

## ضمانت اجرای تخلف از شرط فعل در فقه امامیه (با رویکرد نقد ماده ۲۳۹ قانون مدنی)

رضا مقصودی<sup>۱</sup>، سید مصطفی محقق داماد<sup>۲</sup>، سید مهدی علامه<sup>۳</sup>،

علیرضا مظلوم رهنی<sup>۴</sup>، هرمز اسدی کوهباد<sup>۵</sup>

(تاریخ دریافت مقاله: ۹۹/۶/۲۵ - تاریخ پذیرش مقاله: ۹۹/۱۲/۲۵)

### چکیده

قانون مدنی ایران در ماده ۲۳۹ اثر تخلف از شرط فعل را حق فسخ و الزام به روش ترتیب رتبی الزام بر حق فسخ دانسته است. اگر شرط را موجد حق و اثر وجودی آن را حمایت از منافع مشروطه بدانیم، احکام و مقررات شرط باید به نوعی تنظیم و تفسیر شود که در مقام عمل به فریاد مشروطه برسد. ترتیب مقرر در ماده ۲۳۹ نه تنها این توقع را برآورده نمی‌سازد، بلکه گاهی خود، موجب عسرت و تحمیل ضرر ناروا بر مشروطه و نقض قاعده لزوم جبران کامل خسارت قراردادی و تزلزل اصل موازنه می‌شود. از طرفی حق فسخ نیز ترجیحی بر الزام ندارد تا موجب تقدیم باشد. پس تمهید هر دو حق، یعنی خیار فسخ و امکان الزام به نحو تخییر در صورت امضاء معامله، مطالبه عوض شرط به عنوان خسارت بنا بر مصلحت و غبطه مشروطه در هر مورد، نظر برگزیده است که به شیوه توصیفی تحلیلی موضوع پژوهش حاضر قرار دارد.

**واژگان کلیدی:** الزام، حق فسخ، شرط فعل، ضمانت اجراء.

۱. دکتری حقوق خصوصی، واحد اصفهان (خوراسگان)، دانشگاه آزاد اسلامی، اصفهان، ایران.  
Email: maghsoudi99@gmail.com
۲. استاد گروه حقوق، دانشگاه شهیدبهبشتی، تهران، ایران، (نویسنده مسئول)،  
Email: mostafa.ahmadabadi@gmail.com
۳. استادیار گروه حقوق، واحد اصفهان (خوراسگان)، دانشگاه آزاد اسلامی، اصفهان، ایران،  
Email: sm\_allameh@khuisf.ac.ir
۴. استادیار گروه حقوق، واحد شهر قدس، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران،  
Email: dr.mazloom14@yahoo.com
۵. استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد رامهرمز، دانشگاه آزاد اسلامی، رامهرمز، ایران،  
Email: asadi.koohbad@gmail.com

## ۱. مقدمه

اهمیت پرداختن به موضوع شرط و فائده و اثر یافته‌های پژوهش حاضر به واسطه آن است که دواعی و مقاصد عاقدین اعم از سلبها و منعها، تحمیلها و تحصیلها، الزامات و التزامات، تحدیدها و اضافات و نیز کاستن یا افزودن آثار و نتایج عقد، جملگی محصول عاملی به نام «شرط» است. تحولات نوین در قراردادها اهمیت و ضرورت پرداختن به این موضوع را مضاعف کرده است. امروزه با پیشرفت و پیچیدگی روابط اجتماعی، دامنه تعهدات و التزامات وسعت و عمق چشمگیری یافته است. پیدایش عناوین و پدیده‌های نوظهور بر اهمیت شروط ضمن عقد افزوده است. در این رهگذر کمتر قراردادی را می‌توان یافت که مصون از درج شرط در ضمن آن بماند و این، حکایت از یک نیاز اجتماعی دارد که با توسعه روابط اجتماعی و قراردادی، تشدید شده است. اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها نیز این امکان را برای متعاقدین تسهیل و در درج شروط مطلوب از حمایت قانونی بهره‌مند ساخته است.

یکی از حوزه‌هایی که در آن نیاز به بازنگری و انطباق با شرایط و تحولات نوین احساس می‌شود، موضوع اثر تخلف از شرط فعل است. قانون مدنی در مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ این ضمانت اجراء را به تأسی از مشهور فقیهان حق الزام و خیار فسخ به نحو ترتیبی و تقدّم اجبار بر فسخ شمرده است. ترتیب مقرر با واقعیات امروز و توقعات عرف از شرط که آن را یک تأسیس در جهت حمایت از منافع مشروطه می‌شناسد، سازگار نبوده و خود موجب تحمیل حرج و ضرر دیگری بر مشروطه در رویه قضایی شده است. مقاله حاضر در نظر دارد با بررسی انظار و اقوال فقهاء امامیه و ابداع احتمالات، بسته حمایتی جامعی برای حفظ منافع مشروطه طرح کرده که در عین قوت مبنا و تطبیق بر قواعد، در عمل نیز راهگشا جلوه کند.

## ۲. پیشینه تحقیق

با تحول زمان، تغییر شرایط و پیچیدگی روابط قراردادی، اندیشه عبور از ضمانت اجرای سنتی شرط فعل در فقه و حقوق که ابتداء الزام مشروطعلیه و سپس در فرض عجز یا تعذر حق فسخ عقد مشروط را تجویز می‌کند و ارائه راه حل میانه که ضمن استقرار رابطه قراردادی با اقتضای عدالت و بعد حمایتی از مشروطه نیز موافق باشد، مورد دغدغه پژوهشگران و نظریه‌پردازان شرط قرار گرفته است. در این زمینه آثار و تألیفات

یا به پیروی از مبنای شهید اول تنها ضمانت اجرای حق فسخ را مورد شناسایی قرار داده و یا با پذیرش حق الزام، نسبت حکم تکلیفی (الزام) با حکم وضعی (حق فسخ) را طولی و بر خلاف نظر مشهور، به نحو تقدّم فسخ بر الزام شناخته است. برخی دیگر پرداخت قیمت شرط را ضمانت اجرای عادلانه برای تأمین هدف مورد نظر دانسته که بر اساس آن مشروطه می‌تواند پس از تخلف مشروط‌علیه و ممکن نبودن اجبار، بهای شرط را مطالبه نماید.

در طرح حاضر، بسته حمایتی از مشروطه در عین قوت و استحکام مبانی، چندوجهی و انعطاف‌پذیر بوده و بدون تحمیل یک گزینه به مشروطه، بسته به کیفیت مورد شرط و احوال و منافع او تنظیم و پیشنهاد شده است. جامعیت این نظریه تا آنجا که وسعت دید و تحقیق اقتضاء می‌کند، امری نوین و بدیع بوده که برای اولین بار به رشته تحریر درآمده است.

### ۳. اثر تخلف از شرط فعل

در احکام شرط فعل بحث در این است که از ادله شروط، چه استفاده‌ای می‌شود؟ آیا تنها وجوب تکلیفی و لزوم و عدم جواز به دست می‌آید یا اثر شرط در ضمن عقد، تعلق یک حکم تکلیفی عهده مشروط‌علیه است که در صورت تخلف، جواز الزام را به دنبال خواهد داشت و حق فسخ در طول الزام و فرع بر عدم امکان اجبار است؟ یا برعکس، اثر شرط، حکم وضعی است، به این معنا که در صورت تخلف از آن، عقد در معرض زوال قرار می‌گیرد و به عبارت دیگر، مشروطه حق فسخ دارد و امکان الزام، فرع بر عدم استفاده از حق فسخ است؟ از طرفی، آیا تعهد به انجام فعل به‌ویژه آنجا که مفاد شرط فعل، امری مادی است، ایجاد دین می‌کند؟ به عبارتی آیا شرط فعل در امور مالی از اسباب دین است و مفید تملیک عمل مشروط و ملکیت مشروطه بر ذمه مشروط‌علیه و ضمان ملک می‌شود یا تنها ضمان عهده پدید می‌آورد؟ در صورت ضمان ملک، آیا مشروطه می‌تواند علاوه بر الزام و فسخ، حق مطالبه بهای شرط (عوض شرط) را داشته باشد و یا اینکه اساساً بیش از خیار فسخ، چیز دیگری از شرط استفاده نمی‌شود؟

#### ۳-۱. حکم وضعی محض (حق فسخ)

شهید اول مفاد شرط را چیزی بیش از تزلزل در مشروط نمی‌داند [۱۷، ج ۵، ص ۳۲] و

چون الزام مورد بحث در شرط، غیری و مقدّمی است نه نفسی، یعنی حکم تکلیفی در شرط تابع و مقدّمه‌ای برای تأمین حقّ مشروطه است و چنانچه شرط حقّ خود را در چهره فسخ قرارداد استیفاء نمود، نوبت به حکم تکلیفی وجوب نمی‌رسد. پس چون وجوب نفسی نیست، لزوم وفاء از مدلول شرط استفاده نمی‌شود و فایده شرط تنها تزلزل در عقد و جعل خیار است. بنابراین در اندیشه شهید اول، تنها فایده «المؤمنون عند شروطهم» این است که در صورت تخلف مشروط‌علیه از عمل به شرط، مشروطه حقّ فسخ دارد. پس ظاهراً از مفاد «المؤمنون عند شروطهم» بیش از حکم وضعی یعنی خیار تخلف فهمیده نمی‌شود و جواز اجبار نیاز به دلیل دیگری دارد.

### ۳-۲. اجتماع حکم وضعی و تکلیفی (حقّ فسخ و الزام)

مبانی، مختلف است. در نظر عده‌ای، مدلول التزامی حدیث نبوی «المؤمنون عند شروطهم» عبارت از «وجوب وفاء به شروط و تعهداتی است که شخص بدان ملتزم شده» است و بر استفاده حکم تکلیفی از حدیث مذکور و اثبات نظریه جواز اجبار مشروط‌علیه ادله متقن ارائه شده است [۱۸، ص ۲۴۱]. شیخ انصاری نیز چهار دلیل بر وجوب تکلیفی وفای به شرط برشمرده است [۳، ج ۶، ص ۶۲]. ایشان در مکاسب، در صدد اثبات حکم وضعی شرط یعنی صحت و بطلان نیست؛ اما در رسائل آورده است که احکام وضعی مستقلاً توسط شارع قابل جعل نیستند؛ بلکه انتزاع شده از احکام تکلیفی اند [۲، ج ۳، ص ۱۴]. شیخ بر این نظر است که حکم وضعی، حکمی است تبعی که لازمه حکم تکلیفی است [۳، ج ۶، ص ۳۳۸]. محقق خراسانی در مبحث تنبیهات استصحاب کفایه فرموده همان‌طوری که حکم تکلیفی قابل جعل است، حکم وضعی هم قابل جعل است؛ یعنی شارع مستقلاً می‌تواند به لزوم معامله در صورت تحقق شرط و خیار بودن آن در فرض تخلف یا تعذر شرط حکم کند [۱، ج ۳، ص ۱۴].

هرچند مدلول مطابقی عبارت: «المؤمنون عند شروطهم» حکم وضعی را بیان نمی‌کند، اما از روایاتی که فرضاً در باب نکاح وارد شده، تأسیس حکم وضعی توسط شارع استفاده می‌شود. در روایات آمده است که اگر کسی با همسرش شرط کرد که اختیار طلاق به دست زن باشد، چگونه است؟ روایت می‌گوید اگر زن را وکیل نکرده و اختیار کامل در طلاق داده، باطل است؛ ولی اگر به نحو وکالت، شرط طلاق درج نموده، این شرط صحیح است. روایت در مقام وضع ضمانت اجرا برای چنین شرطی است و حکم وضعی را بیان می‌کند [۸، ج ۱۲، ص ۲۲].

شاید بتوان چنین گفت که عرف و بنای عقلاء این است که درج هر شرطی در ضمن عقد موجب یک حق برای ذی‌نفع در چهره شرط ضمنی عرفی است؛ مثلاً فهم عرفی آن است که حق تعیین مسکن برای زوجه ضمن عقد نکاح موجب حق انتخاب برای زن است. از برخی روایات هم این معنا قابل استفاده است؛ به‌عنوان مثال امیرالمؤمنین (ع) فرمودند: هرکس با زن خودش شرطی کرد «فالیف لها به» باید به آن شرط برای زن وفا کند [۸، ج ۱۲، ص ۲۲]. ظاهر این است که لام «لها» اختصاص و ملکیت است؛ یعنی زن مالک چنین حقی است و باید به شرط او وفا بشود؛ و الا می‌فرمود: «فالیفه ایاها» یا «فالیفها ایاه» (یعنی شرط و زن را مفعول بی‌واسطه می‌ساخت و حرف جر قرار نمی‌داد). ایجاد حق به‌وسیله درج شرط مقتضای سیره عقلاء است که مورد امضای شریعت نیز قرار گرفته و شاهد درستی بنای عقلاء آن است که شرط دارای خواص و امتیازات حق شامل قابلیت اسقاط، معاوضه و انتقال است. با این مقدمه و به پشتوانه قاعده «لکلّ ذی حقّ استیفاء حقّه» نتیجه آن است که مشروط‌له جواز اجبار مشروط‌علیه را در صورت تخلف از شرط دارد. جواز اجبار از باب امر به معروف یا نهی از منکر نیست؛ چراکه این حق اختصاص به مشروط‌له دارد. بنابراین از اینکه فقط مشروط‌له می‌تواند مشروط‌علیه را الزام بر وفای به شرط کند، روشن می‌شود که با درج شرط، حق و مالکیتی برای شارط حاصل شده است.

عبارات میرزای نائینی گویای آن است که ایشان فلسفه وجودی خیار اشتراط را مطابق مرام شیخ طوسی می‌پذیرد. بر اساس این مبنا، شارط به عقد بدون شرط، متعهد نشده است. پس در فرض عدم تحقق شرط، دلیل لزوم وفاء شامل او نمی‌شود؛ ولی در نتیجه از شیخ فاصله می‌گیرد. شیخ طوسی مانند شهید اول از خیار اشتراط تنها حکم وضعی محض استفاده می‌کند؛ اما محقق نائینی از طرفی خیار تخلف شرط را به شرط عرفی ضمنی پیوند می‌زند که به‌موجب آن پایبندی به لزوم، منوط به ایفای شرط است و از سوی دیگر، علاوه بر شناسایی حق فسخ برای مشروط‌له که یک حکم وضعی است، به دلیل وجوب وفاء به شرط، امکان مطالبه مفاد شرط و الزام مشروط‌علیه را نیز که یک حکم تکلیفی است، تجویز می‌نماید [۹، ج ۳، ص ۲۴۴]. بنابراین، عدم التزام شارط بر لزوم عقد در فرض تخلف شرط، به معنای الزامی نبودن عمل به شرط توسط مشروط‌علیه نیست.

### ۳-۲-۱. کیفیت استیفاء حق مشروط‌له در آراء فقهی

بر فرض پذیرش اینکه عقلاء در صورت تخلف شرط، هم اقتضای عمل و هم امکان فسخ

را تأیید می‌کنند، آنگاه سؤال مهم‌تر در موضوع ترتیبی یا هم‌عرض بودن اجبار و خیار فسخ است. به عبارت دیگر آیا در صورت امکان اجبار برای مشروطه، حق فسخ نیز هم‌تراز و هم‌عرض آن وجود دارد و مشروطه در انتخاب هر یک از این دو امکان، آزاد است؟ یا اینکه نسبت آن دو ترتیبی و طولی است؛ یعنی مشروطه ابتدا باید الزام مشروط‌علیه را بخواهد و در فرض تعدد، به حق فسخ توسل ورزد؟ یا برعکس، در این رابطه طولی، حق فسخ بر الزام مقدم است؟

قانون مدنی در ماده ۲۳۹ با تبعیت از نظر مشهور فقهاء، ضرورت رعایت ترتیب بین حکم اجبار و حق فسخ را پذیرفته است؛ اما چنان‌که معروف است: «لا یکفی فی ردّ الإشکال، مجرد الشهرة» و نیز «رب مشهور لا اصل له». برخی فقهاء چون مرحوم خوئی، نظریه شهرت فتوایی را که طبق آن اشتها فتوی بین فقهاء دلیل بر درستی آن است، نمی‌پذیرد. بحث اجتهادی ایشان در این زمینه تا آنجا پیش رفت که در نزدیک به سی مسئله، خلاف نظر مشهور حکم کرده است.

علامه حلی در تذکره بر آن است که حق خیار و اجبار در عرض هم هستند؛ اما مشهور امامیه از جمله شهید ثانی، صاحب جواهر و شیخ انصاری بر رابطه ترتیبی این دو حق نظر داده‌اند. شیخ انصاری در مکاسب می‌فرماید: «الخيار انما شرع بعد عدم تمكن من الاجبار» خیار وقتی مشروعیت دارد که تمکن از الزام نباشد. به عبارت دیگر حق فسخ در طول اجبار است، نه در عرض آن [۳، ج ۶، ص ۷۰].

### ۳-۲-۱. دلایل تقدم حق الزام بر خیار فسخ

شیخ انصاری چند دلیل بر اثبات رابطه طولی این دو حق به نحو تقدم حق الزام بر خیار تخلف شرط ذکر می‌کند:

۳-۲-۱-۱-۱. دلیل اول، موضوع شرط ضمنی است. ادله اثبات خیار، گویای آن است که حق فسخ جایی است که امکان الزام نباشد. مشروطه حق اقدام مطابق مضمون شرط ضمنی را دارد؛ خواه اعمال این حق به میل و رغبت مشروط‌علیه باشد یا با اکراه او. پس، وقتی بتوان مشروط‌علیه را الزام بر وفای به شرط کرد، حق ذوالحق ادا شده و درواقع تخلفی از شرط صورت نگرفته است. وقتی هم تخلف نبود، حق فسخ معنایی ندارد. ایشان با شناسایی شرط ضمنی به نوعی خیار تخلف شرط را به «اقاله» برمی‌گرداند. وقتی مشروط‌علیه از وفای به شرط خودداری می‌کند، نوعی درخواست اقاله

به شرط داده است؛ یعنی عملاً می‌گوید به عقد پایبند نیستیم؛ مشروطه هم می‌تواند بگوید التزام من بر لزوم عقد مبتنی بر وفای به شرط است و حال که شما پایبند به شرط نیستید و به عبارتی نقض عهد کردید، من هم نقض تعهد کرده و به مفاد عقد عمل نمی‌کنم. این معنا همان «اقاله» است. چنین تصویری در بیع قابل ترسیم نیست و در صورت امتناع یکی از متعاقدين از تسلیم ثمن یا مثن اقاله پیش نمی‌آید؛ زیرا با عقد بیع تملیک و تملک نسبت به عوضین حاصل شده و قبض و اقباض از آثار عقد است؛ اما در باب شرط چون وفای به شرط، جزئی از مدلول عقد است، معنای تخلف از شرط، عدول از عمل به عقد است و وفاداری مشروطه نیز بر عمل به شرط گره خورده است [۳، ج ۶، ص ۷۲]. در این بیان، التزام بایع به لزوم عقد، منوط به التزام مشتری به شرط است. با پذیرش این دلیل، هرگاه اجبار مشروط‌علیه بر عمل به شرط ممکن باشد، خیار ثابت نیست.

۳-۲-۱-۱-۲. دلیل دوم، مسئله لاضرر است. شیخ انصاری در قاعده لاضرر بر آن است که این حدیث در مقام نفی حکم ضرری است؛ یعنی وقتی لزوم معامله موجب ضرر باشد، اصل معامله صحیح است و تنها لزوم آن برداشته می‌شود؛ اما رفع لزوم در صورتی است که ضرر قابل جبران نباشد و آنگاه ضرر غیرقابل تدارک است که الزام ممکن نشود. پس، وقتی تمکن از فسخ دارد، ضرر را با اجبار رفع می‌کند و احتیاجی به برهم‌زدن عقد نیست [۳، ج ۶، ص ۷۳]. نتیجه این سخن آن است که حق فسخ در طول اجبار به عمل بر شرط است؛ اما آخوند خراسانی حدیث را به گونه دیگری تفسیر کرده‌اند. نظر ایشان بر آن است که معامله‌ای که در آن نداشتن حق فسخ موجب ضرر باشد، اصلاً صحیح نیست؛ از این رو یا می‌گوییم قاعده لاضرر یک نوع مجاز و استعاره با روش نفی موضوع به لسان نفی حکم است یا حقیقتاً موضوع برداشته شده و بیع باطل است. اگر از حدیث این معنا استفاده شود، باید گفت بیعی که لزومش ضرری باشد، موضوع بیع برداشته شده است. با این مبنا، خیار در عرض اجبار است نه در طول آن [۱، ج ۳، ص ۲۷۷].

### ملاحظه

اگر مدرک خیار اشتراط را لاضرر دانستیم، با محذور دیگری مواجه می‌شویم که ترتب حق فسخ بر الزام خود موجب ضرر و حرج و به‌عسرت‌انداختن مشروطه است. الزام چه به مباشرت و چه به تسبیب از طریق دادگاه موجب ضرر مالی، عرضی و آبرویی برای

مشروطه است. همچنین تدارک ضرر تنها با خيار فسخ حاصل نمی‌شود؛ بلکه ارش نیز رافع ضرر است.

عمل مورد الزام از سه فرض خارج نیست: گاهی مورد شرط از امور مالی محض است که در آن نه قصد انشاء لازم است و نه قصد قربت؛ مانند: نقاشی منزل یا تعمیر اتومبیل. صورت دیگر آن است که مثل باب معاملات، محتاج قصد انشاء است. در حالت سوم، مورد شرط، از امور قصدی است؛ یعنی بدون نیت و قصد قربت محقق نمی‌شود. اجبار در قسم اول با مشکلی مواجه نیست؛ اما در دو فرض دیگر محذوراتی دارد. امام خمینی در حالت دوم، اکراه بر شرط را توسط حاکم از باب ولایت بر ممتنع می‌پذیرد و قصد انشاء حاکم را مانند مورد اکراه محترک نافذ می‌داند؛ اما تصور الزام را در امور قصدی ناممکن می‌داند و بر آن‌اند که حاکم می‌تواند به خرج ملتزم موجبات انجام فعل را توسط دیگری فراهم نماید. راه‌حلی که ماده ۲۳۸ ق.م. در صورت تعدّر اجبار در مطلق شرط فعل، پیش‌بینی کرده است [۱۰، ج ۵، ص ۱۹۱]. در حالت دوم و سوم که تحقق فعل، محتاج قصد انشاء یا قصد قربت است، انجام شرط منوط به رضایت مشروط‌علیه است و هر جا حکمی دائر مدار رضایت شد، قانون تابع حاکمیت اراده است و این امر، مانع بزرگی بر اجبار فعل توسط حاکم ایجاد می‌کند. برای همین ظاهراً اجبار در فرض دوم به این معناست که برای حفظ غرض و هدف مشروطه، اجرت عبادت را از مشروط‌علیه بگیرند و به مشروطه بپردازند و حاکم نمی‌تواند برای عبادت اجیر بگیرد؛ چون این خلاف غرض و رضایت مشروط‌علیه است.

### ۳-۲-۱-۲. دلایل هم‌تراز بودن حق الزام و خيار فسخ

۳-۲-۱-۲-۱. میرزای قمی در رساله شروط خود، مقتضای اصل را عدم انتقال هر یک از دو عوض از ملک صاحبش به دیگری می‌داند؛ پس، تسلط مشروطه بر عوض و مال خود باقی است تا اینکه انتقال ثابت شود و انتقال فقط در صورتی ثابت می‌شود که مشروط‌علیه از شرط خودداری نکند و بدان عمل نماید. وی آنگاه با نقل مبنای شهید اول در شرح لمعه، مسالک و دروس، دلالت عبارت دروس را «... فیلزم الشرط من طرف المشترط علیه فان اخل به فللمشترطه الفسخ، و هل یمكن الاجبار علیه؟ فیه نظر»؛ صریح در بیان مقصود خود و از میان چهار دیدگاه قوی‌ترین نظر می‌شناسد [۱۹، ص ۸۷].

۳-۲-۱-۲-۲. امام خمینی از کسانی است که خيار فسخ و اجبار را در عرض هم



می‌پذیرد، نه در طول و به شکل ترتیبی؛ یعنی مشروطه مخیر بین اجبار و بین فسخ است؛ دلیل بر تخییر نیز بنای عقلاست. بنای عقلاء در باب خیار اشتراط این است که مشروطه می‌تواند فسخ کند؛ و لو قدرت بر اجبار هم داشته باشد [۱۰، ج ۵، ص ۱۴۴].

۳-۲-۱-۲-۳. تمهید حق فسخ در عرض مطالبه الزام و طرح بنیانی که با آن حقوق مشروطه به نحو تخییری استیفاء شود، در دیگر نظام‌های حقوقی نیز مورد اهتمام نویسندگان قرار گرفته است [۱۱، ج ۳، ص ۶۴۳].

۴-۲-۱-۲-۳. از بیان مرحوم کاشف‌الغطاء که تقدّم حق مشروطه بر متعلّق شرط در قبال مالکیت مشروطه را زمانی نمی‌داند بلکه تقدّم ذاتی می‌شناسد، می‌توان عدم لزوم رعایت ترتیب زمانی بین حق فسخ و حق الزام را استفاده کرد [۱۶، ج ۴، ص ۲۰۴].

۵-۲-۱-۲-۳. محمد عبده بروجردی از تدوین‌کنندگان قانون مدنی، حکم خیار تبعض صفقه را در انتخاب حق فسخ یا امضاء عقد با گرفتن ارش، به موضوع تخلف شرط سرایت داده است: «... با انتفاء شرط، یعنی عدم تحقق آن، برای مشروطه خیار فسخ و اخذ به ارش هر دو ثابت است» [۱۴، ص ۱۴۳].

### ۳-۲-۲. نظر برگزیده

اگر شرط را موجد حق و اثر وجودی آن را حمایت از منافع مشروطه بدانیم، احکام و مقررات شرط باید به نوعی تنظیم و تفسیر شود که در مقام عمل به فریاد مشروطه برسد و گره از کار فروبسته‌اش بگشاید. در تحقق این هدف، مقتضیات زمان و مکان، نقش محوری دارد. ممکن است تمهید و تدبیری که در گذشته چتر حمایتی محسوب می‌شد، امروزه با تغییر ساختارها، تحول روش‌های احقاق حق و پیچیدگی روابط انسانی، اجتماعی و قراردادی، کارایی و اعتبار سابق را از دست بدهد و حتی اثری ضد فلسفه وضع خود، تولید نماید. از سویی چه بسا سازوکارهای نوین، فهم متفاوتی از عدالت قضایی را طلب کند. آنچنان که برخی نویسندگان دریافته‌اند، زمانی کپرنیک ثابت کرد زمین و آسمان گردنده، و آسمان‌ها ثابت‌اند و کانت بار دیگر نشان داد محور آفرینش انسان است و جهان اتفاقاً بر گرد انسان می‌چرخد. اکنون باید گفت: «جهان قضاوت و حقوق نیز بر گرد دادرسان می‌گردد نه بر گرد قانون... قاضی تلاش می‌کند تا با جمع میان قانون و اخلاق و عدل و انصاف و نظم و هر آنچه آن را خوب می‌داند به حق دو طرف دعوی حکم کند» [۶، ص ۱۵۲].

معاملات از امور عرفی اجتماعی به شمار می‌رود که احکام شرع در آن بر خلاف عبادات، توقیفی و وابسته به نص نیست. به این لحاظ، در روش استنباطی برخی فقهاء چون امام خمینی، تفاوت چشمگیری میان استنباط احکام باب معاملات و باب عبادات به چشم می‌خورد؛ به گونه‌ای که در معاملات، نگاه عقلانی و عرفی پررنگی در اندیشه و آراء ایشان به مباحث دیده می‌شود. بنابراین، تدابیر حمایتی باید ضمن پیوستگی و اتکاء بر مبانی، چندوجهی و انعطاف‌پذیر باشد و بدون تحمیل یک گزینه، حق آزادی و ابتکار عمل مشروطه در انتخاب راه حل مناسب را بسته به مورد و منطبق بر عدالت قضایی در چارچوب و نه بی‌چارچوب، محترم شمارد. به این منظور، در ادامه، بسته حمایتی از مشروطه را دو مرحله بررسی می‌کنیم.

### ۳-۲-۱. انتزاع حکم تکلیفی از حکم وضعی

این بحث که حق فسخ با حق اجبار در طول یکدیگرند یا عرض هم، مبنایی است نه بنایی؛ یعنی تابع برداشتی است که از تفاهم عرفی وجود دارد و به عبارتی متوقف بر شناسایی مبنای خیار تخلف شرط است. همان‌طور که اشاره شد، مبنا و سبب درست خیار غبن، یک شرط ضمنی عرفی است. در همه معاملات معوض بنا بر جلب منفعت در حد متعارف است. طرفین با زبان بی‌زبانی، منفعت‌طلبی یکی را به حدی که منجر به ضرر فاحش و نامتعارف دیگری شود، نفی و سلب می‌کنند. همین مبنا در خیار تخلف شرط حاکم است. در هر معامله مشروط یک شرط ضمنی عرفی یا شرط ارتکازی بین طرفین جریان دارد که اگر مشروطه به شرط عمل نکند، شارط خیار فسخ داشته باشد. اگر این مبنا پذیرفته شود، نتیجه آن است که خیار اشتراط، به خیار شرط بازگشت می‌کند. با این تفسیر از شرط در عرف مردمان، می‌توان گفت که حدیث «المؤمنون عند شروطهم» در صدد بیان یک امر عقلانی است؛ یعنی هر کس طبق عرف و عقل متوسط اجتماع باید به قول خود پایبند باشد. مسلمان هم از این جهت که یکی از عقلاء است، باید به شرط خود وفا کند. عرف و عقل مردم اجتماع از شرط ابتدائاً وجوب وضعی را دریافت می‌کنند، نه وجوب تکلیفی را. به زبان عامیانه، وقتی کسی قولی می‌دهد یا شرطی می‌کند، در صورت تخلف، مردم می‌گویند مگر قول ندادی؟ از اینکه او قول داده و معنای قول هم این می‌دانند که یعنی معامله با این شرط گره خورده است، از این امر، صحت تعهد را می‌فهمند؛ نه اینکه ابتدائاً وجوب تکلیفی را دریافت کنند. این دریافت، در فروش برخی محصولات کشاورزی مثل میوه‌ها بهتر نمایان است. وقتی فروشنده برای

جلب اطمینان خریدار نسبت به کیفیت فرضاً هندوانه از ترکیب «به شرط چاقو» که یک شرط صفت است استفاده می‌کند، در وجدان عرف این معنا نقش می‌بندد که اگر میوه بعد از اختیار، دارای کیفیت مطلوب نبود، معامله قابل فسخ است. مؤید فهم عرفی مذکور آن است که چنین دریافتی مختص مسلمانان نیست و همه مردم در هر اجتماعی آنچه در ذهنشان از شرط می‌گذرد آن است که التزام به لزوم بر وفای به شرط پیوند خورده است. اگر حدیث را این گونه معنا کنیم، مدلول مطابقی آن، وجوب وفای به شرط نیست؛ بلکه حدیث می‌خواهد بگوید هر شرطی یک تعهد و التزام معاملی است. التزام معاملی هم صحیح است. وقتی صحیح بود از این صحت که حکم وضعی است، وجوب وفاء که حکم تکلیفی است، انتزاع می‌شود.

اما این موضوع که حق فسخ، متوقف بر عدم امکان الزام باشد، از دایره دلالت شرط ضمنی و ارتکاز طرفین خارج است. اینکه مشروطه وقتی امکان فسخ دارد که اجبار مشروطه‌علیه بر وفای به شرط ممکن نباشد، مدلول مطابقی یا التزامی الفاظ عقد و شرط ضمنی دو طرف نیست. معنای مطابقی شرط، امکان فسخ در صورت تخلف و مدلول التزامی آن وجوب وفای به شرط است؛ بلکه به نظر می‌رسد این اناطه (حق فسخ بر عدم امکان الزام) موجب تحدید بی‌دلیل آزادی مشروطه در استفاده از حق و ضرر بر اوست؛ لذا با جریان حکم وضعی، امکان فسخ معامله یعنی عدم التزام به لزوم عقد در فرض تخلف از شرط محقق شده و با استنباط حکم وضعی در عرض آن، حکم تکلیفی که همان جواز الزام مشروطه‌علیه بر وفای به شرط است، انتزاع و اثبات می‌شود. بنابراین، وجه فارق دیدگاه حاضر با نظریه حکم وضعی محض آشکار می‌شود. نظریه اناطه وفاداری بر لزوم به تحقق شرط، استفاده حکم تکلیفی یعنی امکان الزام را به‌عنوان مدلول التزامی شرط به روش تخییری در عرض و از درون حکم وضعی می‌پذیرد. پس، فایده شرط، تأسیس حکم تکلیفی در نتیجه تخلف در عرض حکم وضعی است.

اثبات این فرضیه مبتنی بر مقدمات مفروض پیش روست:

۱. دلالت مطابقی خیار اشتراط به‌موجب یک شرط عرفی ضمنی یعنی اناطه وفاداری به لزوم عقد بر تحقق شرط.
۲. حکم وضعی صحت و نفوذ، زاده دلالت مطابقی لفظ شرط است.
۳. مدلول التزامی خیار اشتراط، الزام و التزام، یعنی یک حکم تکلیفی است.
۴. چون به‌موجب حکم وضعی حق فسخ برای شراط ایجاد می‌شود و لکلّ ذی حقّ

استیفاء حقه، حکم تکلیفی الزام و التزام از حکم وضعی انتزاع می‌شود.  
 ۵. دلالت مطابقی و التزامی از نظر رتبه معیت داشته، مدلول التزامی مؤخر از دلالت مطابقی نیست؛ بلکه در عرض یکدیگرند.

۶. در صورت تخلف شرط، برای مشروطه حق فسخ و الزام مشروط‌علیه توأمان و در عرض یکدیگر حاصل می‌شود.

با فرض تبعیت از نظر قانونگذار در ماده ۲۳۹ق.م و پذیرش ترتب رتبی الزام بر حق فسخ، تردیدی نیست که حکم قانون راجع به پیش‌شرط فسخ، قاعده‌ای تکمیلی است و بنابراین، شرط عرفی ضمنی، توافقی برخلاف این قاعده تکمیلی، مقدم بر آن و حاکم بر روابط طرفین است.

چنین تفسیری از ماده ۲۳۹، مؤیداتی نیز در دیگر ابواب دارد:

۱. ماده ۶۹۸ق.م اثر ضمان را نقل ذمه دانسته؛ اما عرف بازار و تجارت ضمان طولی یا وثیقه‌ای را به درستی ترجیح داده است. اثر حقوقی ضمان ضم طولی، التزام ضامن است نه انتقال دین. پس، نص قانون با دیدگاه عرف تضاد دارد. برای حل آن، حکم قانون را قاعده تکمیلی دانسته و دریافت عرف را بر آن مقدم می‌دارند. ضم ذمه در وجه ترتیبی، مدلول التزامی عقد و نوعی تعاهد عرفی است.

۲. قسمت دوم ماده ۳۵۸ق.م در عدم مالکیت تبعی مشتری در عقد بیع بر حاصل زمین (زراعت)، محصول درخت (میوه) و نتاج حیوان (حمل)، مشتمل بر یک قاعده تکمیلی است؛ مقررهای که شاید بتوان گفت عرف کنونی خاصه در برخی مناطق، تاب پذیرش آن را ندارد و زراعت در بیع زمین و میوه در بیع درخت یا حمل در بیع حیوان را متعلق به مشتری می‌شناسد. نص ماده نیز فهم متفاوت عرف را همسان با تصریح متعاقدين، مقدم بر ترتیب قانونی مذکور دانسته است. لذا دلالت التزامی، هم در اصل وجود و هم در حجیت، تابع دلالت مطابقی است و بسان بیان و تصریح بر قانون تکمیلی مقدم است.

وانگهی قسمت دوم ماده ۴۹۶ق.م درمورد تخلف از شرط فعل در عقد اجاره، با حکم مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ق.م مخالف است؛ چراکه ماده ۴۹۶ تخلف از شرط فعل در عقد اجاره را موجب خیار فسخ از تاریخ تخلف دانسته و حق فسخ، موکول به عدم امکان اجبار متعهد نشده است. عقد اجاره خصوصیتی نداشته تا حکم ماده ۴۹۶ را حکم خاص و استثناء بر ماده ۲۳۹ بدانیم. هرچند در ابتدا این امر به ذهن خطور می‌کند که حکم ماده ۲۳۹ق.م عام است، ولی با الغاء خصوصیت از ماده ۴۹۶ شاید بتوان گفت که قانون مدنی در کنار

رابطه طولی، مبنای دیگری را نیز در خیار تخلف شرط تجویز کرده تا اناطه حق فسخ بر عدم امکان الزام، موجب تحمیل ضرر بیشتری بر مشروطه نشود و چهره متفاوتی از عدالت، مجال ظهور یابد. مؤید دیگر این برداشت، مواد ۲۴۳ و ۳۷۹ ق.م.ا است؛ چراکه خودداری متعهد از دادن ضامن یا رهن خود، مصداق ماده ۲۳۹ ق.م. و نمونه‌ای از تخلف شرط فعل است که بدو برای مشروطه حق فسخ تعیین شده است.

با استنباط حکم وضعی و استفاده خیار فسخ در فرض تخلف شرط، بین موارد شرط صفت، نتیجه یا فعل تفاوتی نیست. پس این نظر که حکم ماده ۲۳۵ ق.م. مخصوص عین معین است و در جایی که شرط صفت راجع به کلی فی‌الذمه باشد، باید ترتیب مقرر در مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ ق.م. در شرط فعل رعایت گردد، مردود است؛ چراکه با تبیین مبانی مشروح، حق فسخ در عرض الزام (در صورت امکان)، محقق است و تقدم رتبی الزام بر فسخ ثابت نیست.

دکتر شهیدی خیار فسخ را اثر اتصال عقد به شرط دانسته که باعث می‌شود در صورت بطلان یا ممتنع شدن شرط، عقد توسط مشروطه قابل فسخ باشد؛ چراکه اتصال شرط به عقد، یعنی اینکه شرط در ایجاد رضای مشروطه نسبت به عقد مؤثر است و فقد شرط، این رضا را مخدوش می‌سازد [۱۲، ص ۴۴].

آثار این اندیشه در رویه قضایی و آرای داوری نیز راه یافته است (تصمیم شماره ۵۲۲ در رأی داوری به تاریخ ۹۸/۰۷/۱۲ موضوع قرارداد حق‌العمل‌کاری با خواسته اعلام فسخ قرارداد مورخ ۹۷/۱۱/۹ و استرداد وجه). شعبه دوازدهم دادگاه حقوقی سنندج ترتیب قانونی مقرر در مواد ۲۳۸ و ۲۳۹ ق.م. را مقتضای اطلاق عقد دانسته، نه اقتضای ذات آن. «... لذا توافق و تراضی برخلاف آن بدین نحو که متعهدله مختار باشد در صورت استنکاف متعهد از انجام مورد تعهد، علاوه بر امکان اجبار مستقیماً اعمال خیار نیز نماید، شرطی صحیح و نافذ بوده و تنافی با لزوم عقد و آثار اساسی آن ندارد».

### ۳-۲-۲-۲. مطالبه بهای شرط

ممکن است تمهید مذکور در مواردی کارساز نبوده و منافع مشروطه در انتخاب هیچ‌یک از دو گزینه تدارک نشود؛ مثل جایی که اختیار فسخ، به واسطه مانعی چون کاهش ارزش پول یا اعسار و افلاس فروشنده به صلاح نیست و الزام به وفاء نیز به سببی مانند اطاله رسیدگی یا موردی که مبیع فاسدشدنی است (ما یفسد لیومه) و تأخیر در

ایفاء شرط، موجب سلب غرض و انتفاء موضوع پیمان است و مشروط‌علیه نیز عمداً از وفاء به شرط امتناع می‌کند، گزینه مناسبی برای جبران ضرر نباشد. بنابراین، تدبیر نخست در هر یک از دو وجه خود، مصالح مشروطه را تأمین نمی‌کند. در اینجا راه‌حل سومی که به ذهن خطور می‌کند، امضاء معامله با گرفتن عوض شرط به‌عنوان خسارت است که خود موضوع این حلقه را تشکیل می‌دهد. بنابراین، مطالبه بهای شرط از گونه تعهد اختیاری یا تعهد بدلی است؛ یعنی تعهد، یک موضوع بیشتر ندارد و آن عمل به شرط است؛ اما در صورت امتناع شرط و عدم انتخاب حق فسخ، مشروطه می‌تواند بدل آن را که عوض شرط است، به‌عنوان خسارت مطالبه کند.

### ۳-۲-۲-۱. نظریه توزیع ثمن بر شرط

مطالبه بهاء یا ارزش شرط، خود از نتایج و لوازم موضوع دیگری با این عنوان است که آیا ثمن بر شرط تقسیم می‌شود؟ آیا شرط، جزئی از مورد معامله یا در حکم آن است و همان گونه که در برابر هر جزء مبیع بخشی از ثمن قرار می‌گیرد، در مقابل شرط نیز مستقیماً قسمتی از عوض دیگر واقع می‌شود یا معاوضه بین دو عوض برقرار شده و نقش شرط تنها افزایش رغبت، داعی و انگیزه است؟

محقق قمی دلیل لزوم شرط ضمن عقد را این می‌داند که شرط، جزء یکی از عوضین واقع می‌شود و مورد ایجاب و قبول قرار می‌گیرد. ایشان آثار و تبعات نظر خود را پذیرفته و ساختمان حقوقی رابطه عقد و شرط را بر این ستون بنیان می‌نهد؛ از جمله بر اساس قاعده تبعیت عقد از قصد، از آنجا که شرط، جزئی از کل (عقد) است و مقصود دو طرف عقد همراه شرط است نه عقد به‌تنهایی و منفرد و نه عقد لابشرط، وقتی شرط باطل شد، مقصود نیز از بین می‌رود؛ زیرا کل با انتفاء جزئش منتفی می‌شود و قصد کل کافی از برای قصد جزء نیست. بنابراین، جزئی که به صورت منفرد مقصود نیست، حکمی نیز بر آن بار نمی‌شود و اصل، عدم انتقال مال هر یک از متعاقدين به دیگری است، تا اینکه انشاء انتقال ثابت شود. دلیل بطلان عقد به‌واسطه بطلان شرط آن است که سهمی از ثمن در برابر شرط است. پس اگر شرط باطل باشد، ثمن مجهول و در نتیجه، عقد باطل می‌شود [۱۹، ص ۷۳].

### ۳-۲-۲-۲. نظر مشهور

نظریه‌ای که مشهور فقهاء از آن پیروی می‌کند، خلاف فتوای میرزای قمی است. در نظر

مشهور، شرط هرچند مرتبط با عقد است و نوعی علاقه و رابطه بین آن دو همانند رابطه اصل و فرع وجود دارد، اما در مقابل ثمن قرار نمی‌گیرد و جزء احدالعوضین نیست؛ از این رو مدلول عقد چیزی جز وقوع معامله بین ثمن و مئمن نیست و شرط از قبیل دواعی و انگیزه‌هاست که در جلب رغبت و گرایش هر یک از متعاقدين به انعقاد عقد مؤثر است؛ ولی عرفاً در حکم عوضین یا جزئی از آنها نخواهد بود. بنابراین هیچ جزئی از ثمن در برابر شرط قرار نمی‌گیرد. سید مراغی، جزئیات شرط را رد می‌کند و آن را از قبیل وصف می‌داند و طبق قاعده «الأوصاف لا تُقابل بالأعواض و إن تفاوتت بهم القیم» هرچند وجود شرط در کاهش یا نقصان ثمن مؤثر است، اما در مقابل عوض قرار نمی‌گیرد [۷، ج ۲، ص ۲۸۴].

### ۳-۲-۲-۲-۱. ماهیت عوض شرط، ارش است

در دو ناحیه، آراء و مبانی مشهور فقهاء مختلف است:

اول اینکه در زمینه «اگر شرط متعذر شود، آیا مشروطه علاوه بر حق فسخ مجانی می‌تواند با امضاء عقد، مطالبه عوض نماید» اختلاف است. امضای مجانی عقد محل کلام نیست؛ چون حق مشروطه است و اگر حق ثابت شد، می‌تواند بگذرد؛ اما بحث، درباره عوض بهای شرط و فسخ مجانی است، چون خیار، یعنی فسخ، یا به صورت مجانی یا به ضمیمه وصفی مثل ارش.

دوم با فرض جواز مطالبه، این مسئله که آنچه مشروطه به عنوان عوض شرط بابت بدل تعهد اصلی دریافت می‌کند، ارش است یا نوعی غرامت، اختلافی است. در نظر عده‌ای، ضمان ارش، یک ضمان معاوضی است که باید از عین ثمن پرداخت شود و وجود آن باعث برقراری تعادل ارزش عوض و معوض می‌شود. تعادل در ارزش عوضین یکی از سه رکن نظریه تئوری موازنه دکتر جعفری لنگرودی است. مفهوم ارش، جایی صادق است که وصف صحت، قید التزام مبادلی است و لذا سلامت مبیع، مؤثر در زیاده و نقصان ثمن بوده که مانند جزء، ثمن بر آن توزیع می‌شود. به همین لحاظ، فقد آن موجب خیار و ارش است و با همین مبنا ارش موافق قاعده است.

فقیه یزدی در تعذر شرط، دو حالت را به تصویر کشیده است: یکی تعذر اصلی و دیگری تعذر طاری. تعذر اصلی یا حین عقد، یعنی هنگامی که عقد مشروط را منعقد می‌کنند، شرط تعذر دارد و تعذر طاری یعنی اینکه در وقت عقد، نسبت به شرط، تمکن

حاصل است و سپس تعدّر، عارض بر عقد می‌شود. در قسم اول، مطابق نظر مشهور شرط، مثل جزء یکی از دو عوض نیست و فقط در زیادی و نقصان قیمت مؤثر است. بنابراین مشروطه تنها حق فسخ دارد؛ ولی نمی‌تواند بدل یا ارش بگیرد. همچنین نزد دسته‌ای که شرط فعل در امور مالی را از اسباب دین و مفید تملیک عمل مشروط می‌شمارند، در این حالت، برای مشروطه ملکیتی نسبت به مورد شرط حاصل نشده تا بتواند ارش یا بدل آن را بگیرد؛ زیرا از اول عقد، شرط متعدّر و مفقود بوده است. اما به نظر سید یزدی، در تعدّر شرط (وصف، نتیجه یا فعل) برای مشروطه حق مطالبه ارش هست [۱۳، ج ۳، ص ۳۳۸].

بنا بر نظر برخی حقوق‌دانان، تعدّر تسلیم موضوع ماده ۲۴۰ ق.م.آنگاه که ناظر بر تعدّر اصلی است، سبب بطلان عقد است نه ایجاد حق فسخ؛ چراکه قدرت تسلیم در زمان عقد، از عناصر عمومی عقود است و اگر برای تسلیم مورد شرط، موعد قرار نداده باشند، با فقدان این عنصر، عقد باطل است، نه قابل فسخ [۵، ص ۲۱۱]. بر این تفسیر می‌توان خرده گرفت که قدرت بر تسلیم که شرط صحت معامله است، در مبادله دو رکن اصلی قرارداد جاری است و به شرط سرایت نمی‌کند. شرط، رکن معامله و عنوان عوض محسوب نمی‌شود تا انتفاء آن موجب اختلال در مبادله عوضین گردد.

میرزای نائینی، حکم تعدّر شرط حین عقد را چون خیار متصل، تزلزل عقد می‌داند. بنابراین، چنین عقدی مانند آن است که از ابتدا با خیار متصل انشاء شده است. همان‌طور که خیار مجلس، حیوان و غبن از ابتداء همراه عقد و با آن متولد شده و عقد را متزلزل می‌سازند، در امتناع حین عقد نیز به سبب تزلزل در عقد، حق فسخ برای مشروطه به وجود می‌آید [۹، ج ۳، ص ۲۶۱].

از دیدگاه سید یزدی، حالت دوم که تعدّر، عارض بر عقد است و بعد از عقد، انجام شرط ممتنع می‌شود، خود دو وجه دارد: گاهی خود شرط دارای ارزش مالی است؛ یعنی عرف بازار برای آن قیمت و مالیت در نظر می‌گیرند. شرط فعل مادی که مثلاً شرط طرح و ترسیم یک اثر هنری بر مشروط‌علیه شود، این‌گونه است. در این فرض چون مفاد شرط، ملکیت مشروطه بر مورد شرط است و تعهد در امور مالی سبب ایجاد دین و موجب ضمان ملکیت است، یعنی مشروطه مالک ذمه مشروط‌علیه می‌شود، مشروطه می‌تواند از بین دو گزینه امضاء عقد با مطالبه بهاء (ارش، عوض) شرط یا فسخ قرارداد، یکی را به دلخواه انتخاب کند؛ اما گاهی خود شرط دارای مالیت نیست؛ مانند آنجا که



شرط کند خریدار، مبیع را به ثمن‌المثل به دیگری بفروشد. عرف برای بیع به ثمن‌المثل، ارزش مالی در نظر نمی‌گیرد. سید یزدی حکم حالت اول یعنی تعدّر حین عقد را به این فرض نیز تسری می‌دهد و بنابراین، گرفتن ارزش شرط از باب مقابله واقعی (بر مبنای ایشان) یا از باب جبران خسارت، موجه و قابل پذیرش است [۱۳، ج ۳، ص ۳۳۹].

### ۲-۲-۲-۲-۲-۲. ماهیت عوض شرط، خسارت است

آیت‌الله صانعی در درس خارج فقه خود، بنای نظر سید یزدی را پذیرفته؛ ولی بر مبنای ایشان خرده گرفته است. بنای درست سید این است که در وجوه مختلف یادشده، یعنی چه شرطی که وقت عقد مفقود است و خواه شرط متعدّر بعد عقد، در هر دو وجه خود (دارای ارزش مالی و فاقد آن) مشروط‌له می‌تواند از مشروط‌علیه ارزش بگیرد؛ اما بر مبنای دیگری که جبران خسارت و ضرر است، مشروط‌له می‌تواند ارزش بگیرد؛ چراکه وجود و عدم شرط، نزد عقلاء در قیمت و ارزش مبیع مؤثر است؛ در نتیجه، با الغاء خصوصیت از جریان ارزش در عیب و طبق قاعده، در بحث کنونی نیز باید گفت که عدم سلامت شرط موجب خسارتی است که باید با ارزش جبران شود.

بنابراین، دسته‌ای از فقیهان، ارزش را غرامت و جبران خسارتی می‌دانند که به جهت عیب مبیع برای خریدار حاصل می‌شود. در این مبنا، مطالبه بهای شرط اگرچه شبیه ارزش است، اما ارزش نیست؛ چراکه در قول به ارزش، نمی‌توان بین نظریه عدم تقسیط ثمن بر شرط «الشّروط لا یوزع علیها الثمن» و اختیار ارزش در مطالبه بهای شرط جمع کرد؛ اما اگر فلسفه وجودی ارزش را جبران غرامت خریدار بدانیم، مطالبه بهای شرط با مانعی مواجه نیست و توجیه‌پذیر است. شاید بتوان گفت مبنای نظریه نخست که وصف سلامت را به موجب شرط عرفی ضمنی، قید التزام معاملی و ارزش را از جنس عوضین می‌داند، راجح و با نظامات و آثار این تأسیس سازگارتر است. پس ارزش، خسارت نیست و آنچه بابت عوض شرط پرداخت می‌شود، خسارت است. پس ارزش نیست.

### نتیجه

مقررات قانون مدنی در مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ که در آن تخلف از انجام شرط فعل را موجب ایجاد توأمان حق فسخ و امکان الزام برای مشروط‌له دانسته اما بهره‌مندی از این حقوق را به نحو ترتیبی و تقدّم رتبی حق اجبار بر خیار فسخ شمرده است؛ با توجه به تحولات

نوبین و پیچیدگی روابط بازرگانی و قضایی و تخصصی شدن امور، در راستای منافع مشروطه نبوده و خود حرج و عسرت دیگری بر اوست.

تعیین حق فسخ در عرض جواز اجبار و واگذاری حق انتخاب به مشروطه در مصلحت‌سنجی مطابق شرایط معامله و اختیار نفع یا ضرر خود در استفاده از هر یک از این دو حق، با اقتضای بازار اقتصادی پویا، عدالت قضایی و مدلول شرط سازگار است. از طرفی نمی‌توان حق اجبار را نفی کرد و تنها چاره را در حق فسخ دید؛ زیرا در فرض نوسان قیمت‌ها و تورم شدید، اگر با تخلف از وفای به شرط، تنها حق فسخ برای مشروطه لحاظ شود، موجب ضرر اوست که با فسخ معامله، قدرت خرید سابق را به لحاظ تنزل شدید ارزش اعتباری ثمن معامله، از دست داده است یا تاجری با دشواری محصولی سفارش داده، با کشتی به بندر رسانده است و اکنون کالا در گمرک معطل مانده و مورد حاجت بازار است. در این فرض اگر مشروطه‌علیه از وفای به عهد امتناع کند، قول به فسخ ابتدایی عامل ضرر بر مشروطه است. در این گونه موارد، قاعده حقوقی می‌باید استیفاء حق را در قالب الزام به رسمیت بشناسد؛ پس او باید بتواند الزام مشروطه‌علیه را بخواهد؛ اما این دلیل نمی‌شود که برای فسخ، پیش‌شرط بگذاریم و بگوییم ابتدائاً حق اجبار دارد؛ چون در مواردی جبران ضرر تنها با حق فسخ حاصل می‌شود و ترتیبی بودن این دو حق به نحو تقدم حق اجبار موجب ضرر و دشواری دیگری بر مشروطه است. فرضاً در موردی که یک طرف زمین خود را با قرارداد مشارکت در ساخت و ساز به تصرف دیگری داده و شرط ساختمان با اوصاف معین بر سازنده شده است، در صورت تخلف سازنده در حالی که ملک را در تصرف خود نگه داشته و از حق تصرف مالک ممانعت به عمل می‌آورد، شناسایی حق فسخ در طول وجوب تکلیفی و تنها در صورت عدم امکان الزام، در شرایطی که روش احقاق حق در وضع حاضر دارد و مشقت و عوارض ناخواسته‌ای چون اطاله و هزینه‌های دادرسی بر مشروطه تحمیل می‌کند، خود مصداق ضرر و حرج بوده و در غالب موارد با عدل و انصاف، ناسازگار است و منطبق با غبطه و صلاح مشروطه نیست. نفس محکمه رفتن، تکلیفی حرجی است. اثبات دعوی، اطاله دادرسی و هزینه‌های آن، همگی موجب دشواری است که تحمیل آن بر مشروطه با غرض از شرط که حمایت از اوست، منافات دارد. تشریفات دامنگیر، پرهزینه (سرمایه، وقت) و دشوار مقرر در مواد ۲۳۷ تا ۲۳۹ قانون مدنی در وضع دادخواهی کنونی در غالب موارد جز اینکه مشروطه عطای انجام شرط فعل را به لقایش

ببخشد، اثری ندارد. به تعبیری، فسخ، طلاق قرارداد است. اگر «ابغض الحلال» نباشد، یک «بد ضروری» است که برای جبران حق از بین رفته یا واکنش به عهد نقض شده، گاهی تنها یا بهترین راه چاره و تسکین درد است؛ هرچند توان استیفاء و تعدیل کامل روابط حقوقی دو طرف را نداشته باشد. از بین آراء و انظار فقهی، راه حل قانون مدنی حداقل در شرایط و تحولات نوین، شاید بدترین انتخاب باشد. مشروطه باید برای الزام متعهد، کفش آهنین بپوشد و آنگاه که همه چیز را از دست داد و ناامید شد، برگردد و اعمال فسخ کند. این تحمیل ناروا در برخی آراء محاکم تا آنجا پیش رفته که صدور اجرائیه و تعقیب عملیات اجرائی را لازمه الزام دانسته‌اند.

از نگاه دیگر، قواعدی چون «نفی ضرر» و «نفی حرج» از احکام ثانوی و تأسیسات بنیادین نظام حقوقی و مبانی فقهی است که بنا بر اصل کنترل قواعد فرودست به وسیله قواعد برتر، حتی لزوم قراردادها به عنوان حکم شرع و اصل محوری در نظم عمومی معاملات، تاب معارضه با این قواعد عالی را ندارد، رنگ می‌بازد و رفع یا تعدیل می‌شود. این کارایی و اثر در تجویز حق فسخ به طریق اولی، مقدم بر سایر ضمانت‌اجراهای مقوم لزوم عقد (الزام یا انجام توسط ثالث به هزینه متعهد) است. محروم ساختن مشروطه از امکان فسخ ابتدایی و اناطه فسخ به عدم امکان الزام، خاصه آنجا که متعهد فاقد حسن نیت است، در غالب موارد تعلیق به امر محال و موجب تحمیل ضرر ناروا بر مشروطه و به‌عسرت‌انداختن اوست. کسی که شرط برای حمایت از او و تأمین منافع وی منظور شده و نفع او با امکان فسخ قرارداد بهتر و زودتر تحصیل می‌شود. با این تعبیر، اگرچه رابطه دو حکم همچنان طولی است، اما برعکس نظر مشهور، حکم تکلیفی فرع و تابع عدم استفاده از حق فسخ است. مطالبه بهای شرط نیز تأسیس مناسب دیگری است که بدل اصل تعهد قرار می‌گیرد. یعنی، در صورت تعدد موضوع شرط و عدم اختیار فسخ، مشروطه می‌تواند با رضایت به معامله، عوض شرط را بابت خسارت مطالبه کند.

## منابع

- [۱] آخوند خراسانی، محمدکاظم، (۱۳۹۰)، کفایه الأصول، ج ۲ و ۳، قم، مؤسسه نشر اسلامی.
- [۲] انصاری، مرتضی، (۱۳۸۰)، فرائد الأصول، ج ۳، قم، مجمع الفکر الاسلامی.
- [۳] -----، (۱۴۳۴)، مکاسب، ج ۶، قم، مجمع الفکر الاسلامی.
- [۴] جعفری لنگرودی، محمدجعفر، (۱۳۸۱)، تئوری موازنه، تهران، گنج دانش.

- [۵] -----، (۱۳۸۲)، *فلسفه اعلی در علم حقوق*، تهران، گنج دانش.
- [۶] جعفری تبار، حسن، (۱۳۹۶)، *دیو در شیشه*، تهران، نگاه معاصر.
- [۷] حسینی مراغی، میرعبدالفتاح، (۱۴۲۹)، *العناوین*، ج ۲، قم، مؤسسه نشر اسلامی.
- [۸] حرّ عاملی، محمدبن الحسن، (۱۱۰۴)، *وسائل الشیعه*، قم، مؤسسه آل البيت.
- [۹] خوانساری، موسی بن محمد، (۱۳۸۵)، *منیه الطالب*، ج ۳، قم، مؤسسه نشر اسلامی.
- [۱۰] خمینی، روح الله، (۱۳۶۸)، *کتاب البیع*، ج ۵، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
- [۱۱] سنهوری، عبدالرزاق احمد، (۲۰۰۰)، *الوسیط*، ج ۳، بیروت، منشورات حلبی.
- [۱۲] شهیدی، مهدی، (۱۳۹۳)، *شروط ضمن عقد*، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد.
- [۱۳] طباطبائی یزدی، محمدکاظم، (۱۴۲۹)، *حاشیه مکاسب*، ج ۳، قم، مؤسسه طیبه لایه‌التراث.
- [۱۴] عبده بروجردی، محمد، (۱۳۲۹)، *حقوق مدنی*، تهران، کتابفروشی محمدعلی علمی.
- [۱۵] عاملی جَبعی، شهید ثانی، زین‌الدین بن نورالدین، (۱۳۴۰)، *شرح لمعه*، قم، ذوی القربی.
- [۱۶] کاشف الغطاء، محمدحسین، (۱۳۹۰)، *تحریرالمجله*، تهران، مجمع تقریب مذاهب اسلامی.
- [۱۷] مکی عاملی، شهید اول، محمدبن جمال الدین، (۱۳۴۰)، *اللمعه الدمشقیه*، ج ۵، قم، ذوی القربی.
- [۱۸] محقق داماد، مصطفی، (۱۳۹۸)، *نظریه عمومی شروط و التزامات*، ج ۱ و ۲، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.
- [۱۹] میرزای قمی، ابوالقاسم، (۱۳۹۶)، *رساله در شروط ضمن عقد*، تهران، انتشارات خردمندی.