

## **Investigation and Analysis of the Possibility of Initial Termination in Imami Jurisprudence**

**Mohsen Esmacili\***  
**Mohammad Mahdi Heydari\*\***

Received: 04/04/2020  
Accepted: 09/07/2020

### **Abstract**

In contractual obligations, if the obligor refuses to fulfill his obligations, the jurists have provided performance guarantees to him in order to protect the obligee's rights, so that by relying on them, he can achieve the desired of his contract. Compulsory execution of the same obligation and the right of termination are the two guarantees of non-fulfillment of obligations in the words of the jurists. When the obligor does not fulfill his contractual obligations, the obligor can oblige the obligor to fulfill his contractual obligations as an executive guarantee, which is almost accepted by most jurists. In this case, there is also a guarantee of termination of the contract, which can be exercised by the obligor in this situation, with conditions. In the following article, we will address the issue of whether the obligee can still use the guarantee of the right of termination, assuming that it is possible to force the obligor to perform the same obligation, or whether the exercise of the right of termination is not possible. If it is possible to apply either of these two performance guarantees, is the obligee free to choose its preferred performance guarantee or not? In other words, is the relationship between the obligation to execute the same contract and the right of termination a longitudinal one, or is the relationship between the two a cross-sectional relationship and therefore a commitment to choose what is best for them?

To answer this question, we will first examine the sayings of the jurists and then, by stating the documents and evidence, we will conclude that if the contractor does not fulfill the contractual obligations, the contractor in choosing one of the two guarantees of performance The former is a benefactor.

### **Keywords**

Main Obligations, Sub-Obligations, Breach, Termination, Performance Guarantee, Terms of the Contract.

---

\* Associate Professor of the Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran, esmaeili1344@ut.ac.ir

\*\* Masters in Islamic Education and Private Law, Imam Sadiq(A.S) University, Tehran, Iran (Corresponding Author), mmahdi.heidari@gmail.com

## بررسی و تحلیل امکان فسخ ابتدایی در فقه امامیه

محسن اسماعیلی\*

محمد مهدی حیدری\*\*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۱/۱۶

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۴/۱۹

### چکیده

در تعهدات قراردادی، چنانچه متعهد از انجام تعهداتش خودداری کند، فقها به جهت حمایت از حقوق متعهدله ضمانت اجراهایی را در دسترس او قرار داده‌اند تا با تمسک به آنها، بتواند به مطلوب قراردادی‌اش برسد. اجرای اجباری عین تعهد و حق فسخ، دو ضمانت اجرای عدم انجام تعهدات در کلام فقها است. زمانی که متعهد، تعهدات قراردادی‌اش را ایفا نکند، متعهدله می‌تواند به‌عنوان ضمانت اجرایی که تقریباً مورد پذیرش اکثر فقها است، متعهد را ملزم به انجام تعهدات قراردادی خویش کند. همچنین در این فرض ضمانت اجرای فسخ قرارداد نیز وجود دارد که اعمال آن از سوی متعهدله در این وضعیت، با شرایطی امکان‌پذیر است. در مقاله پیش‌رو، به این موضوع می‌پردازیم، آیا در فرضی که امکان اجبار متعهد به انجام عین تعهد وجود دارد، متعهدله کماکان می‌تواند از ضمانت اجرای حق فسخ استفاده کند یا آنکه اعمال حق فسخ در جایی است که الزام متعهد به انجام تعهد امکان‌پذیر نباشد؟ در صورت امکان اعمال هر یک از این دو ضمانت اجرا، متعهدله در انتخاب ضمانت اجرای مطلوب خود، مخیر است یا نه؟ به عبارت دیگر آیا رابطه میان الزام به اجرای عین قرارداد با حق فسخ، یک رابطه طولی است، یا آنکه رابطه میان این دو یک رابطه عرضی است و در نتیجه متعهدله است که باید آنچه که مطلوب خویش است را از میان این دو برگزیند؟ برای پاسخ به این سؤال، در ادامه ابتدا به بررسی اقوال فقها خواهیم پرداخت و در ادامه، با بیان مستندات و ادله، به این نتیجه خواهیم رسید که در صورت عدم انجام تعهدات قراردادی از سوی متعهد، متعهدله در انتخاب هر یک از دو ضمانت اجرای سابق‌الذکر مخیر است.

### واژگان کلیدی

تعهدات اصلی، تعهدات فرعی، نقض، فسخ، ضمانت اجرا، شروط ضمن عقد.

\* دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران

\*\* کارشناسی ارشد معارف اسلامی و حقوق خصوصی، دانشگاه امام صادق(ع)، تهران، ایران (نویسنده مسئول)

mmahdi.heidari@gmail.com

esmaeili1344@ut.ac.ir

#### مقدمه

بررسی و بحث پیرامون ضمانت اجراهای نقض تعهدات در کتب فقهی گذشته، آن‌چنان مورد توجه نبوده است. مرحوم شیخ انصاری و ملا احمد نراقی از نخستین فقهایی بوده‌اند که در کتب خود فصلی مستقل را به مباحث نظری شروط اختصاص داده‌اند و در مورد تخلف مشروط علیه از انجام شرط و ضمانت‌های اجرایی که برای مشروط له وجود دارد، تفصیلاً بحث کرده‌اند.

بحث در خصوص نظریه اجبار به انجام تعهد و حق فسخ و رابطه طولی و یا عرض میان این دو، در کتب فقهی، در احکام مربوط به شرط فعل بیان گردیده است. پر واضح است که شرط فعل بودن، ملاک اعمال این احکام نیست. چه، تعهدات قراردادی به دو دسته تعهدات اصلی و فرعی تقسیم می‌شوند. تعهدات فرعی همان شروط ضمن عقد است که نسبت به تعهدات اصلی، در درجه پایین‌تری از اهمیت قرار دارند. در نتیجه احکامی که در فرض تخلف از تعهدات فرعی (شروط) بیان گردیده به دلالت اولویت در فرض تخلف از تعهدات اصلی که اهمیت به مراتب بیشتری دارند، نیز جاری می‌شود.

به عبارت دیگر، اگرچه نظریه عرضی و یا طولی بودن رابطه حق فسخ و اجبار به انجام عین تعهد، در باب شروط و تخلف از شرط فعل در کتب فقهی مورد اشاره قرار گرفته است، اما به دلیل آنکه شروط ضمن عقد، خود نیز از تعهدات ضمن قرارداد به شمار می‌آید، لذا از لحاظ تعهد بودن و نقض آن، با تعهد اصلی قرارداد تفاوتی ندارند. در نتیجه احکام مذکور در باب تخلف از شروط ضمن عقد، در تخلف از تعهدات اصلی نیز مجری خواهد بود (اسماعیلی و عسگری، ۱۳۹۴، ص. ۴۱). از طرفی برخی از اساتید حقوق معتقدند که در فقه اسلامی، نظریه شروط به مفاد نظریه تعهدات و التزامات در حقوق امروز، بسیار نزدیک است تا آنجا که نظریه شروط در فقه را همان نظریه تعهدات در حقوق امروز دانسته‌اند (محقق داماد، ۱۳۸۸، ص. ۵۲). گفتنی است

شرط فعل و تعهد اصلی از این جهت که در حقوق تعهدات، یک طرف قرارداد متعهد به اجرای تعهدات خویش در موعد مقرر است و در شرط فعل نیز یک طرف (مشروط علیه) ملتزم به اجرای شرط (تعهد) در موعد مقرر است، دارای وحدت موضوع هستند (شهیدی، ۱۳۸۶، ص. ۲۱).

بحث در خصوص رابطه طولی و یا عرض اجبار به انجام عین تعهد و حق فسخ متأخر از بحث در خصوص جواز اجبار و فسخ در صورت تخلف مشروط علیه از انجام شرط است (اسماعیلی و عسگری، ۱۳۹۴، ص. ۴۰) بنابراین در بند نخست به جواز اجبار مشروط علیه بر انجام شرط و اعمال خیار تخلف از شرط می‌پردازیم و در بند بعدی، رابطه میان این دو ضمانت اجرا را در اقوال فقها مورد بررسی قرار می‌دهیم اینکه آیا مشروط له ابتدا باید مشروط علیه را الزام به انجام شرط و تعهد کند و در مرحله بعدی و در صورت عدم امکان الزام، یعنی زمانی که انجام شرط متعذر است، حق فسخ قرارداد را می‌یابد؟ یا آنکه مشروط له (متعهد له) مخیر میان فسخ قرارداد و یا الزام مشروط علیه (متعهد) به انجام عین شرط (تعهد) است؟

#### ۱. جواز اجبار به انجام تعهد و فسخ در صورت تخلف متعهد

در صورت تخلف مشروط علیه (متعهد) از انجام شرط (تعهد)، اینکه آیا می‌توان او را به انجام شرط (تعهد) اجبار کرد یا نه، محل اختلاف میان فقهای عظام است. عده‌ای از فقها قائل به جواز اجبار هستند و معتقدند در صورت عدم امکان اجبار، فسخ نیز جایز است اما دسته‌ی دیگر از فقها، حکم به عدم جواز اجبار داده‌اند. در ادامه به بررسی اقوال برخی از فقها و نظر مختار در ما نحن فیه می‌پردازیم.

شهید ثانی در کتاب مسالک در این خصوص بیان داشته است: «و القول الآخر وجوب الوفاء بالشرط، و عدم تسلط المشروط له إلا مع تعذر تحصيله، لعموم الأمر بالوفاء بالعقد، و «المؤمنون عند شروطهم إلا من عصی الله» و هذا هو الأجود. فعلى هذا لو امتنع من الوفاء و لم يمكن إجباره رفع أمره إلى الحاكم ليجبره» (شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص.

۲۷۴). مرحوم محقق کرکی نیز در جامع المقاصد قائل به جواز اجبار شده است. وی این چنین آورده است: «و اعلم أن فی إجبار المشتري علی العتق وجهین: أحدهما: العدم، لأن للبائع طریقا آخر و هو الفسخ. و الثانی: له ذلك، لظاهر قوله تعالی «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و قوله (ع): «إلا من عصی الله» و هو الأوجه» (محقق کرکی، ۱۴۰۸ق، ج ۴، صص. ۴۲۲-۴۲۳). صاحب جواهر نیز همانند دو فقیه پیشین، قائل به جواز اجبار است: «إذا اشترط العتق فی بیع المملوک، فإن أعتقه، فقد لزم البیع بلا خلاف و لا إشکال، و إن امتنع، کان للبائع إجباره کما فی کل شرط علی الأقوی، إن کان مما یجبر علیه» (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۲۳، ص. ۲۱۸). اما علامه در تذکره و تحریر، نظری خلاف نظرات فقهای سابق الذکر است. ایشان این چنین بیان می‌دارند: «در صورتی که مصلحت متعاقدین به شرط تعلق گرفته باشد، مانند شرط اجل، اجبار جایز است. در غیر این صورت اجبار مشروط علیه جایز نیست هر چند وفا به شرط امری واجب باشد» (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۰، ص. ۱۰۹). البته مرحوم علامه، در مورد شرط کفیل یا ضامن دادن در بیع، مانند آنکه مشتری شرط کند که اگر مبیع مستحق للغیر در بیاید، بایع ضامن بدهد، قائل به اجبار شده است<sup>۱</sup> (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۰، صص. ۲۶۷-۲۶۸). شهید اول نیز در کتاب دروس نسبت به اجبار مشروط علیه، اظهار تردید کرده است<sup>۲</sup> (شهید اول، ۱۴۱۲، ج ۳، ص. ۲۱۴).

مرحوم شیخ (ره) نیز در مبسوط قول عدم جواز اجبار را قوی تر دانسته‌اند. ایشان این چنین بیان داشته‌اند: «إذا اشتری عبدا بشرط أن یعتقه کان البیع و الشرط صحیحین لقوله علیه السلام: المؤمنون عند شروطهم. فإذا ثبت ذلك فالمشتری إن أعتق العبد فقد وفى بالشرط و إن لم یعتقه قیل فیہ شیطان: أحدهما: یجبر علیه لأن عتقه قد استحق بالشرط. و الثانی: لا یجبر علیه لکن یجعل البائع بالخیار، و الثانی أقوى» (طوسی، ۱۳۸۷ق، ج ۲، ص. ۱۵۱).

فقهایی که قائل به لزوم اجبار شده‌اند، غالباً این چنین استدلال کرده‌اند که لازمه وجوب وفا به شرط، اجبار است. آنان بیان داشته‌اند که اختلاف میان فقها در مورد لزوم وفای به شرط و اجبار مشروط‌علیه، یک اختلاف بیشتر نیست و هر کس قائل به لزوم وفا است، باید قائل به اجبار نیز باشد. البته کلام فقها در این خصوص بسیار مشتت بوده و حتی در مورد برخی از فقها رسیدن به یک نظر مسلم فقهی، بسیار دشوار و چه بسا غیرممکن است.

شیخ انصاری، پس از بیان اقوال فقها و جرح و تعدیل آن، در نهایت قول شهید ثانی و صاحب جواهر را می‌پذیرد و بیان می‌دارد که عمل به شرط، مثل تسلیم عوضین در عقد بیع است و مشروط‌له بر اساس قرارداد مالک شرط نسبت به مشروط‌علیه می‌شود، لذا مشروط‌علیه مجبور به تسلیم شرط (عمل به شرط) است؛ همانند اینکه بایع اجبار به تسلیم مبیع می‌گردد. مرحوم شیخ انصاری نیز دلیل جواز اجبار را ادله لزوم وفای به شرط می‌دانند. اگر ایراد گرفته شود که در صورت الزام، رضایتی که لازمه انعقاد عقد است، وجود ندارد، چراکه مشروط‌علیه شرط کرده که خود با رضایت کامل مفاد شرط را انجام دهد، شیخ انصاری این ایراد را رد کرده و بیان می‌دارد که انجام خود عمل در عالم خارج ملاک است و رضایت نقشی در آن ندارد. به هر حال شیخ انصاری وفا به شرط را واجب دانسته و بیان داشته است که مشروط‌علیه باید به شرط عمل کند و اجبار در این خصوص نیز جایز است. چه، مشروط‌له مالک شرط است و می‌تواند مشروط‌علیه را به انجام مفاد شرط الزام کند. همچنین وی، مستفاد از آیه شریفه «او فوا بالعقود» و حدیث «المومنون عند شروطهم» را این می‌داند که مشروط‌علیه باید به انجام شرط الزام شود و حق امتناع ندارد (انصاری، ۱۴۲۰ق، ج ۶، صص. ۶۲-۷۰).

با توجه به استدلالات و ادله قوی قائلین به جواز اجبار که ما حاصل آن در نظرات مرحوم شیخ انصاری آمده است، در ما نحن فیه نیز این قول مفروض گرفته می‌شود. در نتیجه در فرض تخلف مشروط‌علیه (متعهد) از انجام شرط (تعهد) مشروط‌له (متعهدله)

می‌تواند او را الزام به انجام تعهد کند و همچنین حق فسخ نیز برای او وجود دارد که در ادامه به بررسی رابطه این دو ضمانت اجرا خواهیم پرداخت.

## ۲. رابطه اجبار به انجام تعهد و فسخ

مشهور فقهای امامیه در مورد ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل، بر این نظر بوده‌اند که در صورت تخلف و امتناع مشروط‌علیه از انجام شرط، مشروط‌له باید از حاکم بخواهد که وی را به انجام شرط اجبار کند و در صورت تعذر اجبار مشروط‌علیه، مشروط‌له حق دارد تا عقد اصلی را فسخ کند. پس این دسته از فقها به ترتب حق اجبار و حق فسخ در طول یکدیگر قائل بوده‌اند و معتقدند تا زمانی که امکان اجبار متعهد وجود دارد، حق فسخ قرارداد برای متعهدله وجود ندارد.

متأثر از دیدگاه‌های شیخ انصاری، اکثریت فقهای امامیه بر این عقیده بوده‌اند که در صورت امتناع متعهد از انجام تعهد، به‌طور مطلق حق فسخ برای متعهد له وجود ندارد. این دسته از فقها، حق فسخ را برای جبران ضرر ناشی از قرارداد به متضرر داده‌اند، لذا در صورتی که طریق دیگری برای جبران ضرر نباشد، می‌توان حق فسخ را اعمال کرد. بنابراین، در فرضی که قدرت به اجرای قرارداد به‌وسیله اجبار ممتنع از ناحیه مقامات صالحه، وجود داشته باشد، موردی برای حق فسخ وجود ندارد. تنها در صورتی که نتوان ممتنع را اجبار به انجام تعهد نمود و دیگری هم نتواند آن را از جانب متعهد واقع سازد (و آن در موردی است که تعهد شخصی باشد) منتفع می‌تواند برای جبران ضرر خود معامله را فسخ نماید (امامی، ۱۳۶۳، صص. ۲۲۵-۲۲۶).

ظاهر عبارات شهید ثانی در شرح لمعه، آن است که در صورت تعذر اجبار، فسخ امکان‌پذیر است. ایشان این‌چنین بیان می‌دارند: «يجب الوفاء بالشرط و لا يتسلط المشروط له على الفسخ إلا مع تعذر وصوله إلى شرطه، لعموم الأمر بالوفاء بالعقد الدال على الوجوب، و قوله صلى الله عليه و آله، المؤمنون عند شروطهم إلا من عصى الله، فعلى هذا لو امتنع المشروط عليه من الوفاء بالشرط و لم يمكن إجباره رفع أمره إلى الحاكم ليجبره

علیه إن كان مذهبه ذلك، فإن تعذر فسخ حينئذ إن شاء» (شهید ثانی، ۱۴۱۰ق، ج ۳، ص. ۵۰۶-۵۰۷). مرحوم محقق سبزواری نیز در کفایه همین نظر را داشته است (سبزواری، ۱۴۲۳ق، ج ۱، ص. ۴۵۴). محقق نراقی نیز در عواید الایام بیان داشته است که در این خصوص میان فقها اختلاف نظر است. وی پنج قول در این خصوص بیان داشته است و از این میان، قول اول که بیان داشته است عمل به شرط واجب است و اگر مشروط‌علیه، شرط را انجام ندهد باید او را الزام کرد و در صورت تعذر اجبار، حق فسخ وجود دارد را قول درست دانسته است<sup>۳</sup> (نراقی، ۱۴۱۷ق، صص. ۱۳۶-۱۳۷). صاحب جواهر نیز همین قول را اختیار کرده است و بیان داشته است: «و علی کل حال فله ای البائع إذا تعذر إجبار المشتري... خيار فی الفسخ» (نجفی، ۱۳۶۷، ج ۲۳، ص. ۲۱۹). میر عبدالفتاح مراغی نیز همین نظر را در کتاب خود برگزیده است (مراغی، ۱۴۲۹ق، ج ۲، ص. ۲۵۱). شیخ انصاری نیز دیگر فقیهی است که بیان داشته است با تعذر اجبار، حق فسخ داده می‌شود. ایشان استدلال می‌نمایند که با تمکن از الزام، وجهی برای اعطای اختیار فسخ به مشروط‌له وجود ندارد؛ بنابراین در مواردی که اجبار ممکن است، حاکم می‌تواند از باب ولایتی که بر ممتنع دارد، اگر فعل قابل نیابت باشد، انجام آن را به دیگری بدهد و هزینه اجرای آن را از مشروط‌علیه، اخذ نماید (انصاری، ۱۴۲۰ق، ج ۶، صص. ۷۱-۷۳).

اما عده‌ای دیگر از فقهای عظام، قائل به امکان فسخ در صورت تعذر اجبار نیستند، بلکه این قول را اختیار کرده‌اند، در فرضی که متعهد به تعهداتش عمل نکند، الزام و فسخ دو ضمانت اجرایی است که انتخاب هر یک از آن‌ها به اختیار متعهدله واگذار شده است. در ادامه اقوال این دسته از فقها را بیان می‌داریم.

مرحوم علامه در تذکره، اختیار میان اجبار و فسخ را برگزیده است. ایشان بیان داشته‌اند: «لو باعه شیئا بشرط أن یبیعه آخر أو یقرضه بعد شهر أو فی الحال، لزمه الوفاء بالشرط، فإن أخلّ به، لم یبطل البیع، لكن یتخیر [البائع] بین فسخه للبیع و بین إلزامه بما



شرطه، فإن فسخ البيع، فالنماء المتجدد بين العقد و الفسخ للمشتري، أما المتصل فللبائع، لأنه تابع للعین» (علامه حلی، ۱۴۱۴ق، ج ۱۰، ص. ۲۵۲). امام خمینی نیز تخییر مشروطه بین فسخ عقد و اجبار مشروط علیه را دارای اشکال نمی‌دانند و اجماعی بودن مسئله را به دلیل اینکه امری عقلایی است، به عنوان تعبد، قابل قبول نمی‌دانند (خمینی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، صص. ۳۲۸-۳۳۳).

مرحوم آیت‌الله خویی نیز حق فسخ متعهده را بر تعذر از اجبار متعهد بر انجام تعهد، متوقف نمی‌دانند. ایشان در کتاب منهاج الصالحین، بیان داشته‌اند که مقتضای اطلاق عقد فعلیت تسلیم هر یک عوضین است، بدین ترتیب که اگر یکی از طرفین از تسلیم امتناع کند، اجبار می‌شود و اگر همچنان از تسلیم خودداری کند، طرف مقابل حق فسخ عقد را دارد، بلکه بعید نیست که بتوان عقد را در صورت امتناع و قبل از اجبار نیز فسخ کرد و این خیار اختصاصی به بیع ندارد، بلکه در هر قرارداد معوضی جاری است، البته ایشان بیان داشته‌اند که عقد بیع خیار مخصوص به خود دارد که به آن «خیار تأخیر» گفته می‌شود<sup>۱</sup> (خویی، ۱۴۱۰ق، ج ۲، ص. ۳۶). ایشان همچنین در کتاب مصباح الفقاهه بیان می‌دارند که در صورت نقض تعهد، متعهده حق فسخ قرارداد را دارد؛ زیرا برای وی خیار تخلف از شرط ثابت شده که چنین شرطی حسب بنای عقلا در هر عقد معوضی مفروض است<sup>۲</sup> (خویی، ۱۳۶۸، ج ۷، ص. ۶۰۴). برخی از فقهای بزرگ عصر حاضر نیز قائل به تخییر بوده و اعمال حق فسخ، قبل از اجبار را جایز دانسته‌اند (سیستانی، ۱۴۱۵ق، ج ۲، صص. ۵۸-۵۹؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱ق، ج ۲، ص. ۱۲۹).

### ۳. نقد ادله هر یک از اقوال و نظر مختار

همان‌طور که بیان شد یکی از ادله‌ای که فقهای که قائل به امکان فسخ فقط در صورت تعذر اجبار هستند، بیان می‌دارند آن است که مقتضای عقد مشروط، صرفاً اجرای اختیاری شرط نیست، بلکه اجبار به انجام شرط را نیز شامل می‌شود. بنابراین دلیل

فسخ، در صورت تعذر اجبار و انجام شرط است. تا زمانی که امکان عمل کردن به شرط، خواه به صورت اجباری خواه به صورت اختیاری، وجود داشته باشد، دیگر نوبت به اعمال حق فسخ نمی‌رسد. اما این استدلال از این جهت مورد خدشه قرار می‌گیرد که اگر منظور از خیار در صورت تخلف از شرط فعل، خیار تخلف از شرط است که اعم از خیار تعذر شرط است. در فرضی که خیار در موضوع تخلف از شرط فعل، خیار تعذر شرط بود، استدلال این دسته از فقها مورد پذیرش است که این چنین نیست. به بیان دیگر، در صورت تعذر شرط، حق فسخ ایجاد می‌شود اما اختیار فسخ به دلیل ویژگی خاصی در تعذر نیست، بلکه تعذر یکی از اسباب ایجاد حق فسخ است، بنابراین در فرض تمکن از اجبار نیز امکان فسخ وجود دارد، چه امکان دارد سبب فسخ در این فرض نیز موجود باشد (اسماعیلی و عسگری، ۱۳۹۴، ص. ۴۴).

دلیل دیگر که این دسته از فقها آن است که پس از تحقق عقد، اصل لزوم امکان فسخ را نمی‌دهد مگر در صورت وجود علتی خاص مانند ضرر متعهدله. حال اگر نقض صورت گیرد برای جلوگیری از تضییع حق و ضرر متعهدله و همچنین برای رعایت این اصل تا جای ممکن ابتدا باید متعهدله، متعهد را الزام کند و در صورت تعذر، حق فسخ دارد زیرا از این طریق می‌توان جلوی ضرر وی را گرفت و به لزوم عقد نیز پایبند بود. اما این استدلال نیز خدشه‌دار است. برای رد آن باید به مدرک خیار تخلف از شرط پرداخت. شیخ انصاری مدرک این خیار را قاعده لا ضرر می‌داند لذا بیان می‌دارد در فرضی که تمکن از اجبار وجود دارد، ضرری متوجه متعهدله نمی‌شود (انصاری، ۱۴۲۰ق، ج ۶، صص. ۷۰-۷۲). برخی دیگر از فقها مدرک این خیار را اجماع می‌دانند و با توجه به آنکه اجماع دلیل لبی است بیان داشته‌اند که باید به قدر متیقن اکتفا نمود و آن وجود خیار در صورت تعذر اجبار است. اما به نظر می‌رسد مدرک این خیار نه اجماع و نه قاعده لا ضرر است بلکه خیاری است که عقلا آن را پذیرفته‌اند. به بیان دیگر مبنای این خیار، تلقی عرفی در نزد عقلا است که انتظار دارند، چنانچه یکی از

طرفین، تعهدات اصلی قراردادی خویش را انجام ندهد، طرف دیگر بتواند اقدام به فسخ قرارداد کند چراکه متعهدله التزامش به عقد مشروط به پایبندی متعهد به انجام تعهد است، لذا اگر متعهد، از انجام تعهد خودداری کند، دیگر التزامی برای مشروطله وجود ندارد (خمينی، ۱۴۲۱ق، ج ۵، صص. ۳۲۸-۳۳۳). با توجه به این مبنا برای اعمال حق فسخ، در صورت تخلف مشروطعلیه از انجام شرط، بنای عرف بر عدم لزوم است و مشروطله میان لزوم عقد و اجبار مشروطعلیه به انجام شرط و عدم التزام به عقد و اعمال حق فسخ، مخیر است (طباطبایی یزدی، ۱۳۷۸، ج ۲، ص. ۱۲۹) بنابراین در چنین فرضی باید بیان داشت که اعمال حق فسخ، تخصیصی بر اصل لزوم است. مرحوم آیت الله خوئی نیز بیان داشته‌اند که اشتراط در عقد موجب می‌شود اصل قرارداد به تعهد مشروطعلیه وابسته باشد. به‌گونه‌ای که اگر بنا بر این بود که این تعهد اجرا نشود، اساساً عقد وجود خارجی پیدا نمی‌کرد. اگرچه تعهد مشروطعلیه به شرط، به‌حسب حدوث ایجاد شده است، اما التزام او به بقا نیز شرط بوده و به همین دلیل مشروطله نیز ملتزم به قرارداد است. لذا اگر مشروطعلیه، بر حسب بقا ملتزم به شرط نباشد، مشروطله نیز پایبند به تعهداتش نبوده و حق فسخ قرارداد را دارد (خوئی، ۱۴۰۹ق، ج ۵، صص. ۳۶۰-۳۶۳).

### جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

با توجه به آنچه گذشت باید بیان داشت که حکم ترتیبی بودن اجبار و حق فسخ در فقه امامیه، حکمی اجماعی نیست و با توجه به نظرات مخالف این حکم، اطلاق حکم مشهور بر آن نیز محل تردید است. همچنین با توجه به ادله قائلین به تخییر و استدلال‌هایی که سابقاً در رد ادله نظریه امکان فسخ در صورت تعذر تسلیم، آورده شد باید بیان داشت که قول به تخییر، دارای ادله محکم فقهی و همچنین استدلال‌های عقلی مستحکم است که حتی ادله طرف مقابل نیز نمی‌تواند به استحکام آن‌ها، لطمه‌ای وارد کند. بنابراین طبق ادله فقهی و عقلی سابق‌الذکر، باید پذیرفت که در صورت تخلف

متعهد از انجام تعهدات قراردادی‌اش، این متعهدله است که اختیار دارد به قرارداد ملتزم بوده و متعهد را اجبار به انجام تعهدات قراردادی خویش کند یا آنکه خود را ملتزم به قرارداد ندانسته و حق فسخ خود را اعمال کند و به هستی حقوقی آن قرارداد خاتمه دهد و این نظریه مخالفی با فقه امامیه نخواهد داشت و در تأیید این گزاره باید اشاره داشت که بسیاری از فقهای عصر حاضر نیز این نظریه را با توجه به تفصیل بحث‌های مربوط به نظریه تعهدات در حقوق امروز و نیازمندی‌های امروزه حقوق تعهدات، مورد پذیرش قرار داده‌اند.

#### یادداشت‌ها

۱. «إذا أعتقه المشتري، فقد وفى بما وجب عليه و التزم به و الولاء له إن أثبتناه و إن قلنا: إن العتق حقّ البائع، لأنّه صدر عن ملك المشتري. و إن امتنع، اجبر عليه إن قلنا: إنّه حقّ لله تعالى؛ و إن قلنا: إنّه حقّ للبائع، لم يجبر، كما فى شرط الرهن و الكفيل، لكن يتخبرّ البائع فى الفسخ، لعدم سلامة ما شرطه له. و للشافعى قولان: الإيجاب و عدمه. فإن قلنا بالإيجاب، حبس عليه حتى يعتق، و هو أحد قولى الشافعية. و الثانى: أن القاضى يعتق عليه و الأولى عندى الإيجاب فى شرط الرهن و الكفيل لو امتنع، كما لو شرط تسليم الثمن معجلاً فأهمل».
۲. «يجوز اشتراط سائغ فى عقد البيع، فيلزم الشرط فى طرف المشترط عليه، فإن أخلّ به فللمشترط الفسخ. و هل يملك إجباره عليه؟ فيه نظر».
۳. «و إذ قد عرفت ذلك، فاعلم: أن الأصحاب اختلفوا فى الشرط فى ضمن العقد اللازم على أقوال خمسة: الأول: وجوب الوفاء به على المشروط عليه، فإن امتنع المشروط عليه من الشرط، اجبر عليه. و إن لم يمكن إجباره عليه، رفع أمره إلى الحاكم ليجبره عليه، إن كان مذهبه ذلك، و ليس لأحدهما بدون تعذر الشرط، الفسخ، إلّا مع رضى الآخر، فإن تعذر ذلك، فحكمه حكم تعذر تحصيل الشرط، و هو ثبوت خيار الفسخ للمشروط له. و ذهب إليه جماعة، منهم شيخنا الشهيد الثانى فى المسالك، و صاحب الكفاية، بل فى السرائر و الغنية: الإجماع عليه «۲». الثانى: وجوب الوفاء به

على المشروط عليه، و للمشروط له إزمه و إجباره أيضا إذا امتنع و لو بالترافع، و له الفسخ أيضا، و أما تعين الإجبار عليه، و عدم جواز الفسخ بدون رضی المشروط عليه فلا الثالث: و جوب الوفاء به على المشروط عليه، فإن امتنع، فللمشروط له الفسخ دون الإجبار. و هو الظاهر من الدروس، قال: يجوز اشتراط سائغ فى عقد البيع، فيلزم الشرط من طرف المشروط عليه، فإن أخلّ به، فللمشروط له الفسخ. و هل يملك إجباره عليه؟ فيه نظر. انتهى. الرابع: عدم جوب الوفاء به على واحد منهما، و إنما فائدة الشرط: جعل العقد عرضة للزوال عند فقد الشرط، و لزومه عند الإتيان به «٢». الخامس: التفصيل المنسوب إلى الشهيد- رحمه الله- و هو أن الشرط الواقع فى العقد اللازم، إن كان العقد كافيا فى تحققه، و لا يحتاج بعده إلى صيغة، فهو لازم لا يجوز الإخلال به، كشرط الوكالة فى عقد الرهن و نحوه. و إن احتاج بعده إلى أمر آخر وراء ذكره فى العقد- كشرط العتق- فليس بلازم، بل يقلب العقد اللازم جائزا. [المختار من الأقوال الخمسة و رد أدلة سائر الأقوال] و الحق هو الأول، أما و جوب وفاء المشروط عليه بالشرط، فلما مرّ من أدلة و جوب الوفاء بالشرط.

٤. «إطلاق العقد يقتضى أن يكون تسليم كل من العوضين فعليا فلو امتنع أحد الطرفين عنه أجبر عليه فإن لم يسلم كان للطرف الآخر فسخ العقد بل لا يبعد جواز الفسخ عند الامتناع قبل الإجبار أيضا، و لا يختص هذا الخيار بالبيع بل يجرى فى كل معاوضة و يختص البيع بخيار و هو المسمى بخيار التأخير».

٥. «و له أن يفسخ العقد لأنه ثبت له خيار تخلف الشرط الثابت بحسب بناء العقلاء ضمنا و هو تحقق التسليم و التسلم و من الواضح أنه لو يتحقق التسليم من البائع بتعذر فيكون للمشتري خيار تعذر التسليم».

#### کتابنامه

قرآن کریم

ابن منظور، ابوالفضل (١٤١٤ق). *لسان العرب*. بيروت: دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع- دار صادر.

انصارى، مرتضى (١٤١١ق). *كتاب المكاسب*. قم: منشورات دار الذخائر.

جوهری، اسماعیل بن حماد (۱۴۱۰ق). الصحاح تاج اللغة و صحاح العربیة. بیروت: دار العلم للملایین.

خمینی، سید روح الله (۱۴۲۱ق). کتاب البیع. تهران: موسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).

خویی، سید ابوالقاسم (۱۳۷۷). مصباح الفقاهة. قم: مکتبه الداوری.

خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۰ق). منهاج الصالحین. قم: مدینه العلم.

رشتی، میرزا حبیب الله (۱۴۱۰ق). کتاب الإجاره. قم: مؤلف.

سبزواری محمدباقر بن محمد مؤمن (۱۴۲۳ق). کفایة الأحکام. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

سیستانی، سید علی (۱۴۱۵ق). منهاج الصالحین. قم: مکتب آیه الله العظمی السید السیستانی.

شهید اول، محمد بن مکی (۱۴۱۲ق). الدرر السعیدة فی فقه الإمامیة. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۰ق). الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة. قم: کتابفروشی داوری.

شهید ثانی، زین الدین بن علی (۱۴۱۳ق). مسالک الأفهام الی تنقیح شرائع الإسلام. قم: مؤسسه المعارف الإسلامیة.

طباطبایی یزدی، سید محمد کاظم (۱۴۲۱ق). حاشیة المکاسب. قم: مؤسسه اسماعیلیان.

طریحی، فخر الدین (۱۳۷۵). مجمع البحرین. تهران: مکتبه المرتضویة.

طوسی، محمد بن حسن (۱۳۷۸ق). المبسوط فی فقه الامامیه. نهران: المطبعة الحیدریة.

علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۴ق). تذکره الفقهاء. قم: مؤسسه آل البيت علیهم السلام.

علامه حلی، حسن بن یوسف (۱۴۲۰ق). تحریر الأحکام الشرعیة علی مذهب الإمامیة. قم: مؤسسه امام صادق علیه السلام.

فیروز آبادی، مجد الدین (۱۴۲۶ق). قاموس المحيط. بیروت: مؤسسه الرسالة للطباعة والنشر والتوزیع.

مامقانی، ملا عبدالله بن محمد حسن (۱۳۵۰ق). نهائیه المقال فی تکملة غایة الآمال. بیروت: مجمع الذخائر الإسلامیة.

محقق کرکی، علی بن حسین (۱۴۱۴ق). جامع المقاصد فی شرح القواعد. قم: مؤسسه آل البيت عليهم السلام.

مراغی، میرعبدالفتاح (۱۴۱۷ق). العناوین الفقهیة. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

نائینی، محمدحسین (۱۳۷۳ق). منیة الطالب فی حاشیة المكاسب. تهران: المكتبة المحمدیة. نجفی، محمدحسن (۱۴۰۴ق). جواهر الكلام فی شرح شرائع الإسلام. بیروت: دار إحياء التراث العربی.

نراقی، احمد بن محمد مهدی (۱۴۱۷ق). عوائد الأيام فی بیان قواعد الأحكام و مهمات مسائل الحلال و الحرام. قم: انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.

