

رابطه طولی یا عرضی حق اجبار و حق فسخ در اثر تخلف از شرط

جعفر عسگری^۱

محسن اسماعیلی^۲

چکیده

مشهور فقهای امامیه بر این عقیده بوده‌اند که توافق‌های افراد فقط در قالب عقود معین الزام‌آور است. لذا برای الزام‌آور شناختن توافقات و عقود غیرمعین ناچار به اشتراط آنها ضمن عقود معین بودند. از سوی دیگر، حتی برخی از فقها که قائل به جواز عقود غیرمعین بودند، این توافقات را مشمول اصل لزوم وفای به عقد نمی‌دانستند و هدف از اشتراط آنها را در ضمن عقد، کسب لزوم عنوان می‌کردند. بنابراین در حقوق ایران به پیروی از فقه امامیه مبحث شروط اهمیت فراوانی دارد و ضمن یک فصل مستقل در قانون مدنی منعکس شده است.

اقتضای مواد ۲۳۷، ۲۳۸ و ۲۳۹ ق.م. این است که در صورت تخلف از شرط فعل، طرف ذی‌نفع از آن شرط نمی‌تواند در ابتدا عقد را فسخ کند بلکه فقط از حق اجبار طرف دیگر (مشروط علیه) برخوردار است و در وهله دوم و در صورت وجود شرایط لازم، می‌تواند نسبت به فسخ عقد اقدام کند؛ به این معنا که ضمانت‌اجرای حق اجبار و حق فسخ در عرض یکدیگر قرار ندارند. حال پرسش اساسی این است که آیا نمی‌توان بر اساس تحلیل آرا و اقوال فقیهان و نویسندگان حقوقی و دقت نظر در جایگاه شروط در حقوق قراردادها به عرضی بودن حق اجبار و حق فسخ در صورت تخلف از شرط حکم کرد؟ یعنی آیا در حقوق ایران، مشروطه می‌تواند به مجرد تخلف از شرط به ضمانت‌اجرای فسخ متوسل شود؟ به نظر می‌رسد فقهای امامیه، به استناد دلیل عقل، قاعده لاضرر، و نیز بر مبنای تحلیل شرط ضمنی در حقوق قراردادها، به پذیرش این دیدگاه در فقه و حقوق ایران قائل شده‌اند.

کلیدواژه‌ها: تخلف از شرط، حق اجبار، حق فسخ، شرط، شرط ضمن عقد

۱. دکترای حقوق خصوصی، مدرس دانشگاه امام صادق (ع)

۲. دکترای حقوق خصوصی، دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

مقدمه

در نظام حقوقی ایران به شروط ضمن عقد توجه خاصی می‌شود و به تبع آن، ضمانت‌اجرای ناشی از تخلف از شرط نیز اهمیت بسزایی دارد. مبحث شروط قانون مدنی همانند بسیاری از مباحث و مواد آن، عمیقاً تحت تأثیر فقه امامیه است که بر اساس آن، فقهای متقدم مبحث شروط را به صورت پراکنده و در ضمن بحث از عقود می‌آوردند. اما افرادی چون، ملا احمد نراقی و شیخ انصاری، در جای خود یک فصل مستقل به مباحث نظری شروط اختصاص داده‌اند؛ یعنی مباحث شروط را از حد یک قاعده فقهی فراتر برده و به یک نظریه عمومی تبدیل کرده‌اند. این مقاله برآن است تا از این زاویه به مبحث شروط بپردازد و براساس آن، ضمانت‌اجرای ناشی از تخلف از شرط و تعهد را تحلیل کند؛ یعنی در فرضی که یک قرارداد متضمن یک تعهد تبعی (شرط) یا اصلی باشد، ضمانت‌اجرای ناشی از انجام ندادن آن چیست؟ آیا در صورت انجام ندادن، فقط کسی که ذی‌نفع از آن شرط یا تعهد است، حق اجبار طرف قرارداد را به انجام شرط یا تعهد دارد یا می‌تواند به طور مستقیم به ضمانت‌اجرای فسخ هم تمسک جوید و قرارداد را به صورت یک‌جانبه فسخ کند؟ به عبارت دیگر، رابطه حق فسخ و حق اجبار در اثر تخلف از شرط چیست؟

قانون مدنی به پیروی از فقه اسلامی، شروطی را که در ضمن عقد آورده می‌شود، به شرط صفت، نتیجه و فعل تقسیم کرده، و ضمن تعریف هر یک به بیان ضمانت‌اجراهای آنها پرداخته است. اما آنچه در این مقاله مدنظر است، شرط فعل و تخلف از آن است که از ضمانت‌اجراهای خاص خود برخوردار است، زیرا می‌دانیم که مدلول شرط صفت و نتیجه از نظر ماهیت متفاوت از شرط فعل است و هیچ‌یک مستلزم تعهد به انجام امری در آینده نیست و فقط شرط فعل است که تخلف از آن حق اجبار و حق فسخ قرارداد را در پی خواهد داشت.

در بیان اهمیت این موضوع همین بس که در بیشتر نظام‌های حقوقی جهان، مسئله ضمانت‌اجراهای ناشی از تخلف انجام تعهد، شامل تعهد اصلی و فرعی (شرط)، همواره یکی از مباحث مهم حقوق تعهدات را تشکیل می‌دهد. در فقه و حقوق ایران نیز برخی از استادان حقوق معتقدند، نظریه شروط در فقه به مفاد نظریه تعهدات و التزامات در حقوق امروز بسیار نزدیک است تا آنجا که نظریه شروط در فقه، همان نظریه تعهدات در حقوق امروز است (محقق داماد، ۱۳۸۸، ص ۵۵-۵۱). بنابراین با تبیین مفهوم شرط و تعهد و نیز نگاه تحلیلی به ضمانت‌اجرای ناشی از تخلف از شرط، به این پرسش اساسی پاسخ می‌دهیم که آیا در

صورت انجام ندادن شرط و تعهد از سوی مشروط‌علیه (متعهد)، فقط طرف ذی‌نفع از آن شرط و تعهد می‌تواند الزام و اجبار وی را از حاکم (دادگاه) تقاضا کند یا اینکه مخیر بین اجبار و فسخ قرارداد مربوطه خواهد بود؟

براین اساس در این مقاله ابتدا با تبیین شرط و اقسام آن در فقه و حقوق ایران، مفهوم روشنی از آن ارائه شده است تا به درستی بتواند ضمانت‌اجرای تخلف از شرط را تحلیل کند، سپس به تحلیل آثار و احکام شرط در نظام حقوقی ایران پرداخته شده است، به نحوی که ضمانت‌اجراهای تخلف از شرط را با ضمانت‌اجراهای ناشی از تعهد، مقایسه کرده و در انتها ضمن تسری به آن نشان داده شود که در فقه و حقوق ایران، برخلاف نظر مشهور، می‌توان قائل به تخییر در اعمال ضمانت‌اجراهای ناشی از تخلف شرط (تعهد) شد.

تبیین مفهوم شرط و اقسام آن

بنابر نظر مشهور، شرط در اصطلاح لغوی به معنای الزام و التزامی است که در ضمن یک عقد مندرج است. در برخی کتاب‌ها در تعریف شرط آمده است: «شرط چیزی است که وجود چیزی بر آن بسته است و تحقق شرط علامت تحقق مشروط است.» (قرشی، ۱۴۱۲، ج ۴، ص ۱۴). اما مهم‌تر از مفهوم لغوی شرط، تبیین اصطلاح حقوقی و فقهی آن است.

در اصطلاح حقوقی، شرط توافقی است که برحسب طبیعت خاص موضوع آن یا تراضی طرفین، در شمار توابع عقد دیگری می‌آید (کاتوزیان، ۱۳۸۷، ج ۳، ص ۱۱۴-۱۱۲). یا در تعریفی دیگر، شرط امری است که وقوع یا تأثیر عمل یا واقعه حقوقی خاص به آن بستگی دارد. برای نمونه، در ماده ۱۹۰ قانون مدنی که شرایط اساسی صحت معامله را بیان می‌کند، شرط در همین معنا اراده شده است (شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۱۸).

در اصطلاح فقهی نیز شیخ انصاری برای شرط دو معنا بیان کرده است: یکی مطلق الزام و التزام در عقد بیع و دیگر عقود؛ دیگری آن چیزی که از عدمش، عدم چیز دیگر لازم می‌آید، بدون در نظر گرفتن اینکه وجود آن، وجود چیزی دیگری را به دنبال داشته باشد یا خیر (شیخ انصاری، ۱۴۲۸، ج ۶، ص ۱۱).

از میان فقهای معاصر نیز تعریفی که امام خمینی از شرط ارائه می‌کند، مانند تعریف شیخ انصاری است. اما با وجود مشابهت ظاهری تعریف امام با تعریف شیخ انصاری، میان آنها تفاوت وجود دارد، زیرا از ظاهر کلام مرحوم شیخ پیداست که واژه شرط را به معنای مطلق الزام و التزام دانسته است، اما

مگر اینکه قانون‌گذار آن را باطل شناخته باشد (صفایی، ۱۳۸۳، ص ۱۸۶). قانون مدنی مواد ۲۳۲ تا ۲۴۶ را به مبحث شروط اختصاص داده و به بیان اقسام و احکام شروط پرداخته است. این پیروی قانون مدنی از فقه و هماهنگی آن با کتاب مکاسب، نه فقط در عنوان، بلکه در اقسام و احکام شرط نیز دیده می‌شود، لذا نتیجه زحمات شیخ انصاری در کتاب مکاسب را در این مواد قانون مدنی می‌توان دید.

قانون ایران از میان مبانی گوناگونی که برای تقسیم‌بندی شرط می‌توان در نظر گرفت، تقسیم شرط براساس مشروط یا موضوع را برگزیده است (بهرامی احمدی، ۱۳۹۰، ص ۴۹۶). بنابراین، در ماده ۲۳۴ قانون مدنی تصریح شده که شرط بر سه قسم صفت، نتیجه و فعل است و از آنجا که مدلول شرط صفت و نتیجه در ماهیت متفاوت از شرط فعل است و مستلزم تعهد به انجام امری در آینده نیست، در این پژوهش از میان این شروط، شرط فعل و ضمانت‌اجرای تخلف از آن مورد بحث و مذاقه قرار گرفته است.

همچنین گفتنی است که شرط فعل و تعهد از جهاتی با یکدیگر دارای ارتباط هستند، زیرا در حقوق تعهدات، یک طرف قرارداد متعهد به اجرای تعهدات خویش در موعد مقرر است و در شرط فعل نیز یک طرف (مشروط‌علیه) ملتزم به اجرای شرط (تعهد اصلی یا تبعی) در موعد مقرر در عقد است و از این نظر وحدت موضوع میان تعهد و شرط فعل کاملاً روشن است. به بیان دیگر، تعریف شرط به تعهد، نسبت به شرط فعل آشکار می‌شود و در این گونه شرط، مشروط‌علیه متعهد می‌شود تا فعل مورد شرط را به‌جا آورد که این تعهد مانند هر تعهد دیگر، آثار حقوقی خود را خواهد داشت (شهیدی، ۱۳۸۶، ص ۲۱). این در حالی است که در شرط صفت و شرط نتیجه، به‌طور مستقیم تکلیف و تعهدی برعهده مشروط‌علیه انشا نمی‌شود و اصلاً تعهد به انجام عمل یا فعلی برعهده وی قرار نمی‌گیرد. به عبارت دیگر، مدلول این دو نوع شرط انجام عملی یا امری در آینده نیست و هیچ‌گونه التزامی هم برای طرفین وجود ندارد (محقق داماد، ۱۳۸۸، ص ۶۵). اما شرط فعل در ماده ۲۳۴ ق.م. مبنی بر این است که اقدام یا اقدام نکردن به فعلی، بر یکی از متعاملین یا شخص خارجی شرط شود و با توجه به این تعریف، این‌گونه برداشت می‌شود که موضوع شرط فعل امکان دارد به صورت مادی و مثبت یا منفی، و نیز ناظر به انجام عمل حقوقی یا ترک عمل حقوقی در عالم خارج باشد. همچنین ممکن است شرط فعل به نفع مشتری، فروشنده یا هر دو و یا حتی شخص ثالث باشد. شرط فعل مادی مثبت، مانند آنکه در ضمن عقد شرط

مرحوم امام شرط را به معنای الزام و التزام در ضمن عقد تعریف می‌کند و نتیجه بحث نیز در شروط ابتدایی ظاهر می‌شود، چون شرط از دیدگاه شیخ انصاری به صورت حقیقی، شرط ابتدایی را هم دربرمی‌گیرد و این در حالی است که بنا به نظر امام خمینی، مفهوم شرط شامل شرط ابتدایی نخواهد شد (صائمی، ۱۳۸۲، ص ۵۲).

شرط به معنای عام آن به عبارات مختلف، تقسیم‌بندی‌های متعددی دارد. برخی از فقهای معاصر (میرزای نائینی، منیه الطالب، ۱۴۲۷ ق، ج ۳، ص ۲۳۲؛ موسوی بجنوردی، ۱۴۲۸، ج ۳، ص ۲۸۵) در خصوص شروط، تقسیم‌بندی کاملی ارائه کرده‌اند که می‌تواند به ما در تبیین موضوع مقاله یاری کند. از نظر این فقها، به‌طور کلی شروط به دو دسته شروط مستقل و غیر مستقل «تبعی» تقسیم می‌شود. دسته اول شروطی که عقد مبتنی بر آنها نیست، بلکه مجرد تعهد و التزام یک طرف در مقابل طرف دیگر است که در فقه از آنها به‌عنوان شروط ابتدایی یا التزامات ابتدایی تعبیر می‌شود؛ دسته دوم یعنی شروط غیرمستقل، شروطی که تابع عقد و به‌نوعی مرتبط با آن هستند و خود به دو نوع تقسیم می‌شوند: ۱- شروط قبل از عقد که در زبان فقها از آن به شروط تبانی یا شروط بنایی نیز تعبیر شده است؛ ۲- شروط ضمن عقد که به دو نوع صریح و غیرصریح دسته‌بندی می‌شوند. همان‌گونه که بیان شد، شروط صریح شروطی هستند که به‌صراحت در متن عقد آمده است و هیچ‌یک از طرفین نمی‌توانند برخلاف آن ادعایی داشته باشند، و شروط غیرصریح شروطی هستند که به دلالت صریح و مطابقی از عقد درک نمی‌شوند بلکه بر دلالت تضمینی یا التزامی در ضمن عقد قرار می‌گیرند. این شروط در اصطلاح شروط ضمنی نامیده می‌شوند (شیخ انصاری، مکاسب، ۱۴۲۸ ق، ج ۱، ص ۲۴۸؛ میرزای نائینی، منیه الطالب، ۱۴۲۷ ق، ج ۳، ص ۱۹۸).

به بیان دیگر، شروط ضمنی نه پیش از عقد و نه در ضمن عقد به صراحت مورد مذاکره و توافق طرفین قرار نمی‌گیرند، اما عرف و عادت و بنای عقلا وجود آنها را مسلم فرض می‌کند (محقق داماد، ۱۳۸۸، صص ۱۶۵-۱۶۶). شایان ذکر است، شروط ضمنی نیز اقسامی دارد که عبارت‌اند از: ۱- شرط ضمنی بنایی؛ ۲- شرط ضمنی عرفی؛ ۳- شرط ضمنی ارتكازی؛ ۴- شرط ضمنی قانونی که هر یک احکام خاص خود را دارند (اسماعیلی، ۱۳۹۰، ص ۱۵۶).

در فقه امامیه و به تبع آن در حقوق ایران، شروط ضمن عقد را می‌توان به شروط باطل و صحیح تقسیم کرد. دراصل هر شرطی که ضمن عقد صحیحی آورده شود، صحیح است

می‌شود که فروشنده خانه را تعمیر کند؛ شرط فعل مادی منفی، مانند اینکه مشتری زمین، جلوی ساختمان فروشنده آپارتمان نسازد؛ شرط فعل حقوقی، مانند آنکه زوج همسر اول خود را طلاق دهد؛ شرط ترک فعل حقوقی، مانند اینکه مشتری تا یک سال مبیع را به کسی تملیک نکند.

مشهور فقهای امامیه در خصوص ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل معتقدند، در صورت تخلف و امتناع مشروط‌علیه از وفای به شرط، مشروط‌له حق دارد از حاکم (دادگاه) بخواهد که او را به انجام شرط اجبار کند و در صورت تعدر اجبار مشروط‌علیه، مشروط‌له حق دارد تا عقد اصلی را فسخ کند (شهید ثانی، ۱۳۱۶، ج ۱، ص ۱۹۱؛ ملا احمد نراقی، ۱۴۱۷، ص ۴۴؛ میرعبدالفتاح مراغی، ۱۴۲۹، ص ۲۵۱؛ نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۳، ص ۲۱۹؛ انصاری، ۱۴۲۸، ص ۸۳). در حقوق ایران نیز قانون مدنی به پیروی از نظر مشهور فقها، در مرحله اول اجبار متعهد (مشروط‌علیه) را به عنوان راه‌حل اساسی و در نهایت فسخ را به عنوان آخرین راه، جایز شمرده است (امامی، ۱۳۸۷، ج ۱، ص ۲۸۵؛ صفایی، ۱۳۸۲، ص ۱۹۶-۱۹۵). این امر از عبارات ماده ۲۳۸ ق.م. کاملاً مشخص است، جایی که این ماده مقرر می‌دارد، «هرگاه فعلی در ضمن عقد شرط شود و اجبار ملتزم به انجام آن غیر مقدور، ولی انجام آن به وسیله شخص دیگری مقدور باشد، حاکم می‌تواند به خرج ملتزم موجبات انجام آنها فعل را فراهم کند.» و ماده ۴ قانون اجرای احکام مدنی نیز ترتیب آن را معین کرده است. البته این ماده فقط درباره افعالی است که جنبه مالی دارند و لازم نیست توسط شخص متعهد انجام شود. در این موارد، اجرای احکام دادگاه به هزینه محکوم‌علیه و وسیله انجام شرط را فراهم می‌آورد.

تحلیل آثار و احکام شرط فعل

در خصوص آثار و احکام مترتب بر شرط فعل، مطالب زیادی در کتاب‌های فقهی وجود دارد، اما بررسی و تبیین همه آنها در این مقاله ضرورتی ندارد. بنابراین در اینجا فقط به بیان آثاری می‌پردازیم که به‌طور مستقیم با موضوع ما مرتبط است؛ یعنی جواز یا لزوم اجبار مشروط‌علیه و حق فسخ مشروط‌له، در صورتی که متعهد مرتکب تخلف از شرط شود. به عبارت دیگر، پرسش‌هایی از این قبیل که ضمانت‌اجراهای ناشی از تخلف از شرط فعل چیست؟ اگر متخلف به‌صراحت اعلام کند که شرط فعل ضمن عقد (تعهد) را انجام نخواهد داد، راهکار فقهی - حقوقی مسئله چیست؟ اجبار متخلف به انجام شرط فعل

(تعهد) یا فسخ قرارداد و رابطه حق اجبار و حق فسخ چیست؟ آیا در عرض یکدیگر قرار دارند یا در طول یکدیگر؟ باید اذعان داشت که آرا و دیدگاه‌های فقهای عظام در این خصوص متفاوت است. برخی از فقها (شهید ثانی، ۱۴۱۳، ج ۳، ص ۵۰۶) به پیروی از مشهور فقهای امامیه، به ترتب حق اجبار و حق فسخ در طول یکدیگر قائل بوده، معتقدند تا هنگامی که امکان اجبار متعهد وجود دارد، حق فسخ قرارداد وجود ندارد. اما تعدادی از فقیهان حتی بدون اجبار نیز قائل به جواز فسخ قرارداد هستند (نجفی، ۱۳۹۴، ج ۲۳، ص ۲۱۹؛ مامقانی، بی‌تا، ص ۲۳۴). قانون مدنی ایران از نظر اول که در فقه شهرت بیشتری دارد، پیروی کرده است. اما به نظر می‌رسد با توجه به مقتضیات زمانی و مکانی در حوزه قراردادهای و نیز شروط ضمن قراردادهای، تجدیدنظر و طرح دیدگاه‌های بدیع فرا رسیده است.

به بیان دیگر، آیا واقعاً می‌توان پذیرفت که اقتضای اقوال فقهای امامیه در همه زمینه‌ها، بدون استثنا و به‌طور مطلق، اجبار مشروط‌علیه به انجام شرطی است که به آن ملتزم شده است، هرچند که به نفع هیچ یک از طرفین قرارداد نباشد و موجب اختلال در نظام بازار و روند معاملات تجاری شود؟ آیا عقل حکم می‌کند، مشروط‌له با علم و اطمینان به اینکه مشروط‌علیه در موعد مقرر، شرط را اجرا نخواهد کرد، باز هم به تعهدات خود عمل کند و سپس به تعقیب متخلف بپردازد و پس از سپری کردن یک روند طولانی دادرسی، در نهایت آنها را مسترد کند؟ از کلمات و عبارات برخی از فقهای امامیه بر می‌آید که رابطه میان حق اجبار و حق فسخ، یک رابطه طولی نیست. از جمله مرحوم علامه (علامه حلی، ج ۱۰، ص ۲۵۲) و سید محمد کاظم طباطبایی یزدی (ره) معتقدند که مشروط‌له حق انتخاب فسخ یا اجبار را دارد و این دو حق در عرض یکدیگرند (محمدکاظم طباطبایی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص ۱۲۹). گفتنی است، برخی از علمای معاصر (خویی، ۱۴۰۹، ج ۵، ص ۳۵۸) به بعد؛ امام خمینی، ۱۳۸۴، ج ۵، ص ۳۳۲) نیز نظریه هم‌عرض بودن حق فسخ و حق اجبار در صورت تخلف از شرط را تأیید و از آن حمایت کرده‌اند که حسب مورد به دیدگاه‌های ایشان اشاره خواهد رفت. در اینجا به اثبات نظریه هم‌عرض بودن و پاسخی ایرادها و استدلال‌های مخالفین این نظریه که قائل به طولی بودن حق فسخ و اجبار هستند، می‌پردازیم تا از این منظر نشان دهیم که ضمانت‌اجرای تخلف از شرط در نظام حقوقی ایران، فقط اجبار و الزام مشروط‌له به انجام شرط نیست بلکه با یک نگاه تحلیلی می‌توان حق فسخ را نیز در کنار حق اجبار، به‌عنوان یک ضمانت‌اجرای اصلی و مستقل قلمداد کرد. هرچند در قوانین

است. بنابراین امکان وجود حق فسخ با تمکن از اجبار نیز وجود دارد، زیرا ممکن است سبب ایجاد آن موجود باشد.

استدلال دیگر قائلین به طولی بودن، این است که پس از تحقق عقد، التزام طرفین به مفاد عقد، لازم، و نقض عقد ممنوع است، مگر به دلیل خاصی که حق نقض به ایشان بدهد. لذا اگر مشروط‌علیه (متعهد) بی دلیل عقد و قرارداد را نقض کند و به مشروطه (متعهدله) حقی داده نشود، حق وی تضييع می‌گردد. از سوی دیگر، نقض قرارداد ممنوع، و التزام به آن واجب است. راه جمع بین این دو امر به این معنا که بتوان به هر دو وفادار بود و هیچ‌یک را فدای دیگری نکرد، این است که نخست اجبار به انجام صورت گیرد و در صورت تعدر از اجبار، حق فسخ وجود داشته باشد. چون از این طریق می‌شود جلوی تضييع حق مشروطه (متعهدله) را گرفت و به لزوم عقد وفادار ماند. بنابراین حق فسخ تاجایی که اجبار متعذر شود، وجود ندارد. برای رد این استدلال باید به مدرک خیار تخلف از شرط پرداخت و مفاد مدلول آن را بررسی کرد که آیا خیار با تمکن از اجبار ثابت است یا در صورت تعدر از اجبار؟ زیرا امکان نداشتن اجتماع آن دو، امری بدیهی نیست و محتاج به دلیل است. برخی از فقها مدرک خیار تخلف از شرط را اجماع دانسته و براین اساس حکم کرده‌اند، از آنجا که اجماع دلیل لَبّی است باید به قدر متیقن اکتفا کرد که آن نیز وجود خیار در صورت عدم تمکن از اجبار است. مرحوم شیخ انصاری مدرک خیار را قاعده لاضرر دانسته است که بر همین اساس، در صورت تمکن از اجبار، ضرری وجود نخواهد داشت. لذا شیخ انصاری قائل است که خیار فسخ در طول، اجبار به انجام تعهد است (شیخ انصاری، ۱۴۲۸، ج ۶، ص ۷۲-۶۶).

به نظر می‌رسد عقیده برخی از فقهای معاصر (امام خمینی، ۱۳۸۴ش، ج ۵، ص ۳۳۳-۳۲۸) براین است که مبنا و مدرک خیار فسخ در تخلف از شرط، نه اجماع است و نه قاعده لاضرر، بلکه مبنی بر وجود شرط ضمنی است که طرفین به آن اعتماد کرده‌اند. بنابراین با تمکن از اجبار نیز خیار ثابت است، زیرا مشروطه براساس التزام مشروط‌علیه به شرط، خود را ملزم می‌داند و البته که ارتباط بین شرط و عقد نیز لازم است و فقط التزام در ضمن التزام دیگر، به این معنا که عقد صرفاً ظرف شرط باشد، نیست. بنابراین نظریه، هم‌عرض بودن حق اجبار و حق فسخ، منطقی به نظر خواهد رسید، زیرا وقتی که منای حق فسخ را شرط ضمنی بدانیم، یعنی که مشروطه التزامش به عقد مشروط و منوط به

موضوعه ایران، نص عام و صریحی در این خصوص وجود ندارد، اما در مواد مربوط به تخلف از شروط ضمن عقد و در مواد پراکنده دیگر، قانون‌گذار ایران به طور کلی این مبنا را قبول کرده است که متعهدله می‌تواند در موارد مشخص، عقد را به صرف انجام ندادن تعهد، فسخ کند. حال پرسشی که در اینجا مطرح است، اینکه آیا می‌شود از مجموع این موارد خاص و مشخص، ملاکی کلی استخراج کرد که در صورت انجام ندادن تعهد از سوی متعهد، متعهدله بتواند براساس آن قرارداد را فسخ کند (شیروی، ۱۳۷۷، ص ۵۶).

بحث طولی و عرضی بودن حق فسخ و اجبار، متأخر از بحث جواز فسخ و اجبار در صورت تخلف از شرط است. در خصوص این مسئله هم بین فقهای امامیه اختلاف نظر وجود دارد، اما مفروض ما این است که در صورت تخلف، اجبار مشروط‌علیه بر انجام شرط جایز است و خیار تخلف از شرط هم دارد. پرسش این است که ارتباط بین این دو حق چگونه است؟ آیا مشروطه نخست باید مشروط‌علیه را الزام به انجام شرط و تعهد کند و در مرحله بعد و در صورت عدم امکان الزام، یعنی وقتی انجام شرط متعذر شد، حق فسخ قرارداد را می‌یابد؟ یا مشروطه (متعهدله) مختیر است بین اینکه فسخ قرارداد را اعلام کند و یا الزام مشروط‌علیه (متعهد) را به انجام عین شرط و تعهد از دادگاه بخواهد؟

برخی از فقها این پرسش را عجیب می‌دانند و اعتقاد دارند که اجتماع خیار با تمکن از اجبار محال، و این امر بدیهی و واضح است (محقق ایروانی، ۱۴۲۷، ج ۲، ص ۶۷؛ خویی، ۱۴۰۹، ج ۵، ص ۳۶۱) و دلیل این امر آن است که از دیدگاه این دسته از فقها، مقتضای عقد مشروط، فقط وفای اختیاری به شرط نیست، بلکه وفای اجباری به شرط را نیز دربرمی‌گیرد و ظاهراً دلایل وجود حق فسخ، در صورت تعدر از عمل به شرط است. بنابراین تازمانی که امکان عمل کردن به شرط، چه اختیاری و چه اجباراً، وجود داشته باشد، دیگر نوبت به حق فسخ نمی‌رسد. به عبارت ساده‌تر، امکان اجبار با حق فسخ اساساً قابل جمع نیست. این استدلال را می‌توان این‌گونه دفع کرد که اگر منظور از خیار در موضوع تخلف از شرط فعل، خیار تعدر شرط بود، دلیل یادشده قابل قبول بود، اما خیار تخلف از شرط اعم از خیار تعدر شرط است. به عبارت دیگر، در صورت تعدر انجام شرط، حق فسخ ایجاد می‌شود، منتها اختیار فسخ به دلیل وجود ویژگی خاصی در تعدر نیست، بلکه تعدر یکی از اسباب ایجاد حق فسخ

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 (جهانگیری، ۱۳۹۱، ص ۴۶).

بدیهی است که اشتراط سبب می‌شود تا اصل قرارداد بر تعهد مشروط‌علیه به شرط وابسته باشد؛ به نحوی که اگر قرار بود چنین التزامی اجرا نشود، قرارداد به هیچ وجه وجود خارجی پیدا نمی‌کرد؛ یعنی تعهد مشروط‌علیه به شرط، اگرچه به حسب حدوث ایجاد شده است، اما التزام او به بقا نیز شرط است و به همین دلیل مشروط‌له هم به نوبه خویش ملتزم به قرارداد می‌شود. پس هنگامی که مشروط‌علیه بر حسب بقا ملتزم به شرط نباشد، مشروط‌له نیز خواهد توانست به تعهداتش عمل نکند و قرارداد را فسخ نماید. بنابراین به مجرد پایبند نبودن به شرط از سوی مشروط‌علیه، حق فسخ برای مشروط‌له ایجاد می‌شود و دلیلی مبنی بر اینکه حق فسخ مقید به عدم تمکن از اجبار باشد، وجود ندارد (خویی، ۱۴۰۹، ج ۵، ص ۳۶۳-۳۵۹).

دلیل دیگری که برخی از فقهای عظام در این باره به آن استدلال کرده‌اند، این است که مقتضای عقد عمل بر طبق آن است، چه اختیراً و چه اجباراً. بنابراین اگر به قرارداد اختیراً عمل نشود، باید اجبار شود و تا انجام شرط و تعهد متعذر نشده باشد، مشروط‌له (متعهدله) حق فسخ ندارد. با قبول این مقدمه که التزام مشروط‌له به قرارداد، مقید به تحقق شرط است، پس باید تاجایی که امکان دارد کوشید تا شرط محقق شود، زیرا تازمانی که معلوم نشود تحقق شرط ممتنع است، این التزام مقید منتفی نمی‌شود. وقتی با اجبار امکان تحقق شرط باشد، فسخ قرارداد دلیل ندارد، زیرا در این صورت، حکم وجوب وفای به عقد باقی می‌ماند و این حکم اصل است و حق فسخ امری استثنایی و خلاف قاعده می‌باشد، لذا باید در این گونه موارد به قدر متیقن اکتفا کرد که همانا وجود خیار در صورت عدم امکان اجبار است. دادن این فرصت به مشروط‌له که بتواند مشروط‌علیه را به انجام شرط و تعهد اجبار کند و تازمانی که این اجبار ممکن است، وی حق فسخ نداشته باشد، عمل به اصل لزوم و مستفاد از آیه شریفه «او فوا بالعقود» است.

پاسخ این استدلال هم روشن است، زیرا هنگامی که مشروط‌علیه از اجرای شرط سر باز می‌زند و از آن تخلف می‌کند، بنای عرف بر عدم لزوم است و مشروط‌له مخیر است یا بر لزوم عقد پای‌بند باشد و در صورت امکان، مشروط‌علیه را بر انجام شرط اجبار کند و یا اینکه خود را ملتزم به عقد نداند و آن را فسخ نماید (محمد کاظم طباطبایی، ۱۳۷۸، ش، ج ۲، ص ۱۲۹).

بنابراین تردیدی نیست که در این شرایط اصل لزوم تخصیص خورده است.

همین مبنا در کلام فقهای معاصر نیز پذیرفته شده است (خویی، بی تا، ص ۳۷)؛ به نحوی که به روشنی دلالت بر این امر دارد که حتی با وجود امکان اجبار متعهد، حق فسخ قرارداد برای متعهدله پیش‌بینی شده است.

متن عبارت به این شرح می‌باشد:

«مقتضای اطلاق عقد، فعلیت تسلیم هریک از عوضین است؛ بدین ترتیب اگر یکی از طرفین از تسلیم امتناع کند، اجبار می‌شود؛ و اگر همچنان از تسلیم خودداری کرده، طرف مقابل حق فسخ عقد را دارد، بلکه بعید نیست که بتوان عقد را در صورت امتناع اولیه و قبل از اجبار نیز فسخ کرد و این خیار اختصاصی به بیع ندارد، بلکه در هر قرارداد معوضی جاری است.»

جمع‌بندی و نتیجه‌ای که از این مباحث به دست می‌آید، این است که در بحث از ضمانت‌اجراهای تخلف از شرط در فقه امامیه، حکم ترتیبی بودن حق اجبار و حق فسخ، حکمی اجماعی نیست، بلکه اطلاق حکم مشهور هم بر آن، در هاله‌ای از ابهام قرار دارد و بیشتر فقها از زمان شیخ انصاری (ره) به تأثیر از نظریات وی به آن متمایل شده‌اند و مقررات قانون مدنی مقرر در مواد ۲۳۷، ۲۳۸ و ۲۳۹ نیز بر این اساس تدوین شده است (محقق داماد، ۱۳۸۸، ص ۲۴۸). اما نباید از دیده دور انگاشت که قول به تخییر مشروط‌له (متعهدله) نسبت به حق فسخ و حق اجبار نیز به خودی خود، دارای مبانی و ادله محکم فقهی و عقلی است که به سادگی نمی‌توان از آنها گذشت و حتی گاهی ادله مقابل هم، توان مقابله با آنها را ندارد.

تعمیم ضمانت‌اجراهای تخلف از شرط به تعهد

به نظر می‌رسد در صورت پذیرفتن نظریه عرضی بودن حق فسخ و حق اجبار در ضمانت‌اجرای تخلف از شرط فعل، در استناد به این رابطه عرضی، برای پذیرش حق فسخ به عنوان ضمانت‌اجرای ناشی از انجام ندادن تعهد در فقه و حقوق ایران، مشکل زیادی وجود ندارد، زیرا در تمام مباحث پیشین بحث بر سر تخلف از شرط ضمن عقد است و هنگامی که نقض یک شرط و تعهد تبعی در ضمن عقد، موجب حق فسخ می‌شود، با استفاده از وحدت ملاک آن می‌توان گفت که این ضمانت‌اجرا در خصوص تخلف از تعهدات اصلی عقد نیز جاری است.

تعهدات ناشی از قرارداد، مانند شروط ضمن عقد، به دو

دسته تعهدات اصلی و فرعی (تبعی) تقسیم می‌شود. باینکه نظریه عرضی بودن حق فسخ و حق اجبار در باب شروط و تخلف از شرط فعل اثبات شد، چون شروط ضمن عقد، از تعهدات ضمن قرارداد به شمار می‌آید، بنابراین از لحاظ تعهد بودن و نقض آن، با تعهد اصلی قرارداد تفاوتی ندارند. در ضمن پیش‌تر گفته شد که مباحث تعهدات در حقوق اسلامی گسترده است و معمولاً در فقه، تعهدات ضمنی در مبحث شروط آمده و این هم مؤید دیگری بر این ادعاست که نظریه شروط، همان نظریه عمومی تعهداتی است که در حقوق امروز مطرح می‌باشد.

از مباحثی که فقها در معانی شرط مطرح کرده‌اند، می‌توان چنین نتیجه گرفت که تفاوتی بین نقض شرط به معنای نقض تعهد فرعی در ضمن عقد و نقض تعهد اصلی عقد وجود ندارد. دلیل آن نیز این است که در فقه، برای اثبات لزوم عقد فقها بارها به حدیث «المؤمنون عند شروطهم» تمسک کرده‌اند (محقق داماد، ۱۳۸۸، ص ۶۴) که این امر نشان می‌دهد، هر چند نزد فقها اطلاق واژه شرط بر عقد امری مرسوم و بدیهی نیست، برخی از فقها واژه شرط را در این معنا به کار گرفته‌اند. همچنین حتی اگر اطلاق واژه شرط بر عقد چندان مرسوم و مقبول هم نباشد، شاید بتوان از وحدت ملاک میان تعهد اصلی و تعهد فرعی (شروط) استفاده کرد و قائل شد که تعهد فرعی به لحاظ تعهد بودن و نقض آن، با تعهد اصلی از این حیث تفاوتی ندارد. از سوی دیگر، معنای شرط از نظر فقها یا مطلق الزام و التزام است و یا الزام و التزام در ضمن عقد. حتی برخی از آنها بر این عقیده‌اند که گاهی شرط به معنای مطلق عقد و قرارداد است (محقق بحرانی، بی تا، ج ۱۹ ص ۴؛ شیخ انصاری، ۱۴۲۸، ج ۳، ص ۵۶). معنای شرط از نظر حقوق‌دانان نیز از معانی فقهی آن فاصله نگرفته است (محقق داماد، ۱۳۸۸، ص ۶۵) و ایشان تأکید کرده‌اند که شرط همواره به معنای الزام و التزام نیست بلکه گاه به معنای مطلق قرارداد است.

یکی از معانی واژه قرارداد در فرهنگ‌های لغت فارسی، معنای قول، پیمان و شرط است (دهخدا، واژه شرط). واژه تعهد نیز که در برخی موارد به عنوان اثر مستقیم قرارداد است، به نحوی با واژه شرط در متون فقهی و حقوقی ارتباط دارد. باین حال، همین بحث در لابه‌لای کلمات فقها در خصوص تعذر تسلیم مبیع وجود دارد و گویای آن است که ایراد یادشده وارد نیست. به عنوان نمونه می‌توان به این عبارت شهید اول در لمعه استناد کرد که «خيار تعذر التسليم، فلو اشترى شيئاً ظناً امکان تسليمه ثم عجز بعد، تخير المشتري» (شهید اول، ۱۴۱۲، ص ۱۱۰). براساس این کلام شهید، هر گاه تسلیم مبیع به دلیلی متعذر

شود، مشتری حق فسخ دارد.

شایان ذکر است، در حقوق ایران نیز با توجه به تعریف قانون‌گذار در خصوص شرط فعل در ماده ۲۳۴ در مقایسه با مقررۀ ماده ۲۲۱، و همچنین بر اساس مفاد مواد ۲۳۷ و ۳۷۶ ق.م. فرقی بین نقض شرط و تعهد اصلی وجود ندارد. بنابر این توضیحات می‌توان گفت، حکم تخیر بین فسخ و اجبار در ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل، در خصوص نقض تعهد اصلی قرارداد هم می‌تواند جاری شود و خصوصیتی در تخلف از شرط نیست تا سبب شود در صورت نقض شرط، مشروطه مخیر بین فسخ و اجبار باشد و اگر در تعهدات اصلی قرارداد نقض صورت گیرد، نخست باید الزام و اجبار کرد و در صورت نبود امکان اجبار، استحقاق فسخ به وجود می‌آید. بنابراین می‌توان ادعا کرد که فرقی بین تعهد ناشی از شرط با تعهد اصلی در قرارداد وجود ندارد.

۵. نتیجه

قول مشهور فقهای امامیه، در خصوص ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل، گویای آن است که در صورت تخلف و امتناع مشروط‌علیه از وفای به شرط، مشروطه حق دارد، اجبار او را به انجام شرط بخواهد و در صورت تعذر اجبار، مشروطه حق فسخ عقد اصلی را می‌یابد. ماده ۲۳۸ و ۲۳۹ قانون مدنی هم به پیروی از نظر مشهور فقها، در مرحله اول، اجبار متعهد (مشروط‌علیه) را به عنوان راه حل اساسی و فسخ را به عنوان راه حل نهایی تجویز کرده است، اما با استقرا در دیدگاه‌های فقهای عظام درمی‌یابیم که حکم ترتیبی بودن حق اجبار و حق فسخ حکمی اجماعی نیست، بلکه اطلاق قول مشهور هم بر آن، محل تأمل است، چراکه بیشتر فقها از زمان شیخ انصاری (ره) به تأثیر از ایشان، به آن متمایل شده و مقررات قانون مدنی نیز بر این اساس تدوین شده است. از سوی دیگر، قول به تخیر مشروطه (متعهدله) نسبت به حق فسخ و حق اجبار نیز به خودی خود، دارای مبانی و ادله محکم فقهی و عقلی است که به سادگی نمی‌توان از آنها گذشت و حتی در برخی از موارد، ادله مقابل هم توان مقابله با آنها را ندارد. باین اوصاف و براساس مبانی موجود در فقه و حقوق ایران که از پشتوانه لازم فقهی و عقلی نیز برخوردار می‌باشند، می‌توان ادعا کرد نظریه عرضی بودن حق اجبار و حق فسخ، نه فقط با اصول حاکم بر شروط در حقوق اسلام و ایران تعارضی ندارد، بلکه با توجه به مقتضیات زمانی و مکانی و سیر تحول نظریه شروط به عنوان تئوری تعهدات در حقوق امروز،

می‌تواند به‌عنوان یک دیدگاه جدید در مبحث ضمانت اجرای تخلف از شرط مورد پذیرش و استناد قرار گیرد. البته شایسته است قانون‌گذار برای رفع هرگونه ابهام، به این دیدگاه در قوانین مدون تصریح کند.

منابع

اسماعیلی، محسن، توکلی نیا، امید، (۱۳۹۰) «شرط ارتكازی در فقه امامیه و حقوق ایران»، «نشریه پژوهشنامه حقوق اسلامی»، شماره ۳۴.

امامی، سیدحسین، (۱۳۸۷)، «حقوق مدنی»، جلد ۱، چاپ بیست و هشتم، تهران، کتابفروشی اسلامی.

بهرامی احمدی، حمید، (۱۳۹۰)، «حقوق تعهدات و قراردادها»، چاپ اول، تهران، انتشارات دانشگاه امام صادق (ع).

جهانگیری، محسن، یزدانی، غلامرضا، (۱۳۹۱)، «بررسی اقسام شرط و آثار آن»، «نشریه آموزهای فقه مدنی»، شماره ۵.

شیروی، عبدالحسین، (۱۳۷۷)، «فسخ قرارداد در صورت امتناع متعهد از انجام تعهد در حقوق ایران»، «مجله مجتمع آموزش عالی قم»، شماره ۱.

شهیدی، مهدی، (۱۳۸۶)، «شروط ضمن عقد»، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد.

شهیدی، مهدی، (۱۳۸۲)، «حقوق مدنی، آثار قراردادها و تعهدات»، چاپ اول، تهران، انتشارات مجد.

صائمی، علی اصغر، (۱۳۸۲)، «شروط ابتدایی در فقه و بررسی ماده ۱۰ قانون مدنی»، «مجله تخصصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی- هیات و حقوق»، شماره‌های ۹ و ۱۰.

صفایی، سید حسین، (۱۳۸۳)، «دوره مقدماتی حقوق مدنی»، جلد ۲ چاپ دوم، تهران، نشر میزان.

قرشی، سیدعلی اکبر، (۱۴۱۲)، «قاموس قرآن»، جلد ۴، تهران، دارالکتب الاسلامیه.

کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۱) «قانون مدنی در نظم حقوق کنونی»، چاپ ششم، تهران، نشر میزان.

کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۷)، «قواعد عمومی قراردادها»، جلد ۳، چاپ پنجم، تهران، شرکت سهامی انتشار.

محقق داماد، سیدمصطفی، (۱۳۸۸)، «نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی»، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.

انصاری، مرتضی، (۱۴۲۸ق)، «المکاسب»، قم، مجمع فکر الاسلامی.

بجنوردی، سیدحسن، (۱۴۲۸ق)، «القواعد الفقیه»، تحقیق، مهدی المهریزی-محمد حسین الدرایتی، اولی، قم، نشر الهادی.

خمینی، سیدروح‌الله، (۱۳۸۴ش)، «کتاب البیع»، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی.

خوبی، سیدابوالقاسم، (۱۴۰۹)، «مصباح الفقاهه»، جلد ۵، قم، مجمع فکر الاسلامی.

خوبی، سیدابوالقاسم، (بی تا)، «منهاج الصالحین»، جلد ۲، قم، مجمع فکر الاسلامی.

شهید ثانی (زین العابدین بن علی)، (۱۴۱۳)، «الروضه البهیة فی شرح اللعنه الدمشقیه»، جلد ۴، اولی، قم، مؤسسه النشر الإسلامی.

شهید ثانی (زین العابدین بن علی)، (۱۳۱۶)، «مسالك الافهام فی شرح شرایع الاسلام»، چاپ رحلی، جلد ۲، قم، نشر کتابفروش.

طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم، (۱۳۷۸ ش)، «حاشیه مکاسب»، قم، مؤسسه اسماعیلیان.

علامه حلی، (حسن بن یوسف)، (۱۴۱۶)، «تذکره الفقهاء»، اولی، قم، مؤسسه النشر الإسلامی.

مامقانی، عبدالله، (بی تا)، «منهاج المتقین»، چاپ اول، قم، مؤسسه آل بیت.

مراغی، میرعبدالفتاح بن علی، (۱۴۲۹)، «عناوین الاصول»، جلد ۲، قم، مؤسسه النشر الإسلامی.

محقق بحرانی، یوسف، (بی تا)، «الحداثق الناضره»، جلد ۱۹، قم، مؤسسه النشر الإسلامی التابعه لجماعه المدرسین.

محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن الحسن، (۱۴۰۳)، «شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام»، تعلیق، السید صادق شیرازی، الطبعة الثانیه، تهران، انتشارات استقلال.

نائینی، محمد حسین، (۱۴۲۷ق)، «منیه الطالب فی شرح مکاسب»، قم، مؤسسه النشر الإسلامی.

نراقی، ملااحمد، (۱۴۱۷ق)، «عوائد الایام»، قم، مکتب الاعلام الاسلامی.

نجفی، محمد حسن، (۱۳۹۴ق)، «جواهر الکلام»، تحقیق و تعلیق، شیخ علی الآخوندی، تهران، دارالکتب السلامیه.