب انفساخ عقد از زمان تحقق شرط می‌گردد. در این صورت، آثار حقوقی آن ناظر به آینده می‌باشد و در گذشته اثر نمی‌نماید. به عبارت دیگر، حقوق و تعهدات ناشی از قرارداد تا آن هنگام که شرط مزبور محقق شود، نافذ و معتبر بوده و لازم‌الوفای می‌باشد. این بدین معناست که انفساخ عقد الزاماً اثر قهقرایی نداشته و تنها در صورتی که طرفین قرارداد صراحتاً به هنگام انعقاد قرارداد، در این خصوص توافق و شرط نمایند، تحقق آن شرط اثر قهقرایی نیز داشته و موجب بطلان کلیه اقدامات و تصرفات قبلی طرفین در موضوع عقد و مورد معامله گردیده و هر یک از عوضین را از زمان انعقاد عقد به جای اول خود باز می‌گرداند، مگر آن که بخشی از موضوع عقد اجرا شده و پایان یافته باشد و امکان اعاده آن نباشد مانند منافع استیفا شده در عقد اجاره و بیع که در این صورت عوض آن (اجرت‌المثل) باید به مالک داده شود.

۱۲ - نکته مهمی که در این خصوص به چشم می‌خورد آن است که دو سویه بودن آثار حقوقی شرط معلق علیه در صورت تحقق یا عدم تحقق آن انسان را به تردید می‌اندازد که آیا در خصوص مورد، شرط مزبور شرط تحقق عقد و یا شرط انحلال عقد می‌باشد؟ این تشخیص همان‌طور که بیان شد از نظر آثار حقوقی شرط مزبور حائز اهمیت می‌باشد. به عنوان مثال، چنانچه در معامله‌ای تحقق عقد منوط به اجازه و تنفیذ شخصی بشود که معامله برای او انجام شده در این صورت تشخیص این که آیا نفوذ قرارداد و تحقق آن منوط به امضا و اجازه آن شخص شده و یا آن که خودداری او از امضا موجب انحلال قرارداد می‌شود بسیار حائز اهمیت است و در صورت اختلاف و اقامه دعوی اتخاذ تصمیم در این خصوص و تشخیص آن ممکن است در محاکم مختلف سرنوشت متفاوتی بیابد. بنابراین باید دقت بسیار نمود که در هر مورد شرط معلق علیه آیا شرط انعقاد قرارداد می‌باشد و یا آن که شرط انحلال قرارداد است؟ به نظر می‌رسد هرگاه جنبه ایجابی امری در خارج مورد نظر متعاقبین بوده باشد، شرط مزبور، شرط تشکیل و تحقق بوده و لیکن در مواردی

که چهره سلبی آن امر موردنظر طرفین قرارداد باشد، شرط مزبور، شرط انحلال یا انفساخ عقد خواهد بود.

۱۳ - تفاوت دیگر آن است که چنانچه شرط معلق علیه، شرط تحقق و تشکیل عقد باشد، در این صورت، اگر شرط مزبور جزو شروط باطل باشد (موضوع مواد ۲۳۴ و ۲۳۳ ق.م.) عقد نیز باطل خواهد شد. زیرا اثر عقد منوط بر امری می شود که از نظر قانون باطل است. به عنوان مثال، چنانچه در عقد بیع شرط شود که مشتری باید به عنوان بخشی از ثمن معامله قطعه سنگی را ظرف ده روز از کره مریخ تهیه نموده و به فروشنده تسلیم نماید از آنجا که انجام شرط مزبور عرفاً غیرمقدور است فلذا جزو شروط باطل محسوب می شود که عقد را نیز فاسد می کند. زیرا تشکیل عقد تعلیق بر تحقق امری محال می شود و از آنجا که تحقق آن امر عقلاً و غالباً محال می باشد بنابراین درست مثل آن است که فروشنده تمایلی به فروش ملک خود ندارد و به همین دلیل است که شرطی را در انجام معامله برقرار نموده است که با عجز و ناتوانی خریدار از انجام آن، خودبه خود، تحقق معامله و فروش ملک محال و غیرممکن می گردد و یا آن که در عقد هبه، واهب شرط نماید که متهب ظرف یک ماه از تاریخ انعقاد قرارداد هبه، فرزند خویش را از ارث محروم نماید. در غیراین صورت، عقد هبه تحقق نخواهد یافت. در اینجا نیز به لحاظ آن که شرط مزبور شرطی نامشروع است که انجام آن از سوی متهب محال می باشد فلذا شرط مزبور باطل بوده و موجب بطلان عقد هبه نیز می گردد. زیرا از همان ابتدا نیز روشن و آشکار است که محال بودن انجام شرط مزبور موجب عدم امکان تحقق هبه می باشد. بنابراین چنانچه شرط معلق علیه که شرط تشکیل عقد است، جزو شروط باطل باشد، موجب بطلان عقد معلق می شود.

۱۴ - ولیکن در صورتی که شرط معلق علیه شرط انحلال عقد باشد، بطلان شرط مزبور موجب بطلان عقد نخواهد شد. به عنوان مثال، چنانچه در عقد اجاره، موجر شرط نماید که چنانچه مستأجر ظرف یک ماه همسر خویش را طلاق ندهد، عقد اجاره منحل خواهد شد، در این صورت، با وجود آن که شرط مزبور باطل می باشد ولیکن موجب بطلان عقد اجاره

نخواهد شد. زیرا عقد اجاره براساس موازین قانونی واقع گردیده و تا خاتمه مدت آن برای طرفین نافذ و معتبر می‌باشد و تنها عمل به شرط مزبور که نامشروع است برای مستأجر اجباری و لازم‌الاتباع نمی‌باشد. مگر آن که «شرط مزبور خلاف مقتضای عقد» باشد که در این صورت موجب بطلان عقد نیز می‌شود. مثلاً چنانچه در عقد بیع، فروشنده شرط نماید که خریدار هرگز حق فروش مورد معامله را ندارد و در غیر این صورت، معامله منفسخ خواهد شد، از آنجا که شرط مزبور برخلاف مقتضای ذات عقد بیع می‌باشد؛ بنابراین هم شرط مزبور و هم عقد بیع باطل می‌باشد. زیرا ملتزم شدن خریدار به رعایت مفاد شرط مزبور، اثر حقوقی بیع را که انتقال مالکیت مبیع به خریدار و اختیار هرگونه دخل و تصرف قانونی در آن و انجام هر نوع معامله نسبت به مبیع می‌باشد، زایل می‌سازد و با اصل تسلیط منافات دارد. به علاوه، چنین معامله‌ای، یک معامله غرری است. زیرا موجب کاهش ارزش مبیع به‌طور فاحش گردیده و نابرابری آن با ارزش بهای آن را (ثمن معامله) در پی دارد.

۱۵ - در مورد عقود جایز اساساً قانون گذار این فرض قانونی را پذیرفته است که عقود مزبور ذاتاً جزو عقود معلق هستند. به عبارت دیگر، به حکم قانون چند شرط مفروض در مورد عقود جایز تعبیه شده‌اند که تحقق آن‌ها موجب بطلان و انفساخ عقد می‌شود ولو آن که طرفین در این خصوص توافق نکرده باشند. این شروط عبارتند از فوت، جنون و سفه هر یک از طرفین عقد (موضوع مواد ۹۵۴ و ۶۷۱ ق.م.م.). با این تفاوت که مبنای حقوقی این نوع شروط، تعلیق اصل حاکمیت قانون می‌باشد و اثر انفساخ عقد از زمان پیدایش شرط ایجاد می‌شود و اثر قهقرایی ندارد. در حالی که در شرط تعلیق انحلال عقد، در عقود لازم که مبنای حقوقی آن، اصل حاکمیت اراده می‌باشد، طرفین می‌توانند اثر قهقرایی نیز برای شرط مزبور قائل شوند.

### گفتار سوم - عقد خیاری

#### الف - تعریف عقد خیاری و احکام آن

۱۶ - عقد خیاری یکی از اقسام عقود شناخته شده در قانون مدنی می‌باشد. در ماده

۱۸۸ ق.م. مقرر شده است که؛ «عقد خیار آن است که برای طرفین یا یکی از آنها یا برای ثالثی / اختیار فسخ باشد». از این تعریف قانونی این طور استنباط می شود که؛ ۱ - اختیار فسخ معامله در برخی موارد ناشی از توافق متعاملین و از توابع اصل حاکمیت اراده در انعقاد قراردادها و در موارد دیگر، از توابع اصل حاکمیت قانون و اصل عدالت معاوضی می باشد. ۲ - این حق و اختیار لزوماً به متعاملین اختصاص نداشته و در برخی از اختیارات مثل خیار شرط، طرفین قرارداد می توانند این حق را برای شخص ثالث نیز قرار دهند که تحت اراده هیچ یک از طرفین نمی باشد و به رأی و نظر خود می تواند به طور یکجانبه قرارداد را فسخ نماید. ۳ - این حق ممکن است برای هر دو طرف قرارداد و یا تنها برای یکی از آنها قرار داده شود. این امر می تواند ناشی از توافق طرفین عقد و یا به حکم قانون باشد. ۴ - این حق و اختیار تنها می تواند به عنوان شرط انحلال عقد به کار گرفته شود. زیرا هدف غایی از وضع آن فسخ و انحلال قرارداد است. به عبارت دیگر، قراردادی را که تحقق یافته و آثار حقوقی آن هویدا شده و به بار نشست است، می توان با استفاده از این حق و اختیار قانونی، فسخ و منحل نموده و به حیات آن خاتمه داد.

#### ب - اقسام خیار در قانون مدنی

۱۷ - قانون مدنی در ماده ۳۹۶ اقسام خیاراتی را که در عقود ممکن است برای طرفین جعل نمود و یا آن که به موجب قانون برای طرفین قابل ایجاد است، دسته بندی و ذکر نموده است که بالغ بر ۱۰ مورد خیار می شود که عبارتند از؛ ۱ - خیار مجلس، ۲ - خیار حیوان و...

از بررسی اختیارات مذکور در مواد ۳۹۶ الی ۴۵۷ ق.م. می توان این طور نتیجه گرفت که؛

۱ - ۱۷ - عقد خیار شامل هر یک از انواع عقود می شود که حاوی یکی از اختیارات مذکور باشد.

۲ - ۱۷ - اختیارات مزبور برخی تابع اراده طرفین بوده و به موجب توافق طرفین عقد ایجاد می شوند از جمله خیار شرط (موضوع مواد ۳۹۹ تا ۴۰۱ ق.م.) که هیچ دلیل و علت دیگری به جز توافق اراده طرفین نمی تواند مبنای حقوقی و قانونی مشروعیت وضع و برقراری آن

باشد و برخی دیگر از خيارات مزبور هرچند می‌توانند محصول توافق اراده طرفین عقد باشند ولیکن اصولاً مبنای حقوقی وضع و برقراری خيارات مزبور تکلیف و دستور ناشی از قواعد و مقررات قانون می‌باشد. به عبارت دیگر، در بسیاری از موارد صرف نظر از آگاهی و توجه و خواست و اراده طرفین عقد، الزام قانونی ناشی از مقررات قانون مدنی و شرع مقدس اسلام موجب تحقق و پیدایش چنین اختیاری برای طرفین قرارداد می‌باشد. از جمله در خصوص خیار مجلس که بنابر صریح ماده ۳۹۷ ق.م.ا. «هر یک از متبایعین بعد از عقد فی المجلس و مادامی که متفرق نشده‌اند اختیار فسخ معامله را دارند». همچنین است در مورد خیار حیوان که بنا بر دستور قانونی ناشی از ماده ۳۹۸ ق.م.ا. «اگر مبیع، حیوان باشد مشتری تا سه روز از حین عقد اختیار فسخ معامله را دارد».

در این موارد، همان‌طور که ملاحظه شد، هیچ دلیل و علت دیگری برای جعل خيارات مزبور و اجرای حق فسخ ناشی از آن به جز تکلیف و الزام ناشی از مقررات شرعی و قانونی وجود ندارد و هر یک از طرفین می‌توانند بدون آن که مجبور باشند برای اقدام خویش دلایل موجهی ارائه نمایند و صرفاً به استناد حقوق قانونی ناشی از مقررات قانون مدنی نسبت به فسخ معامله مبادرت نمایند. بنابراین در خصوص عقد خیاری همان‌طور که تبیین گردید، ممکن است اراده طرفین موجب ایجاد خیار فسخ معامله شود و یا آن که تنها مقررات قانونی بدون توافق طرفین موجب ایجاد خیار فسخ معامله برای صاحب خیار شود.

۳ - ۱۷ - در خصوص مورد اخیر، این نکته نیز لازم به تذکر است که هرچند الزامات قانونی می‌تواند موجب ایجاد خیار فسخ برای طرفین یا یکی از آنها شود ولیکن از آنجا که مقررات مذکور جزو قواعد امره محسوب نمی‌گردند فلذا طرفین عقد می‌توانند در ضمن عقد این حق و اختیار قانونی را از خود سلب و اسقاط نمایند و در این صورت، مجدداً حاکمیت اراده بر مقررات قانونی تفوق می‌یابد و قراردادهای خصوصی اشخاص قابلیت اجرا می‌یابند (موضوع ماده ۴۴۸)

۴ - ۱۷ - برخی دیگر از اقسام خيارات ممکن است معلول و ناشی از علل و عوامل دیگری باشد و صرفاً محدود به توافق اراده طرفین و یا دستور صریح و محض قانون

نمی‌شوند؛ عوامل مزبور ممکن است شامل شرایط و اوصاف مورد معامله؛ انجام یا ترک افعالی که مورد توافق طرفین بوده؛ نتایج مالی و حقوقی حاصله و ناشی از قرارداد و اعمال متقابلانه منجر به انعقاد عقد باشد. بنابراین نوع دیگری از عقد خیار بدین ترتیب محقق می‌شود که هرچند به حکم قانون حق فسخ عقد برای ذی‌نفع برقرار می‌شود ولیکن اجرای حق مزبور منوط به احراز و تحقق شرایط و علل و عوامل دیگری است. مبنای حقوقی این‌گونه اختیارات را باید در اصل عدالت معاوضی جستجو نمود. (موضوع مواد ۳۹۸ و ۴۲۲ و ۴۴۱ و ۴۰۲ ق.م.) از جمله در مورد خیار غبن موضوع ماده ۴۱۶ ق.م. به بعد و خیار عیب موضوع ماده ۴۲۲ ق.م. و بعد از آن؛ این‌گونه اختیارات یا عقود خیاری را می‌توان اختیارات معلق یا عقود خیاری معلق نامید و یا به اختیارات ساده و اختیارات مرکب می‌توان تقسیم نمود.

۵ - ۱۷ - برخی از اختیارات تنها مخصوص عقد بیع هستند و به سایر عقود تسری نمی‌یابند ولیکن بقیه اختیارات در جمیع عقود و معاملات لازم، ممکن است موجود باشند (موضوع ماده ۴۵۶ ق.م.)

۶ - ۱۷ - اما نکته مهم در این خصوص آن است که مطابق قانون مدنی، خیار فسخ فقط در عقود لازم ممکن است برقرار شود و در عقود جایز با توجه به این که هر یک از طرفین هرگاه بخواهند می‌توانند عقد مزبور را فسخ کنند، دیگر جعل خیار معنی ندارد. فلذا قانون مدنی خیار فسخ را به عقود لازم اختصاص داده است (ماده ۴۵۶ ق.م.) اما می‌توان گفت که عقود جایز نوع خاصی از عقود خیاری هستند که خیار بودن آن‌ها ناشی از جعل قانون می‌باشد (ماده ۱۸۶ ق.م.) یعنی عقد جایز به حکم قانون ذاتاً خیاری می‌باشد و اراده طرفین عقد در خیار بودن آن نقشی ندارد و توافق اراده طرفین نمی‌تواند فی‌نفسه خیاری بودن را از ذات عقد مزبور جدا سازد. فلذا هر یک از طرفین هر لحظه مایل باشد می‌تواند از خیار فسخ خود استفاده نموده و عقد را فسخ نماید و این خیار (جالب است که) دارای مدت نمی‌باشد و هر زمان می‌توان آن را اعمال کرد مگر آن که در ضمن عقد لازمی، عدم استفاده از این خیار شرط شود.

۷ - ۱۷ - هر یک از اختیارات بعد از فوت صاحب‌خيار به وراثت وی منتقل می‌شوند



(موضوع ماده ۴۴۵ ق.م.) ولیکن خیار شرط در صورتی که به قید مباشرت، اختصاصاً برای مشروط‌أله قرار داده شود، در این صورت، به وراث وی منتقل نخواهد شد. (موضوع ماده ۴۴۶ ق.م.) همچنین در صورتی که خیار شرط برای شخص دیگری به غیر از متعاملین قرار داده شود، به وراث وی منتقل نخواهد شد (ماده ۴۴۷ ق.م.)

۸ - ۱۷ - از میان خیارات، خیار حیوان (موضوع ماده ۳۹۸ ق.م.) و خیار عیب (موضوع ماده ۴۲۲ ق.م.) و خیار تبعض صفقه (موضوع ماده ۴۴۱ ق.م.) مخصوص مشتری است ولی خیار تأخیر ثمن (موضوع ماده ۴۰۲ ق.م.) مخصوص بایع می‌باشد و بقیه خیارات بین طرفین عقد مشترک است. در مورد این دسته از خیارات (دسته سوم) طرفین عقد می‌توانند این حق را برای شخص ثالثی نیز برقرار نمایند.

۹ - ۱۷ - در مورد برخی از خیارات «خیار شرط» قانون مدنی صراحت دارد که مدت خیار باید معین باشد و در غیر این صورت هم خیار و هم عقد باطل خواهد بود. (ماده ۴۰۱ ق.م.) از جمله در ماده ۳۹۹ ق.م. مقرر گردیده است که در عقد بیع مدت خیار شرط بایستی معین باشد و در ماده ۳۹۸ ق.م. مقرر گردیده است که مدت خیار حیوان در عقد بیع تا سه روز از هنگام عقد می‌باشد و در نتیجه پس از گذشت مدت زمان مزبور، حق استفاده از خیار حیوان ساقط خواهد شد. همچنین مدت استفاده از خیار مجلس در عقد بیع مطابق ماده ۳۹۷ ق.م. تا زمانی است که متبایعین بعد از عقد، مجلس عقد را ترک ننموده و متفرق نشده باشند. در غیر این صورت، حق استفاده از خیار مجلس و فسخ معامله از بین خواهد رفت ولیکن در مورد سایر خیارات، چنین تصریحی نشده است.

۱۰ - ۱۷ - در مقابل، در برخی موارد نیز حق استفاده از خیار، منوط و مشروط به سپری شدن مدت زمان معینی گردیده است. به عنوان مثال، در مورد خیار تأخیر ثمن در ماده ۴۰۲ ق.م. معین گردیده است که هرگاه مبیع عین خارجی و یا در حکم آن بوده و برای تأدیه ثمن یا تسلیم مبیع بین متبایعین اجلی معین نشده باشد اگر سه روز از تاریخ بیع بگذرد و در این مدت نه بایع مبیع را تسلیم مشتری نماید و نه مشتری تمام ثمن را به بایع بدهد بایع مختار در فسخ معامله می‌شود و در غیر این صورت، دیگر برای بایع اختیار

فسخ نخواهد بود ولو آن که ثانیاً به نحوی از انحاء مبیع به بایع و ثمن به مشتری برگشته باشد (ماده ۴۰۴ ق.م.)

۱۱ - ۱۷ - در سایر موارد خیار، لازم نیست که حتماً برای خیار مدت معین شود و در واقع، همان طور که قبلاً بیان شد، برخی از خیارها در اثر وقوع برخی شرایط خاص برای طرفین عقد ممکن است ایجاد شود. فلذا در این گونه موارد جعل و وضع خیار منوط به توافق اراده محض طرفین عقد نمی باشد و عوامل دیگری از قبیل قانون و شرایط خارجی و اوصاف مورد معامله و افعال طرفین ممکن است دلیل وضع و برقراری و ایجاد حق فسخ برای هر یک از طرفین باشد. فلذا عدم تعیین مدت معین برای استفاده از حق فسخ معامله در موارد مزبور نمی تواند موجب بطلان خیار و عقد شود. زیرا اقتضای برخی شرایط آن است که در صورت اثبات تحقق شرایط مزبور حق فسخ برای ذی نفع و زیان دیده برقرار شود و از آنجا که مشخص نیست که در چه مدتی ممکن است بتوان تحقق شرایط مزبور را احراز نمود فلذا نمی توان برای استفاده از خیار فسخ مدت تعیین نمود. تنها نکته ای که می توان بر روی آن اتفاق و تأکید نمود آن است که در صورت تحقق شرایط لازم برای استفاده از خیار و حق فسخ معامله، استفاده از خیار فوری می باشد و صاحب حق مزبور بلافاصله باید از حق خود استفاده نماید. در غیر این صورت، حق یادشده اسقاط خواهد شد و صاحب حق، دیگر نخواهد توانست از حق مزبور استفاده نماید.

از جمله در ماده ۴۱۰ ق.م. مقرر شده است که «هرگاه کسی مالی را ندیده و آن را فقط به وصف بخرد، بعد از دیدن اگر دارای اوصافی که ذکر شده است نباشد، مختار می شود که بیع را فسخ نماید یا به همان نحو که هست قبول نماید» و مطابق ماده ۴۱۵ ق.م. «خیار رؤیت و تخلف وصف بعد از رؤیت، فوری است». همچنین در ماده ۴۱۶ ق.م. مقرر شده است که «هر یک از متعاملین که در معامله غبن فاحش داشته باشند، بعد از علم به غبن می تواند معامله را فسخ کند» و در ماده ۴۲۰ ق.م. مقرر گردیده است که «خیار غبن بعد از علم به غبن، فوری است». به علاوه در ماده ۴۲۲ ق.م. مقرر شده است که «اگر بعد از معامله ظاهر شود که مبیع معیوب بوده، مشتری مختار است در قبول مبیع معیوب با اخذ ارش و یا فسخ معامله» و در ماده ۴۳۵ ق.م. مقرر گردیده است که «خیار عیب بعد از علم به آن، فوری است».

۱۸ - بنا بر آنچه گفته شد، مشخص می‌شود که تنها در خصوص اختیارات خاصی مانند خیار حیوان که به موجب قانون استفاده از خیار ظرف مهلت معینی میسر می‌باشد و نیز در مورد اختیاراتی که حاصل توافق اراده طرفین عقد است و هیچ عامل دیگری به جز توافق اراده طرفین موجب ایجاد حق فسخ برای طرفین نمی‌باشد، مدت استفاده از خیار باید معین باشد. زیرا در غیر این صورت، وجود خیار موجب تزلزل دائمی عقد و تضرر کسی که خیار، علیه او وضع شده است، خواهد بود.

اما به نظر می‌رسد صرف عدم توقیت اجرای خیار فسخ در خیار شرط موجب تضرر من‌علیه‌الخیار نمی‌شود بلکه او بایستی در محکمه صالح اثبات نماید که این امر موجبات تضرر وی را فراهم نموده است. در غیر این صورت، دلیلی ندارد که عدم توقیت اجرای خیار فسخ را موجب بطلان شرط مزبور بدانیم. زیرا در مورد خیار غبن نیز که جنبه حمایتی دارد و برای جلوگیری از ضرر هر یک از متعاملین توسط قانون‌گذار جعل شده است، مدتی برای خیار تعیین نشده است و لذا هرگاه هر یک از متعاملین متوجه شود که دچار غبن فاحش شده است حق فسخ معامله را خواهد داشت. بنابراین عدم تعیین مدت برای اجرای حق فسخ ناشی از خیار شرط نیز نمی‌تواند تنها به دلیل تضرر طرف معامله موجب بطلان عقد شود بلکه مصالح دیگری ممکن است مورد نظر مقنن بوده باشد که مقرر داشته است مدت خیار شرط باید معین باشد و الا هم عقد و هم شرط خیار، باطل خواهد شد.

۱۹ - نکته دیگر در مورد این‌گونه خیار، آن است که اگر ابتدای مدت خیار ذکر نشده باشد، ابتدای آن به موجب ماده ۴۰۰ ق.م. از تاریخ عقد محسوب خواهد شد و الا تابع قرارداد متعاملین خواهد بود. اهمیت این قضیه در آن است که چنانچه تاریخ ابتدای خیار معلوم و روشن نباشد از آنجا که برای صاحب‌حق، مشخص و معین نخواهد بود که از چه زمانی می‌تواند از خیار مزبور استفاده کند فلذا تردید او موجب خواهد شد که نتواند از حق قانونی خویش بهره‌مند شود و چه بسا که حق خود را از دست خواهد داد. بنابراین جهل ناشی از عدم تعیین ابتدای مدت استفاده از خیار به خود شرط و عقد هم سرایت خواهد نمود و چنین شرطی هم خود باطل بوده و هم موجب بطلان عقد خواهد شد. نتیجه آن که

قانون گذار در این خصوص چاره‌جویی نموده و اماره قانونی در این خصوص فرض نموده و مقرر ساخته است تا تکلیف صاحبان حق روشن گردیده و از ابطال قراردادهای خصوصی اشخاص جلوگیری نماید. بنابراین در هر مورد که به هر دلیلی ابتدای مدت خیار تعیین نشده باشد، به حکم قانون تاریخ ابتدای مدت خیار هم تاریخ انعقاد عقد خواهد بود.

۲۰ - نکته دیگر آن که در هر عقدی ممکن است چند خیار با یکدیگر مجتمع شوند. به عبارت دیگر، ممکن است از چند جهت برای کسی خیار فسخ معامله ایجاد شود و این اجتماع اختیارات منافاتی با مقررات قانون مدنی ندارد. به‌عنوان مثال، در عقد بیع برای کسی علاوه بر خیار غبن و خیار عیب و خیار مجلس ممکن است خیار فسخ معامله نیز برقرار شود، در این صورت با تحقق زمینه استفاده هر یک از اختیارات مزبور که مبنای قانونی استفاده از حق فسخ می‌باشد می‌توان از خیار مربوطه استفاده نمود و در نهایت چنانچه از هیچ یک از اختیارات قانونی مزبور استفاده نشود در مدت مقرر می‌توان از خیار فسخ معامله بدون آن که دلیل خاصی داشته باشد براساس توافق طرفین استفاده نموده و معامله را فسخ نمود؛ بنابراین اجتماع اختیارات مختلف در قرارداد واحد هیچ اشکال قانونی نداشته و مطابق مقررات می‌باشد.

#### گفتار چهارم - عقد مشروط

۲۱ - **تعریف عقد مشروط؛** در قانون مدنی ذکری از عقد مشروط به میان نیامده و در ماده ۱۸۴ جزو اقسام معاملات درج نشده است اما در فصل چهارم از باب اول قسمت دوم کتاب دوم جلد اول قانون مدنی، مبحث اول آن اختصاص به بیان انواع شروطی دارد که در ضمن عقد می‌توان برقرار نمود. در نتیجه نوعی از عقود به اعتبار شرایطی که در ضمن آن می‌شود تحقق می‌یابد که می‌توان آن را «عقد مشروط» نامید. بنابراین به اعتبار شروط مذکور می‌توان عقد مشروط را این‌طور تعریف نمود «عقد مشروط عقدی است که در ضمن آن شروطی راجع به اوصاف مورد معامله یا تحقق امری در خارج و یا انجام یا ترک فعلی از سوی هر یک از طرفین عقد درج شده باشد که در صورت تحقق شرط یا عدم تحقق آن می‌تواند موجب بطلان معامله شود».

۲۲ - قانون‌گذار در مقام بیان در ماده ۱۸۴ موظف بوده تا چنانچه عقد مشروط را متفاوت از عقود احصاشده در ماده مرقوم می‌داند عنوان مستقلی را بدان اختصاص داده و در میان سایر عقود، عقد مشروط را نیز ذکر نماید ولیکن با توجه به عدم اقدام در این خصوص از سوی مقنن، به نظر می‌رسد که عقد مشروط بایستی جزو یکی از عقود مورد احصا در ماده ۱۸۴ ق.م.جای گیرد و عنوان مستقلی ندارد و یا آن که قانون‌گذار چنین عقدی را شناسایی و مقرر ننموده است. مطابق نظر اول، عقد مشروط را می‌توان نوعی از عقد معلق و یا تعبیر دیگری از عقد معلق دانسته و به‌شمار آورد. به عبارت دیگر، عقد مشروط و عقد معلق عناوین مختلف یک عقد واحد تلقی می‌شوند و قانون‌گذار نیز به همین دلیل در ماده ۱۸۴ تنها یک عنوان از عقد مزبور را درج نموده است همان‌طور که عقد مطلق و منجز که در مقابل عقد مشروط و معلق قرار می‌گیرند نیز از لحاظ حقوقی عقد واحدی هستند که تعاریف یکسان و آثار حقوقی مشابهی دارند. بنابراین هرگاه تشکیل عقد و اجرای آثار حقوقی آن منوط و معلق به تحقق شرط یا امری در خارج نشده باشد، عقد مزبور، عقد مطلق یا منجز بوده و چنانچه مشروط و معلق به شرطی یا تحقق امری در خارج شده باشد، عقد مزبور، عقد معلق یا مشروط نامیده می‌شود. این نوع عقد را عقد مقید نیز می‌توان نامید.

۲۳ - اما شروطی که در ضمن عقد می‌شوند به دو دسته کلی باطل و صحیح تقسیم می‌شوند. شروط باطل نیز خود به دو دسته تقسیم می‌شوند؛ ۱ - شروطی که باطل بوده ولی مفسد عقد نیستند که به شروط غیرمقدور، شروط بی‌فایده و شروط نامشروع تقسیم می‌شوند. دسته دوم، شروطی هستند که هم خود باطل‌اند و هم موجب بطلان عقد می‌شوند که عبارتند از شرط خلاف مقتضای عقد و شرط مجهولی که جهل به آن موجب جهل به عوضین شود. اما شروط صحیح، خود، بر سه قسم می‌باشد؛ شرط صفت که راجع به کیفیت یا کمیت مورد معامله است و شرط فعل که اقدام یا عدم اقدام به فعلی را بر یکی از متعاملین یا شخص خارجی شرط و تحمیل می‌کند و شرط نتیجه که تحقق امری در خارج برای تحقق و تشکیل عقد یا انحلال آن شرط می‌شود.

## ۲۴ - احکام شرط

## ۱ - ۲۴ - شروط باطل غیرمفسد عقد

شروط موضوع ماده ۲۳۲ ق.م. هستند که در صورت شرط شدن در ضمن عقد، خود، باطل می‌شوند ولیکن لطمه‌ای به اعتبار عقد وارد نمی‌سازند. البته، شرط غیرمقدور در صورتی باطل است که انجام آن از عهده هیچ‌کس ساخته نباشد (ماده ۲۳۸ ق.م.) و شرط نامشروع اعم است از این‌که مخالف قانون یا شرع و یا اخلاق حسنه و یا نظم عمومی جامعه باشد. همچنین شرطی که انجام آن فایده عقلایی نداشته باشد از دیدگاه عرف و قانون، باطل است. و در آخر، شرط مجهول نیز با وجود آن که موجب جهل به عوضین نشود چون قابل اجرا نمی‌باشد، همین حکم را دارد.

## ۲ - ۲۴ - شروط باطل و مبطل عقد

شروط موضوع ماده ۲۳۳ ق.م. هستند که به لحاظ آن که مخالف مقتضای ذات عقد محسوب می‌شوند و یا آن که شروط مجهولی هستند که به عوضین نیز سرایت کرده و موجب جهل به آن‌ها می‌شوند به همین سبب، هم خود باطل هستند و هم موجب بطلان عقد می‌شوند. مقتضای ذات عقد، اثر حقوقی عمده و جوهر عقد است که رسیدن به آن موجب تراضی و توافق طرفین در انعقاد یک قرارداد خاص می‌شود. به‌عنوان مثال، اثر حقوقی عقد بیع، انتقال مالکیت مبیع برای خریدار است و مالکیت ثمن برای فروشنده. پس هرگاه در عقد بیع، شرط شود که مالکیت عین یا منفعت مال به خریدار تعلق نخواهد گرفت یا حق دخل و تصرف در مورد معامله را تحت هیچ عنوان ندارد، این شرط هم خود باطل است و هم موجب بطلان عقد می‌شود چون مانع از اثربخشی و ظهور و بروز اثر حقوقی عقد بیع که همانا انتقال مالکیت است، می‌گردد.

## ۳ - ۲۴ - شروط صحیح

شروط صحیح موضوع ماده ۲۳۴ ق.م. هستند که هرچند موجب تزلزل عقد و برخلاف مقتضای اطلاق عقد هستند ولیکن هدف غایی از جعل و وضع آن‌ها استحکام معامله و اطمینان یافتن از صحت جریان عقد و درستی و سلامت مورد معامله بوده و یا آن که هدف

از انجام عقد رسیدن به مقصود دیگری است که به صورت شرط ضمن عقد در مورد آن نیز توافق صورت می‌گیرد و لذا عدم تحقق امر خارجی مزبور موجب می‌شود مشروط‌له بیهوده در مقابل دیگری متعهد نشود. اثر حقوقی شروط صحیح در برخی موارد مثل شرط صفت و شرط فعل، انحلال عقد می‌باشد.

البته در این گونه شروط حق فسخ معامله در صورت عدم تحقق یا وجود وصف خاص در مورد معامله یا عدم انجام فعل مشروط‌به از سوی مشروط‌علیه، برای مشروط‌له ایجاد می‌شود و او می‌تواند از حق فسخ خود استفاده یا آن را واگذارد اما در مورد شرط نتیجه؛ در صورتی که حصول آن نتیجه موقوف به سبب خاصی نباشد، آن نتیجه به نفس اشتراط حاصل می‌شود مانند این که در شروط ضمن عقد بیع ذکر شود که فروشنده بدین وسیله به خریدار وکالت می‌دهد تا اشتباهات احتمالی را در سند بدون حضور فروشنده با تنظیم اقرارنامه اصلاحی، تصحیح نماید که در این صورت به نفس اشتراط در عقد و امضای آن توسط طرفین نتیجه شرط حاصل می‌شود. ولیکن با وجود آن که شرط نتیجه ناظر به موردی است که نتیجه آن به محض انشای عقد ایجاد شود و نیاز به انجام امور اضافی و مادی نباشد اما در برخی موارد، عمل مادی می‌تواند تمام کننده قصد باشد مانند این که در بیع صرف، قبض مورد معامله در ضمن عقد شرط شود.

نتیجه مورد نظر در این گونه شروط ممکن است در برخی موارد وقوع یا انحلال عقد دیگری باشد مانند اعطای وکالت از سوی خریدار به فروشنده برای انجام عقد دیگری نسبت به مال معینی که به خریدار تعلق دارد و یا عزل وکیل احد از متعاملین که برای انجام موضوع خاصی توسط خریدار یا فروشنده به وی وکالت داده شده است. اما در برخی موارد دیگر نیز ممکن است خود عمل حقوقی در ضمن عقد به عنوان شرط نتیجه مورد توافق طرفین واقع شود و نه نتیجه آن؛ مانند این که در شروط ضمن عقد اجاره شرط شود که موجر به مستأجر وکالت دهد که نسبت به ثبت رسمی اجاره‌نامه در دفتر اسناد رسمی اقدام نماید.

۲۵ - اما اثر حقوقی شرط نتیجه آن است که عدم تحقق مشروط‌علیه منجر به بطلان عقد می‌شود. زیرا تعلیق واقعی در صورتی رخ می‌دهد که تحقق شرط در آینده نامعلوم ولی محتمل بوده و مربوط به تحقق یک امر خارجی باشد. به همین دلیل است که تعلیق در انشاء باطل است. درست مثل این که در عقد ضمان، ضامن قید کند که اگر مدیون بدهی خود را نداد، من ضامنم. زیرا اساساً انشای عقد، صورت منجز به خود نگرفته و تبدیل تعهد منوط به عدم تأدیه دین از سوی بدهکار گردیده است. هرگاه ضامن به‌طور منجز ضمانت دین بدهکار را بنماید ولیکن تأدیه بدهی مدیون را در صورتی ملتزم شود که خود بدهکار آن را تأدیه ننماید؛ در این صورت، با وجود انتقال دین به ضامن و تحقق آن، اجرای تعهد مزبور منوط به تحقق یک امر خارجی که عدم تأدیه دین از سوی بدهکار باشد، گردیده و معلق بدان شده است.

۲۶ - همان‌طور که هرگاه ضامن قید نماید در صورتی که اثبات شود مضمون‌عنه به مضمون‌له بدهکار است، من ضامن هستم و بدهی او را خواهم داد، این نوع ضمان صحیح بوده و درج چنین شرطی موجب بطلان عقد نمی‌شود (مواد ۷۰۰ و ۶۹۹ ق.م.) و یا آن که ضامن در عقد بیع عهده مشتری یا بایع را نسبت به درک مبیع یا ثمن به شرط مستحق‌لغیر درآمدن آن بنماید، جایز است. (ماده ۶۹۶ ق.م.) در تمام این موارد وقوع عقد ضمان منوط به تحقق امر خارجی مشروط‌علیه می‌باشد و در صورت عدم تحقق آن فرض بر این است که عقد ضمان واقع نشده است. بنابراین اثر حقوقی مستقیم شرط نتیجه عدم تشکیل عقد و تحقق آن می‌باشد ولیکن هرگاه شرط نتیجه شرط انحلال عقد باشد، در این صورت، عقد در ابتدا تشکیل گردیده ولیکن تحقق مشروط‌علیه موجب انحلال عقد از زمان پیدایش آن می‌شود و لذا حق فسخ برای مشروط‌له ایجاد نمی‌نماید بلکه به خودی خود موجب انفساخ قهری و انحلال عقد می‌شود بدون آن که نیاز به انجام عمل دیگری باشد.

۲۷ - از بررسی مواد ۲۳۵ تا ۲۴۶ ق.م. نکات ذیل نیز در رابطه با عقد مشروط و اختیار

فسخ ناشی از آن قابل استنباط می‌باشد.



۱ - ۲۷ - اختیار فسخ ناشی از شرط ضمن عقد مقید به وقت معینی نمی‌باشد و در صورتی که حق مزبور به هر صورت و در هر زمان برای ذی‌نفع ایجاد شود او می‌تواند از اختیار خویش استفاده نموده و عقد را فسخ نماید.

۲ - ۲۷ - استفاده از حق فسخ مزبور در رابطه با شرط فعل منوط بدان است که اجبار مشروط‌علیه برای انجام فعل مشروط، غیرمقدور بوده و فعل مزبور هم از جمله اعمالی نباشد که دیگری بتواند از جانب او واقع سازد. در این صورت، طرف مقابل حق فسخ معامله را خواهد داشت و در غیر این صورت، ذی‌نفع می‌تواند از دادگاه اجبار مشروط‌علیه را به انجام شرط و یا انجام فعل مشروط‌به را توسط دیگری درخواست نماید.

بنابراین استفاده از حق فسخ معامله در مرحله دوم امکان‌پذیر خواهد بود و ابتدائاً این حق برای مشروط‌له ایجاد نمی‌شود.

۳ - ۲۷ - اما در مواردی نیز استثنائاً بنابر تصریح موادی از قانون مدنی در صورت تخلف مشروط‌علیه از انجام شرط تنها حق فسخ برای مشروط‌له ایجاد می‌شود و او نمی‌تواند از دادگاه الزام مشروط‌علیه به انجام شرط و یا الزام دیگری را به انجام شرط به‌جای مشروط‌علیه درخواست نماید. این موارد تنها در مواد ۲۴۲ و ۲۴۳ ق.م.پیش‌بینی شده است. مطابق ماده ۲۴۲ ق.م. «هرگاه در عقد شرط شده باشد که مشروط‌علیه مال معین را رهن دهد و آن مال تلف یا معیوب شود مشروط‌له اختیار فسخ معامله را خواهد داشت نه حق مطالبه عوض رهن یا ارض عیب!...» و در ماده ۲۴۳ ق.م. هم مقرر شده است که «هرگاه در عقد شرط شده باشد که ضامنی داده شود و این شرط انجام نگیرد، مشروط‌له، حق فسخ معامله را خواهد داشت».

۴ - ۲۷ - همچنین هرگاه شرط ضمن عقد شرط صفت باشد ذی‌نفع و مشروط‌له در صورت نبود صفت خاص مشروط‌علیه در مورد معامله تنها حق فسخ معامله را خواهد داشت و نمی‌تواند به‌جای آن مال دیگری با شرایط مقرر قبلی درخواست نماید و یا اجبار مشروط‌علیه را از دادگاه درخواست نماید.

۲۸ - نکته دیگر در خصوص شروط ضمن عقد آن است که شرط مزبور از سوی مشروط‌له قابل اسقاط می‌باشد (موضوع ماده ۲۴۴ ق.م.پ) و در این صورت، درست مثل آن است

که شرطی در ضمن عقد نشده است و عقد، مطلق می‌باشد ولیکن تنها یک استثنا بر این اصل وجود دارد و آن مربوط به شرط نتیجه است که حسب تصریح ذیل ماده ۲۴۴ ق.م. قابل اسقاط نمی‌باشد. و به تبع آن حق فسخ ناشی از آن هم به قوت و اعتبار خود باقی خواهد بود. این نکته را می‌توان بدین‌گونه تفسیر نمود که در واقع، شرط نتیجه در صورت تحقق، قهراً، موجب انفساخ عقد می‌شود و لازم نیست که مشروطاًله عملی اضافی برای فسخ قرارداد انجام دهد و صرف تحقق امر مشروطاًبه، برای انفساخ عقد کافی می‌باشد. این نکته از نتایج عملی و آثار حقوقی مفاد ذیل ماده ۲۴۴ ق.م. می‌باشد. این نظریه با مندرجات ماده ۲۳۶ ق.م. نیز تقویت می‌شود. زیرا در ماده مزبور، مقرر گردیده است که در شرط نتیجه در صورتی که حصول آن نتیجه موقوف به سبب خاصی نباشد آن نتیجه به نفس اشتراط حاصل می‌شود فلذا موجب انفساخ عقد می‌شود مگر آن‌که در این مورد متعاملین به‌جای انفساخ عقد توافق نمایند که حق فسخ برای مشروطاًله ایجاد شود که در این صورت، به‌مجرد اشتراط شرط نتیجه و تحقق شرط در خارج، حق فسخ ناشی از آن، بلافاصله برای مشروطاًله ایجاد می‌شود.

۲۹ - در صورتی که معامله به واسطه اقاله یا فسخ، منتفی شود، شرطی که در ضمن آن شده است، نیز باطل می‌شود و اگر کسی که ملزم به انجام شرط بوده است عمل به شرط کرده باشد می‌تواند عوض آن را از مشروطاًله بگیرد. به عبارت دیگر، با انحلال قرارداد در اثر اقاله (توافق طرفین) و یا فسخ یک‌طرفه در اثر استفاده از خيارات مختلف، شرط ضمن عقد نیز منحل و باطل گردیده و مشروعیت خود را از دست می‌دهد و دیگر مشروطاًله اجباری به ادامه انجام آن نخواهد داشت ولیکن نسبت به بخشی از آن که تا تاریخ فسخ یا اقاله انجام داده است، مستحق اجرت خواهد بود.

۳۰ - نکته دیگر آن‌که در خصوص خيار تخلف شرط، در ماده ۴۴۴ ق.م. مقرر گردیده که احکام خيار تخلف شرط به‌طوری است که در مواد ۲۳۴ تا ۲۴۵ ق.م. ذکر شده است. با ملاحظه مواد یادشده روشن می‌گردد که رجوع احکام خيار تخلف شرط به احکام شرط

مندرج در مواد ۲۳۴ تا ۲۴۵ ق.م. گردیده است. از این نظر می‌توان گفت که خیار تخلف شرط ملازمه و شباهت بسیاری با شرط ضمن عقد و احکام آن دارد یعنی می‌توان گفت این دو، دو روی یک سکه به‌شمار می‌روند و شروط صحیحی را که می‌توان در ضمن عقد شرط نمود، می‌توان از نظر احکام تابع یکی از خیارات مندرج در قانون مدنی دانست که همان خیار تخلف شرط می‌باشد. به عبارت دیگر، عقد خیاری و عقد مشروط در این زمینه با یکدیگر دارای وحدت معنا و مفهوم می‌گردند و احکام واحدی در خصوص مورد اعمال می‌شود. بنابراین می‌توان گفت احکام عمومی خیارات هم شامل عقد مشروط در این خصوص می‌شود همان‌طور که احکام شرط شامل خیار تخلف شرط می‌شود.

۳۱- شرط ضمن عقد از لحاظ ماهیت حقوقی هم می‌تواند شرط انعقاد عقد باشد و هم می‌تواند شرط انحلال عقد باشد. به عبارت دیگر، در برخی موارد ممکن است شرط ضمن عقد، شرط تحقق عقد باشد. مثلاً در صورتی که تحقق امری در خارج شرط شود و تحقق عقد منوط به احراز تحقق امر خارجی مزبور به‌عنوان شرط نتیجه گردد، در این صورت چنانچه شرط نتیجه محقق شود و نتیجه مورد نظر احراز شود، عقد محقق خواهد شد و در غیر این صورت، عقد ایجاد نمی‌شود و منحل می‌گردد. در برخی موارد نیز ممکن است شرط ضمن عقد، شرط زوال عقد باشد. به عبارت دیگر، چنانچه در ضمن عقد شرط شود که چنانچه مشروط‌علیه عملی را مرتکب شود که ضمن عقد به عدم انجام آن ملزم شده است در این صورت، طرف مقابل حق فسخ قرارداد را خواهد داشت. به‌عنوان مثال، چنانچه در عقد اجاره شرط شود که مستأجر حق تغییر شغل و یا نوع استفاده از مورد اجاره را ندارد و یا آن که حق واگذاری آن را به دیگری ندارد؛ در صورتی که مستأجر برخلاف مفاد شرط عمل کند، در این صورت، برای موجر حق فسخ اجاره ایجاد می‌شود. فلذا می‌توان گفت که از این جهت عقد معلق و عقد مشروط یکسان هستند. به‌علاوه شرط معلق و شرط مشروط به هر دو می‌توانند هم به‌عنوان شرط انعقاد عقد و یا شرط انحلال عقد به کار گرفته شوند ولیکن تفاوت اساسی که در این میان وجود دارد آن است که شرط معلقی که موجب انحلال عقد

است، شرط انفساخ عقد می‌باشد و قهراً موجب انحلال عقد می‌شود. ولیکن شرط مشروطاً به که موجب انحلال عقد است تنها حق خیار فسخ برای مشروط‌له ایجاد می‌کند نه آن که موجب انفساخ عقد شود مگر آن که طرفین در این خصوص قبلاً توافق نموده باشند و یا آن که شرط مزبور، شرط نتیجه باشد که به مجرد تحقق شرط، عقد، خود به خود، منفسخ می‌شود و نیاز به انجام عمل حقوقی دیگری مانند فسخ نمی‌باشد.

۳۲ - «در صورتی که شرط ضمن عقد جزء شروط باطل باشد» چنانچه شرط مزبور جزو شروطی باشد که خود باطل است اما موجب بطلان عقد نمی‌شود، در این صورت، اشتراط شرط مزبور در عقد موجب بطلان عقد نخواهد شد بلکه تنها شرط مزبور باطل می‌شود و عقد تداوم خواهد یافت ولیکن در صورتی که شرط مزبور جزو شروط باطلی باشد که هم خود باطل است و هم موجب بطلان عقد می‌شود، در این صورت، با بطلان شرط، عقد هم باطل می‌شود و دیگر استمرار نخواهد یافت. فلذا در این خصوص تفاوتی نخواهد داشت که شرط مزبور شرط انعقاد قرارداد باشد و یا شرط انحلال آن. زیرا در هر دو صورت، نتیجه همان خواهد بود که قبلاً بیان شد. در نتیجه، آثار حقوقی این نوع شرط در عقد مشروط با شرط معلق‌علیه باطل و مبطل عقد در عقد معلق متفاوت می‌باشد. زیرا همان‌گونه قبلاً ملاحظه شد، در عقد معلق هرگاه شرط معلق‌علیه جزو شروط باطل باشد، در این صورت، چنانچه شرط مزبور شرط انعقاد قرارداد باشد موجب بطلان عقد می‌شود ولیکن در صورتی که شرط مزبور، شرط انحلال عقد باشد در این صورت، تنها شرط مزبور باطل می‌شود و عقد معلق به عقد منجز تبدیل می‌شود و تداوم و استمرار خواهد یافت. مثلاً هرگاه در عقد وقف، شرط شود که مال موقوفه به تصرف موقوف‌علیهم داده نشود، در غیراین صورت، عقد مزبور منفسخ خواهد شد. در این صورت، چون شرط مزبور، شرط انحلال عقد می‌باشد موجب بطلان عقد نمی‌شود. زیرا هرچند خلاف مقتضای عقد وقف می‌باشد ولیکن تنها خود شرط باطل می‌شود و با اسقاط شرط از فساد عقد جلوگیری می‌شود. این امر هرچند بین حقوق دان‌ها مورد اختلاف می‌باشد ولیکن نفوذ عقد ترجیح دارد (کاتوزیان، قواعد عمومی قراردادها، ج ۳، ش. ۵۱۷۹). اما هرگاه در عقد بیع، مبیع به قیمت معین به

فروش برسد ولیکن توافق شود که خریدار بابت ثمن معامله یکی از خانه‌هایش را به فروشنده بدهد در این صورت شرط مزبور مجهول بوده و موجب جهل به ثمن معامله می‌شود و لذا جزو شروط باطل و مبطل عقد بوده و به لحاظ آن که شرط مزبور شرط انعقاد عقد می‌باشد موجب بطلان شرط و عقد می‌گردد.

### گفتار پنجم - مقایسه عقد مشروط با عقد معلق و عقد خیاری

۳۳ - پس از بررسی هر یک از عقود مزبور، اکنون به مقایسه عقود مشروط و معلق و خیاری می‌پردازیم و تفاوت‌ها و شباهت‌های آن‌ها را با یکدیگر بیان خواهیم نمود.

۱ - ۳۳ - از لحاظ انعقاد، عقود خیاری و مشروط با عقد معلق تفاوت دارند. زیرا عقود مزبور هم از نظر انشا و هم از نظر مُنشأً به‌طور منجز واقع می‌شوند ولیکن عقد معلق از لحاظ مُنشأً به‌طور معلق واقع می‌شود. در مورد عقد مزبور، عقد به‌طور قطعی و استوار منعقد نمی‌شود بلکه معلق بر تحقق امر خارجی می‌گردد.

۲ - ۳۳ - از لحاظ انحلال می‌توان نوعی شباهت را در عقود مزبور یافت. زیرا با تحقق شرط مورد اشتراط موجبات انحلال عقد در کلیه عقود مزبور فراهم می‌شود.

۳ - ۳۳ - اما این شباهت کامل نمی‌باشد. زیرا اثر حقوقی تحقق شرط در مورد شرط معلق علیه، انفساخ قهری عقد معلق می‌باشد ولیکن در صورت تحقق شرط مشروطاً به در عقود مشروط و یا اثبات زمینه‌های پیدایش و تحقق خیار فسخ، اثر حقوقی آن، ایجاد حق فسخ برای صاحب‌خیار یا مشروط‌له می‌باشد که این امر تفاوت فاحشی با انفساخ عقد دارد. زیرا تحقق حق فسخ معامله برای صاحب‌خیار یا مشروط‌له الزاماً به معنای فسخ معامله و یا اجبار مشروط‌له یا صاحب‌خیار به فسخ معامله نیست بلکه تنها این حق برای ذی‌نفع ایجاد می‌شود و تنها در صورتی که او شخصاً مایل باشد می‌تواند از اختیار خود استفاده نموده و قرارداد را منحل نماید و در غیر این صورت، می‌تواند از حق خود صرف‌نظر نموده و به مفاد قرارداد پایبند باقی بماند.

به عبارت دیگر، تحقق شرط معلق علیه در عقد معلق موجب پیدایش خیار فسخ برای

مشروطه نیست، برخلاف عقود خیاری و مشروط؛ بلکه قهراً موجب انفساخ عقد می‌شود و با تحقق شرط مزبور نیاز به انجام هیچ عمل حقوقی دیگری جهت فسخ قرارداد نیست.

در عقد مشروط تنها چنانچه شرط مورد اشتراط شرط نتیجه باشد (موضوع ماده ۲۴۴ ق.م.) اثر حقوقی آن به مجرد تحقق شرط مزبور به طور قهری انفساخ عقد می‌باشد و از این نظر شباهت کاملی با شرط معلق علیه خواهد یافت، هرگاه شرط مزبور شرط انحلال عقد باشد.

۳۴ - در عقد معلق برخلاف عقود مشروط و خیاری ممکن است طرفین قرارداد هنگام انعقاد آن، تداوم و بقای عقد را منوط به تحقق شروطی (سلبی و ایجابی) بنمایند که در واقع منظور طرفین از اشتراط شرط مزبور، ایجاد انگیزه لازم جهت تحقق عقد و تداوم آن و تحقق مقاصد خاصی است که از انعقاد قرارداد انتظار آن می‌رود. یعنی طرفین به دنبال آن هستند که هرچه بیشتر و دقیق‌تر شرایطی را فراهم سازند که یکدیگر را به اجرای قرارداد و مفاد آن ملتزم نموده و با تهدید طرف مقابل از طریق جعل شروطی که موجب عدم تحقق عقد و یا انفساخ قهری قرارداد می‌شود موجبات پابندی او را به مفاد قرارداد فراهم نمایند. مثلاً ممکن است در معامله اتومبیل شرط شود که چنانچه اتومبیل مورد معامله در مسابقه آتی برنده شود، معامله قطعی خواهد بود و در غیر این صورت، مثل آن است که معامله‌ای واقع نشده است. در اینجا، اشتراط این شرط و پذیرش آن از سوی فروشنده دلالت بر اطمینان فروشنده از صحت و سلامت و قدرت اتومبیل مورد معامله می‌نماید و همچنین در صورت پیروزی اتومبیل در مسابقه اطمینان خاطر خریدار نیز از حسن انتخاب خویش و برابری ارزش ثمن و مثن نیز جلب می‌شود.

بنابراین جعل این گونه شروط، به منظور ایجاد انگیزه لازم برای انعقاد قرارداد بوده و تحقق آن موجب تداوم عقد می‌گردد.

ولی چنانچه معتقد باشیم که جعل این شرط برای آن است که ذی‌حق بتواند از زیر بار تعهدات ناشی از قرارداد شانه خالی نموده و خود را متعهد نسازد، در این صورت، معنا نخواهد داشت که با جعل شرط این کار را بنماید بلکه اساساً می‌تواند قراردادی منعقد نسازد و

منصرف از آن باشد. پس می‌توان گفت دلیل جعل شرط مزبور اطمینان یافتن از صحت جریان معامله و شرایط و اوصاف موردنظر از سوی مشروط‌آله می‌باشد.

از این نظر عقد معلق با عقد مشروط شباهت بسیاری دارد. زیرا این امر در مورد عقد مشروط نیز قابل تصور می‌باشد. به‌عنوان مثال، در معامله اتومبیل هرگاه شرط شود که چنانچه اتومبیل مورد معامله بیش از پنج هزار کیلومتر کار کرده باشد مشروط‌آله یا خریدار حق فسخ خواهد داشت. در این صورت، جعل چنین شرطی و پذیرش آن از سوی فروشنده دلالت بر صداقت و حسن نیت فروشنده در انجام معامله خواهد داشت و خریدار با اطمینان بیشتری به انجام معامله رغبت خواهد یافت.

در مقابل، در عقد خیاری، منظور خیار شرط می‌باشد؛ قصد طرفین عقد یا یکی از آن‌ها حفظ و دوام عقد نمی‌باشد بلکه خواسته طرفین آن است که برخلاف مسیر طبیعی و عادی امور و لزوم وفای به عهد در قرارداد، روشی منظور شود که (صاحب‌خیار در صورت تمایل) و البته در مدتی معین بتواند عقد مزبور را منحل سازد بدون آن که حتی مجبور باشد برای اقدام خود دلیل موجهی اقامه کند. بنابراین از لحاظ مبانی نظری، وضع و برقراری شروط مزبور، تفاوت فاحشی ملاحظه می‌شود. اما در مورد سایر خیارها از قبیل خیار غبن یا خیار تأخیر ثمن یا خیار رؤیت و تخلف وصف، شباهت کاملی بین فلسفه تأسیس و برقراری خیارها مزبور با آنچه در مورد شرط معلق‌علیه و عقد مشروط بیان شد، به چشم می‌خورد و در این خصوص نیز همان مقاصد از جعل خیارها مزبور موردنظر می‌باشد.

۳۵- در برخی از موارد ممکن است شرط معلق‌علیه، شرط صفت یا فعل یا ترک فعل باشد. در این صورت، چنانچه شرط مزبور، شرط انعقاد عقد باشد با عقد مشروطی که شرط مورد اشتراط، شرط صفت یا فعل یا ترک فعل می‌باشد، تفاوت آشکاری بین دو نوع عقد مزبور از لحاظ آثار حقوقی وجود خواهد داشت. زیرا شرط موضوع عقد مشروط، شرط، انحلال عقد می‌باشد برخلاف شرط، معلق‌علیه که شرط، انعقاد عقد می‌باشد. به عبارت دیگر، در عقد معلق اساساً تحقق شرط فعل یا استمرار ترک فعل خاصی در مدت معینی و

یا وجود صفتی خاص در مورد معامله موجب تحقق عقد می‌شود و در غیر این صورت، عقد مزبور اساساً منعقد نگردیده و از ابتدا محقق نمی‌شود ولیکن در عقد مشروط، عقد منعقد می‌شود ولیکن با تحقق مشروط‌علیه عقد مزبور از زمان تحقق شرط منحل می‌شود. فلذا این دو نوع عقد، آثار حقوقی متفاوتی در نتیجه تحقق شرایط مزبور خواهند داشت مگر آن که در هر دو عقد، شرط مزبور، شرط انحلال عقد باشد؛ که در این صورت، آثار حقوقی تقریباً در هر دو مورد، مشابه خواهد بود. بنابراین درک این نکته که شرط مزبور، شرط انعقاد عقد می‌باشد و یا شرط انحلال عقد از لحاظ آثار حقوقی و تجزیه و تحلیل شرط و عقد و آثار آن اهمیت بنیادین دارد.

۳۶ - اما ذکر یک نکته را در این خصوص لازم می‌داند و آن این است که در عقد مشروط، شرط مورد اشتراط نمی‌تواند شرط انعقاد عقد باشد. زیرا در غیر این صورت، عقد مزبور، هیچ تفاوتی با عقد معلق نخواهد داشت و دیگر نمی‌توان آن را عقد مشروط نامید و عقد معلق و مشروط یکی خواهند شد.

۳۷ - این حکم در مورد عقد خیاری نیز در مواردی که خیار مزبور، خیار غبن یا تخلف شرط و تخلف وصف و یا عیب باشد، جاری می‌باشد ولیکن در مورد خیار مجلس و یا خیار حیوان و یا خیار تأخیر ثمن، موضوع قابل تأمل است. زیرا در مورد خیارات اخیر به سهولت نمی‌توان گفت که خیارات یادشده، خیار انحلال عقد می‌باشند.

بلکه ممکن است گفته شود که در موارد مذکور نیز خیارات مزبور شباهت بسیاری با شرط معلق‌علیه دارند هرگاه شرط معلق‌علیه شرط انعقاد عقد باشد. زیرا چنانچه طرفین از مجلس عقد خارج شوند و یا آن که از مدت قرارداد راجع به معامله حیوان سه روز بگذرد و یا مدت خیار تأخیر ثمن سپری شود ولیکن ذی‌نفع و ذوالخیار از خیار خود استفاده نکند، عقد مزبور تداوم خواهد یافت. در غیر این صورت، تا زمانی که مدت خیار سپری نشده درست مثل این است که خیار مزبور همان اثر شرط معلق‌علیه مقدر قانونی را دارد و در صورت استفاده ذوالخیار از حق خود چنان خواهد بود که اساساً عقدی منعقد نشده است ولذا شباهت بسیاری با شرط معلق‌علیه و عقد معلق پیدا می‌کند.



تفاوت اساسی که بین دو عقد می‌توان در حالات مذکور تصور نمود آن است که در عقد خیاری که خیارات مزبور در معامله اسقاط نشده‌اند در صورت تمایل ذوالخیار می‌تواند از حق خویش استفاده نموده و معامله را فسخ کند ولیکن در مورد عقد معلق، در صورت تحقق شرط معلق‌علیه، معامله و عقد، به خودی خود، منفسخ می‌شود و نیاز به فسخ معامله از سوی مشروط‌له نمی‌باشد. خیار شرط را نیز می‌توان با شرط معلق‌علیه مربوط به انعقاد یا انحلال عقد مقایسه نمود و شرط مزبور را نیز شاید بتوان به نوعی شرط انحلال عقد تصور نمود ولیکن از آنجا که استفاده از خیار مزبور در اختیار مشروط‌له می‌باشد فلذا او مخیر در استفاده یا عدم استفاده از حق مزبور می‌باشد و در هر حال، چنانچه مایل به استفاده از خیار مزبور باشد می‌تواند معامله را فسخ نماید و حال آن که همان‌طور که گفته شد، شرط معلق‌علیه، شرط انفساخ قهری عقد می‌باشد و از این نظر با خیار شرط تفاوت دارد.

۳۸ - مضافاً این‌که از نظر آثار حقوقی نیز در خیار شرط عقد از زمان انعقاد آن واقع می‌شود و آثار آن به وجود می‌آید و طرفین از آثار آن منتفع می‌شوند و منافع مورد معامله متعلق به صاحب آن به موجب عقد مزبور خواهد بود ولیکن هرگاه مشروط‌له از حق خیار خود استفاده نموده و قرارداد را فسخ کند از آن لحظه به بعد عوضین قرارداد به صاحبان قبلی مسترد می‌شود ولی نسبت به منافع قبلی، این امر، تسری نخواهد یافت.

به‌عنوان مثال، چنانچه در عقد اجاره شرط شود که موجر تا مدت دو ماه می‌تواند عقد مزبور را به صورت یکجانبه فسخ نماید، در این صورت، از لحظه‌ای که موجر معامله را فسخ نماید مستأجر بایستی مورد اجاره را تخلیه نموده و به موجر تسلیم کند ولیکن منافی که در مدت مزبور توسط مستأجر استفاده شده متعلق به او بوده و در مالکیت او ایجاد شده و به‌نحو قانونی و مشروع از آن بهره‌مند شده فلذا قابل اعاده و استرداد نمی‌باشد.

۳۹ - برخلاف موردی که شرط مزبور، شرط معلق‌علیه و شرط انعقاد عقد باشد که در این صورت، اساساً عقدی تحقق نیافته که مالکیتی برای طرف مقابل ایجاد کند.

ولذا منافع نیز متعلق به مالک (طرف ایجاب عقد) می‌باشد و نصیبی از آن برای طرف قبول متصور نمی‌باشد. در غیر این صورت، چنانچه شرط مزبور، شرط انحلال عقد باشد با

تحقق شرط چنانچه عقد منفسخ شود تنها نسبت به آینده تسری داشته و اثر قهقراپی نخواهد داشت مگر آن که طرفین برخلاف آن توافق کرده باشند.

۴۰ - کلیه شروط و اختیارات در عقود معلق و مشروط و خیار قابل اسقاط است به جز شرط نتیجه که به موجب ماده ۲۴۴ ق.م. قابل اسقاط نمی‌باشد. در مورد سایر شروط، مشروط‌اله می‌تواند به موجب ماده مرقوم از عمل به شرط صرف نظر کند. در این صورت، درست مثل آن است که چنین شرطی در قرارداد قید نشده است لیکن در مورد شرط نتیجه، این امر میسر نیست.

۴۱ - کلیه شروط در صورت اقاله معامله و قرارداد باطل می‌شوند و «اگر کسی که ملزم به انجام شرط بوده است عمل به شرط کرده باشد، می‌تواند عوض او را از مشروط‌اله بگیرد». (ماده ۲۴۶ ق.م.) همین‌طور، کلیه اختیارات نیز باطل می‌شوند.

۴۲ - «اگر بعد از عقد انجام شرط ممتنع شود یا معلوم شود که حین العقد ممتنع بوده است، کسی که شرط بر نفع او شده است، اختیار فسخ معامله را خواهد داشت، مگر این که امتناع، مستند به فعل مشروط‌اله باشد». (ماده ۲۴۰ ق.م.) برخی از حقوق‌دان‌ها عقیده دارند اختیار فسخ ناظر به موردی است که مشروط‌اله از امتناع شرط آگاه نباشد والا حق فسخ نخواهد داشت. به علاوه، مفاد ماده مرقوم در مورد شرط غیرمقدور و نامشروع نیز اجرا می‌شود ولیکن درباره حذف و امتناع شرط لغو و بی‌فایده، خیار فسخ ایجاد نمی‌شود و التزام به عقد ترجیح دارد. اما اگر دو طرف عقد در زمان تراضی از عدم امکان اجرای شرط آگاه باشند، شرط باطل است. (کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، ص. ۲۳۱)

۴۳ - شرط معلق‌علیه در عقد معلق مبنای قراردادی دارد و در نتیجه تراضی و توافق طرفین، وضع و برقرار می‌شود و لذا از توابع اصل حاکمیت اراده می‌باشد ولیکن مبنای حقوقی اختیارات، به استثنای خیار شرط، قاعده لاضرر و عدالت معاوضی و حمایت از حقوق خصوصی اشخاص می‌باشد. فلذا اختیارات مزبور به حکم قانون برقرار می‌شوند ولیکن به موجب قانون مدنی با توجه به تکمیلی بودن مقررات مزبور طرفین می‌توانند اختیارات مزبور را اسقاط نمایند. تنها خیار شرط است که شباهت زیادی با شرط معلق‌علیه در این خصوص می‌یابد و

تنها در نتیجه توافق و تراضی طرفین عقد محقق می‌شود و حکم قانون در این خصوص تنها از جهت اثر حقوقی که بدان می‌بخشد و محترم می‌شمارد، مؤثر در مقام است.

۴۴ - اثر حقوقی تحقق شرط، هم در عقد معلق و هم در عقود مشروط و خیاری، در صورتی که شرط مزبور، شرط انحلال عقد باشد و منجر به فسخ قرارداد شود از نظر زمانی اثری یکسان می‌باشد. به عبارت دیگر، اثر فسخ در هر سه مورد نسبت به آینده می‌باشد و نسبت به گذشته تنها در صورتی اثر قهقرایی خواهد داشت که در هنگام انعقاد قرارداد طرفین نسبت به آن توافق کرده باشند.

۴۵ - اما اثر حقوقی خیار و شرط در عقد خیاری و مشروط ایجاد حق فسخ برای صاحب‌خیار و مشروط‌اله است در حالی که اثر حقوقی شرط معلق‌علیه، انفساخ و بطلان قهری عقد در صورت تحقق شرط می‌باشد. بنابراین باید از همان ابتدا مشروط‌اله از شرط مزبور صرف‌نظر نموده و آن را اعلام نماید. در غیر این صورت، با تحقق شرط، عقد معلق منفسخ خواهد شد و این‌طور نیست که برای مشروط‌اله حق فسخ ایجاد نماید و او در صورت تمایل از حق مزبور استفاده کند و در غیر این صورت، به عقد مزبور ادامه دهد. بنابراین اثر حقوقی شرط مزبور بطلان معامله است.

۴۶ - خیارات عموماً جزو حقوق اشخاص ذی‌نفع محسوب می‌شوند و لذا قابل توارث می‌باشند مگر آن‌که قید مباشرت در آن شده باشد. همچنین است حق فسخ ناشی از شروط ضمن عقد در عقد مشروط. زیرا هرگاه مشروط‌اله فوت نماید حق فسخ ناشی از قرارداد قهراً به وراث او، به ارث خواهد رسید مگر آن‌که به وجه ملزومی این حق فقط برای شخص مشروط‌اله به قید مباشرت قرار داده شده باشد. اما در خصوص شرط معلق‌علیه به‌نظر می‌رسد از آنجا که نتیجه پیدایش و وقوع امر موردتعلیق، انفساخ قهری عقد می‌باشد بنابراین اثر حقوقی تحقق شرط مزبور، حق فسخ قرارداد نمی‌باشد که این تصور به‌وجود آید که حق مزبور نیز حقی است که در صورت فوت مشروط‌اله به ارث خواهد رسید بلکه در این خصوص می‌توان گفت موضوع مبتنی بر یک فرض قانونی است که نتیجه آن عدم

تحقق عقد و یا انفساخ قهری آن در صورت تحقق شرط معلق علیه می باشد خواه مشروطاً له در قید حیات باشد و یا آن که فوت نموده باشد. بنابراین حیات یا فوت مشروطاً له تأثیری در ماهیت و طبیعت حقوقی شرط مزبور ندارد و نتیجه عملی آن در هر حال، حاصل خواهد شد و از این لحاظ از مبنای حقوقی قوی تری نسبت به اختیارات و یا شروط موضوع عقد مشروط برخوردار است به استثنای موردی که شرط مورد توافق در عقد مشروط، شرط نتیجه باشد که آثاری مشابه شرط معلق علیه در عقد معلق دارد و در صورت توافق طرفین می تواند قهراً موجب انفساخ عقد شود و به مجرد پیدایش و تحقق مشروطاً علیه نتیجه آن حاصل می شود و عقد را از بین می برد. زیرا در این خصوص قید مباشرت بی معنی بوده و از مشروعیت حقوقی برخوردار نمی باشد و طبیعت این نوع شرط با چنین قیدی سازگار نمی باشد.

۴۷ - احکام شرط ضمن عقد مشروط به موجب ماده ۴۴۴ ق.م. در خصوص احکام خیار تخلف شرط نیز جاری می باشد. بدین ترتیب، مشابهت کاملی بین احکام و آثار حقوقی مشروط ضمن عقد و خیار تخلف شرط وجود دارد. به عبارت دیگر، در خصوص خیار تخلف از شرط، شرط موجب خیار از نوع شروط صحیح موضوع مواد ۲۳۴ تا ۲۴۵ ق.م. می باشد. به عبارت دیگر، عقد خیاری مزبور هیچ فرقی با عقد مشروط ندارد. تنها تفاوتی که وجود دارد مربوط به مبنای حقوقی وضع حق فسخ ناشی از شرط و خیار می باشد. زیرا مبنای حقوقی حق فسخ ناشی از شرط ضمن عقد توافق اراده طرفین می باشد (اصل حاکمیت اراده) ولیکن در مورد حق فسخ ناشی از خیار مبنای حقوقی آن، حکم قانون و تدارک ضرر و تعادل عوضین می باشد (اصل حاکمیت قانون). نتیجه عملی این تفاوت، آن است که برخلاف عقد خیاری مزبور، وضع شرط در عقد مشروط علت متفاوتی با جعل خیار در عقد خیاری دارد. زیرا اصولاً وضع شرط در عقد مشروط در واقع به منظور احراز اطمینان از برابری ارزش عوضین و تدارک ضرر و یا اطمینان یافتن از شرایط اساسی راجع به صحت معاملات و بی عیب و نقص بودن مورد معامله و کیفیت مناسب آن در عقد مزبور می باشد. در واقع، هدف از جعل شروط مزبور تداوم و بقای عقد می باشد. فلذا طرفین با توافق یکدیگر قرارداد

را مبتنی بر شرط مزبور منعقد می‌سازند تا مواردی که مشوق اصلی طرفین در انعقاد قرارداد بوده، ملحوظ گردیده و هیچ‌یک از طرفین نتواند از عدم آگاهی و غفلت طرف دیگر سوءاستفاده نموده و او را متضرر سازد. اما در خصوص خیار از آنجا که وضع و برقراری آن ناشی از حکم قانون مدنی می‌باشد، در صورتی که طرفین با علم و اطلاع کافی از تمام جهات و شرایط معامله و اوصاف مورد معامله و قصد مشترک یکدیگر حتی نابرابری عوضین و یا وجود عیب و ضرر بخواهند قراردادی را فی‌مابین منعقد سازند به طوری که عقد مزبور منجز بوده و هیچ‌گونه تزلزل و سستی در آن راه نداشته باشد، می‌توانند با اسقاط اختیارات قانونی عقد مزبور را منعقد سازند. بنابراین در عقد مشروط (برخلاف آنچه که از ظاهر آن استفاده می‌شود و تزلزل ظاهری قرارداد را در پی دارد) اشتراط شرط موجب جلب اطمینان مشروط‌له به صحت جریان عقد و تحکیم و تثبیت واقعی قرارداد می‌باشد ولیکن در عقد خیاری جعل خیار موجب تزلزل واقعی و قانونی قرارداد می‌شود و اسقاط اختیارات است که موجب تحکیم و تثبیت قطعی قرارداد می‌شود و هیچ‌گونه غفلت و ناآگاهی در آن متصور نمی‌باشد. نکته دیگر آن که اسقاط اختیارات از آن رو ممکن و میسر می‌باشد که قواعد مربوط به اختیارات جزو قواعد آمره مربوط به نظم عمومی نمی‌باشد و اختیارات مزبور جزو حقوق خصوصی اشخاص می‌باشد و در نتیجه تابع اصل حاکمیت اراده و توافق طرفین قرارداد می‌باشد.

۴۸ - انطباق عقد مشروط با عقد خیاری در خصوص اختیارات تدلیس و خیار عیب و خیار غبن و خیار رؤیت و تخلف وصف و خیار تأخیر ثمن نیز به شرح فوق قابل تصور می‌باشد. زیرا مبانی وضع اختیارات مزبور با آنچه در مورد اشتراط شروط در عقد مشروط بیان شد، مشابهت تام و تمامی دارد.

۴۹ - همانند شرط معلق علیه در عقد معلق برخی از اختیارات نیز در عقد خیاری ممکن است معلق باشند. به عبارت دیگر، ممکن است که پیدایش خیار برای ذی‌نفع معلق به تحقق شرایطی باشد که بعد از انعقاد عقد و در جریان اجرای مفاد آن محقق می‌شوند مانند

خيار تأخير ثمن كه پس از انعقاد عقد در نتيجه تخلف خريدار از پرداخت ثمن معامله سه روز پس از وقوع عقد بيع محقق مي‌شود و يا خيار تفليس كه در نتيجه ورشكستگي و ناتواني خريدار در پرداخت ثمن معامله ايجاد مي‌شود. (مواد ۴۰۲ و ۳۸۰ ق.م.)

۵۰ - در مورد عقد معلقى كه شرط مورد اشتراط در آن، شرط انعقاد عقد مي‌باشد و پيدايش آن موجب تحقق عقد و يا تحقق نيافتن شرط، انفساخ قهرى عقد را به دنبال دارد؛ مي‌شود در صورتى كه قرارداد به موجب سند رسمى منعقد شود و شرط مزبور به عنوان شرط ضمن عقد در سند رسمى، تصريح شده باشد، در اين صورت، به مجرد عدم تحقق شرط، قرارداد مزبور، قهراً منفسخ مي‌گردد و سند رسمى نيز به خودى خود، اعتبار خويش را از دست مي‌دهد و براى اثبات بي‌اعتبارى، نياز به حكم دادگاه نمى‌باشد و در مقابل، در صورت تحقق شرط، قرارداد مزبور به قطعيت رسيده و منجز مي‌شود و در اين خصوص نيز نياز به مراجعه به محكمه نمى‌باشد وليكن بايستي براى احراز تحقق يا عدم تحقق شرط سازوكار روشن و مناسبى در سند مزبور منظور شود تا هيچ گونه ابهامى در خصوص مورد، وجود نداشته باشد كه بالاچار مراجعه به دادگاه را در پي داشته باشد؛ در غير اين صورت، گريزي از مراجعه به محكمه نخواهد بود.

اين امر در صورتى رخ خواهد داد كه بين طرفين در خصوص موضوع اختلاف باشد. در غير اين صورت، از آنجا كه طرفين درباره نحوه و چگونگي احراز وقوع شرط توافق داشته و هيچ گونه اختلافى ندارند نياز به مراجعه به محكمه احساس نمى‌شود و به مجرد تحقق شرط مزبور، قرارداد، فى نفسه، منفسخ خواهد شد.

نكته مهمى كه در اين خصوص وجود دارد آن است كه در صورت منظور نمودن شيوه مناسب و سازوكار روشنى در سند رسمى براى احراز وقوع شرط مورد اشتراط، وظيفه سردفتر به موجب مفاد شرط ضمن عقد مزبور، درج مراتب انفساخ عقد در ستون ملاحظات دفتر ثبت قرارداد مزبور مي‌باشد و چنانچه طرف مقابل بر اين امر معترض بوده و در تحقق شرط مورد اشتراط و يا عدم آن ترديد داشته باشد مي‌تواند به محكمه مراجعه نمايد و در هر حال،

اعتراض او نمی‌تواند دلیل موجهی برای عدم انجام تکلیف قانونی برای سردفتر باشد و او مکلف است تا سند مزبور را ابطال کند.

این امر در خصوص خیار فسخ قرارداد و یا در خصوص عقد مشروط نیز در صورت تحقق شرط مورد اشتراط مصداق دارد. زیرا اعتبار مندرجات اسناد رسمی و لازم‌الاجرا بودن مفاد سند رسمی تنظیمی اقتضا می‌نماید در صورتی که حق فسخ برای یک طرف قرارداد در سند رسمی پیش‌بینی و مقرر شده باشد در صورت تحقق شرط موجب حق فسخ برای ذی‌نفع، او بتواند از حق خویش بدون مراجعه به محکمه استفاده نماید و از آنجا که در حقوق مدنی ایران اجرای حق فسخ با صاحب حق است فلذا او نیاز به مراجعه به محکمه جهت برخورداری از حق قانونی و مکتسبه خویش که به موجب قرارداد و سند رسمی برای او ایجاد گردیده، نخواهد داشت و درخواست او از دفترخانه جهت فسخ قرارداد در صورتی که سازوکار روشنی برای احراز حق فسخ در سند رسمی پیش‌بینی و منظور شده باشد، دلیل کافی برای فسخ معامله می‌باشد.

مضافاً به این که رسیدگی محکمه و صدور حکم در این خصوص نیز جنبه اعلامی و کاشفیت دارد و چیزی بر اعتبار فسخ انجام‌شده، نمی‌افزاید. چنان که هرگاه در بیع شرط طرفین توافق نمایند که فروشنده در ظرف مدت معینی با سپردن ثمن معامله به صندوق ثبت و اعلام مراتب به دفترخانه می‌تواند مبیع را که در تصرف خریدار است، پس بگیرد و معامله را فسخ کند. در این صورت، به مجرد استرداد ثمن معامله و درخواست فسخ و ابطال سند، دفترخانه مکلف است تا نسبت به ابطال سند تنظیمی و فسخ معامله اقدام نموده و در صورتی که تقاضای صدور اجرائیه برای تخلیه و تحویل مورد معامله از سوی فروشنده به عمل آید نسبت به صدور اجرائیه اقدام نماید. در این صورت، فروشنده مزبور نیاز به اقامه دعوی در محکمه صالحه نداشته و این خریدار است که می‌تواند در صورت اعتراض به محکمه مراجعه نموده و درخواست ابطال اجرائیه و درخواست ابطال فسخ معامله را بنماید. بنابراین در چنین مواردی، اجبار مشروطاً و صاحب‌خیار به مراجعه به محکمه و

درخواست صدور حکم مبنی بر فسخ معامله و ابطال سند رسمی، وجاهت قانونی ندارد مگر آن که در سند تنظیمی روش مناسب و شیوه روشنی برای احراز تحقق شرط موجب ایجاد حق فسخ برای مشروط‌اله یا صاحب‌خيار پيش‌بینی و مقرر نشده باشد که در این صورت، صاحب حق مزبور ناگزیر از مراجعه به دادگاه خواهد بود؛ به‌خصوص در مورد اسناد عادی که از وصف لازم‌الاجرا بودن و از امتیارات اسناد رسمی برخوردار نیستند.

به‌عنوان مثال، چنانچه در عقد بیع فروشنده بخواهد از خيار تأخیر ثمن استفاده نموده و به‌دلیل تأخیر در پرداخت ثمن معامله را فسخ نماید در صورتی که شیوه مطمئن و مناسبی جهت پرداخت اقساط ثمن معامله در سند پیش‌بینی نشده باشد و احراز آن به‌سادگی میسر نباشد، دفترخانه نمی‌تواند به درخواست او سند تنظیمی را ابطال نماید و مشروط‌اله یا صاحب‌خيار مکلف است تا به محکمه صالح مراجعه نموده و حکم مقتضی در احراز حق فسخ خویش اخذ و به دفترخانه ارائه نماید تا سردفتر براساس حکم مزبور نسبت به فسخ قرارداد و ابطال سند رسمی اقدام کند ولی همان‌طور که گفته شد، این امر در صورتی قابل تصور است که بین طرفین قرارداد درخصوص موضوع اختلافی مطرح باشد. در غیر این صورت، نیازی به مراجعه به محکمه جهت احراز موضوع نمی‌باشد و با درج رضایت طرفین و عدم مخالفت آن‌ها با فسخ قرارداد در ستون ملاحظات ثبت سند، اقاله معامله و ابطال سند رسمی در دفترخانه بدون حکم محکمه، فاقد هرگونه اشکال قانونی می‌باشد و در مورد اسناد عادی نیز قضیه به همین ترتیب می‌باشد. البته، چون سند مزبور فاقد اعتبار اسناد رسمی می‌باشد و مندرجات آن لازم‌الاجرا نمی‌باشد، طرف ذی‌نفع و صاحب حق فسخ می‌تواند نسبت به فسخ یکجانبه قرارداد مبادرت کند و طرف مقابل نیز حق دارد تا از اقدام او به محکمه شکایت برد و درخواست ابطال اقدامات او را بنماید و در این صورت، این محکمه است که نسبت به صحت و سقم اقدامات مشروط‌اله و صاحب‌خيار تصمیم قانونی اتخاذ خواهد نمود.